

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 2559/C3/2742
Data: 06.12.2022

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 54847/08.11.2022, înaintată de S.R.L., cu sediul în, ..., ..., înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin, cu sediul în, ...(sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură), formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire nr. 5146/27.10.2022, emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., județul, în procedura de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui „ACORD-CADRU DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ DE OXIGEN MEDICINAL LICHID”, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1039978 din data de 04.03.2022, s-a solicitat

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 54847/08.11.2022, ... S.R.L atacă rezultatul procedurii de atribuire nr. 5146/27.10.2022, întocmit de, prin care oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare.

Contestatoarea critică actualul rezultat al procedurii, având în vedere criticile de nelegalitate invocate prin contestațiile formulate de anterior și neremediate, precum și noi critici de nelegalitate referitoare la neaducerea la îndeplinire a obligațiilor puse în sarcina autorității contractante, conform deciziei CNSC:

- neconformitățile privind propunerea tehnică a nu au fost remediate conform deciziei CNSC;
- neconformități privind oferta financiară a nu au fost remediate, iar prețul aparent neobișnuit de scăzut nu a fost justificat conform deciziei CNSC;
- încălcarea principiilor în materia achizițiilor publice.

Contestatoarea susține că declararea admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de S.R.L. este nelegală, trebuind să fie respinsă oferta ca inacceptabilă, neconformă și neadecvată, în temeiul art. 215 alin. (4), (5) și (5¹) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (3)

lit. a) din H.G. nr. 395/2016, având în vedere că nu respectă cerințele documentației de atribuire:

- nu respectă obligația de a asigura continuitatea livrării de oxigen medicinal, fără întreruperi, până la punerea în funcțiune a echipamentelor tehnice și de stocare și nu detaliază soluția de aprovizionare pentru această perioadă și, de asemenea, propunerea tehnică a fost modificată prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 759/16.09.2022;

- oferta este neconformă, iar propunerea tehnică nefezabilă având în vedere localizarea punctelor de producție în raport cu autoritatea contractantă și consumul zilnic estimat de aceasta;

- nerespectarea cerinței privind durata de valabilitate a oxigenului medicinal lichefiat.

Având în vedere obligațiile din decizia CNSC, ca urmare a criticii conform căreia nu respectă obligația de a asigura continuitatea livrării de oxigen medicinal, fără întreruperi, până la punerea în funcțiune a echipamentelor tehnice și de stocare și nu detaliază soluția de aprovizionare pentru această perioadă, autoritatea contractantă a solicitat noi clarificări asupra propunerii tehnice a, cu privire la capacitatea mijlocului de transport declarat, prin adresa nr. 1950/13.09.2022.

De asemenea, contestatoarea precizează că, prin răspunsul său nr. 459/16.09.2022, ...a menționat pentru prima dată și a anexat documentație aferentă a 6 noi autospeciale, care nu au fost menționate în cadrul ofertei și care nu fac parte din soluția tehnică de transport, detaliată prin răspunsul la clarificări nr. 546/23.06.2022, specificând: "Suplimentar, față de documentele depuse anterior, unde am menționat mijlocul de transport al societății noastre, depunem certificate de inspecție pentru un număr de 6 (șase) autospeciale... Aceste autospeciale reprezintă o capacitate de transport suplimentară a partenerilor noștri, la care am apela, în funcție de necesarul real de oxigen în butelii și durata efectivă a lucrărilor de punere în funcțiune. Acești parteneri nu sunt subcontractanți în această procedură, întrucât numărul de curse potențiale este variabil".

Or, această completare a ofertei este inadmisibilă, întrucât reprezintă, în mod evident, modificarea soluției tehnice inițiale de livrare a oxigenului medicinal pentru perioada intermediară - unde oferta a fost completată cu o soluție vizând un singur mijloc de transport dedicat.

Chiar din textul Deciziei CNSC reiese faptul că solicitările de clarificări ar fi trebuit să se rezume la detalierea soluției tehnice propuse - a capacității mijlocului de transport declarat, în niciun caz la modificarea soluției tehnice.

Mai mult decât atât, ...declara că e posibil să apeleze la parteneri nedeclarați în procedură ca subcontractanți în funcție de necesar, dar necesarul spitalului e comunicat în caietul de sarcini

și recunoaște prin acest răspuns la clarificări că nu a determinat exact cum o să efectueze transportul pentru a asigura furnizarea de oxigen medicinal comprimat în butelii. Această soluție nu poate fi acceptată având în vedere că este vorba de oxigenul medicinal în ale cărui livrări nu pot exista sincope, vital pentru pacienții autorității contractante.

Contestatoarea susține că, în cadrul ofertei inițiale, ...nu a specificat nimic cu privire la asigurarea continuității și a completat în mod nelegal oferta prin documente aferente unui mijloc de transport - aceasta reprezentând în fapt soluția tehnică propusă, iar în niciun caz livrarea prin intermediul a șase autospeciale.

Dacă în cazul primei completări a ofertei, prin decizia CNSC nu s-a considerat că a completat, în mod nelegal, oferta prin desemnarea unui mijloc de transport dedicat care nu făcea parte din oferta inițială, contestatoarea solicită CNSC să constate obligația autorității contractante de declarare a ofertei ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) și (6) din normele metodologice, deoarece a procedat, prin noul răspuns, la modificarea propunerii tehnice. Această conduită nu poate fi calificată în niciun caz ca o detaliere a soluției tehnice propuse, ci chiar o completare a soluției de transport pe durata intermediară (de la un mijloc de transport la șase).

Contestatoarea consideră că documentele arătate ar fi trebuit depuse în mod obligatoriu odată cu oferta tehnică, înainte de data limită de depunere a ofertelor, deoarece reprezintă documente în justificarea soluției intermediare de livrare a oxigenului medicinal până la data montării și punerii în funcțiune a rezervoarelor criogenice, iar obligația documentării soluției tehnice propuse reprezenta o obligație cuprinsă în caietul de sarcini.

În încheiere, contestatoarea invocă faptul că a contestat o altă procedură de atribuire având ca obiect furnizarea de oxigen medicinal SPITALULUI JUDEȚEAN DE URGENȚĂ, din cauza faptului că S.R.L. a depus o autorizație de punere pe piață prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări, contestația fiind admisă prin Decizia CNSC nr. 1221/C9/1086 din 14.06.2022.

În ceea ce privește critica referitoare la propunerea tehnică nefezabilă, având în vedere localizarea punctelor de producție în raport cu autoritatea contractantă, contestatoarea susține că, prin noul răspuns la solicitările de clarificări nr. 759/16.09.2022, ...a recunoscut faptul că furnizarea de oxigen medicinal se va face de la fabrica din localitatea, județul, localizată la aproximativ 470 km de autoritatea contractantă, precum și faptul că durata de transport este de aproximativ 7 - 9 ore.

În primul rând, soluția de transport printr-un singur mijloc de transport dedicat se dovedește a nu fi fezabilă, aspect intuit prin Decizia CNSC. Având în vedere capacitatea de 240 butelii cu în volum de 50 de

litri, precum și faptul că durata de transport este de aproximativ 7 ore, rezultă că pentru livrarea a 720 butelii/zi este necesară efectuarea a trei transporturi cu mijlocul de transport declarat (dus-întors fiind vorba despre minimum 14 ore/transport => un termen minimum de 42 de ore pentru livrarea a 720 butelii).

Menționează contestatoarea că estimarea arătată este indulgentă, întrucât nu conține perioadele de repaus obligatorii (de 45 de minute la fiecare 4,30 ore de condus).

Conform Deciziei CNSC, ...nu argumentează cum va livra cu un singur mijloc de transport 720 de butelii în 24h, având în vedere că timpul de livrare este de 14h (tur-retur) pentru un singur transport și că trebuie să facă 3 transporturi pentru a asigura consumul estimat de spital.

În al doilea rând, termenul de livrare intră în contradicție cu obligația respectării unui termen de valabilitate de 12 luni de la data livrării.

În concluzie, contestatoarea susține că autoritatea contractantă are obligația respingerii ofertei ca neconformă, întrucât, după îndeplinirea obligației de a solicita clarificări din partea ofertantului declarat câștigător, soluția tehnică de alimentare propusă prin răspunsul la clarificări nr. 546/23.06.2022, s-a dovedit a fi nefezabilă.

În continuare, în ceea ce privește nerespectarea cerinței privind durata de valabilitate a oxigenului medicinal și având în vedere susținerea din răspunsul său nr. 759/16.09.2022, respectiv că ".....termenul de valabilitate de la data fabricației este identic cu termenul de valabilitate de la data livrării, astfel data fabricației menționată în oferta noastră reprezintă și data livrării", contestatoarea consideră că aceste argumente de ordin teoretic nu sunt fezabile și dovedesc faptul că data de fabricație nu coincide cu data de livrare. Din experiența sa, oxigenul medicinal va ajunge la autoritatea contractantă după expirarea unui termen de (cel puțin) 24 de ore, având în vedere toate procedurile de manipulare și transport necesare utilizării efective a acestui produs (avizare de persoana calificată, trimiterea buletinelor de analiză, încărcarea, livrarea, recepția și predarea produsului la incinta autorității contractante).

Or, având în vedere că doar perioada de transport este de aproximativ 9 ore, cele două momente (fabricarea și livrarea) nu pot coincide.

Cum caietul de sarcini este foarte clar în sensul asigurării unui termen de valabilitate de 12 luni de la momentul livrării, la fel este și mențiunea din autorizația de punere pe piață a, că produsul este valabil 12 luni de la data fabricării, contestatoarea consideră că nu este posibilă adoptarea unei atitudini pasive în ceea ce privește această încălcare. nu a prezentat, conform deciziei CNSC, o normă internă sau reglementare ca să dovedească cele susținute.

Astfel, ...prezintă un stoc total de butelii din punctul de unde va face distribuția și anume: "Referitor la numărul de butelii disponibile vă atașăm stocul de butelii existent la data de 16.09.2022 (captură din sistemul informatic, la fabrica noastră din loc., jud., în care se poate observa numărul de butelii disponibile, respectiv 1.489 butelii", dar acesta este stocul total de butelii de la fabrică, alocat și altor clienți

Ca să poată rula fără riscuri 720 butelii în 24h, ...ar trebui să aibă disponibile aproximativ 1400 butelii pentru asigurarea soluției provizorii.

Mai mult decât atât, având în vedere soluția tehnică propusă de livrare printr-un singur mijloc de transport, aspectele de ordin teoretic privind termenul de valabilitate invocate de ar funcționa doar pentru primul transport de oxigen medicinal, având în vedere că livrarea ultimei tranșe s-ar efectua cel mai devreme după un termen de 42 de ore (fără repaus).

În ceea ce privește aspectele privind propunerea financiară, contestatoarea susține că a oferit un preț neobișnuit de scăzut raportat la valoarea acordului-cadru (63%), care nu este rezultatul liberei concurențe și nu poate fi justificat, fapt constatat și de CNSC, prin decizia sa.

Trecând peste faptul că o a doua procedură de verificare a prețului aparent neobișnuit de scăzut nu este obligatorie pentru autoritatea contractantă, contestatoarea arată că aceasta a încercat punerea în aplicare a deciziei CNSC, astfel că a solicitat pentru a doua oară justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut, prin adresa nr. 1950/13.09.2022.

De asemenea, contestatoarea susține că al doilea răspuns oferit de(prin adresa nr. 759/16.09.2022) nu poate reprezenta o justificare a prețului aparent neobișnuit de scăzut, întrucât nu prezintă elementele obligatorii a fi indicate conform deciziei CNSC - 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, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțe și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru, ajutor de stat, ci reprezintă doar o estimare a modalității de formare a prețului.

În contextul în care nu știe clar câte mijloace de transport o să folosească, cât o să fie necesară livrarea de oxigen din soluția provizorie, nu a prevăzut cheltuieli neprevăzute, care erau obligatorii în cazul acestui contract.

Mai mult decât atât, această aproximare procentuală a modului de formare a prețului dovedește că prețul oferit de nu poate fi susținut, întrucât ea nu include taxa claw-back (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, astfel cum a fost inclusă în justificarea de preț efectuată de S.R.L.

Contestatoarea precizează că profitul declarat de în procedură, conform răspunsului la clarificări este de 13,9% și dacă aplică taxa claw-back de 15% din valoarea totală facturată conform legislației în vigoare, justificarea de preț efectuată de nu conține adaos comercial, motiv pentru care nu este realistă, iar oferta financiară nu poate fi acceptată.

Contestatoarea mai susține că prevederile art. 210 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 136 alin. (1)-(3) din Normele Metodologice instituiau în sarcina autorității contractante două obligații, prin raportare la o oferta care are un preț aparent neobișnuit de scăzut (aprox. 63% din valoarea estimată), respectiv (a) obligația de a solicita ofertantului în scris detaliile și precizările pe care le considera semnificative cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse de documentația de atribuire, și (b) obligația de a verifica răspunsurile ce justifică prețul respectiv, astfel încât să existe certitudinea îndeplinirii în mod corespunzător a contractului.

Având în vedere modalitatea în care prețul aparent neobișnuit de scăzut a fost justificat de, contestatoarea consideră că nu ar fi fost posibilă o evaluare temeinică a elementelor care duc la formarea prețului (precum nivelul de salarizare a personalului, metodele de lucru etc.), astfel că autoritatea contractantă nu și-a respectat obligația de a verifica răspunsurile ce justifică prețul respectiv, încât să existe certitudinea îndeplinirii în mod corespunzător a contractului.

Totodată, contestatoarea invocă faptul că autoritatea contractantă a încălcat principiile transparenței și egalității de tratament, deoarece nu a aplicat cerințele din documentația de atribuire în mod egal și transparent tuturor participanților.

Prin adresa nr. IN 13035/15.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 56193 din data de 15.11.2022, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu privire la contestația formulată de S.R.L., considerând-o neîntemeiată și fără obiect.

Autoritatea contractantă susține că, potrivit caietului de sarcini: "Furnizorul are obligația de a asigura continuitatea livrării de oxigen până la punerea în funcțiune a echipamentului tehnic de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid. Se solicită ofertanților să detalieze în propunerea tehnică obligatoriu și soluția de aprovizionare cu oxigen medicinal până la instalarea echipamentelor de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichid."

