

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. 971/C1/879

Data: 02.05.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 17647/03.04.2023, formulată de SC SRL, cu sediul în, Drumul Osiei nr. 75-79, ..., având cod unic de înregistrare, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin și convențional prin SPRL, cu sediul ales pentru comunicarea actelor în, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect: „Oxigen medicinal”, cod CPV: 24111900-4, s-a solicitat:

- constatarea ca nelegală și netemeinică a respingerii de către autoritatea contractantă a ofertei aferentă lotului 1 depusă de SC SRL și respectiv de anulare a comunicărilor, a raportului procedurii nr. 6619/21.03.2023, precum și anularea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente, precum și a celor conexe comunicărilor, emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire (cum ar fi, dar fără a se limita la raportul procedurii, deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii, procesele-verbale de evaluare a conformității, fișele individuale de punctaj tehnic etc., în cazul în care acestea vor fi emise până la data soluționării prezentei contestații);

- 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.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 20427/18.04.2023, ..., cu sediul în, ..., cod unic de, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin și convențional prin avocat, în calitate de ofertant câștigător, a formulat cerere de intervenție, în baza art. 63 Cpc și art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în cadrul dosarului nr. 879/2023 în aceeași procedură de atribuire, solicitând admiterea cererii de intervenție și respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de SC SRL.

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

În introducerea contestației, SC SRL prezintă un scurt istoric al derulării procedurii de atribuire.

Contestatorul apreciază că oferta declarată câștigătoare ar fi trebuit descalificată ca fiind inacceptabilă și neconformă, deoarece a introdus o serie de condiționări suplimentare în cadrul propunerii tehnice, care nu au fost acceptate și însușite de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

Potrivit contestatorului, ofertantul declarat câștigător nu și-a asumat obligația de a pune la dispoziție numărul de butelii de oxigen solicitat de autoritatea contractantă și nu a respectat prevederile privind termenul maxim de livrare de cinci zile.

Contestatorul critică lipsa asumării obligațiilor prevederilor privind protecția muncii și a mediului a ofertantului declarat câștigător, această cerință fiind prevăzută expres în caietul de sarcini.

Invocă în susținere art. 133 din HG nr. 395/2016 și face referire la fișa de date, capitolul IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, precizând că autoritatea contractantă a încălcat aceste obligații legale, ignorând propriile cerințe din cuprinsul fișei de date, prin declararea ca fiind conformă și acceptabilă oferta

Contestatorul atașează o captură de ecran, prin care prezintă din propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător, condițiile de închiriere ambalaje furnizor.

Susține că aceste cerințe nu se regăsesc în cuprinsul documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă nu și-a asumat modificarea documentației de atribuire cu astfel de clauze.

Menționează că ofertantul declarat câștigător cuprinde în cadrul ofertei sale o serie de prețuri pentru servicii auxiliare în raport cu buteliile sale, servicii care nu fac obiectul procedurii de atribuire, invocând în susținere art. 83. alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Precizează că documentația de atribuire, odată necontestată, devine obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă, motiv pentru care o suplimentare a obiectului acordului-cadru în această modalitate, contravine principiilor procedurii de atribuire.

Apreciază clauzele inserate de ofertantul declarat câștigător, ca fiind în dezavantajul autorității contractante, care este limitată la a comanda butelii în număr minim de 36/transport, indiferent de necesitatea efectivă, urmând să achite tarife suplimentare pentru serviciile auxiliare prestate de ofertantul declarat câștigător, fapt ce ar

duce la modificarea indicilor care au stat la baza calculării valorii estimate a achiziției.

Potrivit contestatorului, această taxare suplimentară pentru serviciile auxiliare poate duce la eludarea valorii totale estimate a procedurii de atribuire.

Menționează că, prin răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări nr. 4158/20.02.2023 (clarificarea nr. 9), tarifele pentru serviciile auxiliare în raport cu buteliile, au fost respinse de către autoritatea contractantă.

Contestatorul susține că ofertantul declarat câștigător nu a ținut cont de clauza elaborată de autoritatea contractantă, încălcând prevederile art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și invocă art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Precizează că ofertantul declarat câștigător nu și-a asumat obligația de a pune la dispoziție numărul de butelii de oxigen solicitat de autoritatea contractantă.

Potrivit contestatorului, prin solicitarea sa de clarificări nr. 2, a evidențiat faptul că există o neconcordanță la nivelul caietului de sarcini, deoarece autoritatea contractantă și-a asumat utilizarea buteliilor aflate în proprietatea sa, precum și folosința gratuită a 200 de butelii proprietatea furnizorului, însă buteliile proprietatea autorității contractante erau insuficiente raportate la cantitatea de oxigen medicinal necesar.

În susținerea celor expuse, atașează clarificarea nr. 2 și răspunsul la clarificare.

Precizează că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 4158/20.02.2023, autoritatea contractantă a suplimentat numărul de butelii proprietatea furnizorului pentru care nu se percepe chirie de la 200 la 350 butelii.

În opinia contestatorului, oferta declarată câștigătoare nu satisface cerințele caietului de sarcini, deoarece din oferta sa tehnică reiese că dispune de un număr inferior de butelii pentru a fi puse la dispoziția autorității contractante și apreciază că oferta trebuia respinsă ca fiind neconformă în baza prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Un alt aspect criticat de contestator este faptul că operatorul declarat câștigător nu respectă termenul de livrare specificat în cuprinsul caietului de sarcini, și anume 5 zile de la lansarea comenzii.

Menționează că în oferta depusă de operatorul declarat câștigător se specifică faptul că termenul de livrare este de cinci zile de la momentul recepției comenzii efectuate de către autoritatea contractantă.

Un alt aspect criticat de către contestator este lipsa asumării obligațiilor ofertantului declarat câștigător decurgând din prevederile privind protecția muncii și a mediului.

În susținerea sa, contestatorul prezintă punctul 11 din caietul de sarcini și invocă art. 51 din Legea nr. 98/2016.

Apreciază că ofertantul declarat câștigător nu și-a asumat respectarea obligațiilor indicate în caietul de sarcini aplicabile în domeniul mediului, social și al muncii, neexistând în cadrul ofertei sale nicio declarație.

Invocă în susținere prevederile art. 51 alin. (2) și art. 176 alin. (1) lit. a) din Lega nr. 98/2016.

