



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 748 / C8 / 752

Data: 14.05.2019

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15833/02.05.2019, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată legal de doamna - director general și convențional de domnul - avocat, cu adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la, București, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de materiale pentru sterilizare, lotul 2 - role și pungi adezive, cod CPV 33198200-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 01.04.2019, organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat Prin încheierea nr. 655/C8/752/03.05.2019, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă

decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa nr 14244/03.04.2019, autoritatea i-a solicitat următoarele clarificări:

Comisia de evaluare nu a putut identifica, din informațiile prezentate, dacă livrările de produse similare au fost efectuate în ultimii 3 ani și dacă acestea însumează valoarea de minim 197.318.88 lei + TVA.

Pentru îndeplinirea cerinței se poate calcula doar valoarea contractelor îndeplinite și a achizițiilor finalizate a căror recepție a fost realizată de către beneficiarul final. Nu se pot lua în calcul acordurile-cadru pe valoarea maximă, ci doar valoarea contractelor subsecvente, livrate, aferente acestora, finalizate sau în curs, dar pentru care s-a realizat facturarea și respectiv recepția produselor.

În raportul intermediar contestat s-a consemnat că s-ar fi solicitat clarificări referitoare la totalul sumelor prezentate în DUAE pentru acele contracte a căror dată maximă de încheiere este 31.03.2019, respectiv 12.640,18 lei, cu adăugirea că s-a prezentat și un contract cu data de începere 30.11.2018 și data de încheiere 30.09.2021, cu valoarea de 188.555,33 lei, la care s-au cerut clarificări pentru a se putea identifica dacă suma 188.555,33 lei a fost achitată până la 31.03.2019.

Prin raportul intermediar nr. 16823/22.04.2019, autoritatea a concluzionat:

a) cerința privind experiența similară nu este clară în DUAE;
b) documentele care au stat la baza constituirii experienței similare prezentată în DUAE nu demonstrează îndeplinirea obligațiilor contractului nr. 141/30.11.2018, nu se prezintă facturi semnate, ștampilate și confirmate la client, care să ateste livrarea sau alte documente care să ateste îndeplinirea obligațiilor;

c) avizele puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului nr. 141/30.11.2018, întocmite între SC SRL și SC ... SRL, nu pot fi acceptate ca documente finale care demonstrează acceptarea produselor de către client și nu poartă ștampila acestuia de confirmare;

d) ștampila aplicată pe avizele de însoțire a mărfii emise de SC SRL către SC ... SRL poartă ștampila de primire a SC ... SRL, o altă societate comercială, iar în baza lor s-a hotărât de către comisia de evaluare că răspunsul este neconcludent și, drept urmare, oferta considerată inacceptabilă, potrivit conform art. 134 alin. (5) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016.

Societatea a depus mai multe înscrisuri din care rezultă că a respectat art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 și art. 12 alin. (6) din Instrucțiunea nr. 2/2017, făcând dovada experienței similare. A depus și scrisori de recomandare din partea a două spitale, avize de însoțire a mărfii, facturi și un contract de distribuție, documente dintre care comisia de evaluare le-a reținut numai pe cele aferente livrărilor de produse către spitale, în sumă de 12.640,18 lei, fără TVA.

Dovada experienței este realizată prin cele două avize de însoțire a mărfii analizate de comisia de evaluare: avizul nr. 6/01.04.2019 - bunurile livrate fiind în valoare de 37.777,35 lei, fără TVA, și avizul nr. 1/11.03.2019 - bunurile livrate fiind în valoare de 150.778 lei, fără TVA.

În raportul intermediar, comisia de evaluare s-a referit la sintagma „ultimii trei ani”, care nu ar include anul în curs (2019), ci anii 2016, 2017 și 2018. Comisia de evaluare nu a înlăturat avizele pentru faptul că au fost emise în 2019. Chiar dacă sunt emise în 2019, fiind emise anterior termenului de depunere a ofertelor, avizele pot fi luate în analiză pentru a se verifica experiența similară. În documentația de atribuire nu se explică sensul „ultimii trei”, astfel că și documentele din 2019 pot face dovada experienței similare.

În mod greșit, comisia a considerat că avizele nu atestă decât faptul că produsele au fost transportate/transferate între două puncte, avizele având și calitatea de document justificativ, iar regimul lor juridic este reglementat de Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 2634/2015 privind documentele financiar-contabile. Cele două avize conțin elementele obligatorii pe care ordinul le menționează. Faptul că au aplicată, din eroare, stampila unei societăți comerciale nu poate constitui un motiv de înlăturare a caracterului de document justificativ al celor două avize. În afară de semnătură, este valabil, ca orice alt document contabil, fără ștampilă.

