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. 1143 / C8 / 1255
Data: 11.07.2019

Prin contestația nr. 430/27.06.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24197/27.06.2019, depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., punct de lucru în ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări la obiectivul de investiții „Pod acces Mănăstirea Almaș, calamitat în urma fenomenelor hidrometeorologice periculoase din anul 2010, ..., Județul .....”, cod CPV 45221110-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 29.05.2019, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat ..... Prin încheierea nr. 972/C8/1255/ 01.07.2019, 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, în cadrul DUAE, secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională, cu privire la contractul de lucrări nr. 13239/16.05.2018, încheiat cu Primăria Municipiului ..... pentru execuția lucrărilor la podul peste pârâul Cuejdi, cod CPV 45221111-3, a fost înscrisă valoarea de 769.790,38 lei, inclusiv TVA, conform clauzei obligatorii de la pct. 4 - Obiectul și prețul contractului. Contractul a fost prezentat autorității contractante.

În fișa de date, la cerința „ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 700.000,00 lei", nu a fost specificat ca această sumă să fie cu sau fără TVA. În DUAE a fost înscrisă valoarea de 769.790,38 lei din contractul amintit, compusă din 646.882,67 lei, la care s-a adăugat suma de 122.907,71 lei reprezentând TVA.

În conformitate cu art. 15 alin. (8) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 343/2017 pentru modificarea Hotărârii Guvernului nr. 273/1994 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora, se declară valoarea finală a lucrărilor.

Valoarea declarată a investiției cuprinde toate cheltuielile efectuate pentru realizarea obiectivului de investiție, inclusiv toate taxele aferente, urmând ca această valoare să reflecte în contabilitate valoarea finală, reprezentând contul 231 „Imobilizări corporale în curs de execuție", în care se înregistrează valoarea imobilizărilor corporale în curs de execuție facturate de furnizori.

În procesul-verbal de recepție parțială a lucrărilor nr. 15034/ 28.05.2019, privind lucrarea pod peste pârâul Cuejdi, la pct. 4.4 - *Valoarea declarată a investiției* a fost înscrisă suma de 723.545,23 lei, sumă ce este mai mică decât 769.790,38 lei, valoarea cu TVA a lucrării, urmând ca valoarea finală să fie stabilită de comisie la întocmirea procesului-verbal la terminarea lucrării, după perioada de valabilitate a contractului.

Pentru a se dovedi capacitatea și experiența de executare a lucrării în cauză, au fost comunicate autorității, cu adresa nr. 398/ 15.06.2019, alte lucrări similare executate în ultimii 5 ani:

- contractul de lucrări nr. 13740/09.11.2018, încheiat cu .... pentru scarificare, reprofilare și compactare strada Secu Vaduri, cu adaos de balast, în valoare de 134.999,55 lei, cu TVA; acest contract are procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 15785/28.12.2018;

- contractul de servicii nr. 3054/28.03.2016, încheiat cu ... pentru lucrări de refacere a drumurilor balastate și lucrări de întreținere a drumurilor (balastare), executate în baza comenzii nr. 1618/1619, în valoare de 267.949,32 lei, cu TVA; acest contract are procesele-verbale de recepție nr. 3841/21.04.2016 și 4648/ 23.05.2016;

- contractul de lucrări nr. 11831/27.09.2018, încheiat cu ... pentru amenajare structuri de sprijin și refacere corp drum pe strada Profesorilor, zona pod CFR – Bistrița, în valoare de 233.240,00 lei, cu TVA; acest contract are procesul-verbal de recepție parțială a lucrărilor nr. 13881/13.11.2018.

De datele comunicate și documentele înaintate la răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3902/14.06.2019 autoritatea trebuia să țină seama în etapa de evaluare a experienței similare a firmei.

Cu adresa nr. 451/03.07.2019, SC ..... SRL înștiințează consiliul că, la o altă procedură de atribuire, aceeași autoritate a specificat, pentru experiență similară, că valoarea cerută este fără TVA, dovedind o abordare diferențiată.

În punctul său de vedere nr. 4256/02.07.2019 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 25457/04.07.2019, autoritatea contractantă susține în apărare că, în conformitate cu documentația de atribuire, ofertanții trebuiau să demonstreze îndeplinirea cerinței privind experiența similară în valoare de cel puțin 700.000 lei. Comisia de evaluare a constatat că ofertantul a prezentat, ca experiență similară, în cadrul DUAE, un singur contract, în valoare de 646.882,67 lei, cu 53.117,33 lei sub valoarea impusă.

