CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ....
Data: ....

Prin contestaţia nr. 12495/PT100/18 din 30.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 21586/31.05.2018, formulată de SC ...SRL, cu sediul în ...., împotriva adresei nr. 11/2/1761/07.05.2018, reprezentând comunicarea rezultatului evaluării DUAE, emisă de ..., cu sediul în str. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, București, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Consultanță în domeniul managementului execuției și pentru verificarea execuției lucrărilor de construcții și instalații aferentă proiectului Reabilitarea liniei de cale ferată ...”,* s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 11/2/1761/07.05.2018, prin care oferta sa a fost respinsă în faza de evaluare DUAE, precum şi a tuturor actelor emise în baza acestei adrese;

- anularea adresei nr. 11/2/2001/21.05.2018, reprezentând răspunsul entităţii contractante la notificarea prealabilă;

- anularea rezultatului evaluării DUAE, precum şi a tuturor actelor anterioare sau subsecvente prin care oferta sa a fost respinsă;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei în sensul reţinerii calităţii de ofertant a societății ...SRL, precum şi obligarea acesteia la reluarea şi continuarea procedurii de achiziţie.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ...SRL reclamă decizia autorităţii contractante de a respinge oferta în faza de evaluare DUAE, în baza prevederilor art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016 și art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016.

În fapt, contestatoarea învederează Consiliului că a depus ofertă împreună cu terţul susţinător ...SAS, ambele făcând parte din acelaşi grup de societăţi. Oferta a fost încărcată în SEAP prin intermediul contului terţului susţinător ...SAS, operator economic înregistrat în SEAP, aspect pe care petenta îl consideră conform cu prevederile legale.

Având în vedere că ...SAS, având calitatea de terţ susţinător, a încărcat oferta în SEAP, în vederea participării la procedura de achiziţie sectorială în cauză, entitatea contractantă i-a solicitat clarificări contestatoarei, prin adresa nr. 11/2/1297/26.03.2018, aceasta răspunzând în data de 29.03.2018, prin adresa nr. 12467/PT100/18.

Ulterior, prin adresa nr. 11/2/1761/07.05.2018, entitatea contractantă i-a comunicat rezultatul evaluării DUAE, respectiv *„oferta depusă de ...SRL este respinsă în urma fazei de evaluare DUAE, în baza prevederilor art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016, art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016, deoarece ...SRL nu este înregistrat în SEAP, neavând astfel calitatea de ofertant pentru această procedură".*

Astfel, aceasta apreciază decizia entității contractante de respingere a ofertei sale ca fiind nelegală și netemeinică, încălcând, totodată, principiile care guvernează materia achiziţiilor publice, pentru următoarele motive:

I. Entitatea contractantă nu a solicitat clarificări cu privire la pretinsul motiv pentru care a respins oferta ...SRL:

În opinia petentei, solicitarea de clarificări a vizat aspectul referitor la încărcarea în SEAP a ofertei de către terțul sustinător, respectiv clarificarea relaţiei dintre ...SRL și terţul susţinător, iar nu dacă aceasta este înregistrată în SEAP. Entitatea contractantă nu a semnalat vreo problemă din perspectiva calităţii de ofertant şi nu a solicitat vreo clarificare cu privire la deţinerea sau nu a unui cont în SEAP.

Mai mult, aceasta apreciază că prin solicitarea de clarificări nr. 11/2/1297/26.03.2018, entitatea contractantă a recunoscut și a confirmat, în mod expres, faptul că ...SRL are calitatea de ofertant. De altfel, entitatea contractantă postase în SEAP documentul nr. 11/1/1198/16.03.2018, intitulat Denumirea şi datele de identificare ale ofertanţilor, întocmit în conformitate cu prevederile art. 76 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, prin care aceasta a indicat ofertanţii.