Contestatorul subliniază faptul că nu au fost asumate și nici menționate o serie de obligații solicitate expres de autoritatea contractantă, și anume:

- Obligația ca furnizorul să răspundă complet pentru produsele furnizare prin contract împotriva pierderii sau deteriorării neprevăzute la fabricare, transport și livrare până la sediul

achizitorului - conform pag. 3 din răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări nr. 4158/20.02.2023;

- Obligația de a-și asuma responsabilitatea pentru livrarea în termenul agreat al produselor considerându-se că s-au luat în calcul toate dificultățile pe care le-ar putea întâmpina în acest sens și nu va invoca niciun motiv de întârziere sau costuri suplimentare;
- Obligația de instruire la fața locului a personalului desemnat de autoritatea contractantă;
- Obligația de realizare a recepției produselor după livrarea oxigenului medicinal, nu la momentul livrării;
- Lipsa prezentării în propunerea tehnică a metodelor de combatere a riscurilor aferente executării acordului-cadru conform Cap. 7 lit. b) din caietul de sarcini;
- Obligația de a asigura suport tehnic, respectiv un punct de contact dedicat personalului autorizat al autorității contractante unde se poate semnala orice problemă care necesită mentenanța preventivă sau solicită suport tehnic contractantului în gestionarea unui incident pentru a se asigura că orice situație semnalată este tratată cu promptitudine;
- Obligația ca factura să fie însoțită de certificat de calitate conform pag. 7 din caietul de sarcini.

Contestatorul menționează că prețul ofertat de ofertantul declarat câștigător reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a acordului-cadru.

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

În concluzie solicită admiterea contestatei, anularea comunicărilor privind rezultatul procedurii, precum și a tuturor actelor subsecvente și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, cu reevaluarea ofertelor tehnice ale celor doi operatori economici participanți.

În probațiune anexează contestației următoarele documente:

Anexa nr. 1 - Documentația de atribuire, comunicările privind rezultatul procedurii;

Anexa nr. 2 - Solicitarea de clarificări transmisă de; Anexa nr. 3 - Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 4158/ 20.02.2023;

Anexa nr. 4 - Dovada transmiterii contestației autorității contractante;

Anexa nr. 5 - Împuternicire avocațială.

Prin adresa nr. 8117/07.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 18969/07.04.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca netemeinică și nefondată.

În subsidiar, solicită menținerea rezultatului procedurii pentru lotul 1 în urma evaluării ofertelor tehnice și financiare a celor doi operatori economici participanți la procedură.

În introducerea punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă istoricul derulării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractanta susține faptul că, în urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” l-a declarat ca fiind câștigător pe ofertantul- oferta câștigătoare clasată pe locul 1 pentru lotul 1, iar oferta contestatorului a ocupat în clasamentul final locul 2 pentru lotul 1.

Totodată, precizează că în data de 15.02.2023, operatorul economic SC SRL i-a solicitat clarificări, înregistrate sub nr. 3798, solicitând anumite completări/modificări ale structurii, cerințelor caietului de sarcini, precum și a draft-ului de contract de furnizare produse, atașat documentației de atribuire.

În urma analizei clarificărilor solicitate, susține că a întocmit un răspuns de clarificări consolidat, înregistrat sub nr. 4158/20.02.2023, pe care l-a publicat în SEAP pentru a fi adus la și cunoștința celorlalți operatori economici interesați.

După deschiderea procedurii, în data de 09.03.2023, autoritatea contractantă menționează că a solicitat clarificări ofertantului, în legătură cu „numărul maxim de butelii proprietate furnizor, întrucât conform Răspunsului consolidat oferit de autoritatea contractantă în data de 20.02.2023, s-a modificat cerința caietului de sarcini cu privire la acest aspect: «Buteliile cu oxigen medicinal comprimat vor fi sigilate corespunzător. Pentru tuburile proprietatea furnizorului nu se va percepe chirie pentru un număr de 350 butelii și o perioadă maximă de 90 zile»”.

Totodată, precizează că i-a pus ofertantului în vedere să precizeze dacă a luat la cunoștință de răspunsul consolidat din data de 20.02.2023.

Ofertantul, prin adresa nr. 5804/10.03.2023, a răspuns la clarificările solicitate, precizând că a luat la cunoștință de răspunsul consolidat prezentat și este de acord cu mențiunile făcute, și anume să „nu percepem chirie pentru un număr de 350 butelii pentru o perioadă maximă de 90 zile”.

Prin răspunsul primit, autoritatea contractantă susține că a considerat că operatorul economic este de acord cu modificările aduse prin răspunsul consolidat oferit, și că îndeplinește întocmai cerințele caietului de sarcini.

Astfel, precizează că analizând oferta tehnică prezentată de operatorul economic a apreciat că îndeplinește toate cerințele de calificare solicitate prin documentația de atribuire, implicit în caietul de sarcini, iar în urma punctajului acordat factorilor de evaluare pe secțiune, acesta a obținut un număr de 30 puncte - punctaj maxim, oferta sa fiind declarată conformă din punct de vedere tehnic.

Totodată, subliniază că același punctaj pe secțiune a fost obținut și de operatorul economic SC SRL, oferta tehnică a acestuia fiind declarată conformă, îndeplinind toate cerințele de calificare solicitate prin documentația de atribuire, implicit în structura caietului de sarcini.

Referitor la critica contestatorului, precum că, propunerea tehnică a cu referire la: „buteliile se vor livra paletizat, cantitatea minimă/curs va fi de min. 36 bucăți” ar reprezenta în accepțiunea sa o condiționare suplimentară, autoritatea contractantă precizează că prin caietul de sarcini nu a solicitat un număr minim sau maxim de

butelii/comandă, și având în vedere că ofertantul câștigător specifică doar un număr minim de paletizare, apreciază că această critică nu poate fi primită, întrucât comenzile pentru buteliile de 50 l transmise de autoritatea contractantă sunt peste nivelul minim specificat (60-80 butelii/comandă), aspect care îl poate confirma și contestatorul, având în momentul de față contract încheiat cu acesta.

Cu privire la critica contestatorului, precum că cuprinde în cadrul ofertei o serie de prețuri pentru servicii auxiliare în raport cu buteliile proprietatea sa, autoritatea contractantă menționează că și contestatorul prin clarificările cerute a solicitat completarea ofertei cu prețuri ale unor servicii care nu fac obiectul procedurii de atribuire, dar care pot fi adiacente obiectului furnizării și care ar putea fi prevăzute în contract, însă prin răspunsul consolidat, autoritatea contractantă precizează că a specificat următoarele: „În cazul în care buteliile, paleții metalici și chingile de ancorare nu se schimbă sau nu se returnează în decurs de 3 luni, proprietarul are dreptul de a declara pierdute buteliile, paleții metalici și chingile de ancorare și de a factura chiriei chiriei contravaloarea produsului la prețul pieței, din care se va scădea uzura acestor produse”.