Potrivit art. V alin. (1) din Ordonanța Guvernului nr. 17/2015: *„Persoanele fizice, persoanele juridice de drept privat, precum și entitățile fără personalitate juridică nu au obligația de a aplica stampila pe declarații, cereri sau orice alte documente depuse la instituțiile sau autoritățile publice.”*

Suplimentar, în baza celor două avize de însoțire a mărfii au fost întocmite facturile aferente, respectiv factura seria INM nr. 11/11.03.2019, cu valoarea de 150.778 lei, fără TVA, și factura seria INM nr. 22/01.04.2019, cu valoarea de 37.777,35 lei.

În punctul său de vedere nr. 18872/06.05.2019 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 16930/08.05.2019, autoritatea contractantă susține în apărare că, prin documentația de atribuire, a solicitat ofertanților prezentarea unui nivel minim al experienței similare din ultimii trei ani, pentru lotul 2, de 197.318,88 lei, fără TVA.

În cadrul DUAЕ, SC SRL a prezentat o serie de livrări, fără indicarea numărului de identificare a documentelor justificative (facturi, contracte, avize). Au fost trecute data de începere și data de încheiere a livrărilor, ambele în anul 2019.

Data până la care comisia de evaluare a decis să accepte îndeplinirea contractelor, fără a aduce atingere principiilor legii achizițiilor, a fost 31.03.2019, întrucât data-limită de depunere a ofertelor a fost 01.04.2019. Deoarece contestatoarea a încărcat DUAЕ la 29.03.2019, nu este logică aducerea în discuție a unor documente emise ulterior. În speță, livrarea s-ar fi finalizat după 3 zile de la încărcarea inițială, într-o altă lună calendaristică.

Comisia de evaluare nu a încercat să împiedice participarea anumitor operatori economici și nici să creeze avantaje prin acceptarea altora.

Prin adresa nr. 14244/03.04.2019, comisia a solicitat ofertantei punerea la dispoziție a documentelor complete, care să conțină toate datele necesare pentru a îndeplini cerința privind experiența similară. În cadrul solicitării s-a formulat clar faptul că se solicită punerea la dispoziția autorității a documentelor complete care să conțină toate datele. Ofertantul putea trimite câte documente avea la dispoziție (ceea ce probabil a și făcut), fără a se limita la două avize de însoțire a mărfii pe care le-a scanat și încărcat în SICAP. În cadrul adresei amintite, comisia a precizat: *„Pentru îndeplinirea cerinței se poate calcula doar valoarea contractelor îndeplinite și a achizițiilor finalizate ale căror recepție a fost realizată de către beneficiarul final. Nu se pot lua în calcul acordurile-cadru pe valoarea maximă, ci doar valoarea contractelor subsecvente livrate, aferente acestora, finalizate sau în curs, dar pentru care s-a realizat facturarea și respectiv recepția produselor.”*

SC SRL nu a clarificat situația, după cum rezultă din demonstrația comisiei din raportul intermediar contestat. Au fost încărcate două avize de însoțire a mărfii emise de SC SRL către ... SRL (distribuitoare a produselor fabricate de SC SRL), pentru care confirmarea de primire (deci recepția mărfii) a fost realizată prin aplicarea ștampilei altei societăți comerciale, respectiv ... SRL. Argumentul că ștampila aplicată pentru recepția produselor este „o simpla eroare materială” este considerat sperjur, întrucât avizele sunt emise și livrate în zile diferite.

Ulterior, contestatoarea a transmis pe e-mail o adresă pe care a denumit-o „completare adresa 192”, la care a atașat trei facturi fiscale, pentru care nu a îndeplinit condițiile de formă și prezentare stabilite prin fișa de date și, drept urmare, nu a putut fi luată în considerare. La întocmirea raportului intermediar s-a ținut seama doar de documentele atașate răspunsului încărcat în SEAP.

Cu nr. 17588/13.05.2019, sunt înregistrate la organul administrativ-jurisdicțional concluzii scrise din partea contestatorului, transmise pe e-mail, în replică la punctul de vedere al autorității.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. CN1009290, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 26.02.2019, autoritatea contractantă a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de materiale pentru sterilizare, împărțite în două loturi, estimate valoric la maximum 2.073.901,44 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 26.02.2019, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură, pentru lotul 2 - role și pungi adezive, s-au prezentat trei operatori economici, între care și SC SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, întrucât răspunsul de clarificare a experienței similare a fost neconcludent. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, societatea a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru și al contractului subsecvent de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași

valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității. Acest principiu impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (*ex pluribus*, Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinoso Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, punctul 23). Curtea a reiterat, la punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), că „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 acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație 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 normal 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 (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se

abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziții publice, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării ofertei reclamantei a fost stabilit de autoritate prin raportul intermediar al procedurii – etapa DUAE nr. 16823/22.04.2019, rezultat aflat de competitori din SEAP. La 26.04.2019, SC SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

În dispută se află motivele de respingere a ofertei, pe care ofertanta le apreciază a fi nefondate. Din perspectiva cercetării legalității și temeiniciei rezultatului evaluării supus controlului jurisdicțional relevante sunt, în primul rând, prevederile fișei de date a achiziției, pct. III.1.3.a) - „*Capacitatea tehnică și/sau profesională*”:

Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:

În temeiul art. 179 lit. b din Legea 98/2016 actualizată, operatorul economic care depune oferta trebuie să prezinte **Experiența similară**, astfel: lot 1 minim -61.918,80 lei fără TVA ; **lot 2 minim- 197.318,88 lei fără TVA**. În cazul participării pentru ambele loturi, valorile se vor cumula, respectiv minim -259.237,68 lei fără TVA, deoarece activitatea se va desfășura simultan.

Modalitatea de indeplinire:

Ofertantul dovedește că a efectuat în mod corespunzător livrări de produse similare cu cele ce fac obiectul contractului, respectiv materiale pentru sterilizare, în ultimii 3 ani, în valoare de minim:

a) valoarea celui mai mare contract subsecvent a fiecărui lot în cazul în care operatorul depune oferta pentru un singur lot.

b) valoarea celui mai mare contract subsecvent calculată cumulativ, dacă oferta se depune pentru ambele loturi.

- Ofertantii vor completa cu informatiile aferente situatiei lor fisierul DUAE.

Documentele justificative care probează îndeplinirea **celor asumate prin completarea DUAE** sunt: Lista principalelor produse livrate cel mult în ultimii 3 ani, cu

indicarea valorilor, datelor si beneficiarilor publici sau privati; cel putin un certificat/document emis sau contrasemnat de catre o autoritate ori de clientul beneficiar (recomandari, documente constatatoare referitoare la indeplinirea obligatiilor contractuale sau echivalente), din care sa reiasa indeplinirea corespunzatoare a contractului.

La finalizarea evaluarii ofertelor, documentele de mai sus vor fi prezentate la solicitarea autoritatii contractante doar de ofertantii clasati pe primele 3 locuri in clasamentul intermediar.

Toate documentele vor fi semnate cu semnatura electronica extinsa conform art.60, alin. (4) din HG 395/2016.

La pct. VI.3 – „*Informatii suplimentare*” din aceeași fișă s-a atras atenția:

Documentele vor fi incarcate in SICAP semnate cu semnatura electronica extinsa!!!!!!! (extensia P7M sau P7S)!!!!!!

Prin urmare este limpede și dincolo de tăgadă că toți ofertanții erau ținuti să își indice experiența similară în propriul DUAЕ și să prezinte documente suport din care să reiasă că experiența lor acoperă valoarea de 197.318,88 lei, fără TVA, în ultimii trei ani.

Potrivit Instrucțiunii președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale:

Art. 12. - (1) Autoritatea/Entitatea contractantă menționează la nivelul fișei de date a achiziției faptul că pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară se va prezenta, ca dovadă preliminară, DUAЕ completat de ofertant [...] cu informații relevante **care să demonstreze realizarea plafoanelor valorice**/cantitative impuse pentru cerința în cauză.

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă menționează explicit în fișa de date a achiziției modul de completare a DUAЕ, astfel încât să poată fi asigurată o abordare unitară a candidaților/ofertanților, precum și pentru facilitarea activității comisiei de evaluare.

NOTĂ:

Se va indica în fișa de date a achiziției faptul că la nivelul DUAЕ trebuie precizate de către candidați/ofertanți informații cum ar fi: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, beneficiarul acestuia și datele sale de contact, data și numărul documentului de recepție, precum și ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil, împreună cu valoarea acestora, fără TVA.

Societatea reclamantă, în formularul DUAЕ, pag. 14-16, a enumerat:

1. Livrare produse sterilizare

Valoare 6188 lei

Data de începere 22.02.2019. Data de încheiere 31.03.2019

Beneficiar: Spitalul [...] „....

2. Livrare produse sterilizare

Valoare 1190 lei

Data de începere 08.03.2019. Data de încheiere 12.03.2019

Beneficiar...

3. Livrare produse sterilizare

Valoare 476 lei

Data de începere 04.03.2019. Data de încheiere 05.03.2019

Beneficiar: ...

4. Livrare produse sterilizare

Valoare 1751,68 lei

Data de începere 14.03.2019. Data de încheiere 15.03.2019

Beneficiar....

5. Livrare produse sterilizare

Valoare 1218,56 lei

Data de începere 15.03.2019. Data de încheiere 15.03.2019

Beneficiar: ..

