

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..

Data: 03..

Prin contestația nr. 48/14.03.2023, completată prin adresa nr. 51/17.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 15237/21.03.2023, și contestația fără număr de înregistrare la emitent, transmise prin mijloace electronice (e-mail), înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 13444/14.03.2023, respectiv sub nr. 13947/15.03.2023, înaintate de **(1...**, cu sediul în municipiul ..., înmatriculată în registrul comerțului cu nr. ..., având ..., reprezentată legal de .., administrator și de **(2)** .., cu sediul în municipiul ... având adresa de corespondență în municipiul ..., înmatriculată în registrul comerțului cu nr. J12/356/2009, CUI 25146010, reprezentată legal de Dezso Tibor, administrator, formulate împotriva rezultatului procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a acordului-cadru de „Servicii de întreținere și reparație a sistemelor electronice de acces controlat la incintele pentru depozitarea deșeurilor menajere din municipiul Oradea, finalizată cu încheierea unui acord-cadru pe o perioadă de 2 ani Cod unic 4230487/2022/52”, inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. CN1046927 din 09.09.2022 de autoritatea contractantă ..., cu sediul în municipiul Oradea, str. Unirii nr. 1, județul Bihor, s-a solicitat anularea comunicării privind rezultatul procedurii, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestora, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse de aceștia.

Contestațiile vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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

(1) Prin contestația nr. 48/14.03.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 13444/14.03.2023, ... atacă decizia autorității contractante .. de a-i declara inacceptabilă oferta, în temeiul dispozițiilor coroborate ale art.

134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și art. 209 din Legea nr. 98/2016, motivul invocat fiind următorul: *„Comisia de evaluare a analizat răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări și a constatat că nu a răspuns solicitării de clarificări nr. 411080 din 22.11.2022, adresată de autoritatea contractantă, respectiv Municipiul Oradea. În fapt, ofertantul, în loc să comunice parola de acces, astfel încât autoritatea contractantă să poată vizualiza fișierele depuse inițial privind propunerea tehnică, a depus 4 fișiere semnate cu semnătură electronică extinsă.*

Comisia de evaluare consideră că ofertantul nu a răspuns concludent, deoarece nu a putut stabili dacă fișierele depuse de ofertant, în urma răspunsului la clarificări, corespund cu cele depuse inițial sau sunt completarea acestora, fiind susceptibil a se produce un avantaj evident în favoarea ofertantului și incorect față de ceilalți ofertanți participanți la procedură, care au depus toate diligențele pentru a prezenta oferta tehnică conform solicitărilor din documentația de atribuire”.

În opinia contestatorului, decizia autorității contractante încalcă prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu privire la respectarea principiului tratamentului egal. La un interval de o lună, autoritatea contractantă a aplicat prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 diametral opus. Astfel, răspunsul la prima solicitare de clarificări (nr. 358545 din 19.10.2022) a fost apreciat de autoritatea contractantă ca fiind concludent, în timp ce răspunsul la cea de-a doua solicitare nu a mai fost considerat concludent, în condițiile în care ambele solicitări au avut drept scop transmiterea parolei de acces.

Contestatorul precizează că, în ambele rânduri, a încărcat, în cadrul rubricii răspuns la clarificări, documentele (semnate electronic), pe care autoritatea contractantă susținea că nu le poate decipta.

În acest context, contestatorul apreciază că invocarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și ale art. 209 din Legea nr. 98/2016 este complet eronată, deoarece nu ar fi avut posibilitatea să transmită *codul de acces*, deoarece acesta nu există. Toate documentele au fost semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, aflat în perioada de valabilitate. Prin urmare, îi revine autorității contractante culpa nedeschiderii documentelor.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 15237/21.03.2023, contestatorul a transmis, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii.

Prin adresa nr. 133294/20.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 14953/20.03.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația înaintată de ..., solicitând respingerea acesteia și menținerea deciziilor luate în cadrul procedurii de atribuire în discuție.

Autoritatea contractantă arată că, în fapt, ... a încărcat, în SEAP, fișiere criptate, cu extensie p7m. Fiind fișiere criptate, pentru deschiderea acestora este necesară o parolă.