Astfel, subliniază faptul că prin răspunsul la clarificări din data de 10.03.2023 a specificat faptul că a luat la cunoștință de răspunsul consolidat și își însușește cele modificate și completate de autoritatea contractantă, motiv pentru care acele prețuri nu au fost luate în considerare.

Cât privește critica referitoare la faptul că ofertantul declarat câștigător nu respectă prevederile privind termenul de livrare, întrucât în opinia acestuia, autoritatea contractantă prin caietul de sarcini a solicitat: „termenul de livrare va fi de 5 zile de la lansarea comenzii”, iar în oferta depusă specifică faptul că: „termenul de livrare va fi de maxim 5 zile de la recepția comenzii”, autoritatea contractantă apreciază că nici aceasta critică nu poate fi primită, întrucât poate fi considerată o interpretare de nuanță, comenzile fiind transmise/ lansate prin fax, iar acestea sunt recepționate de furnizor prin confirmarea de fax primită.

Mai mult decât atât, consideră că utilizarea de către ofertantul declarat câștigător a sintagmei „maxim”, nu poate fi decât un beneficiu pentru autoritatea contractantă, având în vedere importanța obiectului contractului, respectiv „oxigen medicinal comprimat”, acesta fiind un produs indispensabil desfășurării activității medicale, mai ales în contextul epidemiologie al posibilelor infectări cu virusul SARS-CoV-2.

Referitor la critica cum că lipsește asumarea obligațiilor decurgând din prevederile privind protecția muncii și a mediului din partea ofertantului declarat câștigător, autoritatea contractantă susține că în opinia sa aceasta este nefondată, întrucât conform structurii caietului de sarcini, respectiv pct. 11, pag. 7, a specificat următoarele: „Cadrul legal care guvernează relația dintre autoritatea contractantă și contractant (inclusiv în domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă), Ofertantul devenit contractant are obligația de a respecta în executarea contractului, obligațiile aplicabile în domeniul mediului, social și al muncii

institute prin dreptul Uniunii, prin dreptul național, prin acorduri colective sau prin dispozițiile internaționale de drept în domeniul mediului, social și al muncii enumerate în Directiva 2014/24 (...)."

Astfel, susține că această obligație revine contractantului, a priori la încheierea și semnarea contractului.

În opinia autorității contractante, cu privire la celelalte critici cuprinse în contestația depusă, SC SRL nu face decât să emită anumite speculații, fără o bază reală și factuală, și subliniază că:

- a depus în cadrul propunerii tehnice toate autorizațiile, avizele necesare furnizării acestui produs, considerat medicament de către

- este un furnizor cu experiență în domeniul furnizării oxigenului lichid și comprimat, având o relație contractuală cu acesta de peste 17 ani.

Autoritatea contractantă înțelege să arate că, în ceea ce privește evaluarea propunerilor financiare, după aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate preț”, oferta prezentată de operatorul economic s-a clasat pe loc I cu un punctaj pe secțiune de 70 puncte și un preț de 185 lei/butelie, ofertă declarată admisibilă.

Totodată, arată că oferta financiară a operatorului economic SC SRL a întrunit un punctaj pe secțiune de 51.59 puncte și un preț de 251 lei/butelie, oferta fiind declarată admisibilă dar necâștigătoare.

Astfel, în urma punctajului acordat și după aplicarea criteriului de atribuire stabilit în documentația de atribuire, oferta prezentată de operatorul economic s-a clasat pe locul I cu un total de 100 puncte, iar oferta prezentată de SC SRL a fost clasată pe locul 2 cu un punctaj de 81.59 puncte.

Cu privire la critica contestatorului precum că, prețul ofertat de reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului, autoritatea contractantă înțelege să invoce prevederile art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, considerând că acest aspect rămâne la aprecierea sa, în urma analizei efectuate asupra ofertei financiare depusă.

Mai mult decât atât, apreciază că nici contestatorului nu i s-a solicitat justificare de preț, oferta acestuia fiind de 803.200 lei, raportată la cantitatea minimă până la 31.12.2023, reprezentând astfel, un procent de 71,72% din valoarea estimată a achiziției.

Or, pentru o analiză corectă și egală a ofertelor depuse, poate s-ar fi impus solicitare de justificare a prețului ambilor operatori economici participanți, susține autoritatea contractantă.

De asemenea, precizează că însăși contestatorul are dubii în ceea ce privește întocmirea și prezentarea ofertei sale, întrucât prin contestația formulată a solicitat în mod expres: „ (...) reevaluarea ofertelor tehnice și financiare ale celor doi operatori economici participanți”, inclusiv oferta depusă de SC SRL.

Față de cele expuse mai sus, apreciază că în calitate de autoritate contractantă a respectat întocmai principiile în materia achizițiilor publice, a evaluat în mod corect ofertele depuse, a întocmit raportul

procedurii în mod legal și pe cale de consecință, solicită respingerea contestației ca fiind una netemeinică și nefondată.

Atașat punctului de vedere în original nr. 8117/07.04.2023, înregistrat la CNSC sub nr. 19292/10.04.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

Întrucât SC SRL a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 19762/879/C1/11.04.2023, Consiliul i-a comunicat acestuia termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise, acesta prezentându-se la sediul CNSC în data de 12.04.2023.

În urma studierii dosarului achiziției publice, SC SRL transmite concluzii scrise prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 20235/13.04.2023.

Prin intermediul acestora, contestatorul susține că dorește să răspundă punctului de vedere transmis de către autoritatea contractantă în data 07.04.2023, și reiterează solicitarea privind admiterea contestației.

Referitor la prețul aparent neobișnuit de scăzut, precizează faptul că autoritatea contractantă recunoaște în cadrul pag. 7 din punctul de vedere faptul că nu a fost efectuată o solicitare de justificare a prețului aparent neobținut de scăzut oferat de

Conform celor două formulare de ofertă financiară, ofertantul declarat câștigător a oferat un preț de 592.000 lei fără TVA (cantitatea minimă), în timp ce contestatorul susține că a oferat un preț de 803.200 lei pentru aceeași cantitate.

În opinia acestuia, diferența este una notabilă, iar oferta reprezintă aproximativ 53% din valoarea estimată de autoritatea contractantă (cantitatea minimă). Verificarea unui preț cu un caracter neobișnuit de scăzut nu reprezintă o opțiune a autorității contractante, ci o obligație a acesteia, menită să îi garanteze că, în schimbul prețului, pe care îl va plăti, va obține satisfacerea nevoilor sale de achiziție, descrise în documentele procedurii, la nivelul calitativ și cantitativ urmărite și reieșind din documentația de atribuire.

Astfel, contestatorul detaliază în cuprinsul concluziilor scrise prevederile art. 210 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Mai mult decât atât, contestatorul apreciază că în afara elementelor din cadrul justificării de preț, este necesară și anexarea unor documente justificative care să susțină fiecare explicație în parte conform prevederilor art. 136 alin. (2) și art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

În opinia contestatorului, prin coroborarea prețului aparent neobișnuit de scăzut cu faptul că ofertantul declarat câștigător a prevăzut o cantitate minimă de 36 butelii/comandă, precum și cu prețurile suplimentare, aferente serviciilor auxiliare la butelii, rezultă faptul că acest preț ofertat nu reprezintă prețul final pentru furnizarea oxigenului medicinal lichefiat de către și că la această ofertă financiară urmează a se adăuga costuri suplimentare.

De asemenea, subliniază faptul că taxarea suplimentară, pentru serviciile auxiliare, conduce invariabil la majorarea prețului total, deci

implicit la eludarea valorii totale estimate a procedurii de atribuire, în sensul facturării suplimentare a acestor servicii în detrimentul autorității contractante.

În concluzie, contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă avea obligația de a se asigura de faptul că produsele achiziționate satisfac nevoile urmărite prin organizarea procedurii de atribuire la standarde de calitate acceptabile prin transmiterea unei solicitări de clarificări a prețului aparent neobișnuit de scăzut oferat de, indiferent dacă acest operator are o relație contractuală cu autoritatea contractantă de 17 ani sau nu, prevederile anterior menționate fiind imperative.

Referitor la condiționarea suplimentară privind numărul minim de butelii, contestatorul arată faptul că la pag. 4 din punctul de vedere, autoritatea contractantă susține că transmite oricum comenzi peste nivelul minim de 36 bucăți (aprox. 60-80 butelii/comandă), motiv pentru care această condiționare suplimentară nu este de natură să fie aplicată în practică.

Astfel, subliniază faptul că autoritatea contractantă a organizat o procedură de atribuire, nefiind vorba despre o negociere, pentru ca fiecare ofertant să adauge condiționări suplimentare documentației de atribuire.

În viziunea contestatorului, indiferent de ce se întâmplă în practică (deși necesitatea unei comenzi de urgență a stocului existent cu mai puțin de 36 butelii poate apărea oricând - având în vedere scopul și utilizarea produsului furnizat), prevederile legale nu permit asumarea de către autoritatea contractantă a unor obligații suplimentare propuse în oferte față de cele incluse în documentația de atribuire.

Astfel cum susține că a dezvoltat în cuprinsul contestației, ofertele sunt menite să demonstreze îndeplinirea cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv, nu să adauge la acestea.

Contestatorul precizează faptul că scopul realizării achiziției este satisfacerea unui interes de ordin public, iar natura relațiilor dintre autoritatea contractantă și operatorii economici participanți este una de subordonare în fața acestui interes. Trecând peste faptul că această completare cu noi condiționări prin ofertă este nelegală, clauza privind cantitatea minimă de 36 butelii/comandă inserată de ofertantul declarat câștigător este în mod vădit stipulată în dezavantajul autorității contractante, și implicit în dezavantajul interesului public urmărit, care este limitată la a comanda butelii în număr minim de 36/transport, indiferent de necesitatea efectivă a pacienților.

Totodată, menționează că, în eventualitatea în care autoritatea contractantă ar fi declarat în mod public și cu respectarea principiului transparenței și a egalității de tratament faptul că acceptă asemenea limitări cantitative în efectuarea comenzilor, la procedura de atribuire ar fi putut participa mai mulți operatori economici, există posibilitatea să se fi depus oferte financiare mai avantajoase, deoarece în mod cert această eficientizare a numărului de comenzi raportat la cantitatea comandată ar fi scăzut costul transportului produsului achiziționat.

Referitor la numărul minim de butelii pentru care nu se percepe chirie și serviciile auxiliare, conform punctului de vedere, contestatorul susține că autoritatea contractantă declară faptul că prețurile aferente serviciilor auxiliare inserate de în ofertă nu au fost luate în considerare, deoarece acesta a declarat că își însușește cele modificate și completate prin răspunsul consolidat din 20.02.2023, aceeași declarație fiind făcută și în raport cu numărul de 350 de butelii pentru care nu se percepe chirie.

Contestatorul arată faptul că autoritatea contractantă a invocat răspunsul ofertantului declarat câștigător nr. 5804/10.03.2023 la solicitarea de clarificări nr. 5686/09.03.2023 pentru a argumenta faptul că acest operator și-a asumat modificarea ofertei în funcție de cele reținute de autoritatea contractantă prin răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări nr. 4158/20.02.2023, însă această adresă prevede doar asumare obligației de a nu percepe chirie pentru un număr maxim de 350 de butelii.

Astfel, apreciază faptul că nu a transmis un document prin care să renunțe la prețurile aferente serviciilor auxiliare la butelii.

În acest sens, este de neînțeles în opinia contestatorului de ce autoritatea contractantă nu a luat în considerare aceste prețuri pentru serviciile suplimentare (cum declară la pag. 5 din punctul de vedere), această modificare a ofertei, chiar de către comisia de evaluare, astfel încât să se încadreze în condițiile documentației de atribuire, fiind nelegală.

Astfel, după cum susține că a argumentat în cuprinsul contestației, precum și în secțiunea anterioară, aceste prețuri pentru servicii suplimentare nu au fost inserate de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire și nici nu au fost luate în vedere la momentul stabilirii valorii estimate a procedurii de atribuire, încălcând principiul transparenței.

Raportat la nerespectarea prevederilor privind termenul de livrare, contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă a menționat că neconcordanța evidentă dintre termenul de livrare (i.e. 5 zile de la data lansării comenzii și 5 zile de la data recepției comenzii) reprezintă doar o interpretare nuanțată.

Astfel, apreciază că cele două momente temporale nu sunt identice, dacă termenul este calculat de la data efectuării comenzii, înseamnă că acesta se scurge mai devreme decât dacă este calculat de la data recepției comenzii, mai mult decât atât, efectuarea comenzii nu poate fi bazată pe recepționarea comenzii.

În eventualitatea în care autoritatea contractantă ar transmite comanda, însă, din orice motive (întârziere/nereguli fax etc.), termenul de 5 zile ar fi decalat, acesta se va calcula de la data la care ofertantul declarat câștigător confirmă recepția comenzii, iar în opinia contestatorului nu este posibil ca un termen în beneficiul unei părți (autoritatea contractantă), care poate fi opus din punct de vedere juridic celeilalte părți (.....) să înceapă de la momentul la care declară partea împotriva căreia curge termenul.

Contestatorul afirmă că aceasta a fost rațiunea care exista inițial în cadrul caietului de sarcini și pe care ofertantul declarat câștigător nu a acceptat-o, ci a modificat-o la dispoziția sa prin „nuanțarea” momentului la care se scurge termenul.

Pentru acest motiv contestatorul susține că în cazul unei întârzieri în livrarea comenzii, autoritatea contractantă nu va putea trage la răspundere operatorul economic, deoarece acesta poate justifica diferența dintre momentul lansării și momentul recepției comenzii, mijloacele de comunicare prin care se recepționează comanda fiind la dispoziția operatorului economic în cauză.

În concluzie, apreciază că neasumarea termenului de 5 zile de la data stabilită de autoritatea contractantă (lansarea comenzii) reprezintă dovada refuzului ofertantului declarat câștigător de a accesa fără rezerve cerința minimă din cuprinsul caietului de sarcini.

Referitor la lipsa asumării obligațiilor decurgând din prevederile privind protecția muncii și a mediului, argumentul autorității contractante precum că obligația privind respectarea prevederilor indicate în caietul de sarcini din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă este asumată exclusiv de contractant, nu de ofertant, contrazice în mod expres prevederile legale aplicabile, susține contestatorul.

În opinia acestuia, autoritatea contractantă avea obligația respingerii ofertei ca inacceptabilă, deoarece aceasta nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii, deoarece această cerință a fost formulată expres prin caietul de sarcini, în condițiile art. 51 alin. (2) din Lega nr. 98/2016.

Contestatorul arată faptul că obligația de a respinge oferta este, de asemenea, prevăzută expres de art. 137 alin. (2) lit. d) din HG nr. 395/2016.

Totodată, apreciază că respectarea obligațiilor din domeniul mediului, social și al muncii reprezintă o obligație importantă asumată de fiecare operator economic interesat de conlucrarea cu autoritățile publice, nerespectarea acestora putând duce chiar la excluderea operatorilor economici, conform art. 176 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, menționează faptul că din moment ce nu a existat din partea, o asumare expresă a acestor obligații, în cadrul propunerii tehnice, nu se poate considera că această parte le va respecta, pentru simplul motiv că se regăseau în caietul de sarcini.

Contestatorul susține faptul că propunerea tehnică realizată de un ofertant are menirea de a oglindi caietul de sarcini (respectiv obligațiile

din cuprinsul acestuia), iar câtă vreme un ofertant nu declară că își asumă respectivele obligații, oferta acestuia, de plan, nu poate fi considerată conformă.

Referitor la faptul că lipsește asumarea unui număr impresionant de alte obligații indicate în caietul de sarcini, contestatorul precizează că prin contestația formulată, a arătat că nu au fost asumate și nici menționate în niciun mod, de către ofertantul declarat câștigător, o serie de obligații solicitate expres de autoritatea contractantă, sens în care înțelege să reitereze aceste obligații.

Raportat la punctul de vedere formulat, contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă nu combate deloc argumentele sale, în sensul că: nu susține că aceste obligații nu ar fi fost solicitate sau că le-ar fi asumat.

În opinia contestatorului, contrar celor susținute de către autoritatea contractantă, nu există niciun element speculativ în omisiunea prezentată mai sus, baza reală a argumentelor pe care le-a prezentat este dată de analiza comparativă a caietului de sarcini (unde au fost indicate solicitările autorității contractante) și a propunerii tehnice a ofertantului declarat câștigător (unde nu se regăsește asumarea respectivelor solicitări și obligații).

În concluzie, contestatorul susține că modalitatea în care a fost elaborată oferta prin ofertarea unui preț foarte scăzut pentru acest produs, combinat cu o serie de condiționări noi față de caietul de sarcini, prin care acest operator să își recupereze pierderea realizată din prețul ofertat, reprezintă o modalitate de eludare a principiilor în materia achizițiilor publice, iar autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite (cel puțin) o justificare a prețului astfel ofertat, precum și minime clarificări în legătură cu obligațiile din caietul de sarcini, care trebuiau respectate, fiind însă neasumate de

Pentru toate aceste motive, solicită să fie admisă contestația astfel cum a fost formulată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 20427/18.04.2023, ..., în calitate de ofertant câștigător, a formulat cerere de intervenție, în baza art. 63 Cpc și art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în cadrul dosarului nr. 879/2023 în aceeași procedură de atribuire, solicitând admiterea cererii de intervenție și respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de SC SRL.

Referitor la admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, intervenientul solicită a se avea în vedere că are un interes justificat, legitim, născut, actual și direct de a interveni în cadrul contestației formulată de către SC SRL, prin raportare la calitatea de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii, titlu stabilit prin raportul procedurii nr. 6619/21.03.2023.

Consideră că evaluarea făcută de către autoritatea contractantă este corectă și legală, astfel că toate documentele emise în cadrul procedurii se impun a fi menținute, sens în care înțelege să sprijine interesul autorității contractante și indirect al său.

Astfel, solicită să fie respinsă contestația ca neîntemeiată, având în vedere faptul că în mod corect, legal și în conformitate cu cerințele minime din caietul de sarcini autoritatea contractantă a evaluat ca fiind

conformă oferta sa, potrivit procesului verbal nr. 5969/13.03.2023 și totodată, a evaluat ca fiind admisibilă oferta sa conform procesului verbal nr. 6238/15.03.2023, iar în urma aplicării criteriului de atribuire a fost stabilită ca fiind câștigătoare cu un preț de 888.000,00 lei (100 puncte), față de oferta contestatorului, care a oferat prețul de 1.204.800,00 lei (81,59 puncte), ceea ce înseamnă totodată o economie în bugetul autorității contractante de 316.800,00 lei.

În primul rând apreciază că se poate observa că oferta depusă a fost contestată datorită competitivității prețului oferat cu respectarea și

îndeplinirea tuturor cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini, aspectele contestate fiind elaborate tendențios, astfel cum rezultă din cele ce vor fi prezentate în continuare.

În al doilea rând, solicită a se observa faptul se solicită de către contestator „constatarea ca nelegală și netemeinică a respingerii de către autoritatea contractantă a ofertei aferenta lotului 1 depusa de către SC SRL” în condițiile în care oferta acestuia a fost evaluată ca fiind conformă și admisibilă și nu respinsă, aceasta fiind doar clasată pe locul 2 în urma aplicării criteriului de atribuire.

Astfel, apreciază că în mod neîntemeiat contestatorul a susținut că „oferta aferentă Lotului 1 ar fi trebuit descalificată din cauza caracterului inacceptabil și neconform deoarece (...)”, înțelegând să detalieze aceste susțineri ale contestatorului în cuprinsul cererii de intervenție.