De asemenea, având în vedere faptul că furnizorul își asumă asigurarea continuității livrării de oxigen până la punerea în funcțiune a echipamentului tehnic de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid, la momentul depunerii ofertelor, autoritatea contractantă arată că a

considerat suficient asumarea obligației de asigurare a continuității livrării de oxigen, utilizând stațiile de butelii existente (sursa secundară de funcționare) și livrarea de butelii de 50 L până la punerea în funcțiune a echipamentului tehnic de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid.

Totodată, arată autoritatea că este de reținut și faptul că, în perioada de început a pandemiei COVID 19, alimentarea cu oxigen era realizată prin intermediul buteliilor de 50 L.

Autoritatea contractantă mai susține că a estimat cantitatea maximă necesară de oxigen prin prisma pandemiei COVID 19, când consumul de oxigen maxim zilnic înregistrat a fost de 7200 mc.

În perioada normală de funcționare consumul de oxigen înregistrat pe spital este de aproximativ 700 mc pe zi.

Având în vedere situația actuală, în care incidența cazurilor de COVID 19 este redusă, asigurarea continuității alimentării cu oxigen, susține autoritatea contractantă, nu este pusă în pericol, atât din punct de vedere al numărului de butelii, cât și al asigurării transportului acestora.

În ceea ce privește criticile contestatoarei privind neconformitatea ofertei câștigătoare, având în vedere localizarea punctelor de producție în raport cu Spitalul, autoritatea contractantă a considerat că, atât prin propunerea tehnică prezentată, cât și prin răspunsul la clarificările solicitate, ofertantul SC S.R.L. își menține propunerea tehnică de a pune la dispoziție autorității contractante:

- 3 stocatoare criogenice oxigen medicinal lichid de aprox. 10.000 mc, împreună cu toate autorizațiile de funcționare aferente;
- 3 vaporizatoare atmosferice de minim: 100 Nmc/oră;
- interconectarea instalației la rețeaua de distribuție a Spitalului;
- asigurarea unui debit uniform și continuu 24 ore/zi.

În condițiile proiectării și autorizării de către ISCIR a echipamentelor livrate, verificarea și autorizarea funcționării echipamentelor sunt apanajul ISCIR, autoritatea contractantă fiind beneficiarul final.

Având în vedere că ofertantul SC S.R.L. a prezentat în cadrul propunerii tehnice autorizațiile și fișele tehnice privind capacitatea de producție, respectiv calitatea oxigenului lichefiat, la momentul depunerii ofertelor, autoritatea contractantă a apreciat că SC S.R.L. îndeplinește și își asumă cantitatea și calitatea produsului ce urmează a fi livrat.

În ceea ce privește criticile privind nerespectarea cerinței privind durata de valabilitate a oxigenului medicinal, autoritatea contractantă susține că seria de fabricație pentru oxigenul medicinal lichefiat (și, implicit, valabilitatea sa) se eliberează după încărcarea produsului în autocisternă și analiza finală a acestuia, conform reglementărilor

ANMDM, având valabilitatea de 12 luni, de la data fabricației (data analizei finale). Autocisterna încărcată cu oxigen medicinal se livrează în cursul aceleiași zile către autoritatea contractantă, valabilitatea produsului fiind de 12 luni de la data fabricației.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că S.C. S.R.L. a prezentat traseul (.....) parcurs de cisternă ca având o durată de circa 9 ore.

Autoritatea contractantă mai arată că, în fabrica de la Reșița se lucrează în 3 schimburi, astfel încât încărcarea și eliberarea buletinului de analiză se poate realiza în intervalul 00:00 - 01:30, iar plecarea cisternei în jurul orei 2:00. Livrarea produsului la sediul autorității contractante se poate face până la prânz, iar durata medie de transvazare a oxigenului din cisternă în stocatorul instalat la sediul Spitalului se poate realiza în circa 40 minute.

În concluzie, comisia de evaluare a considerat îndeplinită cerința privind durata de valabilitate a oxigenului medicinal.

În ceea ce privește aspectele privind propunerea financiară, prețul neobișnuit de scăzut, autoritatea contractantă susține că, referitor la modul detaliat de fundamentare a prețului în m3, prezentat de S.C. S.R.L., comisia de evaluare a considerat suficientă justificarea oferită.

S.C. S.R.L. a prezentat detaliat structura procentuală a prețului, astfel:

- preț producător 47,50 %;
- cheltuieli transport inclusiv (depozitare și manipulare) 17,20 %;
- cheltuieli de personal (inclusiv locative) 6,7 %;
- alte cheltuieli curente 9,4 %;
- aprovizionare cu oxigen până la PIF rezervor 5,3 %;
- marja aferentă cotei aplicate în m3 13,9 %.

Fără a fi considerat „argument”, autoritatea contractantă menționează că în prezent achiziționează oxigen medicinal lichid de la S.C. S.R.L., la un preț unitar de 1,43 lei, fără TVA.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, CNSC reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, în 04.03.2022, o procedură de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui „ACORD-CADRU DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ DE OXIGEN MEDICINAL LICHID”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1039978.