Astfel că, atât documentele de calificare, cât și cele ce alcătuiau oferta tehnică a ofertantului nu au putut fi decriptate de către membrii comisiei de evaluare, care, în fiecare etapă de evaluare, au solicitat operatorului economic transmiterea parolei de acces la documente.

Drept răspuns, contestatorul a încărcat, în sistemul electronic, documentele semnate electronic, atașând fișierele scanate și semnate în interiorul documentului, la sfârșit, dar și cu extensia p7s, deci semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat conform dispozițiilor art. 62 din HG nr. 395/2016.

În etapa de evaluare a documentelor de calificare, autoritatea contractantă a stabilit că ... îndeplinește cerințele în ceea ce privește garanția de participare (aceasta fiind constituită până la data-limită de depunere a ofertelor - 18.10.2022, în quantumul solicitat), a informațiilor din DUAE și a documentelor care-l însoțesc, chiar dacă ofertantul nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări (respectiv nu a transmis codul de acces la documente).

Comisia de evaluare a încadrat redepunerea acestor documente ca vicii de formă, deoarece informațiile din cuprinsul lor erau susținute de conținutul altor informații existente inițial, în speță DUAE (singurul fișier care a putut fi accesat de comisia de evaluare), sau a căror completare avea rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți doi participanți la procedura de atribuire.

Însă, în etapa evaluării propunerii tehnice, comisia de evaluare nu a putut încadra această eroare/omisiune, ca fiind un viciu de formă, deoarece informațiile din cadrul ofertei tehnice nu erau susținute de conținutul altor informații existente inițial, în alte documente prezentate de ofertant.

Astfel, autoritatea contractantă nu a putut stabili dacă fișierele depuse de ..., în urma răspunsului la clarificări, corespund cu cele depuse inițial sau sunt în completarea acestora, fiind susceptibil a se produce un avantaj evident în favoarea acestui ofertant și incorect față de ceilalți participanți la procedură, care au depus toate diligențele pentru a prezenta oferte tehnice conform solicitărilor din documentația de atribuire.

Drept urmare, din considerentele expuse mai sus, comisia de evaluare a considerat, în mod corect, că sunt incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În vederea studierii dosarului cauzei la CNSC, Consiliul a pus la dispoziția contestatorului documentele din dosarul achiziției, mai puțin

ofertele celorlalți participanți la procedura de atribuire, acestea nefiind de interes pentru contestator, în raport cu criticile pe care le-a formulat.

Ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 54/27.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 16574/28.03.2023, ... reiterează solicitarea de admitere a contestației în sensul reevaluării ofertei sale, întrucât, în opinia sa, autoritatea contractantă a tratat cu superficialitate procedura de atribuire în discuție.

Prin adresa nr. 15638/686/C5/22.03.2023, Consiliul a transmis ... următoarea solicitare: „Având în vedere că autoritatea contractantă a învederat faptul că, în cadrul prezentei proceduri, nu a reușit descărcarea/decriptarea/vizualizarea documentelor de calificare încărcate de ARIKAN SERV SRL în SEAP, în vederea soluționării cu celeritate a contestației acestui operator economic nr. 48/14.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 13444/14.03.2023, în conformitate cu prevederile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, vă solicităm să ne precizați dacă, pentru descărcarea documentelor încărcate de ofertanți este necesar un cod de acces și dacă documentele încărcate de ofertantul ... în sistemul electronic pot fi descărcate/decriptate/vizualizate, respectiv dacă au existat disfuncționalități ale platformei SEAP care să conducă la imposibilitatea deschiderii lor de către autoritatea contractantă. Redăm mai jos capturile de ecran editate de autoritatea contractantă în punctul de vedere la contestație. (...) Totodată, vă solicităm să ne transmiteți, în format electronic, documentele încărcate de ofertantul în SEAP”.

Prin adresa nr. 10624/27.03.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 16721/28.03.2023, ... a transmis Consiliului următorul răspuns:

„Referitor la adresa dumneavoastră nr. 15638/686/C5/22.03.2023, înregistrată la ADR cu nr. 10593/22.03.2023, prin care solicitați informații legate de documentele atașate de operatorul economic în perioada de depunere a ofertelor de la procedura de licitație deschisă denumită «Servicii de întreținere și reparație a sistemelor electronice de acces controlat la incintele pentru depozitarea deșeurilor menajere din Municipiul Oradea, finalizată cu încheierea unui acord cadru pe o perioadă de 2 ani» Cod unic ..., organizată de autoritatea contractantă ... și identificată în SEAP prin anunțul de participare nr. CN1046927, vă transmitem următoarele:

Toate documentele atașate de operatorul economic ... (CUI RO9655497) în secțiunile «Documente de calificare» și «Documente de oferta tehnică» în perioada de depunere a ofertelor au extensia p7m însă nu poartă însemnele semnăturii electronice aplicate cu un certificat calificat. Regăsiți mai jos capturi de ecran cu eroarea care apare la verificarea semnăturii electronice, eroare care apare la toate documentele atașate de operatorul electronic în secțiunile «Documente de calificare» și «Documente de oferta tehnică»: (...)

Documentele încărcate în sistem pot fi descărcate în computer fără a fi necesar vreun cod. După descărcarea în computer a fiecărui document în parte din secțiunile menționate anterior, acestea nu pot fi vizualizate, eroarea care este afișată la încercarea de deschidere cu program de vizualizare document în format .pdf fiind următoarea: (...)

Menționăm că erorile afișate, care duc la imposibilitatea de vizualizare a documentelor atașate de operatorul economic .. (..), nu au legătură cu modul de funcționare a SEAP, ci cu operațiunile efectuate de utilizatorul de tip ofertant asupra acestor fișiere anterior încărcării lor în sistem.

Precizăm că, la încărcarea în cadrul procedurii de atribuire desfășurate online prin intermediul sistemului, documentele sunt preluate fără ca integritatea acestora să fie alterată.

Totodată, precizăm că, în perioada derulării procedurii licitație deschisă identificate în sistem cu numărul ... – de la momentul publicării anunțului până la data de 27.03.2023, data verificării informațiilor - SEAP a funcționat la parametri optimi, fără impedimente de natură tehnică pentru utilizatorii *sistemului, autorități/entități contractante respectiv operatori economici.*"

(2) În cadrul aceleiași proceduri, ... atacă, prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 13947 din 15.03.2023, raportul procedurii nr. 115450/07.03.2023 și comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 115515/07.03.2022, potrivit căroră oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă.

Contestatorul arată că a răspuns concludent la cele două solicitări de clarificări ale autorității contractante, referitoare la certificatele constatatoare 50717/22.06.2022 (nr. 895), 50767/22.06.2022 (nr. 906), 50761/22.06.2022 (nr. 903), 50764/22.06.2022 (nr. 904), emise de DGASPC Brașov, în sensul că a depus o „plângere contravențională” (pe rolul Tribunalului Cluj aflându-se dosarul nr. 4019/117/2022) în vederea anulării acestora, bucurându-se astfel de prezumția de nevinovăție. În acest sens, contestatorul invocă prevederile art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Autoritatea contractantă, în vederea publicării documentului constatator, nu trebuie să aștepte doar expirarea termenului pentru contestare ci, în cazul formulării unei contestații, și soluționarea ei. Dacă legiuitorul a considerat importantă formularea unei contestații, în vederea nepublicării actului, în esență, nu contestația este importantă, ci faptul că se supune atenției și analizei instanței legalitate actului contestat, motiv pentru care trebuie să se aștepte până la pronunțarea soluției de către aceasta din urmă.

Pe de altă parte, contestatorul reclamă faptul că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la certificatele constatatoare abia în etapa evaluării propunerii financiare, nicidecum în etapa verificării DUAE și a documentelor suport.

Prin adresa nr. 135507/21.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 15358/21.03.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația înaintată de .., solicitând respingerea acesteia și menținerea deciziilor luate în cadrul procedurii de atribuire în discuție.

Autoritatea contractantă arată că, la verificarea credibilității ofertantului, comisia de evaluare a analizat cele patru certificate constatatoare negative nr. 895, nr. 903, nr. 904 și nr. 906, toate din data de 22.06.2022, emise de ... și a solicitat operatorului economic să

facă dovada neîncadrării în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Drept răspuns, ... a înaintat autorității contractante o serie de documente, inclusiv acțiunea adresată Tribunalului Cluj, prin care acest operator economic a solicitat anularea documentelor constatatoare mai sus menționate.