Intervenientul susține că nu a introdus nicio condiționare suplimentară prin propunerea tehnică, astfel cum în mod neîntemeiat susține contestatorul, întrucât așa cum rezultă din prevederile caietului de sarcini, autoritatea contractantă a precizat cantitățile necesare de tuburi cu oxigen, din care rezultă un consum de cca 400 tuburi/lună, respectiv cca 100 butelii pe săptămână, fără însă a fi impus vreun număr maxim sau minim de butelii aferent livrărilor.

Astfel, apreciază că în acest context, fiecare ofertant a avut posibilitatea de a-și prezenta oferta cât mai clar, astfel încât în prețul ofertat să poată fi în mod trasabil identificate costurile aferente transporturilor necesare. O ofertă financiară corectă nu ar putea fi făcută în condițiile în care nu ar fi luate în considerare date concrete.

De asemenea, menționează că a precizat în mod transparent faptul că „buteliile se vor livra paletizat, cantitatea minimă/cursă va fi de min. 36 bucăți”, fiind estimări raportate la consumul autorității contractate care depășește cu mult 36 de butelii/săptămână.

Totodată, susține faptul că și-a asumat responsabilitatea livrării oxigenului medicinal lichefiat în termen de 5 zile de la primirea comenzii, astfel încât criticile contestatorului, în sensul că autoritatea contractantă „este limitată la a comanda butelii în număr minim de 36/transport, indiferent de necesitatea obiectivă” nu sunt întemeiate.

În opinia intervenientului, contestatorul susține în mod neîntemeiat la punctul nr. 12 al contestației faptul că „.....SRL cuprinde în cadrul ofertei o serie de prețuri pentru servicii auxiliare în raport cu bunurile proprietatea sa, servicii care nu fac obiectul procedurii”.

Așa cum rezultă din propunerea sa tehnică, apreciază că a precizat, exclusiv pentru situații excepționale de genul celor enumerate, faptul că

ar putea fi aplicate anumite tarife în cazul în care autoritatea contractantă returnează ambalajele buteliilor în condiții neconforme, dar și în cazul în care, pentru buteliile achizitorului sunt obligatorii efectuarea de servicii auxiliare, astfel încât acestea să poată fi umplute și folosite în condiții legale și de siguranță.

Astfel de costuri neprevăzute, cu caracter informativ și care au caracter excepțional, pot apărea izolat, exclusiv în condiții de folosință necorespunzătoare a autorității contractante sau în cazul necesității efectuării verificărilor periodice la buteliile proprietatea achizitorului

conform prevederilor legale și nu pot fi încadrate în categoria „tarifelor suplimentare” care conduc la „modificarea indicilor care au stat la baza valorii estimate a achiziției”, după cum apreciază că în mod neîntemeiat susține contestatorul.

Așa cum rezultă foarte clar din propunerea sa tehnică „reparațiile cauzate de uzura provenită în urma folosirii bunurilor conform normelor legale cad în sarcina Furnizorului”, astfel cum intervenientul susține că și-a asumat costurile care, dacă ar fi fost în sarcina autorității contractante, ar fi putut modifica indiciile care au stat la baza valorii estimate a achiziției, și concluzionând, acestea nefiind în sarcina autorității contractante.

Față de cele prezentate, intervenientul subliniază că eventualele costuri ce ar putea apărea exclusiv în situații izolate și care exced uzurii normale, și nu pot fi apreciate ca fiind costuri suplimentare în detrimentul autorității contractante, astfel cum în mod neîntemeiat a susținut contestatorul.

În legătură cu susținerea contestatorului precum că „.....nu și-a asumat obligația de a pune la dispoziție numărul de butelii de oxigen solicitat de autoritatea contractantă”, intervenientul menționează că se poate observa faptul că prin răspunsul la clarificări cu nr. 4158/20.02.2023, la întrebarea nr. 2, prin care s-a cerut „vă rugăm să corectați atât tabelul din caietul de sarcini cât și formularul de ofertă”, autoritatea contractantă a răspuns „se va modifica articolul și va avea următorul cuprins [...] Pentru tuburile proprietatea furnizorului nu se va percepe chirie pentru un număr de 350 butelii și o perioadă de 90 de zile”.

De asemenea, arată că, prin solicitarea de clarificări nr. 5686/09.03.2023 i s-a solicitat să precizeze dacă a luat la cunoștință despre răspunsul înregistrat cu nr. 4158/20.02.2023 și dacă este de acord cu aspectul respectiv, ocazie cu care intervenientul susține că a oferit în termenul acordat răspunsul prin care a confirmat că „nu percepem chirie pentru un număr de 350 butelii pentru o perioadă de 90 de zile”, astfel, în mod corect și legal în urma răspunsului său clar și asumat, autoritatea contractantă a apreciat că oferta sa satisface cerințele caietului de sarcini, motiv pentru care critica contestatorului nu este întemeiată.

În opinia intervenientului, nici criticile prezentate la punctele 30 - 33 din contestație, aferente cap. „V - Nerespectarea prevederilor privind termenul de livrare” nu sunt întemeiate, fiind doar interpretări tendențioase ale contestatorului.

Astfel, faptul că prin caietul de sarcini s-a solicitat „termenul de livrare este de maxim 5 zile de la lansarea comenzii”, motiv pentru care a precizat în propunerea tehnică că va livra oxigenul medicinal comprimat „în termen de maxim 5 zile de la recepția comenzii”, nu este o asumare în „detrimentul autorității contractante”, astfel cum susține în mod neîntemeiat contestatorul.

Intervenientul arată că așa cum s-a precizat și prin draftul de contract propus de către autoritatea contractantă, prin art. 23.2, comunicările, în cadrul cărora intra și comenzile, sunt transmise de către

autoritatea contractantă prin e-mail sau fax, ambele situații determinând transmiterea instantanee a informației, iar riscul ca cele două momente să difere este inexistent.

Ultimul motiv al contestației ce face obiectul cap. VI este de asemenea neîntemeiat în viziunea intervenientului, având în vedere, pe de o parte, faptul că, așa cum rezultă din însăși cerința expusă „ofertantul devenit contractant are obligația de a respecta în executarea contractului [...]” fiind indubitabil o obligație ulterioara semnării contractului, iar pe de altă parte, susține că a depus chiar, în dovedirea respectării cerințelor prevăzute la punctul 11 al caietului de sarcini, certificatul SR ISO 45001:20187 (ISO 45001:2018) care atestă că are implementat și menține un sistem de management al sănătății și securității ocupaționale, conform condițiilor din referențialul SR ISO 45001:2018 și certificatul SR EN ISO 14001:2015 (ISO 14001:2015), care atestă că are implementat și menține un sistem de management de mediu conform condițiilor din standardul SR EN ISO 14001:2015.

Intervenientul apreciază că aceste documente reprezintă o dovadă în plus că respectă cerințele autorității contractante și mai mult există o garanție din partea emitenților documentelor în discuție, prin care face dovada îndeplinirii cerințelor autorității contractante.

Astfel, susține că alegațiile contestatorului în sensul că nu și-ar fi asumat respectarea obligațiilor indicate sunt complet neîntemeiate.

Față de toate cele reiterate, solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și admiterea cererii de intervenție, așa cum a fost formulată.

Totodată, învederează că solicită acordarea cheltuielilor de judecată, cu mențiunea că acestea vor fi cerute pe cale separată.

Prin adresa transmisă cu poșta electronică, înregistrată la CNSC sub nr. 21838/24.04.2023, contestatorul depune răspuns la cererea de intervenție, prin care solicită respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată și admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

Contestatorul susține că nu poate fi de acord cu viziunea intervenientului, precum că fiecare ofertant avea posibilitatea de a-și prezenta oferta cât mai clar, fără ca în documentația de atribuire să se fi impus un număr maxim sau minim de butelii/transport, deoarece tocmai faptul că prin documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a stabilit un număr minim de butelii/transport, aceasta a urmărit să își păstreze o liberă în ceea ce privește dreptul de a efectua comenzi (oricând și solicitând orice cantitate de butelii necesară).

Totodată, menționează că este adevărat faptul că intervenientul și-a asumat obligația de a livra comenzile efectuate de autoritatea

contractantă dar, conform ofertei sale, în eventualitatea unei comenzi de 30 de butelii, intervenientul nu va fi obligat la livrarea acestora în termenul convenit.

Susține astfel că, în primul rând această condiționare suplimentară nu poate fi acceptată întrucât sfidează tocmai condițiile contractuale puse la punct de autoritatea contractantă la momentul elaborării documentației de atribuire, reamintind faptul că părțile contractului de achiziție nu se află pe picior de egalitate, ci într-un raport de

subordonare, având în vedere că interesul public urmărit de autoritatea contractantă primează din punct de vedere legal.

În al doilea rând, cu privire la tarifele suplimentare privind buteliile, contestatorul arată că intervenientul susține faptul că aceste costuri privesc situații excepționale și acoperă uzuri anormale ale buteliilor, cauzate de autoritatea contractantă din culpă (în afara uzurii normale datorate folosinței acestora), reamintind conținutul acestei condiționări din oferta în cadrul răspunsului la cererea de intervenție.

În opinia contestatorului, se pot determina foarte clar însă două ipoteze în care autoritatea contractantă poate fi obligată la plata tarifelor suplimentare: când se constată neconformități (probabil referitoare la uzura anormală a buteliilor din culpa autorității contractante - astfel cum se susține și în cererea de intervenție), precum și în situații în care sunt necesare servicii auxiliare la butelii.

În concluzie, prin această condiționare suplimentară, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă își asumă două noi obligații: prima fiind obligația de a despăgubi furnizorul în cazul în care deteriorează buteliile, iar cea de-a doua fiind obligația de a achita aceste tarife suplimentare când este necesar, condiție care va fi determinată de către furnizor.

Astfel, chiar dacă prima obligație pare justă, iar cea de-a doua mult prea interpretabilă să servească interesul public urmărit de autoritatea contractantă și în mod clar incompatibilă cu satisfacerea acestui interes, în viziunea contestatorului ambele obligații sunt asumate nelegal, deoarece nu făceau parte din cadrul documentației de atribuire.

În al treilea rând, cu privire la termenul de livrare, contestatorul afirmă că își menține opinia că efectuarea comenzii nu poate fi bazată pe recepționarea comenzii, reiterând susținerile deja expuse pe larg în cadrul contestației și a concluziilor scrise

Raportat la observația intervenientului privind caracterul șicanator al contestației, contestatorul apreciază că aceasta este complet neavenită întrucât avem de-a face cu declararea câștigătoare a unei oferte care reprezintă aproximativ 53% din valoarea estimată de autoritatea contractantă, la dosarul de achiziție neexistând o justificare a acestui preț, motiv destul de întemeiat pentru a ridica îndoieli serioase cu privire la determinarea prețului și elaborarea ofertei câștigătoare.

Având în vedere toate argumentele prezentate, solicită respingerea cererii de intervenție ca neîntemeiată și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 18788/06.04.2023, contestatorul depune, în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr.

209043722/1 tranzacția nr. 1322296153/36590361 din data de 06.04.2023, eliberată de CEC Bank Unitatea: Sucursala Piața Alba Iulia, în cuantum de 33.600,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect: „Oxigen medicinal”, cod CPV: 24111900-4, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP,

anunțul de participare nr. CN1051480/29.01.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 2.040.000,00 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, ... a formulat cererea de intervenție transmisă la CNSC în data de 13.04.2023 înregistrată sub nr. 20427/18.04.2023, 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 03.04.2023 sub identificatorul: „Document: [CN1051480/00030] Contestație - procedura Oxigen medicinal 1051480 semnat.pdf.p7s”, Consiliul constată că cererea de intervenție al 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, oferta a fost declarată câștigătoare iar cererea acestuia privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererile 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 formulate de SC SRL.

Procedând la analiza contestației, se reține una din critici se referă la nerespectarea de către ofertantul desemnat câștigătorul procedurii (.....), în cadrul lotului 1, a cerinței caietului de sarcini privind numărul de butelii cu oxigen medicinal proprietatea furnizorului pentru care nu se percepe chirie și perioada maximă pentru care nu se poate percepe chirie.

În legătură cu acest aspect, Consiliul reține că, inițial autoritatea contractantă a solicitat în cadrul caietului de sarcini, următoarea cerință: *„Buteliile cu oxigen medicinal vor fi sigilate corespunzător. Pentru*

tuburile proprietatea furnizorului **nu se percepe chirie** pentru un număr de **200 butelii** și o **perioadă minimă de 90 zile**”.

Ulterior în urma solicitării de clarificări, respectiv Clarificarea nr. 2 având următorul conținut :

„Având în vedere următoarele articole din contractul de furnizare:

Prevederile caietului de sarcini: „Oxygen medicinal comprimat în tuburi de la 5 litri – 50 litri, se vor folosi tuburile aflate în proprietatea Spitalului Județean de Urgență cu transport gratuit la sediul autorității contractante și tuburi proprietatea furnizorului (marcate cu numele furnizorului);

Buteliile cu oxygen medicinal comprimat vor fi sigilate corespunzător. Pentru tuburile proprietatea furnizorului nu se va percepe chirie pentru un număr de **200 butelii** și o perioadă minimă de 90 zile;

Precum și numărul mic de butelii proprietate SJU (10 buc.) și lipsa menționării chiriei în tabelul cu prețuri estimate și în formularul de ofertă: „Vă rugăm să corectați atât tabelul din caietul de sarcini cât și formularul de ofertă”,

autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr.4158/20.02.2023 (pag. 56 din dosarul cauzei), modificând prevederile Caietului de sarcini, astfel:

„Răspuns la clarificarea **nr. 2**: Se va modifica articolul și va avea următorul cuprins: Buteliile cu oxygen medicinal comprimat vor fi sigilate corespunzător. Pentru tuburile proprietatea furnizorului **nu** se va percepe chirie pentru un număr de **350 butelii** și o **perioadă minimă de 90 zile**. Formularul de ofertă va cuprinde cerințele din cap. IV.4.2 din Fișa de date”.

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să își întocmească oferta ținând seamă de faptul că autoritatea contractantă dorește să nu se perceapă chirie pentru un număr de 350 butelii și o perioadă minimă de 3 luni, deoarece acest serviciu nu este inclus în obiectul procedurii; această condiție rezultând și din răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări nr. 4158/20.02.2023 (clarificarea 9) privind tarifele pentru serviciile auxiliare în raport cu buteliile, au fost respinse de către autoritatea contractantă în mod expres, aceasta stabilind următoarea condiție de returnare a buteliilor:

„Se va modifica articolul și va avea următorul cuprins: În cazul în care buteliile, paleții metalici și chingile de ancorare nu se schimbă sau nu se returnează în decurs de 3 luni, proprietarul are dreptul de a declara pierdute buteliile, paleții metalici și chingile de ancorare și de a

factura chiriaşului contravaloarea produsului la preţul pieţei, din care se va scădea uzura acestor produse”.

În soluţionarea contestaţiei, Consiliul reţine că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligaţia de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei şi se elaborează pe baza cerinţelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorităţii contractante în vederea îndeplinirii cerinţelor 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 numărul de butelii în care se furnizează oxigenul medicinal fără vreo plată a acestora 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 include în propunerea tehnică/financiară un număr de 350 butelii pe o perioadă minimă de 90 zile fără plata vreunei chirii (cu titlul gratuit) cât și
- riscurile ce decurg din lipsa transmiterii documentelor solicitate.

Din analiza propunerii tehnice a ofertantului (pag. 198 din dosarul achiziției), Consiliul reține că acesta s-a limitat a oferta un număr de 200 butelii, nerespectând astfel nici numărul de butelii impus (350 buc.) și nici perioadă minimă de 90 zile fără plata vreunei chirii,

motiv pentru care autoritatea contractantă a solicitat prin adresa nr. 5686/09.03.2023 (pag. 289 din dosar) clarificări în acest sens, la care ofertantul în cauză a răspuns prin adresa fără număr (pag. 290 din dosarul cauzei), în sensul: *„Am luat la cunoștință răspunsul consolidat la clarificări cu nr. 4158/20.02.2023 și suntem de acord cu mențiunile făcute și anume să nu percepem chirie pentru un număr de 350 butelii pentru o perioadă maximă de 90 zile”*.

Or, modificarea cantităților de butelii (350 buc.) și a numărului de zile (90 zile) solicitate în mod expres în cadrul documentației de

atribuire, în urma solicitării de clarificări este lipsită de relevanță în soluționarea prezentei, deoarece ofertantul în cauză nu a respectat cantitățile 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 furnizarea produselor oferate 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 numărul de butelii oferate și a numărului de zile (90 zile) fără plata vreunei chirii și să desemneze drept admisibilă și ulterior câștigătoare oferta acestuia în baza simplei prezumții că indicarea cantităților lipsă solicitate pot fi modificate/completate ulterior depunerii ofertei.

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 (referitoare la numărul de butelii oferate și a numărului de zile (90 zile) fără plata vreunei chirii), 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 căroră 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.

Contrar susținerilor autorității contractante și a intervenientului, lipsa indicării corecte a numărului de butelii oferite și a numărului de zile (90 zile) fără plata vreunei chirii nu este doar o abatere minoră și formală care să poată fi acoperită prin răspunsul la o solicitare de clarificări, ci constituie un viciu serios cu consecințe dintre cele mai importante, nerespectarea cerinței în cauză atrage potrivit pct. IV.4.1 al fișei de date respingerea ca neconformă a ofertei; solicitarea și acceptarea înscrisurilor lipsă din oferta intervenientului sunt de natură să atragă după sine în mod automat încălcarea principiilor mai sus menționate, raționament care se regăsește și în Hotărârea nr. 3048/CA/08.12.2017, pronunțată de Curtea de Apel Oradea în dosarul nr. 525/35/CA/2017.

Mai mult, Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă prin răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări nr. 4158/20.02.2023 (clarificarea 9) a respins în mod expres stabilirea vreunui tarif în cazul deteriorării buteliilor, paletelor metalici și a chingilor, ... a indicat în cadrul propunerii tehnice următoarele tarife:

„În cazul în care, la recepția buteliilor goale proprietate furnizor, returnate, se constată neconformități, precum și în situația în care sunt necesare servicii auxiliare la buteliile proprietate achizitor, se vor aplica următoarele tarife pentru eventualele servicii efectuate:

1. Verificare ISCIR (valabil numai pentru buteliile achizitor)-150,00 RON/buc ;

2. Înlocuit robinet - 60,00 RON/buc.

3. Vopsire butelie - 60.00 RON/buc.

4. Completat capac butelie 45,00 RON/buc.

5. Aplicare/Înlocuire eticheta cod bare 30,00 RON/buc”,

fiind aplicabile în acest caz prevederile art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016 care dispun următoarele: *„În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (...) b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective”.*

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 propriei documentații 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)”.
26)

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu avea dreptul să solicite sau să accepte modificarea/completarea ofertei tehnice cu informațiile neconforme sau lipsă de către ofertantul

intervenient având în vedere că, prin acceptarea unei astfel de modificări/completări a ofertei, s-a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea, 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 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, rezultatul fiind același.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (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 anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente aferente lotului 1 și va obliga la reevaluarea ofertei cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente aferente lotului 1 și va obliga la reevaluarea ofertei cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de comunicare.

Pe cale de consecință respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de

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 26 (douăzecișase) pagini