Preliminar, CNSC constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, ... S.R.L. a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208553658/1, în valoare de 133.200 lei, emisă de CEC BANK – SUCURSALA PIAȚA, la data de 07.11.2022.

Prima critică a S.R.L. este că S.R.L. nu respectă obligația de a asigura continuitatea livrării de oxigen medicinal, fără întreruperi, până la punerea în funcțiune a echipamentelor tehnice și de stocare și nu detaliază soluția de aprovizionare pentru această perioadă.

Potrivit caietului de sarcini: "Furnizorul are obligația de a asigura continuitatea livrării de oxigen până la punerea în funcțiune a echipamentului tehnic de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid. Se solicită ofertanților să detalieze în propunerea tehnică obligatoriu și soluția de aprovizionare cu oxigen medicinal până la instalarea echipamentelor de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichid."

În decizia anterioară a CNSC, nr. 1855/C3/1863 din data de 02.09.2022, a fost reținut, cu valoare de adevăr juridic:

"Față de această afirmație, trebuie reținut, după cum arată contestatoarea, că autoritatea a solicitat ofertanților, în caietul de sarcini, să detalieze în propunerea tehnică, obligatoriu și soluția de aprovizionare cu oxigen medicinal până la instalarea echipamentelor de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichid. Gradul de detaliere este lăsat la latitudinea ofertanților, în absența unei anume precizări în caietul de sarcini. Prin urmare, nu poate fi respinsă oferta S.R.L. doar pentru că a apreciat suficientă o detaliere sumară, de genul:

"Ne asumăm obligația de a asigura un debit uniform și continuu de oxigen medicinal de la data intrării în vigoare a primului contract subsecvent, până la punerea în funcțiune a echipamentului tehnic de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid. Oxigenul medicinal va fi asigurat în butelii de oxigen medicinal puse la dispoziție de către furnizor, utilizând stații de butelii existente (sursa secundară funcțională), proprietate a achizitorului. Buteliile vor fi de un volum geometric de 50 litri, încărcate la 200 bar, măsurăți la 15 grade Celsius."

Din moment ce obligația de a asigura continuitatea livrării cu oxigen până la punerea în funcțiune a echipamentului a fost asumată în mod expres, oferta respectă cerința caietului de sarcini.

*Mai mult, pentru a nu exista îndoieli în acest sens, autoritatea a cerut S.R.L. clarificări, iar răspunsurile nr. 542/23.06.2022 (pagina 565 din dosarul achiziției publice) și nr. 546/23.06.2022 sunt edificatoare, **cu excepția probării că societatea are capacitatea de asigurare a continuității în livrarea oxigenului medicinal pentru perioada intermediară, în condițiile în care a depus certificatul de inspecție nr. AT5182/22.11.2021 pentru un singur autovehicul, iar necesarul de oxigen medicinal, pe durata intermediară, este de 7200 mc, 720 butelii/zi, ceea ce, într-adevăr, face ca utilizarea unui singur mijloc de transport să nu fie fezabilă**, cu atât mai mult cu cât nu este specificată capacitatea mijlocului de transport MAN (număr de butelii), locul de livrare, număr*

de livrări zilnice și stocul de butelii disponibile. Nu este suficientă precizarea că buteliile vor fi de volum geometric de 50 litri, încărcate la 200 bari/15 gr.C, trebuind detaliate, cel puțin, numărul de butelii, rulajul zilnic, disponibilitatea acestora, flota de autospeciale necesare și capacitatea acestora, locul de încărcare, traseul/distanțele parcurse.

Pe de altă parte, nu poate fi respinsă oferta S.R.L. din cauza absenței acestor informații, câtă vreme spitalul, prin solicitarea de clarificări nr. 1295/22.06.2022, nu le-a cerut.

În consecință, în baza art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și a art. 134 alin. (1) și (4) din H.G. 395/2016, revine SPITALULUI JUDEȚEAN DE URGENȚĂ "....." obligația de a întreprinde un demers de clarificare a ofertei cu privire la aceste aspecte, urmând să stabilească conformitatea ofertei doar după primirea răspunsului necesar din partea ofertantei. În absența acestui demers, evaluarea ofertei nu este considerată completă și temeinică."

La rândul său, CURTEA DE APEL, în urma plângerii împotriva deciziei CNSC, a reținut în decizia nr. 700/12.10.2022:

"Relativ la afirmația vizând nerespectarea de către a cerinței vizând asigurarea continuității livrării de oxigen medicinal, fără întreruperi, până la punerea în funcțiune a echipamentelor tehnice și de stocare, curtea constată că ofertanta și-a asumat prin Propunerea tehnică o astfel de obligație – punctul 8 (f. 157 vol. 3/3 ds. CNSC) și a oferit o serie de detalii cu privire la soluția de aprovizionare „Oxigenul medicinal va fi asigurat din butelii de oxigen medicinal puse la dispoziție de către furnizor, utilizând stațiile de butelii existente (sursa secundară funcțională) proprietate a achizitorului. Buteliile vor fi de volum geometric 50 litri, încadrate la 200 bar, măsurați la 150 C”, astfel că respectă cerința caietului de sarcini, statuările CNSC fiind judicioase; faptul că detalierile indicate de ofertantă nu sunt suficiente, nu poate conduce la respingerea propunerii, mai ales, în contextul în care, în eventualitatea aprecierii insuficienței informațiilor furnizate, autoritatea contractantă ar fi putut solicita clarificări suplimentare. Așadar, sub acest aspect, în mod corect CNSC a admis contestația dispunând ca autoritatea contractantă să solicite ofertantei clarificări cu privire la numărul de butelii, rulajul zilnic disponibilitatea acestora, flota de autospeciale necesară și capacitatea acestora, locul de încărcare, traseul/distanțele parcurse, în contextul în care, față de informațiile furnizate și de necesarul de oxigen medicinal pentru perioada intermediară -720 butelii/zi, **folosirea unui singur mijloc de transport – fiind indicat Certificatul de inspecție nr. AT5182/22.11.2021, apare ca nefiind fezabilă.** În ceea ce privește afirmația privind inutilitatea solicitării de clarificări la care a fost obligată autoritatea contractantă prin decizia contestată, față de imposibilitatea evidentă, în opinia petentei, de livrare a oxigenului medicinal lichefiat

pentru perioada intermediară, curtea reține, în acord cu statuările CNSC că această solicitare de clarificări este necesară în contextul dat, mai ales având în vedere că ofertanta și-a asumat explicit în propunerea tehnică îndeplinirea acestei cerințe specificate în documentația de atribuire.”

După aceste decizii, ... a transmis S.R.L. solicitarea nr. 1950/13.09.2022:

”1) Va rugam sa probati cu documente ca societatea dvs. are capacitatea de a asigura continuitate in livrarea oxigenului medicinal pentru perioada intermediara, in conditiile in care a fost depus certificatul de inspectie nr. AT5182/22.11.2021 pentru un singur autovehicul, iar necesarul de oxigen medicinal este de 7200 mc, 720 butelii/zi, ceea ce face ca utilizarea unui singur mijloc de transport sa nu fie fezabil.

2) Specificati care este capacitatea mijlocului de transport MAN (numarul de butelii), locul de livrare, numarul de livrari zilnice si—ștocul de butelii disponibile.

3) Va rugam detaliati care este numarul de butelii pus la dispozitia A.C., rulajul zilnic, disponibilitatea acestora, flota de autospeciale necesare si capacitatea acestora, locul de incarcare, traseul/ distantele parcurse.

4) Clarificati daca aveti posibilitatea de a livra debitul maxim impus de catre AC, de la locurile de productie si aprovizionare.

5) Clarificati care sunt locatiile de unde urmeaza a fi livrat produsul, traseele si duratele de transport?

6) Va rugam sa clarificati si sa probati ca data fabricarii oxigenului coincide cu data livrarii acestuia.

7) In conformitate cu prevederile art. 210 alin (1) din Legea nr. 98/2016, in cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzut în raport cu produsele care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse.

În acest sens, avand in vedere ca oferta dvs. financiara este sub 80 % din valoarea estimata, vă solicităm explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, explicații ce vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, 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, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru, ajutorul de stat, astfel :

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebite de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

8) Va rugam sa ne transmiteti acceptul dvs. privind prelungirea valabilitatii ofertelor depuse, de la data expirarii perioadei de valabilitate a ofertelor pana la data de 29.11.2022."

La prima întrebare, ...S.R.L. a răspuns după cum urmează:

„Suplimentar, fata de documentele depuse anterior, unde am mentionat mijlocul de transport al societatii noastre, depunem certificate de inspectie pentru un numar de 6 (sase) autospeciale, fiecare avand o capacitate de cca. 20 tone, adica 240 butelii cu volum de 50 litri, a cate 10,7 mc/butelie (la 150C si 1 bar), pe fiecare transport. Aceste autospeciale reprezinta o capacitate de transport suplimentara a partenerilor nostri, la care vom apela, in functie de necesarul real de oxigen in butelii si durata efectiva a lucrarilor de punere in functiune. Acesti parteneri nu sunt subcontractanti in aceasta procedura intrucat numarul de curse potentiale este variabil si nu are caracter repetitiv pe durata acordului cadru. Totodata acestia au un contract valabil de transport cu societatea noastra.

Capacitatea de transport zilnica este de 6×240 butelii = 1.440 butelii, respectiv 15.408 mc de oxigen medicinal. Atasam prezentului raspuns, Copie conforma, Autorizatii ADR, Taloanele autospecialelor/Carte de identitate”.