Având în vedere dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, precum și obligația respectării termenelor de evaluare, prevăzute la art. 214 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a decis să uzeze de oportunitatea de a solicita operatorului economic ... să prezinte documente justificative suplimentare, prin care să demonstreze că nu se încadrează în situația de excludere din procedura de achiziție publică conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ulterior, în cazul în care acesta va fi clasat pe locul 1.

În acest context, în care ... s-a clasat pe locul 1, autoritatea contractantă i-a solicitat documente justificative suplimentare, care vizează suspendarea executării actului sau alte documente justificative suplimentare, conform prevederilor art. 171 alin. (2) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Răspunsul contestatorului a fost considerat neconcludent, întrucât acesta nu a prezentat documente justificative, care să ateste că documentele constatatoare mai sus menționate fac obiectul unei cereri adresate instanței de judecată, care vizează suspendarea executării actului, conform dispozițiilor art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 sau prin care să demonstreze că nu se încadrează în situația de excludere din procedura de achiziție publică, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Or, în condițiile în care nu se obține suspendarea efectelor documentelor constatatoare în instanța de judecată, ofertantul trebuie să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru demonstrarea credibilității acestuia.

Prin urmare, deoarece nu a argumentat, prin intermediul răspunsurilor la solicitările de clarificări, că documentele constatatoare nu îndeplinesc condițiile cumulative prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei, ca inacceptabilă, considerând că sunt incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și cele ale art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 15195/21.03.2023, contestatorul a transmis, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă ... a inițiat, la 09.09.2022, o licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru de „Servicii de întreținere și reparație a sistemelor electronice de acces controlat la incintele pentru

depozitarea deșeurilor menajere din municipiul Oradea, finalizată cu încheierea unui acord-cadru pe o perioadă de 2 ani Cod unic ...”, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1046927.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a le respinge ofertele, ca inacceptabile, ... și ... au depus contestațiile ce fac obiectul cauzelor nr. 686/2023, respectiv nr. 702/2023, solicitând anularea comunicării privind rezultatul procedurii, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestora, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor sale.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) lit. b) și (2) din Legea nr. 101/2016, contestatorul ... a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208985773/1, în valoare de 22.556,40 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Oradea, la data de 16.03.2023 (cauza nr. 686/2023), iar contestatorul ... a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208988370/2, în valoare de 22.556,40 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Cluj, la data de 17.03.2023 (cauza nr. 702/2023).

Recipisele de consemnare se vor restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Referitor la contestația formulată de ... (**dosar nr. 686/2023**), litigiul părților privește, în esență, ne/semnarea electronică a ofertei depuse de acest operator economic.

Contestatorul susține că a încărcat toate documentele ofertei, în SEAP, semnate cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Analizând procesul de evaluare a ofertelor Consiliul reține că achizitorul s-a aflat în imposibilitatea de a descărca/decripta/vizualiza documentele încărcate de ... în SEAP. Pentru a descărca toate aceste documente, platforma electronică impunea introducerea unui cod de acces. La solicitarea comisiei de evaluare, adresată ofertantului, de a transmite codul de acces, ... a transmis documentele din ofertă semnate electronic cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat.

Autoritatea contractantă a decis respingerea acestei oferte, pentru răspuns neconcludente, întrucât: *„(...) deoarece nu a putut stabili dacă fișierele depuse (...) în urma răspunsului la clarificări corespund cu cele depuse inițial sau sunt în completarea acestora, fiind susceptibil a se produce un avantaj evident în favoarea dvs. și incorect față de ceilalți ofertanți participanți la procedura, care au depus toate diligentele pentru a prezenta oferte tehnice conform solicitărilor din documentația de atribuire.”*

Relevant în soluționarea cauzei este răspunsul furnizat de ADR (ca urmare a adresei CNSC redată anterior, în considerente), Consiliul

reținând că „toate documentele atașate de operatorul economic (CUI RO9655497) în secțiunile «Documente de calificare» și «Documente de oferta tehnica» în perioada de depunere a ofertelor au extensia p7m însă nu poartă însemnele semnăturii electronice aplicate cu un certificat calificat”.

Întrucât, până la termenul limită de depunere a ofertelor, ...a încărcat propunerea tehnică fără a fi semnată cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, în mod corect, autoritatea contractantă nu a acceptat documentele retransmise, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 411080/22.11.2022, deoarece conținutul acestora nu era susținut de alte informații existente deja SEAP, respectiv în documentele încărcate de ofertant, așa cum a fost cazul documentelor de calificare, al căror conținut a fost susținut de DUAЕ-ul depus în cadrul procedurii de atribuire.

Potrivit art. 60 din HG nr. 395/2016:

„(1) Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAЕ în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare. (...)

(4) Documentele prevăzute la alin. (1) vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii și încărcate în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic și numai de către operatorii economici înregistrați.”

Nesemnarea electronică a ofertei, conform prevederilor de mai sus, conduce la respingerea ofertei, ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016: „(...) oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) j) oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.”

Vina încărcării unei oferte, pentru care nu au respectat regulile de la art. 60 alin. (4) din HG nr. 395/2016, aparține exclusiv ofertantului. Prin art. 125 ale aceluiași act normativ se arată, explicit, că „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”.

Răspunsul ADR relevă faptul că, la încărcarea documentelor, ofertantul a efectuat operațiuni care au generat erori: „(...) erorile afișate, care duc la imposibilitatea de vizualizare a documentelor atașate de operatorul economic ... nu au legătură cu modul de funcționare a SEAP, ci cu operațiunile efectuate de utilizatorul de tip ofertant asupra acestor fișiere anterior încărcării lor în sistem. Precizăm că, la încărcarea în cadrul procedurii de atribuire desfășurate online prin intermediul sistemului, documentele sunt preluate fără ca integritatea acestora să fie alterată”.

Întrucât, în procesul de analizare a ofertelor, comisia de evaluare a dat dovadă de diligență (încercând să lămurească modalitatea de descărcare a ofertei, solicitând de la .. codul de acces necesar descărcării ofertei), nu i se poate reproșa vreo conduită incorectă, ori încălcarea vreunei dispoziții din legislația achizițiilor publice.

Dacă după termenul limită de depunere a ofertelor, achizitorul ar fi acceptat propunerea tehnică semnată de ... cu semnătură electronică extinsă, cel dintâi ar fi încălcat principiul tratamentului egal și principiul transparenței, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar în speță ar fi devenit incidente dispozițiile art. 2019 din Legea nr. 98/2016. În fapt, prin contestația sa, ... încearcă o negociere de transformare a ofertei sale inacceptabilă, într-una conformă cu regulile stabilite de documentația de atribuire și 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, nefiind motive de infirmare a deciziei autorității contractante, de respingere a ofertei depuse de ..., în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de acesta (dosar 686/2023).

Referitor la contestația înaintată de .. (**dosar nr. ...** litigiul părților privește respingerea ofertei depuse de acest operator economic, în baza unor documente constatatoare pentru care acesta a formulat acțiune în instanță [certificatele constatatoare „negative”: 50717/22.06.2022 (nr. 895), 50767/22.06.2022 (nr. 906), 50761/22.06.2022 (nr. 903), 50764/22.06.2022 (nr. 904), emise de DGASPC Brașov].

Din argumentele de respingere a acestei oferte, transmise ofertantului, Consiliul reține următoarele:

„Comisia de evaluare a analizat răspunsul dvs. la solicitarea de clarificări și a considerat ca dvs. nu ați depus documente justificative suplimentare, conform solicitării de clarificări nr. 6063 din 10.01.2023, ci v-ați limitat în a redepona documentul depus în cadrul solicitării de clarificări anterioare nr. 358577 din 19.10.2022, respectiv Cerere de chemare în judecată înaintată către Tribunalul Cluj Secția Mixta.

Drept urmare răspunsul dvs. este neconcludent și nu satisface în mod corespunzător solicitările adresate de către autoritatea contractantă, în sensul că nu ați făcut dovada și nu ați prezentat documente justificative care să ateste că documentele constatatoare mai sus menționate fac obiectul unei cereri adresate instanței de judecată, care vizează suspendarea executării actului, conf. art. 14, alin. 1 din Legea nr. 554/2004.