Ținând seama că cerința nu este îndeplinită, conform DUAE depus, membrii comisiei au solicitat clarificări. În răspunsul furnizat, ofertantul afirmă că a înțeles și interpretat eronat condiția de calificare, luând în calcul și TVA. Valoarea contractului nr. 13239/ 16.05.2019, încheiat cu Primăria Municipiului ..... pentru lucrările la podul peste pârâul Cuejdi cuprinde TVA. În scopul demonstrării îndeplinirii cerinței de calificare, a adăugat în DUAE informați și despre alte contracte.

Față de acest răspuns, comisia de evaluare a stabilit:

- nu poate lua în considerare completarea DUAE cu informații noi, ce nu au fost inițial prezentate ca experiență similară. Este permisă corectarea/revizuirea DUAE doar în cazul unor greșeli de formă, dar introducerea unor contracte noi în cadrul DUAE, ca experiență similară, nu este o eroare de formă, ci de fond, care nu poate fi revizuită;

- în cazul în care s-ar accepta adăugarea unor noi contracte în DUAE s-ar aduce atingere reglementărilor în vigoare și principiilor tratamentului egal și nediscriminării;

- taxa pe valoare adăugată este un impozit indirect datorat la bugetul statului și nu poate fi luată în considerare.

S-a decis respingerea ofertei SC ..... SRL, întrucât valoarea este mai mică decât valoarea estimată fără TVA a contractului ce urmează a fi atribuit. Sunt incidente prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: „Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării si prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției."

În consecință, criticile aduse de contestatoare sunt nefondate.

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. SCN1043014, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 09.05.2019, autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de lucrări de execuție pod acces Mănăstirea Almaș din ....., estimate valoric la 704.853,05 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 09.05.2019, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat doi operatori economici, respectiv asocierea ..... și SC ..... SRL, iar oferta acestuia din urmă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, întrucât nu a dovedit îndeplinirea cerinței constând în experiența similară de cel puțin 700.000 lei. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care 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 contractului de lucrări, 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, Spinosa 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 DUAE a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal nr. 4057/21.06.2019, rezultat anunțat ulterior de autoritate în SEAP. La 27.06.2019, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

În disputa juridică a părților se află problema îndeplinirii de către contestatoare a cerinței de calificare privind experiența similară, cerință regăsită în anunț și în fișa de date a achiziției:

III.1.3) Capacitatea tehnica si profesionala:

1.) Pentru contractele de achizitie de lucrari: executarea de lucrari de tipul specificat. **Ofertantul trebuie sa fi executat lucrari similare în ultimii 5 ani în valoare cumulata de cel putin 700.000,00 lei, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor lucrarilor executate la nivelul a maximum 3 contracte.** Prin lucrari similare se intelege lucrari de constructii si/sau modernizari si/sau reabilitari si/sau lucrari de intretinere periodica si/sau reparatii curente de drumuri de interes

national/drumuri de interes judetean/drumuri de interes local/autostrazi sau drumuri exprese si/sau executie de poduri. Pentru contractele exprimate în alta moneda, Conversia RON/ALTA VALUTA se va realiza la cursul mediu comunicat de Banca Centrala Europeana pentru anul respectiv - **Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile ce descriu nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător cerințelor autorității contractante.** Asociatul/asociatii nominalizati va/vor prezenta distinct DUAE în care se vor cuprinde informațiile solicitate. **La nivelul DUAE trebuie precizate următoarele informații: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, tipul/categoriile de lucrări executate, valoarea, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție, precum și ponderea și categoriile de lucrări pentru care a fost responsabil în execuția lucrărilor.**

SC ..... SRL a indicat în propriul DUAE contractul de lucrări nr. 13239/16.05.2018, încheiat cu Primăria Municipiului ..... pentru execuția lucrărilor la podul peste pârâul Cuejdi, valoare 769.790,38 lei, dată de începere 20.08.2018 - 03.04.2020. Întrucât aceste informații i-au fost insuficiente, autoritatea a cerut ofertantei lămuriri, prin adresa nr. 3599/03.06.2019 („vă rugăm depuneți documente justificative privind experiența similară declarată în DUAE"). Societatea a răspuns depunând copiile contractului și a procesului-verbal de recepție parțială a lucrărilor nr. 15034/ 28.05.2019. Din copia contractului reiese că valoarea de 769.790,38 lei este, într-adevăr, valoarea acestuia, însă cu TVA, valoarea fără TVA fiind de 646.882,67 lei. În procesul-verbal de recepție parțială apare înscrisă valoarea de 723.545,23 lei, ca „valoare declarată a investiției".

Întrucât nici aceste informații nu i-au fost suficiente, autoritatea a revenit cu solicitarea de clarificări nr. 3902/14.06.2019, în urma căreia societatea a răspuns cu adresa nr. 398/15.06.2019, în care arată că cerința redactată din fișa de date nu face distincție după cum valoarea de cel puțin 700.000 lei include sau nu TVA. De asemenea, nici în ceea ce privește completarea DUAE autoritatea nu a specificat dacă valoarea contractelor de referință este cu sau fără TVA. Suplimentar, contestatoarea aduce alte contracte de lucrări, pe care le invocă, în favoarea sa, cu titlu de experiență similară.

Forul administrativ-jurisdicțional, asemenea părților litigante, este ținut a se raporta la îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, astfel cum a fost redactată în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției, redată mai sus. Din parcurgerea cerinței reiese că autoritatea nu a introdus nicio circumstanțiere legată de luarea în considerare doar a valorii lucrărilor executate fără TVA, respectiv nu a furnizat niciun indiciu operatorilor economici în sensul excluderii TVA din valoarea lucrărilor.

În schimb, la alte proceduri de atribuire, aceeași ....., acționând în calitate de autoritate contractantă, a specificat că dorește experiența similară de un anumit plafon „fără TVA”, exemplu fiind procedura pentru servicii de proiectare și execuție de lucrări pentru modernizare, reabilitare și dotare cămin cultural în satul Gârcina, anunț nr. SCN1046749/27.06.2019:

1.) Pentru contractele de achizitie de lucrari: executarea de lucrari de tipul specificat. Ofertantul trebuie sa fi executat lucrari similare în ultimii 5 ani în valoare cumulata de cel putin 984.600,00 lei **fara TVA**. Se accepta insumarea valorilor aferente lucrarilor executate in cadrul a maximum 3 contracte. Prin lucrari similare se intelege lucrari de construire / reabilitare / modernizare cladiri.

În concluzie, în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției de față nu există cerința de calificare pentru ofertanți pe care o clamează comuna investitoare, respectiv că experiența similară de minimum 700.000 lei este fără TVA, din moment ce nu a făcut o asemenea distincție la procedura în discuție (cum a făcut la cealaltă procedură). Este subînțeles că autoritatea nu își poate întemeia decizia de respingere a unei oferte pe eventuala neîndeplinire a unor cerințe de calificare neprevăzute în secțiunile specifice ori altfel prevăzute, iar comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare astfel cum au fost redactate în anunț și în fișa de date.

Așadar, ... nu poate descalifica o ofertă pe temeiul neîndeplinirii condiției experienței similare la o valoare fără TVA, din moment ce nu a scris că valoarea minimă impusă este fără TVA. Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate ori majorate). Dacă documentația a fost incomplet sau greșit întocmită, culpa revine organizatoarei, nu ofertanților.

În cuprinsul anunțului de participare sau al fișei de date a achiziției nu apare trecută obligația operatorilor economici de a îndeplini exigența experienței similare la o valoare fără TVA, știut fiind că regula, în materia contractării, este că prețul contractului include și TVA, ceea ce înseamnă că ofertanții erau îndreptățiți să se raporteze, în demersul de a participa la licitație, la valoarea integrală a propriilor contracte, care include TVA plătibil.

Nimic nu a oprit unitatea achizitoare să se conformeze la, nu să deroge de la Instrucţiunea preşedintelui Agenţiei Naţionale pentru Achiziţii Publice nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 şi art. 192 lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, conform căreia:

Exemplul de bună practică nr. 1: Experienţă similară formulată într-o procedură de atribuire având ca obiect contract de: "Construcţie centru de afaceri în municipiul X" - valoare estimată lucrări construcţie - 35.000.000 lei, fără TVA.

Se vor prezenta informaţii aferente principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani din care să reiasă că au fost executate lucrări similare în valoare cumulată de minimum 35.000.000 lei, **fără TVA**, la nivelul a minimum un contract - maximum a 3 contracte.

Art. 12. - (1) Autoritatea/Entitatea contractantă menţionează la nivelul fişei de date a achiziţiei faptul că pentru îndeplinirea cerinţei privind experienţa similară se va prezenta, ca dovadă preliminară, DUAE completat de ofertant/candidat, terţ susţinător şi subcontractant, după caz, cu informaţii relevante care să demonstreze realizarea plafoanelor valorice/cantitative impuse pentru cerinţa în cauză.

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă menţionează explicit în fişa de date a achiziţiei modul de completare a DUAE, astfel încât să poată fi asigurată o abordare unitară a candidaţilor/ofertanţilor, precum şi pentru facilitarea activităţii comisiei de evaluare.

NOTĂ:

Se va indica în fişa de date a achiziţiei faptul că la nivelul DUAE trebuie precizate de către candidaţi/ofertanţi informaţii cum ar fi: numărul şi data contractului invocat drept experienţă similară, beneficiarul acestuia şi datele sale de contact, data şi numărul documentului de recepţie, precum şi ponderea şi/sau activităţile pentru care a fost responsabil, împreună cu valoarea acestora, **fără TVA**.

În speță, absența mențiunii „fără TVA” denotă fie intenția organizatoarei de a se abate de la instrucțiunea redată, fie neglijența acesteia, care nu poate fi imputată ofertanților.

Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o autoritate achizitoare, dincolo de exprimarea clară din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure încă de la inițiere operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). *Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată* (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007: 337, punctul 54).

Deosebit de relevantă este concluzia la care aceeași instanță de la Luxemburg a statuat-o în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes

transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat**.

Contrar părerii și argumentelor autorității pârâte, evaluarea și concluzia la care s-au oprit membrii comisiei desemnate excedează cadrului rezervat și strict delimitat în documentația de licitație pentru calificarea ofertanților. Nu putea fi introdusă în ecuație experiența similară fără TVA, pretinsă cu titlu de cerință de calificare, întrucât nu s-a impus în anunț și în fișă ca această experiență să fie la valoarea fără TVA. Trebuie amintit că baza de impozitare pentru prestarea unui serviciu, efectuată cu titlu oneros, este constituită de contrapartida primită în mod real în acest sens de persoana impozabilă (Hotărârea din 7 noiembrie 2013, Tulică și Plavoșin, C-249/12 și C-250/12, EU:C:2013:722, punctul 33).

Suplimentarea cerinței de calificare în timpul evaluării trece dincolo de domeniul protecției încrederii legitime și este de natură să surprindă „operatorul economic prudent și avizat”, sintagmă împrumutată din jurisprudența Curții de la Luxembourg. Eventuala neglijență din partea autorității în redactarea documentației de atribuire nu poate avea repercusiuni în persoana ofertanților, care au înțeles să se conformeze formei posibil deficitare a documentației.

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că „*unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

Mutatis mutandis, teoria aparenței (*error communis facit jus*) poate fi aplicată în cazul de față, deoarece absența circumstanțierii determină orice interpret să aprecieze că autoritatea a dorit să se refere la valoare integrală a lucrărilor, iar nu la valoarea diminuată cu TVA.

În privința elucidării îndeplinirii cerinței, sunt în continuare incidente dispozițiile art. 134 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, în temeiul cărora autoritatea are obligația să procedeze la clarificarea expresă a elementelor de experiență similară cu ofertanta. Determinând că există un risc privind oferta, autoritatea are sarcina de a stabili cu precizie dacă SC ..... SRL, prin intermediul contractului nr. 13239/16.05.2018, încheiat cu Primăria Municipiului ....., a executat lucrări similare în valoare cumulată de minimum 700.000

lei, valoare în care trebuie cuprinsă și TVA aferentă lucrărilor. Se pot cere inclusiv documente contabile din care să reiasă contravaloarea lucrărilor realizate. Orice hotărâre a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele sale, și pe probe concludente, iar nu pe documente insuficiente. Pentru situația de față, pornind de la cele constatate, o revenire cu întrebări corespunzătoare se impunea, mai cu seamă că autoritatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba calificarea la procedură.

Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, în hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, la pct. 57 a statuat, *inter alia*: "*[...] când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei [...] arată că este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului bunei administrări ca această ofertă să fie respinsă de autoritate fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p. II-3781, punctele 37 și 38). [...] principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 43)*."

În contextul descris mai sus, se reține că, în speța de față, evaluarea ofertei SC ..... SRL nu a fost realizată în mod riguros, ceea ce a determinat nerespectarea dispozițiilor legale de către comisia evaluatorie și nelegalitatea respingerii respectivei oferte. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. 430/27.06.2019,

în contradictoriu cu ....., va anula procesul-verbal nr. 4057/ 21.06.2019 și va obliga autoritatea contractantă la reclarificarea și reevaluarea ofertei în discuție și la emiterea unui nou proces-verbal, cu respectarea documentației de atribuire, a legislației privind achizițiile publice și a considerentelor de mai sus.

Participarea ofertei la fazele ulterioare ale achiziției depinde de admiterea sau nu a ofertei în etapa de evaluare DUAE.

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

Admite contestația SC ..... SRL nr. 430/27.06.2019, în contradictoriu cu ....., și anulează procesul-verbal nr. 4057/21.06.2019, în partea care privește oferta contestatoarei. Obligă autoritatea contractantă la reclarificarea și reevaluarea ofertei acesteia și la emiterea unui nou proces-verbal pentru această ofertă, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține douăsprezece pagini.