

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

DECIZIE

Nr. ..

Data: ..

Prin contestația nr. 289/10.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 44116/11.08.2023, formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, și convențional de ..., cu sediul profesional în ..., acesta fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă de atribuire a contractului având ca obiect „*Furnizarea oxigen medicinal îmbuteliat și servicii conexe*”, cod CPV principal 24111900-4 Oxigen (Rev.2), organizată de ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s- solicitat:

- anularea rezultatului procedurii în ceea ce privește declararea ofertei ... ca neconformă și a ofertei ... drept admisibilă și câștigătoare a procedurii; anularea actelor juridice subsecvente emise în acest sens, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii transmise participanților la procedură;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de Linde, sub aspectul conformității, în sensul declarării acestei oferte drept conformă;

- obligarea autorității contractante la refacerea clasamentului ofertanților, în sensul declarării ofertei ... drept câștigătoare a procedurii.

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante, înregistrată la Consiliu cu nr. 54222/21.08.2023, ..., cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., reprezentată legal de, în calitate de director general, și convențional de „.....”, cu sediul profesional în c....., acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ... arată că, în această procedură, a mai fost depusă o contestație de către, soluționată de Consiliu prin decizia nr. 16143/C8/1539/ 14.07.2023, în sensul admiterii contestației, anulării raportului procedurii de atribuire nr. 7221/24.05.2023 în partea dedicată ofertei sale și a obligării autorității contractante la reevaluarea ofertei

Mai arată contestatoarea că, în reevaluarea ofertelor ca urmare a deciziei Consiliului, autoritatea contractantă a respins oferta ca neconformă și a declarat oferta ca fiind câștigătoare a procedurii.

Făcând trimitere la cele reținute de Consiliu în cadrul deciziei anterior amintite, contestatoarea arată că motivul pentru care s-a considerat că autoritatea contractantă nu și-ar fi *„respectat în fapt propria documentație de atribuire, alegând să verifice în mod superficial cerințele impuse privind natura cheltuielilor permise”* este acela că autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta ..., deși aceasta ar fi inclus în cadrul propunerii tehnice *„condiții pentru executarea contractului care exced cerințelor din documentația de atribuire”*.

Or, conform art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, contestatoarea apreciază că, în situația în care o ofertă conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale prevăzute în documentația de atribuire (astfel cum a fost reținut în Decizia CNSC în legătură cu oferta), declararea neconformității respectivei oferte este condiționată, printre altele, de refuzul ofertantului de a renunța la respectivele clauze. În opinia sa, oferta sa nu putea fi declarată neconformă decât în situația în care autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale legale, i-ar fi solicitat să renunțe la respectivele propuneri de modificare (propuneri care trebuie să fi fost dezavantajoase pentru autoritatea contractantă), iar acesta din urmă ar fi refuzat să procedeze de o asemenea manieră.

În speța de față, nici anterior Deciziei CNSC și nici ulterior acesteia, autoritatea contractantă nu a solicitat ... să renunțe la prevederile din ofertă care au fost considerate de către CNSC ca reprezentând propuneri de modificare ale clauzelor contractuale.

În plus, contestatoarea apreciază că, și în situația în care autoritatea contractantă ar fi considerat, fie ca urmare a propriei evaluări, fie ca urmare a deciziei CNSC, că anumite aspecte din cadrul ofertei prezintă neclarități, inclusiv în faza de reevaluare, în temeiul

competenței sale exclusive în acest sens, avea posibilitatea și chiar obligația de a solicita clarificări, lucru care nu s-a întâmplat.

Prin urmare, contestatoarea consideră că respingerea ofertei sale este nelegală, impunându-se anularea rezultatului procedurii și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și constatarea conformității acesteia, cu consecința refacerii clasamentului și a declarării ofertei sale ca fiind câștigătoare a procedurii.

Prin punctul de vedere nr. 11942/16.08.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 44651/17.08.2023, autoritatea contractantă a precizat că, prin Decizia nr. 1643/C8/1539/14.07.2023 au fost indicate argumentele pentru care oferta depusă de către dvs. este neconformă și că, în reevaluarea ofertei s-au constatat ca reale cele analizate de către Consiliu, oferta ... fiind declarată conformă.

Prin urmare, sunt nefondate susținerile conform cărora nu au fost făcute propuneri de modificare ale clauzelor contractuale, în contextul în care Consiliul a apreciat că oferta tehnică a ... trebuie declarată neconformă, pentru argumentele expuse.

Consiliul a reținut că ... nu a respectat cerințele cu privire la structura cheltuielilor impuse înainte de expirarea termenului-limită stabilit pentru depunerea ofertelor și a concluzionat că autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice iar nu să o considere admisibilă și câștigătoare a procedurii.

În aceste condiții, contestația este apreciată ca nefondată.

Prin cererea de intervenție, formulată în interesul autorității contractante, ... invocă decizia Consiliului nr. 1643/C8/ 1539/14.07.2023 prin care a fost reținut faptul că oferta .. nu a respectat cerințele privind structura cheltuielilor impuse înainte de expirarea termenului-limită de depunere a ofertelor fapt care atrage în mod evident neconformitatea ofertei. De asemenea, referitor la neconformitatea ofertei a mai reținut Consiliul și neasumarea de către ... a termenului de garanție de 3 luni de la data fabricării produsului. Astfel, chiar și prin aplicarea art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016 oferta tot nu ar deveni conformă.

Consiliul are în vedere că, în cauză, ... în calitate de - ofertant declarat câștigător al procedurii, a formulat cerere de intervenție prin care solicită Consiliului, respingerea contestației ... ca nefondată.

Constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă și de art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție, în sprijinul autorității contractante, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a acestuia.

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

209395533/1 emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria în data de 10.08.2023, în sumă de 15.998,80 lei.

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

Licitația deschisă, desfășurată în conformitate cu art. 71 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de în data de 21.03.2023, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, cu un singur operator economic, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, având ca obiect „*Furnizarea oxigen medicinal îmbuteliat și servicii conexe*”, prin transmiterea spre publicare în SEAP, a unui anunț de participare, în baza art. 72 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 54 din Normele metodologice, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 24.04.2023 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare având codul de identificare ... publicat în SEAP în data de 23.03.2023, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a acordului-cadru (art. 14 din Legea nr. 98/2016) fiind de 1.378.801,00 lei, fără TVA, (valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 399.970,00 lei, fără TVA).

Nemulțumită de rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 11136/31.07.2023, potrivit căruia oferta sa a fost respinsă ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, Linde Gaz România SRL a formulat prezenta contestație solicitând cele menționate în partea introductivă.

Consiliul constată că, în cadrul acestei proceduri a mai fost formulată o contestație de către .. ce a fost soluționată prin decizia nr. 1643/C8/1539/14.07.2023, în sensul admiterii: „Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu .. Anulează raportul procedurii de atribuire nr. 7221 din data de 24.05.2023, în partea dedicată ofertei depuse de LINDE GAZ ROMÂNIA SRL și actele subsecvente ale raportului procedurii. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reevalueze oferta depusă ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în considerente. Respinge, ca nedovedită, cererea contestatoarei ... vizând obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, pentru motivele expuse în considerente”, decizie rămasă definitivă, nefiind formulată plângere. Totodată, Consiliul constată că autoritatea contractantă a postat în SEAP, în cadrul anunțului de participare, contestația formulată, identificată sub nr. [...]. Prin

urmare, ...vea posibilitatea de a formula cerere de intervenție în cadrul dosarului nr. 1539/2023, constituit la Consiliu, potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, ceea ce nu s-a întâmplat.

În considerentele deciziei nr. 1643/C8/1539/14.07.2023, Consiliul a reținut următoarele aspecte legate de neconformitatea ofertei ...: «Consiliul reține că una din critici se referă la nerespectarea de către ofertantul desemnat câștigător ... a cerințelor privind tipurile de cheltuieli prevăzute limitativ în caietul de sarcini în scopul furnizării oxigenului medicinal, stabilind în propunerea tehnică condiții pentru executarea contractului care excedează cerințelor din documentația de atribuire.

Analizând cauza supusă soluționării, Consiliul reține că, în instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la punctul *II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor*, și punctul *IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice*, s-au menționat, printre altele, următoarele:

„oxigenul medicinal va fi livrată în butelii aparținând autorității contractante sau la nevoie puse temporar la dispoziție cu titlu gratuit de către furnizor, având capacitatea de: 2l, 5l, 10l, [...]”

„În cadrul propunerii tehnice se va preciza explicit, prin trimiteri la specificații și ofertă, dacă produsul oferit răspunde la toate cerințele tehnice din caietul de sarcini și se va preciza dacă produsul oferit îndeplinește cerințele tehnice minime prevăzute în specificația tehnică [...]”

De asemenea, în caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în cauză, la capitolul 3 *„Descrierea contractului”* și capitolul 4 *„Condiții contractuale”*, sau menționat, printre altele, următoarele:

„Furnizare OXIGEN MEDICINAL comprimat și servicii conexe (înlocuire robineți, vopsire tuburi, verificare ISCIR, verificare tehnică periodică a buteliilor, etc.) precum și punerea la dispoziție cu titlu gratuit de tuburi de oxigen pe perioade limitate de timp [...]”

„Furnizorul își asumă toate riscurile pe care le implică manipularea și transportul produselor până la locul de depozitare aferent sediului autorității contractante și de asemenea starea tehnică a buteliilor în conformitate cu legislația în vigoare, [...]”

Potrivit răspunsului consolidat al autorității contractante la solicitarea de clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, comunicat prin adresa nr. 4718 din data de 12.04.2023, postată în SEAP, în data de 12.04.2023 ora 16:03 cu denumirea *[CN1053369/00009] raspuns consolidat oxigen.docx.p7s*, rezultă următoarele:

„Clarificarea nr. 5

Solicităm adăugarea art.7.5 în Acordul Cadru astfel:

7.5. – Furnizorul are obligația de a livra produsele în ambalajele originale și în ambalajul mare al producătorului (de ex. paleți). Toate materialele de ambalare a produselor, precum și toate materialele necesare protecției coletelor (paleți de lemn, foi de protecție etc.) rămân în proprietatea achizitorului cu excepția echipamentelor/ambalajelor proprietatea furnizorului. După golirea buteliilor/recipienților, proprietatea Furnizorului, Achizitorul le va returna în aceeași stare în care le-a primit, fără urme de lovituri, deformații, dotate cu robineți și capace de protecție, inscripționate. În cazul în care, la returnarea buteliilor, se constată că au intervenit pe perioada închirierii deteriorări ale acestora (deformări, lovituri, lipsă robinet, lipsă capac, etc.), se întocmește un proces verbal de constatare, Achizitorul obligându-se să suporte cheltuielile ocazionate de repararea daunelor

În caz de distrugere, furt sau pierdere a buteliilor sau a oricăror recipienți proprietatea Furnizorului, Achizitorul va suporta contravaloarea acestora:

Contravaloare chingă palet 50 EUR/bucată

Contravaloare clichet palet 150 EUR/bucată

Contravaloare butelie distrusă/pierdută/însușită 350 EUR/bucată

Contravaloare palet distrus/pierdut/însușit 600 EUR/bucată

Contravaloare robineți distruși/pierduți/însușiți 50 EUR/bucată

Contravaloare capac distrus/pierdut/însușit 50 EUR/bucată

Contravaloare vopsire butelie deteriorată 100 EUR/bucată

Răspuns clarificare nr. 5

Nu se acceptă adăugarea articolului 7.5.

Se va suplimenta art.7 din Acordul cadru cu un aliniat nou «În caz de distrugere, furt sau pierdere a buteliilor sau a oricăror recipienți proprietatea Furnizorului, Achizitorul va suporta contravaloarea acestora în limita prejudiciului creat și dovedit cu documente justificative».”

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să își întocmească oferta ținând seama strict de prețul oxigenului care urmează a fi furnizat, fiind excluse cheltuieli de forma celor menționate în solicitarea de clarificări la care s-a răspuns la punctul nr. 5, în același timp fiind completat acordul-cadru cu un nou alineat care tranșează distrugerea, furtul sau pierderea buteliilor sau a oricăror recipiente.

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

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din Normele metodologice, coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante și să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Necesitatea sau condițiile de achiziționare a oxigenului 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 Normele metodologice.

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 instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date” referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice cât și prevederile din acordul-cadru privind suportarea contravalorii buteliilor sau a oricăror recipiente sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

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

- obligația de a nu include în propunerea tehnică/financiară alte cheltuieli în afară de costul oxigenului cât și
- riscurile ce decurg din eventuala nerespectare a acestei cerințe [art. 137 alin. (1) din Normele metodologice].

Din analiza ofertei depuse de ... (vol. 2/2 – fila 295 – dosarul achiziției), Consiliul reține că acesta nu s-a limitat să prevadă în ofertă doar prețul oxigenului ci a adăugat o multitudine de costuri privind despăgubirea furnizorului pentru contravaloarea buteliilor (inclusiv a etichetelor autoadezive cu coduri de bare), sau componentelor acestora pierdute sau distruse, costuri cuprinse între 150 euro, fără TVA și 683 euro, fără TVA vizând imputarea autorității contractante a buteliilor pierdute, distruse sau care nu pot fi returnate.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că ofertantul în cauză nu a respectat cerințele cu privire la structura cheltuielilor impuse înainte de expirarea termenului-limită stabilit pentru depunerea ofertelor, astfel

cum avea obligația potrivit prevederilor art. 123 alin. (3) din Normele metodologice anterior citat coroborat cu art. 60 alin. (1) din același act normativ potrivit căruia: *„Operatorul economic are obligația de a transmite oferta numai în format electronic, precum și de a completa DUAE prin intermediul SEAP 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 Normele metodologice, verificarea propunerilor tehnice depuse de ofertanți nu se limitează doar la simpla inventariere/reproducere a elementelor din ofertă astfel cum a procedat ... ci este un proces laborios, constând în verificarea conformității fiecărei specificații tehnice impuse în caietul de sarcini cu propunerile tehnice și documentele doveditoare prezentate în acest sens, astfel încât să confere autorității contractante certitudinea că produsele oferite 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 Normele metodologice și dovedită de ofertanți prin documentele înaintate autorității, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

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

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, 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 Normele metodologice, conform cărora propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme [art. 137 alin. (1) din Normele metodologice].

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 acestei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței, considerându-se că există o restrângere concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Or, în acest context, Consiliul apreciază că oferta LINDE GAZ ROMÂNIA SRL nu putea fi desemnată câștigătoare fără încălcarea principiilor anterior menționate deoarece prin acceptarea condițiilor și cheltuielilor suplimentare impuse de respectivul ofertant, autoritatea contractantă l-a avantajat pe acesta în mod evident.

În acest sens, Consiliul reține că prevederile caietului de sarcini în care nu sunt prevăzute cheltuieli pentru despăgubirea furnizorului pentru contravaloarea buteliilor (inclusiv a etichetelor autoadezive cu coduri de bare), sau componentelor acestora pierdute sau distruse, au creat anumite efecte în rândul operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură în sensul că aceia care nu au participat la procedură din teama pagubelor ce ar putea fi produse prin eventuala deteriorare/ pierdere/ distrugere a buteliilor ar fi putut să ia o altă decizie dacă ar fi cunoscut că autoritatea contractantă este dispusă totuși să-și asume plata pagubelor produse din vina sa.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a precizat clar la punctul nr. 5 din răspunsul consolidat că nu acceptă să modifice documentația de atribuire în sensul suportării contravaloarii buteliilor sau a oricăror recipiente, completând modelul acordului-cadru în sensul că în caz de distrugere, furt sau pierdere a buteliilor sau a oricăror recipiente proprietatea furnizorului, achizitorul va suporta contravaloarea acestora în limita prejudiciului creat și dovedit cu documente justificative, asumându-și astfel implicit obligația de a evalua ofertele în baza aceluiași cerințe aduse la cunoștința potențialilor ofertanți.

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

În cauza Cartiera dell'Adda SpA vs. CEM Ambiente SpA (C-42/13), CJUE s-a pronunțat astfel: *„(...) pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse aceluiași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților*

informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di

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

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

În acest sens, Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă prin răspunsul consolidat (punctul nr. 5) a respins în mod expres stabilirea vreunei cheltuieli în cazul distrugerii/furtului/pierderii buteliilor, ... a indicat în cadrul propunerii tehnice anumite costuri care urmează a fi aplicate dacă autoritatea contractantă pierde, distruge sau nu returnează buteliile, fiind aplicabile în acest caz prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice care dispun următoarele:

„(3) În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații:

a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;”

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

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din Normele metodologice), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii achiziției publice 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)”.

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 Normele metodologice, 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 ... privind nelegalitatea evaluării ofertei câștigătoare sunt întemeiate, urmând să fie admise.

În aceste condiții, Consiliul concluzionează că autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta depusă ... ca fiind neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice iar nu să o considere admisibilă și câștigătoare a procedurii».

Prin urmare, potrivit deciziei Consiliului nr. 1643/C8/1539 din data de 14.07.2023, s-a stabilit că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada conformității propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini, în condițiile în care acesta a prevăzut cheltuieli suplimentare în cazul distrugerii/furtului/pierderii buteliilor, contrar celor stabilite de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire așa cum a fost clarificată, sancțiunea pentru o astfel de situație fiind aceea a considerării neconforme a ofertei.

Cu privire la acest aspect, Consiliul are în vedere, pe de o parte, dispozițiile art. 430 alin. (1) și (2) și (5) din Codul de Procedură Civilă, potrivit cărora: „(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. (2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”, precum și pe cele ale art. 432 din același act normativ, care stipulează că: „Excepția autorității de lucru judecat poate fi invocată de instanță sau de părți în orice stare a procesului, chiar înaintea instanței de recurs. Ca efect al admiterii excepției, părții i se poate crea în propria cale de atac o situație mai rea decât aceea din hotărârea atacată”, iar, pe de altă parte, decizia CNSC, menționată mai sus, în considerentele căreia s-a reținut neconformitatea ofertei ...

Întrucât, în prezenta contestație, ... critică aspectele analizate de CNSC, rămase definitive, nefiind formulată plângere, Consiliul constată autoritate de lucru judecat cu privire la *neconformitatea propunerii sale tehnice*.

Procedând la punerea în aplicare a deciziei Consiliului nr. 1643/C8/1539 din data de 14.07.2023, în reevaluarea ofertei contestatoarei, în acord cu limitele impuse prin decizia CNSC, rămasă definitivă, nefiind formulată plângere, în referire la *neconformitatea propunerii tehnice*, autoritatea contractantă avea obligația să finalizeze evaluarea acestei oferte, prin respingerea ei, ca neconformă.

Existând autoritate de lucru judecat, cu privire la neconformitatea ofertei contestatoarei, Consiliul nu poate infirma cele stabilite anterior. Prin urmare, Consiliul, fiind sesizat să analizeze actele adoptate de

autoritatea contractantă cu ocazia reevaluării ofertei SRL, constată că măsura respingerii acestei oferte este una legală.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația depusă ..., în contradictoriu cu ... ca având autoritatea de lucru judecat. Pe cale de consecință, Consiliu va respinge și cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Va admite cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție în sprijinul autorității contractante formulată de

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ... în contradictoriu cu ... ca având autoritatea de lucru judecat. Pe cale de consecință, respinge și cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Admite cererea de intervenție în sprijinul autorității contractante formulată de ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

...

..

...

Redactat practicaua deciziei,
....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 14 (paisprezece) pagini.