De asemenea, nu ați prezentat documente justificative suplimentare prin care sa dovediți concret credibilitatea Dvs., conform prevederilor art. 171 alin 2 și alin. 3 din Legea nr. 98/2016, cu titlu exemplificativ dovada plății penalităților/prejudiciilor aferente contractelor în cauză”.

În urma interogării platformei SEAP, Consiliul constată că cele 4 documente constatatoare nu sunt publicate în SEAP.

De asemenea, Consiliul reține că, pe rolul Tribunalului Cluj Secția mixtă de contencios administrativ și fiscal, de conflicte de muncă și asigurări sociale este înregistrat dosarul nr. 4019/117/2022**, reclamant fiind ... și pârât ... acțiune prin care au fost contestate cele 4 acte administrative (fapt acceptat de autoritatea contractantă a prezentei proceduri de atribuire).

Prin Hotărârea nr. 585 din 15.03.2023, instanța a dispus: *“Respinge cererea de chemare în judecată formulată de pârâta ... cu sediul în Brașov, str. Iuliu Maniu nr. 6, jud. Brașov, ca neîntemeiată. Cu drept de recurs în termen de 10 zile de la comunicare, cererea de recurs se va depune la Tribunalul Cluj. Pronunțată astăzi, 15.03.2023, prin punerea soluției la dispoziția părților prin intermediul grefei instanței.”*

Așadar, decizia Tribunalului nu este definitivă, întrucât reclamantul are dreptul de a formula recurs împotriva ei.

Consiliul constată că nu se poate pune în discuție excluderea unui operator economic în baza unor acte administrative contestate în instanță și față de care nu a fost pronunțată o hotărâre definitivă. Documentele constatatoare contestate, aflate într-o astfel de situație, nu pot produce efecte juridice.

Tocmai pentru că nu există o decizie definitivă privitoare la documentele constatatoare în discuție, DGASPC Brașov nici nu le-a publicat în SEAP, astfel încât acestea nu produc efecte juridice față de terți.

Autoritatea contractantă, deși acceptă faptul că nu s-a pronunțat o hotărâre definitivă, privitoare la documentele constatatoare, apreciază că aceste acte administrative își produc efecte dacă executantul contractelor nu a solicitat, în instanță, suspendarea lor, conform art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 sau dacă ofertantul nu demonstrează că „nu se încadrează în situația de excludere din procedura de achiziție publică, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.”

Consiliul nu poate valida opinia autorității contractante, întrucât dispozițiile art. 166 din HG nr. 395/2016 prevăd dreptul executantului contractului să conteste documentele constatatoare „negative” emise pe numele său:

„(5) Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.

(5³) Documentele constatatoare prevăzute la alin. (52) se publică în SEAP în condițiile alin. (5) și pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.”

Cât privește opinia achizitorului că ofertantul nu a demonstrat că nu se încadrează în situația de excludere din procedura de achiziție publică, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 , nici aceasta nu poate fi validată de Consiliul, atâta timp cât nu există o hotărâre definitivă a instanței, privitoare la documentele constatatoare în discuție.

În fapt, prin modul de evaluare a ofertei depuse de UNION PROTECTION SRL, autoritatea contractantă s-a abătut de la dispozițiile prevăzute de art. 166 alin. (5³) din HG nr. 395/2016.

În concluzie, întrucât documentele constatatoare, indicate de achizitor nu sunt publicate în SEAP, prin urmare nu produc efecte juridice față de terți, la acest moment, Consiliul consideră nelegală decizia de respingere a ofertei

Drept urmare, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ...și va anula Raportul procedurii nr. 1154540/07.03.2023, precum și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea acestei oferte, dar și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire. Totodată va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze această ofertă conform motivării.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respingere, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

Admite contestația formulată de ... și anulează Raportul procedurii nr. 1154540/07.03.2023, precum și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea acestei oferte, dar și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze această ofertă conform motivării.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE

,
...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

..

Redactat practicaua deciziei,
..

Redactată în 5 exemplare, conține 12 pagini.