Contestatoarea susține că, în ipoteza în care avea dubii cu privire la înregistrarea sa în SEAP, entitatea contractantă trebuia să solicite în mod expres clarificări cu privire la acest aspect. Deşi solicitarea de clarificări este prevăzută de art. 221 din Legea nr. 99/2016 ca o posibilitate a entității contractante, aceasta devine obligatorie în vederea respectării principiilor tratamentului egal, nediscriminării şi proporţionalităţii prevăzute de art. 2 din Legea nr. 99/2016, în situaţia în care clarificarea priveşte un aspect în baza căruia o ofertă este respinsă.

II. Nelegalitatea şi netemeinicia respingerii ofertei sale în temeiul art. 67 alin. (4) din HG 394/2016 şi art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016:

Entitatea contractantă a respins oferta reţinând faptul că SC ...SRL nu este înregistrată în SEAP, astfel încât, aceasta nu ar avea calitatea de

ofertant în cadrul acestei proceduri. Or, petenta susține că este înregistrată în SEAP încă din data de 13.02.2012, atașând în acest sens un extras/print-screen din SEAP din care rezultă că este înregistrată în SEAP.

Aceasta învederează Consiliului că a depus oferta de pe contul ...SAS, întrucât pierduse certificatul digital necesar pentru autentificarea în sistem, astfel încât a fost necesară parcurgerea etapei de recuperare a certificatului digital. Pierderea certificatului digital, situaţie ce poate fi asemănată cu pierderea unei parole pentru un cont de e-mail, nu înseamnă că societatea nu este înregistrată în SEAP, la fel cum pierderea unei parole nu înseamnă că persoana respectivă nu are un cont activ de e-mail. Aşa cum rezultă din informaţiile disponibile pe site-ul SEAP, recuperarea certificatului digital intervine *„în cazul în care un ofertant a pierdut certificatul digital primit la înregistrarea în sistem, utilizatorul parcurge procedura de recuperare certificat digital. După finalizarea fluxului și aprobarea cererii de recuperare de către operatorul SEAP, ofertantul va obţine un nou certificat digital pe care îl va folosi la autentificarea în sistem”.*

Astfel, petenta a parcurs această etapă, a formulat în data de 05.04.2018 o cerere de recuperare a certificatului digital şi a recuperat certificatul digital pentru un nou utilizator al contului, în data de 19.04.2018.

În aceste condiţii, ...SRL consideră că era înscrisă în SEAP atât la momentul depunerii ofertei cât şi în prezent, având un cont activ, aspect ce este în concordanţă cu prevederile cap. VI.3 al fişei de date, prin care se menţionează că un operator economic poate participa la procedură numai dacă este înregistrat în SEAP.

Totodată, autoarea contestației susține aplicarea greşită de către entitatea contractantă a dispoziţiilor art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016 şi art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016. În opinia petentei, aceste dispoziţii nu impun ca exclusiv ofertantul să încarce în SEAP oferta, ci ca aceasta să fie încărcată în SEAP de operatori economici înregistraţi în SEAP, aspecte îndeplinite în cazul ofertei sale.

Astfel, în condiţiile în care legea nu prevede că încărcarea ofertei trebuie să fie făcută de ofertantul înregistrat în SEAP în nume personal, ci de operatori economici înregistraţi în SEAP, entitatea contractantă a aplicat greşit aceste dispoziţii legale, neexistând vreo prevedere legală care să interzică depunerea ofertei de terţul susţinător, participant la procedură şi operator economic înregistrat în SEAP. Este adevărat că şi ofertantul trebuie să fie înregistrat în SEAP, adică să deţină un cont în SEAP, aspect ce se verifică în cazul său, aşa cum a arătat, însă calitatea ofertantului de operator economic înregistrat în SEAP este distinctă de încărcarea ofertei, cu privire la care se prevede că poate fi realizată de operatori economici înregistraţi în SEAP.

Contestatoarea apreciază că această calitate de ofertant nu este echivalentă cu cea de operator economic şi, cu atât mai puţin, nu este echivalentă cu calitatea de operator economic înregistrat în SEAP:

Pe de o parte, astfel cum rezultă chiar din prevederile art. 3 alin. (1) pct. 34 lit. hh) din Legea nr. 99/2016, ofertantul este operatorul economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire.

Oferta este definită de art. 3 alin. (1) pct. 32 lit. ff) din Legea nr. 99/2016 ca fiind actul juridic prin care operatorul economic îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziţie publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum şi alte documente stabilite prin documentaţia de atribuire.

Pe de altă parte, potrivit art. 3 alin. (1) pct. 35 lit. ii) operatorul economic este definit ca fiind orice persoană fizică sau juridică, de drept public sau de drept privat sau grup ori asociere de astfel de persoane, care este autorizată conform prevederilor art. 207 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două sau mai multe dintre aceste entităţi.

Încărcarea în SEAP a ofertei este o chestiune formală, legiuitorul prevăzând că aceasta poate fi realizată de operatori economici care sunt înregistraţi în SEAP, aceştia putând fi în egală măsură membri ai unei asocieri, terţi susţinători, subcontractanţi sau orice alţi participanţi la procedură care sunt înregistraţi în SEAP.

În cuprinsul dispoziţiilor art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016, legiuitorul a avut în vedere noţiunea de operator economic, iar nu pe aceea de ofertant.

Contestatoarea susţine că oferta sa a fost încărcată în SEAP de pe contul terţului susţinător ...SAS, participant la această procedură, care are calitatea de operator economic înregistrat în SEAP, iar acest aspect nu înseamnă că ...SRL nu este înregistrată în SEAP şi nici că nu este ofertant în cadrul acestei proceduri.

În plus, petenta arată că, deşi aspectele prezentate relevă legalitatea şi temeinicia depunerii ofertei sale, analizând şi mai detaliat situaţia terţului susţinător, prin angajamentul său în această calitate, ...SAS şi-a asumat răspunderea *"în mod necondiţionat faţă de entitatea contractantă pentru neexecutarea oricărei obligaţii asumate de ofertantul ...S.R.L. în baza contractului de achiziţie publică"*, într-o astfel de situaţie devenind el însuşi un contractant direct al entității contractante. Obligaţia asumată de a furniza resurse necondiţionat ofertantului în vederea ducerii la îndeplinire a contractului de achiziţie publică, precum şi răspunderea indivizibilă în fața entității contractante, conferă aceleaşi obligaţii terţului susţinător ca și unui membru asociat al ofertantului. Depunerea ofertei, astfel, este sprijinită inclusiv de prevederile angajamentului de terţ susţinător conform cărora terţul este deplin responsabil în fața entității contractante, întocmai ca şi ofertantul.

În opinia contestatoarei, motivul reţinut de entitatea contractantă nu constituie un motiv de respingere a ofertei în conformitate cu prevederile legale aplicabile. În acest sens, din analiza prevederilor legale se observă că motivele de respingere a ofertelor sunt

reglementate de lege, entitatea contractantă neputând respinge o ofertă în mod arbitrar pentru un motiv care excede celor precis determinate de lege. Or, nu poate fi identificat motivul de respingere prevăzut de lege, în situatia de față, prin raportare la prevederile art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016 şi art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016. De altfel, se observă că entitatea contractantă nu a precizat cum anume respinge oferta sau în baza căror dispoziţii legale, ci a indicat doar prevederi legale fără indicarea sancţiunii prevăzute de lege.

Mai mult, potrivit adresei nr. 11/2/1761/07.05.2018, entitatea contractantă a respins oferta în urma fazei de evaluare DUAE, iar conform art. 72 alin. (1) din HG nr. 394/2016 *Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. V secţiunea a 7-a din Lege*. Raportat la prevederile din Legea nr. 99/2016 din Cap. V, secţiunea 7 referitoare la evaluarea DUAE, se observă că motivul de respingere a ofertei nu se verifică nici din perspectiva acestor prevederi, neîncadrându-se măcar în această etapă.

III. Contestatoarea susține că decizia de respingere a ofertei sale încalcă principiul proporţionalităţii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 99/2016, pentru următoarele motive:

- nu există nicio dispoziţie legală care să impună încărcarea în SEAP a ofertei exclusiv de către ofertant şi nici o dispoziţie legală care să reglementeze un motiv de respingere pe baza acestui aspect, respectiv în temeiul art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016 și art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016.

- măsura este excesivă prin raportare la pretinsul motiv de respingere, precum şi prin raportare la obiectivele urmărite de entitatea contractantă în cadrul procedurii de achiziţie, respectiv acelea de a organiza o licitaţie publică online în vederea atribuirii unui contract de achiziţie publică.

- cu atât mai mult, este nelegală şi contrară principiului proporţionalităţii respingerea ofertei pentru un motiv nereglementat în mod expres de lege şi de natură informatică, care nu are legătură cu calitatea ofertei și nu împiedică atingerea scopului procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 22011/….-C4/04.06.2018, Consiliul a înştiinţat autoritatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC ...SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie, copia dosarului achiziției, copiile DUAE depuse de contestatoare și corespondența purtată cu aceasta pe perioada de evaluare a ofertelor, precum si documentele pe care le consider relevante în soluționarea contestației.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare în soluționarea contestației, împreună cu punctul său de vedere nr. 11/2/2177/07.06.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 22730/07.06.2018, prin care solicită respingerea contestaţiei depusă de ...SRL, ca fiind neteminică și nelegală.

Conform procesului-verbal de vizualizare nr. 11/2/1150/13.03.2018, respectiv lista operatorilor economici înregistrați

la procedură și lista operatorilor economici care au depus ofertă, comisia de evaluare a constatat că operatorul economic ...SAS este înregistrat în SEAP, dar nu a depus ofertă proprie, ci a încărcat oferta pentru ...SRL, acesta din urmă nefiind operator economic înregistrat în SEAP, pentru procedura în cauză.

Drept urmare, comisia de evaluare a solicitat clarificări operatorului economic ...SRL, prin adresa nr. 11/2/1297/26.03.2018, iar acesta a răspuns, în data de 29.03.2018, prin adresa nr. 12457/PT100/18.

În urma proceselor verbale de evaluare nr. 11/2/1296/26.03.2018 și nr. 1/2/1400/03.04.2018, comisia de evaluare a declarat oferta depusă de ...SRL ca fiind respinsă în faza de evaluare DUAE, în baza prevederilor art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016, art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016, deoarece nu este înregistrat în SEAP pentru această procedură, neavând, astfel, calitatea de ofertant.

I. Referitor la afirmația petentei potrivit căreia *„Entitatea contractantă nu a solicitat clarificări cu privire la pretinsul motiv pentru care a respins oferta ...SRL",* entitatea contractantă susţine că a solicitat, operatorului SEAP, un punct de vedere cu privire la posibilitatea terțul susținător de încărcare a ofertei, respectiv: *„Un operator economic x, înscris în SEAP, poate depune oferta altui operator economic, y? X este terțul lui y. Cum se poate proceda în această situație?"*

Răspunsul opertarului SEAP a fost: *„Nu, operatorul economic înscris depune oferta doar în nume propriu. În cazul unei asocieri, liderul asocierii se înscrie la procedură și depune oferta în numele asocierii."*

Având în vedere şi răspunsul la solicitarea de clarificări, prin care ...SRL declară faptul că este ofertant și ...SAS este terț susținător, entitatea contractantă a considerat că nu a mai fost necesară o nouă solicitare de clarificări.

Entitatea contractantă menționează că, în solicitarea de clarificări nr. 11/2/1297/26.03.2018, nu a recunoscut și nu a confirmat faptul că petenta are calitatea de ofertant, ci a folosit termenul de operator economic.

Referitor la documentul nr. 11/2/1198/16.03.2018, „Denumirea și datele de identificare ale ofertanţilor", prin care, conform prevederilor art. 76 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă publică denumirea și datele de identificare ale ofertanţilor, ofertanţilor asociaţi, subcontractanţilor şi terţilor sustinători la procedura de achiziţie sectorială, aceasta precizează că informaţiile publicate sunt preluate din declaraţiile privind datele de identificare (formular K) depuse de participanţii la procedura de achiziţie, fără a se trece la analiza documentelor depuse.

Comisia de evaluare a solicitat clarificări și s-a referit în mod expres la clarificarea calității deținute, în cadrul acestei proceduri, de către cei doi operatori economici. ...SRL a recunoscut, atât în răspunsul la solicitarea de clarificări, cât și în Notificarea prealabilă, faptul că a depus oferta din contul terțului susținător.

În opinia sa, nu prezintă nicio relevanță faptul că ...SRL avea sau nu cont în SEAP, atât timp cât nu s-a înregistrat la această procedură. În

acest sens, entitatea contractantă face trimitere la prevederile Manualului de utilizare SEAP, Secţiunea 5.3.1, respectiv:

„Secţiunea 5.3.1. Detalii procedură.

- Înscrierea la procedură:

Pentru a putea depune oferta, operatorul economic trebuie mai întâi să se înscrie în achiziţie, operaţie care se realizează prin acţionarea butonului Înscriere în procedura din pagina de detaliu a achiziţiei

- Depunerea ofertei:

Pentru depunerea ofertei se va acționa butonul Oferta de preț. Veți fi direcționat către pagina din figura de mai jos. Depunerea ofertei constă în furnizarea ofertei de preț și completarea răspunsului la criteriile de calificare și factorilor de evaluare (dacă există). Este obligatoriu introducerea ofertei de preț în sistem. În caz contrar, nu se va face evaluarea ofertei dvs. și nu puteți fi luat în calculul câştigătorului achiziţiei."

Din cele de mai sus rezultă că oferta trebuie să aparțină operatorului economic înscris în achiziţie. În cazul de față, ...SAS este cel care depune oferta de preț și completează răspunsul la criteriile de calificare și factorii de evaluare, acesta având calitatea declarată de terț susţinător în procedură. În plus, în eventualitatea în care s-ar fi acceptat acest mod de depunere a ofertei, respectiv de către terțul susținător și în cazul în care oferta ar fi fost clasată pe primul loc, conform SEAP, ar fi apărut câștigător ...SAS, având calitatea de terț susținător.

De asemenea, se menționează că obligaţiile asumate prin angajament nu conferă ţertului susținător calitatea de ofertant, ci doar o răspundere în solidar pentru executarea contractului nu și dreptul de a participa în nume propriu la licitație.

II. Referitor la critica privind nelegalitatea și netemeinicia respingerii ofertei în temeiul art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016 și art. 3 alin. 1 lit. hh) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă evidenţiază faptul că operatorul economic ...SRL a formulat cererea de recuperare a certificatului digital abia în data de 05.04.2018, dată ulterioară termenului limită de depunere a ofertelor (12.03.2018) și datei de solicitare de clarificări (26.03.2018).

Având în vedere prevederile art. 31 din HG nr. 394/2016, prin care legiuitorul stabileste că *„riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă*", entitatea contractantă consideră că ...SRL trebuie să își asume faptul că nu a depus diligențele necesare recuperării certificatului digital înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Entitatea contractantă învederează Consiliului că motivul respingerii operatorului economic a fost lipsa calității de ofertant pentru această procedură (nefiind înregistrat în achiziţie) și nu de încadrare a documentelor depuse ca și „ofertă" inacceptabilă, neconformă sau inadecvată, așa cum este prevăzut la art. 228 din Legea nr. 99/2016. Comisia de evaluare a introdus în SEAP rezultatul admis/respins şi a comunicat ofertanţilor motivele de respingere, conform prevederilor art. 72 din HG nr. 394/2016.

III. În ceea ce privește critica petentei potivit căreia entitatea contractantă a încălcat principiul proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 99/2016, aceasta din urmă precizează că depunerea ofertei prin intermediul contului de SEAP deținut de ...SAS nu se susţine, invocând, în acest sens, prevederile Manualului de utilizare SEAP: *Secţiunea 1.1 Scurtă descriere; Participanţi în sistem; Secţiunea 2: Înregistrarea și accesul în sistem; Secţiunea 2.1.3. