

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

DECIZIE

Nr. 276/C8/3420

Data: 02.02.2024

Prin contestația din data de 04.12.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 66327/05.12.2023, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..9, reprezentată legal de ... și convențional de .. prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la .., cu sediul în ..., împotriva rezultatul procedurii nr. 46255/02.10.2023 și a raportului procedurii nr. 46254/02.10.2023, elaborate de cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă (anunț de participare nr. ..), organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare „Oxigen medicinal comprimat - Îmbuteliat”, s-a solicitat:

- repunerea ... în termenul de contestare, având în vedere considerentele deciziei, precum și faptul că termenul de contestare prevăzut la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a început să curgă la data de 28.11.2023, când i s-a permis accesul la documentele ce în mod nelegal fuseseră declarate confidențiale;

- constatarea ca nelegală și netemeinică a desemnării de către autoritatea contractantă a ofertei depuse de ... pe locul 2 și respectiv de anulare a comunicării, a raportului procedurii, precum și anularea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente precum și a celor conexe acestora, emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire (cum ar fi, dar fără a se limita la deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii, procesele-verbale de evaluare a conformității, fișele individuale de punctaj tehnic etc.);

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, în sensul reevaluării ofertelor tehnice și financiare ale celor doi operatori economici participanți și desemnarea ofertantului câștigător în conformitate cu dispozițiile legale și conform cerințelor și criteriilor de atribuire stabilite prin Caietul de sarcini.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 69052/19.12.2023, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ... reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, s-a solicitat admiterea, în principiu, a cererii de

intervenție, respingerea ca nefondată a contestației ..., precum și obligarea acesteia la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta cauză.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile 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, urmare a Deciziei Consiliului nr. 2658/C8/2907/13.11.2023, în data de 28.11.2023, autoritatea contractantă i-a acordat accesul la documentele ofertei depuse de ... ocazie cu care a identificat o serie de elemente care conduceau la respingerea ofertei în cauză ca neconformă. Având în vedere că data de 28.11.2023 a fost primul moment la care a luat cunoștință de respectivele neconformități ale ofertei ..., contestatorul apreciază că se impune repunerea lui în termenul de contestare, calculul termenului urmând a se face prin raportare la data de 28.11.2023.

Cu privire la neconformitățile ofertei ..., contestatorul invocă următoarele:

1. nerespectarea termenului de livrare de maxim 48 ore și în caz de urgență în 24 ore

Potrivit contestatorului, prin propunerea tehnică depusă, ... a indicat: *„Livrarea de butelii se efectuează în zilele lucrătoare, în termen de 48 ore de la comandă. În caz de urgență livrarea se face în 24 ore, în zilele lucrătoare. Pentru sărbătorile legale și zilele libere legale, unitatea contractanta trebuie să își asigure un stoc de butelii suficient pentru acoperirea consumului”*. Or, stabilirea unui termen de livrare de 48, respectiv 24 de ore doar în zilele lucrătoare încalcă flagrant prevederile caietului de sarcini, cu atât mai mult cu cât impune autorității contractante obligația de a-și constitui stocuri de butelii pentru zilele libere și de sărbători.

2. introducerea în propunerea sa tehnică a unor condiționări suplimentare

În condițiile în care, în cadrul solicitărilor de clarificări, s-a analizat posibilitatea unor costuri aferente buteliilor, iar autoritatea contractantă a respins solicitarea, în propunerea sa tehnică, ... a precizat: *„Achizitorul are obligația de a returna buteliile proprietatea furnizorului în termen de 3 (trei) zile lucrătoare de la primirea unei notificări scrise din partea furnizorului. În notificare se va preciza motivul solicitării de restituire a buteliilor. Achizitorul are obligația să despăgubească furnizorul pentru*

contravaloarea buteliilor (inclusiv a etichetelor autoadezive cu coduri de bare), sau componentelor acestora pierdute sau distruse, valoarea despăgubirilor fiind determinată, la data constatării lipsurilor sau deficiențelor, pe baza listei de prețuri a furnizorului la acel moment. În termen de maxim 7 (șapte) zile lucrătoare de la data încetării contractului, achizitorul are obligația de restituire a buteliilor proprietatea furnizorului, astfel cum au fost preluate, fiind obligatoriu ca pe fiecare butelie să fie intact codul de bare aferent. În cazul nereturnării sau în cazul imposibilității de restituire, Linde Gaz România va demara procedura legală de recuperare a valorii buteliilor. Comanda emisă de client trebuie să conțină un număr de butelii pline, pe diferite tipuri de capacități."