Din acest răspuns reiese limpede că S.R.L. și-a modificat oferta, prin cooptarea unor parteneri care să realizeze capacitatea de transport necesară, parteneri despre care nu a menționat nimic în oferta inițială și în precedentul răspuns de clarificare.

Acești parteneri trebuiau menționați de la început în ofertă, astfel cum a fost menționat subcontractantul S.R.L., tocmai pentru servicii specializate de transport.

Faptul că S.R.L. nu i-a indicat în ofertă pe transportatorii S.R.L. ȘI S.R.L. este greșeala exclusivă a S.R.L., din moment ce avea contracte cu aceștia din 2017 și 2020, înainte de depunerea ofertei.

Este un nonsens ca S.R.L. să fie subcontractant declarat pentru servicii de transport și S.R.L. și S.R.L. să nu fie

declarați deloc în ofertă, pentru ca abia în răspunsul de clarificări nr. 759/16.09.2022, după că ofertanta și-a dat seama că nu are capacitatea de transport necesară, să invoce că are contracte cu partenerii S.R.L. și S.R.L.

O asemenea atitudine dovedește o lipsă de seriozitate în elaborarea ofertei și o ignorare a celor statuate atât de CNSC, cât și de CURTEA DE APEL, unde s-a reținut un singur mijloc de transport, al ofertantei, nicidecum 6 autospeciale ale vreunor parteneri.

În consecință, oferta S.R.L. trebuia respinsă cel puțin pentru că răspunsul este neconcludent în sensul acoperirii întregii capacități de cu unicul mijloc de transport indicat de ofertantă și, pe de altă parte, pentru că oferta a fost modificată prin cooptarea unor parteneri care trebuiau declarați subcontractanți, tocmai pentru a acoperi necesarul de transportabil în butelii.

Prin urmare, îi erau aplicabile ofertei S.R.L. prevederile din normele de aplicare a legii achizițiilor publice:

"Art. 134. - (5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar (.....) clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă".

Punctul de vedere al SPITALULUI JUDEȚEAN DE URGENȚĂ "....." nu tratează deloc neconcludența răspunsului și modificarea ofertei.

Faptul că autoritatea a estimat greșit volumul de 7200 mc, 720 butelii/zi, nu înseamnă că ofertanții nu trebuiau să respecte documentația de atribuire, respectiv să asigure volumul cerut prin aceasta.

Prin urmare, este întemeiată prima critică a contestatoarei, constatare suficientă pentru respingerea actualei oferte câștigătoare.

În plus, oferta S.R.L. este inadmisibilă și pentru că singurul mijloc de transport declarat inițial, cu certificatul de inspecție nr. AT5182/22.11.2021, nu este în măsură să acopere necesarul de oxigen medicinal, pe durata intermediară, de 7200 mc, 720 butelii/zi, de la punctul de livrare ...-...., situat la aproximativ 470 km față de sediul autorității contractante.

În răspunsul său nr. 759/16.09.2022, ...S.R.L. a informat că mijlocul său de transport MAN are capacitatea de 144 butelii, ceea ce corespunde unui volum total de 1540,8 oxigen medicinal comprimat, în timp ce necesarul autorității care trebuia acoperit de ofertant este de 7200 butelii/zi, pentru ATI, Boli infecțioase și Spital

Pentru livrarea a 720 de butelii, termenul aferent transportului cu singurul mijloc declarat inițial, de la aproximativ 470 km depărtare, depășește substanțial 42 de ore, ceea ce înseamnă că nu se încadrează în volumul impus zilnic.

Chiar S.R.L. declară, în același răspuns, că rulajul presupune 3 curse zilnice cu trei autospeciale. Prin urmare, este neconcludent respectivul răspuns, iar oferta trebuia respinsă și din această cauză.

Neconcludența rezultă și mai evident din răspunsul la întrebarea nr. 6:

"Va rugam sa clarificati si sa probati ca data fabricarii oxigenului coincide cu data livrării acestuia.

Răspuns:

Va rugam sa aveți in vedere ca seria de fabricație pentru oxigenul medicinal lichefiat (si, implicit, valabilitatea sa) se elibereaza dupa incarcarea produsului in autocisterna si analiza finala a acestuia, conform reglementarilor ANMDM, avand valabilitatea de 12 luni de la data fabricației (data analizei finale).

Autocisterna incarcata cu oxigenul medicinal se livreaza in cursul aceleiași zile către Autoritatea Contractanta, valabilitatea produsului fiind astfel, de 12 luni de la data fabricației. Cisterna circula, in principal, pe traseul, cu o durata a transportului de cca 9 ore. Fabrica noastră de la Resita lucreaza in 3 schimburi, astfel incarcarea si eliberarea buletinului de analiza se va realiza in intervalul 00:00 a.m.-01:30 a.m., plecarea in jurul orei 2:00 a.m. Asa cum reiese dintr-un calcul simplu, livrarea produsului la destinatia finala se va efectua in jurul prânzului, durata medie de tranzvazare a oxigenului din cisterna in stocatorul instalat la sediul spitalului este de cca 40 min. Ori, in aceste condiții, este absolut evident ca termenul de valabilitate a produsului este de 12 luni de la data de livrare care coincide cu data de fabricație (data analizei finale).