6. Livrare produse sterilizare

Valoare 1815,94 lei

Data de începere 25.03.2019. Data de încheiere 25.03.2019

Beneficiar: ..

7. Livrare produse sterilizare

Valoare 188.555,33 lei

Data de începere 30.11.2018. Data de încheiere 30.09.2021

Beneficiar: ... SRL

În finalul DUAE asumat de ofertant se regăsește mențiunea:

Operatorul economic declară că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus **sunt exacte și corecte** și că au fost furnizate **cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false.**

Operatorul economic declară în mod oficial că poate să furnizeze, la cerere și fără întârziere, certificate și alte forme de documente justificative [...].

Pentru a se asigura de conformitatea datelor din DUAE și a le verifica prin prisma îndeplinirii cerinței de calificare a experienței similare, comisia evaluatorie a solicitat ofertantei clarificări cu adresa nr. 14244/03.04.2019: *„Comisia de evaluare, în temeiul art. 196 alin. (1) și art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, solicită punerea la dispoziție a documentelor complete care să conțină toate datele necesare pentru a îndeplini cerința privind experiența similară.”*

Adresa nu a fost contestată de destinatară, care a ales să răspundă cu adresa nr. 192/05.04.2019, la care a anexat un tabel în care apar mai multe furnizări, totalizând 209.640,45 lei, și nouă documente (11 file), după cum urmează:

a) două scrisori de recomandare emise în aceeași zi (26.03.2019) de două unități spitalicești, fără antet și număr de înregistrare la emitent (nu apare a fi vizibil), în cuprinsul cărora nu figurează niciun contract, nicio dată de executare a livrărilor, nicio valoare a produselor livrate, context în care sunt lipsite de relevanță în calculul experienței cerute;

b) avizul de însoțire a mărfii nr. 3/14.03.2019, către ... în care valoarea produselor a fost anonimizată, context în care este lipsit de relevanță în calculul experienței cerute;

c) factura seria INM nr. 15/14.03.2019, emisă de SC SRL către ...”, în care valoarea produselor a fost anonimizată, context în care este lipsită de relevanță în calculul experienței cerute;

d) factura seria INM nr. 17/25.03.2019, emisă de SC SRL către ... care valoarea produselor a fost anonimizată, context în care este lipsită de relevanță în calculul experienței cerute;

e) comanda nr. 1/28.02.2019 emisă de SC ... SRL către SC SRL, în care nu apare nicio valoare a produselor și nici

confirmată efectuarea vreunei livrări, context în care este lipsită de relevanță în calculul experienței cerute;

f) contractul de distribuție nr. 141/30.11.2018 încheiat de SC SRL cu SC ... SRL pe o perioadă de 36 de luni, în care nu apare nicio valoare a produselor și nici confirmată efectuarea vreunei livrări, context în care este lipsit de relevanță în calculul experienței cerute;

g) avizul de însoțire a mărfii nr. 6/01.04.2019, emis de SC SRL către SC ... SRL, în care valoarea produselor este de 37.777,35 lei (fără TVA), aviz care este lipsit de relevanță în speță, întrucât ofertarea la licitație a avut loc la 29.03.2019, iar cerința experienței similare trebuia îndeplinită cel târziu la momentul ofertării, iar nu ulterior, pe parcursul licitației;

h) avizul de însoțire a mărfii nr. 1/11.03.2019, emis de SC SRL către SC ... SRL, în care valoarea produselor este de 150.778 lei (fără TVA), singurul document care ar fi putut fi luat în considerare la calculul valoric al experienței similare. Însă, și acest document naște întrebări, dat fiind că primirea produselor este confirmată de o altă firmă (SC ... SRL), aspect ce poate reprezenta doar o eroare și care nu face obiectul analizei de față a Consiliului.

Prin urmare, nu este acoperită valoarea de 197.318,88 lei, fără TVA, pretinsă de autoritatea achiziitoare în fișa de date.

În anexă la contestația sa, SC SRL depune copii de pe trei facturi, toate emise de ofertantă către SC ... SRL, respectiv seriile INM nr. 10/ 08.03.2019, 11/11.03.2019 și 22/01.04.2019, documente care nu figurează între cele transmise autorității contractante în mod legal, prin SEAP (nu au fost incluse în dosarul achiziției publice înaintat Consiliului). De altminteri, autoritatea specifică în punctul de vedere că le-a primit ulterior, prin e-mail, nu prin SEAP. Nefiind depuse prin SEAP în termenul acordat, aceste facturi sunt considerate a fi inexistente din perspectiva licitației pendinte, care se desfășoară exclusiv prin portalul SEAP, astfel cum a atenționat autoritatea:

Documentele vor fi incarcate in SICAP semnate cu semnatura electronica extinsa!!!!!!! (extensia P7M sau P7S)!!!!!!

În același sens este și art. 123 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 123. - (1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.

(2) Operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, **răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfășoară prin intermediul SEAP.**

(3) Documentele prevăzute la alin. (2) **se semnează cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat**, reprezentând documente originale.

În pofida prevederilor clare și obligatorii redate mai sus, precum și a solicitării de clarificare primită de la autoritate, SC SRL nu a reușit să își probeze experiența similară decât în limita a 150.778 lei (fără TVA), cifră insuficientă pentru a acoperi pragul de 197.318,88 lei, fără TVA, impus de autoritate.

Toți ofertanții aveau aceeași obligație de a elabora oferta și înscrisurile însoțitoare (DUAЕ) în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar:

- comisia de evaluare analizează DUAЕ în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Legea nr. 98/2016;

- comisia de evaluare are obligația, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare, să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanților respinși, să deschidă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAЕ *depuse de ofertantul de pe primul loc*, precum și să acorde un termen de răspuns;

- oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația de atribuire;

- comisia de evaluare are obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți;

- comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ, astfel cum dispune art. 132 alin. (1) din normele la lege, obligație pe care comisia evaluatorie desemnată de a putut să o îndeplinească prin prisma datelor completate, sub sancțiunea falsului în declarații, de către ofertant, precum și a clarificărilor din răspunsul nr. 192/05.04.2019. Spitalul a făcut aplicarea art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, conform căruia autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

Consecința lipsei din oferta clarificată a societății a dovezilor privind valoarea experienței similare constă în respingerea fără ezitare a ofertei, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a din normele metodologice aprobate prin Hotărârea

Guvernului nr. 395/2016 (oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă) și cele ale alin. (1) din același articol (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind aceea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. În completare, la art. 134 alin. (5) se arată că, atunci când răspunsul de clarificare transmis nu este concludent, oferta va fi considerată inacceptabilă. Întocmirea deficitară a răspunsului de clarificări este imputabilă societății care l-a prezentat, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației. SC SRL putea și trebuia să verifice dovezile pe care l-a încărcat în SEAP, pentru a preveni eventuale omisiuni și elimina riscul respingerii ofertei din cauza lor.

Raționamentul că autoritatea avea obligația de a îi accepta avizul ulterior ofertării nu este judicios, deoarece ar fi încălcat atât textul imperativ al art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a, cât și principiul legal al tratamentului egal între ofertanți. Nici raționamentul că autoritatea ar fi trebuit să accepte facturile prezentate pe e-mail nu poate fi validat, întrucât procedura se desfășoară prin SEAP. Ofertantul a conștientizat că documentele inițiale nu justifică îndeplinirea întocmai a cerinței, situație în care a gândit că trebuie să producă probe suplimentare, cum sunt cele trei facturi adresate autorității prin e-mail, în afara modalității legale de comunicare a lor.

Practic, reclamanta își invocă propria culpă, constând în lipsa de diligență manifestată pe parcursul derulării procedurii de atribuire. De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției:

- deciziile nr. 2427 din 30 septembrie 2015 și nr. 881 din 26 mai 2016 (particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 691 din 13 iunie 2016 (Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă din moment ce autoritatea contractantă trebuie să

se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare.), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Similar, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora. Și decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus – „Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia.”

Decizia civilă nr. 4271 din 25 noiembrie 2016 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, este deosebit de elocventă, în sensul că o completare necorespunzătoare a DUAЕ atrage respingerea ofertei ca inacceptabilă, chiar dacă, în realitate, ofertanta îndeplinește criteriile de calificare necompletate în DUAЕ:

Deși reclamanta a făcut vorbire despre completarea DUAЕ, acesta nu a fost completat în forma solicitată de către autoritatea contractantă. Acest aspect rezultă în mod indubitabil din raportul procedurii, unde este consemnată împrejurarea că în cadrul DUAЕ nu a fost „completată descrierea criteriilor de calificare de la secțiunea Situația personală a operatorilor economici, inclusiv cerințele referitoare la înscrierea în registrul comerțului sau al profesiei, și Capacitatea tehnică și/sau profesională”. [...]

Curtea constată că, în condițiile de participare (criterii de calificare) din invitația de participare este consemnat ce trebuie să fie completat în DUAЕ, cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale, cu privire la dovada deținerii autorizației de funcționare emisă de Ministerul Sănătății, cu privire la experiența similară. Chiar dacă aceste criterii au fost îndeplinite de către reclamantă – potrivit susținerilor acesteia – prin actele depuse, faptul că DUAЕ nu a fost completat în mod corespunzător, în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă, nu poate fi acoperit în alt mod.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta SC SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului intermediar prin care a fost stabilit rezultatul evaluării actelor contestatoarei și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea acestora. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC SRL nr. 15833/02.05.2019, în contradictoriu cu

Consiliul va respinge și cererea accesorie a reclamantei, de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu depunerea contestației, în condițiile în care această din urmă parte procesuală nu a pierdut procesul în fața contestatoarei. Nu sunt îndeplinite condițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 453 C. proc. civ., în sensul că societatea contestatoare nu a câștigat procesul și autoritatea contractantă nu s-a aflat în culpă.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL, CU MAJORITATE DE VOTURI, DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația SRL nr. 15833/02.05.2019, în contradictoriu cu, inclusiv în privința capătului de cerere de obligare a spitalului la plata cheltuielilor de soluționare a contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

OPINIE SEPARATĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie separată:

Astfel, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, rețin cele ce urmează:

Prin raportul intermediar nr. 16823 din 22.04.2019, oferta SC SRL, depusă pentru lotul 2, a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece răspunsul acestei societăți la solicitarea de clarificări a fost neconcludent. În raport sunt expuse pe larg considerentele comisiei de evaluare.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC SRL a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauciunea în valoare de 31.571,02 lei, cu recipisa de consemnare nr.

205431886/1 din 06.05.2019, emisă de CEC Bank SA – Unitatea Păcii), solicitând:

- anularea raportului intermediar nr. 16823 din 22.04.2019 al etapei privind evaluarea informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, prin care oferta SC SRL a fost respinsă ca inacceptabilă;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție ținând cont de aspectele sesizate în contestație;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu acest litigiu.

În examinarea legalității deciziei autorității contractante, rețin că, prin adresa nr. 14244 din 03.04.2019, aceasta a cerut SC SRL următoarele:

«Comisia de evaluare, [...], în conformitate cu prevederile legale în vigoare, va solicita în baza prevederilor art. 196 alin. (1) și art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016, clarificarea următoarelor aspecte:

1. Experiența similară: - Conform DUAE transmis de către SRL, la cerința experiența similară, comisia de evaluare nu a putut identifica, din informațiile prezentate, dacă livrările de produse similare au fost efectuate în ultimii 3 ani și dacă acestea însumează valoarea de minim 197.318,88 LEI +TVA.

Pentru îndeplinirea cerinței se poate calcula doar valoarea contractele îndeplinite și a achizițiilor finalizate ale căror recepție a fost realizată de către beneficiarul final. Nu se pot lua în calcul Acordurile cadru pe valoarea maximă ci doar valoarea contractelor subsecvente, livrate, aferente acestora, finalizate sau în curs, dar pentru care s-a realizat facturarea și respectiv recepția produselor.

Comisia de evaluare, în temeiul art. 196 alin. 1 și art. 209 alin. 1 din Legea 98/2016 solicita punerea la dispoziție a documentelor complete care să conțină toate datele necesare pentru a îndeplini cerința privind experiența similară.

Conform fisei de date la prezenta procedura, în temeiul art. 179 alin. b din Legea 98/2016, trebuia să transmiteți autorității contractante prin completarea DUAE: ") lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel puțin ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați."*

Drept urmare, în temeiul Instrucțiunii ANAP 2/2017 art. 12 (6): " Documentele prin care operatorii economici pot îndeplini cerința privind experiența similară sunt următoarele, fără a se limita la, enumerarea nefiind cumulativă:- copii ale unor părți relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit; - certificate de predare-primire;- recomandări; - procese-verbale de recepție; - certificări de bună execuție; - certificate constatatoare, Comisia de evaluare,

solicita sa transmiteti aceste documente, incarcandu-le în SICAP, în termen de 1 zi lucratoare de la postarea solicitării pe site-ul dedicat (SICAP).

Concluzia solicitării de clarificari:

... solicita: Prezentarea documentelor care au stat la baza întocmirii DUAE (în copie conform cu originalul), respectiv a contractelor, facturilor, documentelor de recepție, documentelor constatatoare, din care sa reiasa indeplinirea cerinței privind experiența similara de minim 197.318,88 LEI +TVA, în ultimii 3 ani.

In cazul în care nu veti prezenta comisiei de evaluare, în termenul legal stabilit (1 zi lucratoare de la data postării în SICAP), informațiile și documentele solicitate sau acestea nu vor fi concludente, oferta va fi considerata inacceptabila conform art. 134 alin. 5 din HOTĂRÂREA GUVERNULUI Nr. 395 din 2 iunie 2016.»

Ofertanta a răspuns cererii autorității contractante prin adresa nr. 192 din 05.04.2019, prezentând o serie de documente.