Din moment ce nu a acceptat suplimentarea costurilor cu o valoare pre-determinată, în caz de avarie/pierdere/furt, este absurd modul în care autoritatea contractantă a fost de acord cu propunerea tehnică a Linde: „să despăgubească furnizorul pentru contravaloarea buteliilor (inclusiv a etichetelor autoadezive cu coduri de bare), sau componentelor acestora pierdute sau distruse, valoarea despăgubirilor fiind determinată, la data constatării lipsurilor sau deficiențelor, pe baza listei de prețuri a furnizorului la acel moment."

În această ipoteză, ... poate prezenta o listă de prețuri având orice valoare, iar autoritatea contractantă va fi ținută să achite respectivele costuri.

Clauzele inserate de ..., sunt în mod evident în dezavantajul autorității contractante, care urmează să achite tarife suplimentare, fapt ce ar duce în realitate la modificarea indicilor care au stat la baza calculării valorii estimate a achiziției.

În acest context, sunt încălcate prevederile art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în sensul că propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, existând astfel un risc major să nu fie executat corespunzător obiectul contractului.

Prin punctul de vedere nr. 57656/11.12.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 67711/12.12.2023, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca neîntemeiată a contestației ... precum și acordarea eventualelor cheltuieli de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

Referitor la critica privind nerespectarea termenului de livrare de maxim 48 ore și în caz de urgență în 24 ore, autoritatea contractantă arată că ofertantul declarat câștigător a oferat un termen de livrare de 48 de ore și un termen de 24 de ore în caz de urgență, în zilele lucrătoare, iar pentru sărbătorile legale și zilele libere legale, autoritatea contractantă urmând să își asigure un stoc de butelii suficient pentru acoperirea consumului.

Potrivit autorității contractante, aceasta este instituție publică în care personalul administrativ de la Biroul de Aprovizionare care are atribuția

de a transmite comanda către furnizor, nu are program de lucru în zilele nelucrătoare (sărbătorile legale și zilele libere legale). Conform art. 42 din Regulamentul de organizare și funcționare al SCJU Cluj-Napoca, Biroul aprovizionare asigură aprovizionarea unității cu necesarul de produse și servicii în vederea bunei desfășurări a activității Spitalului, iar la art. 118 din Contract colectiv de muncă la nivel de spital clinic județean de urgență Cluj-Napoca (pentru perioada 2023-2024) sunt enumerate zilele de sărbătoare legală în care nu se lucrează.

Contestatoarea face referire la zilele nelucrătoare, dar oferta tehnică a ... se referă la sărbătorile legale și zilele libere legale pentru care autoritatea contractantă să își asigure un stoc de butelii suficient pentru acoperirea consumului.

Oferta ... respectă cerințele caietului de sarcini și în ceea ce privește termenele de livrare. Chiar dacă autoritatea contractantă nu a specificat situația zilelor libere, este de la sine înțeles că nu se vor emite comenzi în zilele respective și că aceasta urmează să își asigure un stoc de butelii suficient pentru acoperirea consumului în zilele libere legale.

În ceea ce privește critica ce vizează inserarea în oferta tehnică câștigătoare a unor condiționări suplimentare, autoritatea contractantă precizează că solicitarea de clarificări a furnizorului ... privind completarea clauzei 12.4 a fost respinsă în totalitate, deoarece clauza 12.4 se referă la materialele de ambalare și cele necesare protecției coletelor, care în mod obișnuit se deteriorează în momentul deschiderii coletelor și se aruncă. Astfel, a fost păstrată clauza 12.4 din contractual subsecvent, cu următorul cuprins: "Toate materialele de ambalare a produselor, precum și toate materialele necesare protecției coletelor (paleți de lemn, foi de protecție etc.) rămân în proprietatea achizitorului."

Clauzele contractului subsecvent sunt obligatorii pentru toți ofertanții, respectiv furnizorii semnatori, prin urmare, din acest punct de vedere nu este incidentă o condiționare suplimentară.

În ceea ce privește buteliile, situația acestora nu este reglementată în contractul subsecvent și acordul cadru din documentația de atribuire, deoarece buteliile nu fac obiectul achiziției publice în cauză, care este furnizarea de oxigen medicinal comprimat îmbuteliat. Buteliile aflate în proprietatea furnizorului se restituie acestuia și se reîncarcă cu oxigen.

Oferta contestatoarei de asemenea a prevăzut că buteliile vor rămâne în proprietatea furnizorului. Ambele oferte depuse în cadrul procedurii cu aceste mențiuni au fost declarate admisibile, așadar nu a fost încălcat principiul egalității de tratament.

Prin urmare, situația buteliilor aparținând furnizorului cade sub incidența dispozițiilor de drept comun ale Codului civil, pentru care există în sarcina autorității contractante obligația de a le restitui în format fizic sau contravaloarea lor, deci nu reprezintă condiționări suplimentare față de obiectului achiziției privind oxigenul medicinal îmbuteliat.

Celelalte critici, pretinse condiționări suplimentare, invocate de contestatoare, vizează reguli/instrucțiuni care țin de evidența și manipularea buteliilor aparținând furnizorului sau reguli ce țin de protecția muncii în legătură cu manipularea și gestiunea buteliilor și sunt accesorii acestor produse aparținând furnizorului.

Orice produs este, de regulă, însoțit de instrucțiunile privind modul de utilizare a produsului și de regulile care țin de protecția muncii.

Aceste prevederi din oferta tehnică referitoare la butelii nu sunt de esența achiziției publice care are drept obiect furnizarea de oxigen medicinal și drept urmare, autoritatea contractantă nu consideră că ar fi incidentă o situație de modificare a documentației de atribuire.

Prin cererea de intervenție formulată, ... solicită respingerea criticilor formulate de contestator, motivat de următoarele aspecte:

1. Termenul de livrare a fost asumat în mod corespunzător, deoarece:

- în primul rând, cerința în cauză este una extrem de neclară; autoritatea contractantă nu a specificat, nici măcar tangențial, nici când începe să curgă acest termen și nici când se termină, lăsând la aprecierea ofertanților să stabilească acest lucru;

- în al doilea rând, ceea ce contestatorul identifică drept neasumare a obligației de livrare într-un anumit termen poate fi, cel mult, încadrat ca o eventuală propunere de modificare a clauzelor contractuale din documentația de atribuire; or, într-o astfel de ipoteză propunerea de modificare trebuie să fie dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă iar ofertantul trebuie să refuze să renunțe la clauzele respective pentru a fi atrasă neconformitatea ofertei.

2. Ceea ce contestatorul numește condiționări suplimentare nu putea să conducă la respingerea ofertei deoarece:

- autoritatea contractantă nu a solicitat renunțarea la respectivele prevederi;

- respectivele prevederi sunt doar o recomandare în beneficiul autorității, organizatoric fiind mai facil pentru aceasta ca livrările să se efectueze în zilele lucrătoare, când aceasta dispune și de personalul necesar în vederea preluării și a depozitării buteliilor de oxigen, fiind notoriu că în zilele nelucrătoare personalul nu este suficient pentru a se realiza astfel de activități;

- obligația de a returna bunurile închiriate este una legală, la fel și obligația de a despăgubi proprietarul bunurilor închiriate în situația deteriorării/pierderii lor, obligații de despăgubire fiind în mod evident

cuantificată la valoarea de înlocuire a bunurilor; Or, Linde nu a făcut altceva decât să informeze Spitalul cu privire la consecințele prevăzute în lege a nerespectării obligațiilor de returnare, respectiv de menținerea integrității buteliilor (cu excepția uzurii normale), lucru care nu poate fi decât în avantajul autorității contractante, nicidecum în dezavantajul acesteia.

3. criticile privind condiționările suplimentare sunt tardiv formulate în condițiile în care contestatorul a avut cunoștință de aceste prevederi din propunerea tehnică încă de la momentul raportului inițial al procedurii;

- conform legislației în vigoare, este nelegală îmbutelierea oxigenului în recipiente neautorizați (așteptarea legitimă este ca toți operatorii să cunoască acest aspect, inclusiv Siad);

- îmbutelierea de oxigen medicinal în ambalaje neconforme (o butelie expirată ISCIR este un ambalaj neconform) nu este permisă de ANMDMR, încălcând totodată legislația privind fabricația și ambalarea gazelor sub presiune;

- o astfel de acțiune în sens contrar prevederilor legale ar pune în pericol tot lanțul de utilizatori, în speță îmbuteliere, distribuție, manipulare, spital, pacient, fapt ce nu numai că ar fi lipsit de moralitate, ci ar conduce la consecințe extrem de grave pentru făptuitor, de la retragerea Autorizației de Punere pe Piață până la atragerea răspunderii sale penale;

- nu se poate discuta de costuri suplimentare în sarcina autorității contractante, în situația în care aceasta ar decide să nu beneficieze de acest serviciu suplimentar oferit de ...

- spitalul oricum are obligația legală de a depozita buteliile în condiții de securitate pentru a asigura integritatea lor și siguranța pacienților, aceeași obligație aplicându-se și în raport de instruirea personalului

- medicamentele (inclusiv oxigenul) se eliberează prin farmacia spitalului, prin urmare principiile FIFO - first in first out, respectiv FEFO - first expiry first out se aplică fără excepție

Preliminar, Consiliul constată că .. a înaintat Consiliului, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209759550/1 din data de 07.12.2023, emisă de CEC Bank, în sumă de 45.323 lei.

De asemenea, Consiliul reține că a fost depusă cerere de intervenție de către ..., apreciind că aceasta prezintă natura juridică a unei intervenții accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în ceea ce privește modul de evaluare a ofertei sale.

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, art. 64,

art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că ..., în calitate de ofertant câștigător, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție, astfel cum a fost calificată.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Oxygen medicinal comprimat - Îmbuteliat”, prin publicarea anunțului de participare nr. C..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la data de 18.07.2023, ora 15:00 și valoarea estimată, fără TVA, de 2.266.150 lei.

Consiliul constată că, în cadrul acestei proceduri a mai fost formulată o contestație ce a fost soluționată prin decizia nr. .. 13.11.2023, în sensul: *„Admite, în principiu, cererea de intervenție, formulată de ... Admite, în parte, contestația formulată de .. în contradictoriu cu ... și anulează raportul procedurii și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta .., din punct de vedere al confidențialității, și să-i permită contestatorului accesul la documentele din dosarul achiziției care nu au caracter confidențial, conform motivării. Respinge, ca premature, restul cererilor contestatorului, cu referire la ofertantul câștigător, precum și de reevaluare a ofertei proprii. Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de ... SRL și ca inadmisibilă cererea de acordare cheltuieli de judecată”.*

Punând în aplicare decizia CNSC, autoritatea contractantă i-a permis contestatoarei .., pe data de 28.11.2023, accesul la dosarul achiziției, inclusiv la oferta ...

Împotriva deciziei Consiliului a fost formulată plângere ce a fost soluționată de Curtea de Apel Cluj prin hotărârea nr. 37/12.01.2024, pronunțată în dosarul nr. 1133/33/2023, astfel: *„Admite excepția lipsei de interes în formularea plângerii în ceea ce privește obligarea autorității contractante de a permite contestatorului accesul la documentele din dosarul achiziției care nu au caracter confidențial, conform motivării deciziei atacate. Admite în parte plângerea formulată de către petenta ... împotriva deciziei CNSC nr. .../13.11.2023 pe care o modifică în parte în sensul că înlătură dispozițiile privind anularea raportului procedurii și actelor subsecvente lui în ceea ce privește evaluarea ofertei ... și obligarea autorității contractante de a reevalua oferta ... din punct de vedere al confidențialității. Admite în parte cererea de intervenție formulată de .., respectiv în limita celor indicate în alineatul precedent . Menține restul dispozițiilor deciziei atacate”.*

Ulterior studierii dosarului achiziției, ... (clasat pe locul 2) formulează prezenta contestație, criticând modul de evaluare a ofertei câștigătoare, depusă de .. solicitând cele prezentate în partea introductivă.

Constatând că, împotriva Deciziei nr. .../13.11.2023 a fost formulată plângere, Consiliul a dispus, prin Încheierea nr. 28/05.01.2024, suspendarea soluționării cauzei.

Ulterior emiterii Deciziei Curții de Apel Cluj nr. 37/12.01.2024, Consiliul a dispus, prin Încheierea nr. 363/31.01.2024, repunerea cauzei pe rol.

Prima critică privește nerespectarea cerinței din caietul de sarcini – secțiunea 3. „Descrierea produselor solicitate”: *„Livrarea Oxigenului medicinal se face în maxim 48 ore și în caz de urgență în 24 ore”*.

Consiliul reține că ofertantul câștigător, ..., în propunerea tehnică a precizat următoarele: *„Livrarea de butelii se efectuează în zilele lucrătoare, în termen de 48 ore de la comandă. În caz de urgență livrarea se face în 24 ore, în zilele lucrătoare. Pentru sărbătorile legale și zilele libere legale, unitatea contractantă trebuie să își asigure un stoc de butelii suficient pentru acoperirea consumului.”*.

Prin propunerea tehnică, ... a stabilit un program și o durată de livrare diferite de cele din caietul de sarcini, raportându-se la zile lucrătoare, deși s-a solicitat ca livrarea să fie în 48 de ore/24 ore de la momentul solicitării.

Spitalul, în punctul de vedere, arată că oferta reclamată este conformă, întrucât perioada și momentul livrării („48 ore de la comandă și de 24 ore în caz de urgență”) se raportează strict la zilele lucrătoare, având în vedere că *„Biroul de aprovizionare, care are atribuția de a transmite comanda către furnizor, nu are program de lucru în zilele nelucrătoare (sărbătorile legale și zilele libere legale)”*.

Consiliul nu poate valida argumentele achizitorului, deoarece în caietul de sarcini s-au impus următoarele condiții:

Contractantul va trebui să respecte următorii timpi de răspuns, corelați cu nivelul de prioritate a incidentului:

Nivel prioritate	Timp de răspuns	Timp de implementare soluție provizorie	Timp de rezolvare
Urgent	30 minute	4 ore	24 ore
Critic	2 ore	24 ore	48 ore
Major	4 ore	Următoarea zi lucrătoare	Următoarea zi lucrătoare
Minor	4 ore	Următoarea zi lucrătoare	Următoarea zi lucrătoare

Nerespectarea timpilor de mai sus dă dreptul Autorității/entității contractante de a solicita penalități/daune interese în conformitate cu clauzele contractului de achiziție publică/sectorială de produse.

Așadar, prin caietul de sarcini s-a precizat, explicit, timpul și momentul livrării:

- pentru situațiile urgente și critice - în 24, respectiv 48 de ore de la momentul comenzii;
- pentru situațiile majore – următoarea zi lucrătoare.

Mai mult, spitalul a atras atenția asupra sancționării executantului, prin solicitarea de penalități/daune interese, în cazul nerespectării acestor condiții.

Potrivit art. 75 din Legea nr. 98/2016, „Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției.”

Luând în considerare condițiile de livrare, operatorii economici aveau obligația întocmirii propunerii tehnice cu includerea activităților de livrare și în zilele nelucrătoare, precum și în zilele de sărbători legale, cu asigurarea de personal, asigurarea logisticii necesare (mijloace de manipulare în depozit, transport etc.), dar și stabilirea propunerii financiare cu luarea în considerare a costurilor aferente desfășurării activității în aceste zile.

Or, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă demonstrează că, în perioada de evaluare a ofertelor, a modificat cerințele caietului de sarcini, fapt nepermis de principiul transparenței.

În fapt, prin acceptarea unor condiții de executare a contractului, care nu respectă cerințele caietului de sarcini, autoritatea contractantă a transformat o ofertă neconformă, într-una conformă, ceea ce reprezintă o încălcare a principiului tratamentului egal, precum și o abatere de la prevederile art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în hotărârea sa din 11 mai 2017, cauza C 131/16, Archus, Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S A:

„27 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract 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 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29

martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 36,

precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647,

punctul 31). 28 Astfel, a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că

această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (Hotărârea din 29 martie

2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 37).”

Astfel, întrucât oferta a fost întocmită cu nerespectarea prevederilor caietului de sarcini, oferta ... trebuia respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Cea de a doua critică privește existența, în propunerea tehnică întocmită de ..., a obligației spitalului „*să despăgubească furnizorul pentru contravaloarea buteliilor (inclusiv a etichetelor autoadezive cu coduri de bare), sau componentelor acestora pierdute sau distruse*”.

Consiliul ia act de faptul că, printr-o clarificare adusă documentației de atribuire, spitalul a respins solicitarea de obligare a achizitorului la suportarea cheltuielilor „ocasionate de repararea daunelor” aduse materialelor de ambalare, inclusiv butelii.

„Clarificarea nr. 10:

12.4. Toate materialele de ambalare a produselor, precum și toate materialele necesare protecției coletelor (paleți de lemn, foi de protecție etc.) rămân în proprietatea achizitorului.

Va rugăm să aprobați completarea acestuia astfel:

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/recipientilor, proprietatea Furnizorului, Achizitorul le va returna în aceeași stare în care le-a primit, fără urme de lovituri, deformații, dotate cu robineti și capace de protecție, inscripționate. În cazul în care, la returnarea buteliilor, se constată că au intervenit pe perioada închirierii deteriorări ale acestora (deformări, lovituri, lipsă robinet, lipsă capac, etc.), se întocmește un proces verbal de constatare, Achizitorul obligându-se să suporte cheltuielile ocazionate de repararea daunelor

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

(...)	(...)	(...)
Contravaloare butelie distrusă/pierdută/însușită	350	EUR/bucată
(...)	(...)	(...)
Contravaloare robineti distruși/pierduți/însușiți	50	EUR/bucată
Contravaloare capac distrus/pierdut/însușit	50	EUR/bucată
Contravaloare vopsire butelie deteriorată	100	EUR/bucată
Contravaloarea daune interese	5000	EUR/eveniment

Răspuns: **Nu se acceptă.**”

Deși achizitorul a răspuns ferm solicitării de clarificare, că „Nu se acceptă” costurile mai sus arătate, totuși, în evaluarea ofertelor, a acceptat clauza privitoare la obligația sa de plată a unor despăgubiri.

Consiliu nu poate considera pertinent punctul de vedere al achizitorului, că la restituirea buteliilor sunt aplicabile prevederile Codului Civil, respectiv restituirea se face în natură sau prin echivalent, potrivit art. 1637 alin. (1), iar conform art. 1641 are obligația de a plăti despăgubiri, „în cazul pieirii totale sau înstrăinării bunului supus restituiri”.

Pe de o parte, problema restituirii buteliilor a fost dezlegată de autoritatea contractantă în perioada de depunere a ofertelor, pe calea răspunsului la o solicitare de clarificări. În aceste condiții, atât ofertanții cât și autoritatea contractantă aveau obligația respectării, cu strictețe a prevederilor documentației de atribuire, implicit și a clarificărilor aduse acestora.

Pe de altă parte, derularea procedurii de atribuire, respectiv stabilirea clauzelor contractuale se supune dispozițiilor Legii nr. 98/2016, în niciun caz celor din Codul Civil.

Conform art. 20 alin. (1) din HG nr. 395/2016:

„Documentația de atribuire este alcătuită din următoarele:

- a) DUAЕ și instrucțiunile către ofertanți/candidați.
- b) caietul de sarcini sau documentul descriptiv, acesta din urmă fiind aplicabil în cazul procedurilor de dialog competitiv, de negociere sau de parteneriat pentru inovare;
- c) proiectul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii;
- d) formulare și modele de documente.”

O modificare a clauzelor contractului de către ofertant este permisă doar dacă acestea nu sunt în dezavantajul intereselor autorității contractante.

În caz contrar, oferta trebuie respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece *„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.”*

Introducerea obligației de plată a despăgubirilor, „ocasionate de repararea daunelor”, cauzate de starea buteliilor constituie o clauză vădit defavorabilă spitalului.

În acest sens, practica CNSC este constantă, situații similare regăsindu-se în Deciziile nr. .../14.07.2023, nr. .. 1528/12.07.2023, rămase definitive, nefiind formulate plângeri și nr. .../22.08.2023, rămasă definitivă prin respingerea plângerii.

O altă critică privește introducerea în propunerea tehnică a clauzei „În momentul în care se identifică butelii proprietatea clientului care au termenul de valabilitate al autorizării ISCIR expirat, acestea sunt reținute și este anunțată Autoritatea Contractantă. ... este autorizată pentru verificare ISCIR butelii, dacă acestea corespund normelor și standardelor în vigoare. ... va executa aceste operațiuni contra cost, la solicitarea Autorității Contractante. Dacă autoritatea contractantă nu dorește reautorizarea buteliilor, acestea vor fi returnate goale, fără costuri suplimentare.”

Consiliul constată că prin acceptarea, de către spital, a activității de verificare a buteliilor „*proprietatea clientului care au termenul de valabilitate al autorizării ISCIR expirat*”, autoritatea contractantă este de acord cu introducerea în contract a unei activități neprevăzute în documentația de atribuire, implicit, acceptă plata acestui serviciu. Or, obiectul contractului îl constituie achiziționarea de oxigen medicinal comprimat – îmbuteliat, în butelii deținute de furnizor.

Conform prevederilor din caietul de sarcini: „Prețul produsului este cel rezultat în urma achiziției prin procedura Licitatie deschisă. Prețul va fi specificat în RON fără TVA și va reprezenta costul unui mc de oxigen medicinal comprimat – îmbuteliat, valoarea ofertei va fi cea rezultată în urma înmulțirii prețului unitar/mc sau litri cu cantitatea maximă/acord-cadru precizată în tabelul din Specificații tehnice, pentru fiecare lot ofertat în parte Prețul ofertat va fi menținut minim 12 luni de la semnarea acordului cadru.”

După livrarea oxigenului medicinal comprimat – îmbuteliat, achizitorul are obligația plății prețului din ofertă. Alte costuri, respectiv plăți nu sunt aferente licitației deschise în cauză.

Astfel, prin introducerea în propunerea tehnică a unui serviciu inexistent în documentația de atribuire, oferta ... devine neconformă, fiind incidente prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Fiind dovedită neconformitatea vădită a ofertei prezentate de ..., Consiliul nu va mai analiza ultima critică.

Văzând toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și va anula Raportul procedurii nr. 46254/02.10.2023, în ceea ce privește evaluarea ofertei ... Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta ... conform motivării.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de

Cât privește cererea intervenientei de acordare cheltuieli de judecată, Consiliul o va respinge, ca inadmisibilă.

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. Totodată, conform art. 61 din

Codul de procedură civilă, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta.

Intervenția este accesorie când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale. Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației (...)”, or nu se poate stabili culpa procesuală a contestatoarei în raport cu intervenientul accesoriu, întrucât acesta sprijină apărarea autorității contractante.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere și practica instanțelor de judecată (decizia nr. 1098 din 1 martie 2012, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 4599/CA/2013-R din 18 decembrie 2013, Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 861 din 13 septembrie 2016, Curtea de Apel Suceava, SCAF; deciziile civile nr. 1464 din 21 martie 2013, nr. 8253 din 9 octombrie 2014 și nr. 4898 din 14 iulie 2015, Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal).

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de ...

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și anulează Raportul procedurii nr. 46254/02.10.2023, în ceea ce privește evaluarea ofertei Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta ... conform motivării.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de ... și ca inadmisibilă cererea de acordare cheltuieli de judecată.

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 în 5 exemplare originale, conține 12 pagini.