Tinand cont de cele de mai sus consideram îndeplinita cerința din caietul de sarcini cu clarificările ulterioare, termenul de valabilitate de la data fabricației fiind identic cu termenul de valabilitate de la data livrării, astfel data fabricației mentionata in oferta noastră reprezintă si data livrării."

Separat de faptul că unicul mijloc de transport al buteliilor declarat de S.R.L. nu poate asigura necesarul zilnic impus prin documentația de atribuire, CNSC observă că S.R.L. nu a probat în niciun fel faptul că data fabricării oxigenului coincide cu data livrării acestuia, cum i-a cerut expres autoritatea contractantă.

Ofertanta trebuia să fie cu atât mai atentă în redactarea răspunsului cu cât a fost parte în litigiul anterior în fața CNSC și a Curții de Apel, iar CNSC a consemnat în decizie:

"Explicația dată de S.R.L., că *"seria de fabricație pentru oxigenul medicinal lichefiat (și, implicit, valabilitatea sa) se eliberează după încărcarea produsului în autocisternă și analiza finală a acestuia"*, nu este mulțumitoare, întrucât **nu reiese de nicăieri, dintr-o normă internă a producătorului sau altă reglementare, că data fabricării este identică cu data analizei finale sau a seriei de fabricație**, care se *"eliberează după încărcarea produsului în autocisternă"*. **Această explicație, în contextul cerinței de conformitate impuse de autoritate, trebuia demonstrată, neputând fi acceptată pur și simplu."**

Inclusiv CURTEA DE APEL a atras atenția asupra clarificării cu probe a propunerii tehnice (pagina 16 din decizie), probe care nu au fost furnizate de către S.R.L., cu toate că i-au fost cerute de către autoritate.

Răspunsul ofertantei este unul vădit neconcludent și pentru că nu justifică prețul neobișnuit de scăzut, în condițiile în care nu a respectat atât solicitarea expresă a SPITALULUI JUDEȚEAN DE URGENȚĂ "....." de a prezenta dovezi concludente, dar și art. 136 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016:

"(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, 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, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru."

Prin urmare, în această situație, este aplicabil art. 136 alin. (3) din H.G. 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."*, oferta în discuție trebuind să fie respinsă ca neconformă.

Textul din H.G. nr. 395/2016 este imperativ, neacordând posibilitatea autorității contractante să accepte oferta.

În condițiile date, în care s-a stabilit mai sus caracterul inadmisibil al ofertei S.R.L., cercetarea de către CNSC a celorlalte trei aspecte reclamate de contestatoare este de prisos, ea neputând schimba situația ofertei, în sensul transformării ei în una admisibilă.

Astfel, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, CNSC va admite contestația formulată de S.R.L. și va obliga autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 21625/27.10.2022, respectiv partea referitoare la evaluarea ofertei S.R.L., și la anularea comunicărilor care conțin rezultatul acesteia, conform

considerentelor de mai sus. Va dispune și reevaluarea ofertei în referință, în termen de 15 de zile de la comunicarea prezentei.

CNSC consideră întemeiată și va admite solicitarea de obligare a autorității contractante, aflate în culpă, la plata cheltuielilor efectuate de S.R.L. în cursul judecării contestației. Cheltuielile solicitate sunt în sumă de 17.821,40 lei și reprezintă onorariul avocațial pentru, facturat cu nr. 0970/23.11.2022 și achitat de contestatoare la 24.11.2022 (extras ING BANK), potrivit actelor depuse în copie la dosarul cauzei. Deci, autoritatea va fi obligată la plata cheltuielilor către intervenientă.

Pornind de la dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 451 alin. (2) CPC – "Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său". –, și văzând că suma cerută este exagerată, CNSC urmează a reduce cuantumul ei la 2000 de lei, față de care autoritatea va fi obligată la plata către contestatoare.

În contestația anterioară, cheltuielile solicitate de S.R.L. au fost în sumă de 1.960,86 lei, adică de aproape 10 ori mai mici față de cele cerute acum.

Speța de față constituie o continuitate, criticile fiind cea mai mare parte aceleași, nu este de complexitate ridicată și nu au fost necesare audieri sau concluzii din partea părților.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de S.R.L., în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 21625/27.10.2022, respectiv partea referitoare la oferta S.R.L., și la anularea adreselor prin care a fost comunicată declararea câștigătoare a acestei oferte. Dispune reevaluarea acestei oferte, conform considerentelor de mai sus, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Obligă la plata către S.R.L. a sumei de 2.000 lei, reprezentând cheltuieli parțiale efectuate de aceasta din urmă pentru formularea și susținerea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....