Primind acest răspuns al SC SRL, potrivit raportului intermediar contestat, comisia de evaluare a concluzionat:

- a) cerința privind experiența similară nu este clară în DUAE;
- b) documentele care au stat la baza constituirii experienței similare prezentată în DUAE nu demonstrează îndeplinirea obligațiilor contractului nr. 141/30.11.2018, nu se prezintă facturi semnate, ștampilate și confirmate la client, care să ateste livrarea sau alte documente care să ateste îndeplinirea obligațiilor;
- c) avizele puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului nr. 141/30.11.2018, întocmite între SC SRL și SC ... SRL, nu pot fi acceptate ca documente finale care demonstrează acceptarea produselor de către client și nu poartă ștampila acestuia de confirmare;
- d) ștampila aplicată pe avizele de însoțire a mărfii emise de SC SRL către SC ... SRL poartă ștampila de primire a SC ... SRL, o altă societate comercială.

Astfel, în baza acestor observații, comisia de evaluare a decis, așa cum este menționat în raportul intermediar, că răspunsul SC SRL este neconcludent și, drept urmare, oferta considerată inacceptabilă, potrivit conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Verificând legalitatea acestei decizii contestate a autorității contractante, observ faptul că originea situației expuse este reprezentată de DUAE pe care SC SRL l-a prezentat autorității. Așa cum rezultă din cuprinsul adresei autorității nr. 14244 din 03.04.2019, aceasta a considerat că informațiile inserate de ofertantă în DUAE, referitor la îndeplinirea cerinței de experiență

similară, nu sunt complete în formarea convingerii asupra satisfacerii acesteia.

Drept urmare, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 14244 din 03.04.2019 a cerut ofertantei *„Prezentarea documentelor care au stat la baza întocmirii DUAE (în copie conform cu originalul), respectiv a contractelor, facturilor, documentelor de recepție, documentelor constatatoare, din care să reiasă îndeplinirea cerinței privind experiența similară de minim 197.318,88 LEI +TVA, în ultimii 3 ani.”*

Rezultă, de aici, că solicitarea din cuprinsul acestei adrese este una realizată în aplicarea prevederii de la art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, (conform căreia *„Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.”*), trimiterea din textul adresei la acest articol de lege fiind una corectă.

Așa cum se poate observa, legiuitorul a reglementat separat demersul autorității contractante de a cere ofertantei prezentarea documentelor justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, de instituția clarificării ofertei, reglementată prin dispozițiile de la art. 134-135 din HG nr. 395/2016. Drept urmare, nu se poate considera că o astfel de solicitare a documentelor doveditoare a informațiilor din DUAE reprezintă un demers de clarificare a ofertei, care să poată fi analizat prin prisma celor prevăzute la art. 134-135 din HG nr. 395/2016 și ale cărui consecințe să fie cele descrise de legiuitor în aceste texte de lege.

Că lucrurile stau astfel rezultă din chiar prevederea de la art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care stabilește că *„Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la [alin. \(1\)](#) sau [\(2\)](#).”*. Or, în speța analizată, autoritatea contractantă nu numai că nu a considerat necesar să ceară ofertantei clarificarea și/sau completarea documentelor depuse ca dovadă a îndeplinirii cerinței de calificare, deși din concluziile sale reiese că un astfel de demers de clarificare se impune cu forța evidenței, dar a înțelege să echivaleze cererea de a-i fi prezentate documentele doveditoare unei veritabile cereri de lămurire a ofertei, deși textul de lege este clar și interpretarea acestuia facilă.

Apreciez că rezultă, din logica textelor de lege, faptul că etapa de solicitare a documentelor doveditoare a informațiilor din DUAE este o etapă obligatorie, în lipsa acesteia neputându-se vorbi despre epuizarea procesului de analiză și verificare a unei oferte. Or, clarificarea/completarea ofertei este un demers care poate fi

incident sau nu unei oferte, în funcție de modul în care aceasta a fost elaborată, în funcție de cerințele documentației de atribuire și în funcție de nevoile de lămurire ale comisiei de evaluare. Or, a interpreta că cererea de a fi prezentate documentele de calificare reprezintă echivalentul unei solicitări de clarificare a ofertei, înseamnă a admite ideea că aceasta poate fi realizată sau nu, în funcție de specificul ofertei și activității comisiei de evaluare, concluzie de neprimut în situația în care, potrivit legii, satisfacerea cerințelor de calificare este o condiție de admisibilitate a ofertei (art. 137 alin. 2 lit. b din HG nr. 395/2016), verificabilă doar prin înaintarea către autoritate a documentelor care dovedesc informațiile din DUAE.

Pe de altă parte, nu pot să rețin că demersul autorității contractante din adresa nr. 14244 din 03.04.2019 ar reprezenta unul de clarificare/completare a DUAE, deoarece solicitarea de a-i fi depuse acte care susțin informațiile din DUAE este clară și expresă, aceasta fiind o etapă ulterioară analizării și eventualei remedieri a DUAE.

Astfel, stabilesc că adresa transmisă de autoritate ofertantei contestatoare nu reprezintă o clarificare a ofertei, în sensul legal al noțiunii, astfel încât nu îi pot fi opozabile acesteia sancțiunile rezultând din demersul de clarificare a ofertei, reglementat la art. 134 din HG nr. 395/2016.

În examinarea legalității deciziei atacate, constat că, într-adevăr, o ofertă care nu îndeplinește cerințele de calificare va fi respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, însă, în egală măsură trebuie verificat și dacă o astfel de decizie este luată după ce, atât autoritatea contractantă, cât și ofertantul au parcurs toate etapele și au utilizat toate instrumentele pe care legiuitorul le-a prevăzut ca fiind posibile. Este de notorietate faptul că decizia de respingere a unei oferte trebuie luată pe baza tuturor informațiilor pe care autoritatea contractantă le poate obține de la ofertantul său, în acest sens legiuitorul instituind regula clarificării/completării documentelor doveditoare ale informațiilor cuprinse în DUAE, așa cum se precizează la art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Date fiind cele expuse până acum, rețin că, deși a indicat în textul adresei sale prevederea de la art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016 (*„În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului*

egal și transparenței.”), autoritatea contractantă tocmai un astfel de demers a omis să realizeze.

Cât privește faptul că în textul art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a utilizat sintagma *„autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice”* documentele doveditoare ale informațiilor din DUAЕ, consider că textul legal nu poate fi interpretat în sensul ca autoritatea contractantă poate să își exercite în mod discreționar prerogativa legală, aceasta, în condițiile în care alege să nu își exercite acest drept, trebuind să motiveze împrejurarea că unui anumit ofertant nu îi este solicitată clarificarea și/sau completarea documentelor prezentate.

Mai mult, drepturile acordate de legiuitor au ca scop încurajarea autorității contractante către conduita indicată de lege și nu acordarea posibilității de eludare a unui astfel de comportament, având ca unică motivare absența obligativității și imposibilitatea transformării unui drept într-o obligație.

Este de interes a se reține aici și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Pe de altă parte, nu se poate reține în speță ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (*„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”*), deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege (art. 196 alin. 3 din Legea nr. 98/2016) nu poate fi apreciat chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Ipoteza prevăzută la art. 209 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său se realizează cu încălcarea a ceea ce este adecvat și cu atingerea principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

Sanționarea unei oferte cu respingerea, ca inacceptabilă, în cazul în care a fost depusă de un ofertant care, în opinia autorității contractante, nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire (art. 137 alin. 2 lit. b din HG nr. 395/2016), nu reprezintă o măsură ad-hoc. Textul de lege nu poate fi interpretat în mod superficial în sensul în care sancțiunea intervine automat, ci trebuie interpretat în sensul în

care, după parcurgerea tuturor etapelor de clarificare și/sau completare a documentelor (în acord cu prevederea de la art. 196 alin. 3 din Legea nr. 98/2016), acestuia încă îi lipsesc informațiile care să conducă la concluzia că ofertantul îndeplinește cerințele de calificare.

Concluzia se impune chiar prin prevederea de la art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care stabilește expres că documentele de calificare pot fi clarificate și/sau completate.

Este evident că oferta va fi considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, însă această sancțiune, așa cum se preciza mai sus, nu intervine imediat, ci este o măsură ce urmează întregului set de reguli, obligații și drepturi acordate în egală măsură atât autorității contractante, cât și ofertanților, de către reglementarea în materie.

În aceste condiții, stabilesc ca nelegală conduita autorității contractante de a respinge oferta SC SRL fără a face aplicarea prevederii de la art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și fără a cere clarificarea și/sau completarea documentelor prezentate prin răspunsul din adresa nr. 192 din 05.04.2019, la demersul autorității contractante din adresa nr. 14244 din 03.04.2019.

Având în vedere toate aspectele expuse, constat că autoritatea contractantă din prezenta speță nu și-a manifestat rolul activ în verificarea îndeplinirii condițiilor care ar fi determinat, în mod legal, păstrarea ori excluderea din procedură a societății contestatoare, astfel încât rețin nelegala analiză a ofertei acesteia și încălcarea prevederilor legale expuse în prezenta opinie separată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 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, consider că ar trebui admisă contestația depusă de SC SRL și anulate actele autorității contractante privind decizia referitoare la respingerea ofertei SC SRL, depusă pentru lotul 2.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă ar trebui obligată la reanalizarea ofertei depusă de SC SRL pentru lotul 2, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în prezenta opinie separată.

În baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, ar trebui respinsă ca nedovedită cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu acest litigiu.

MEMBRU COMPLET,

.....

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci de pagini.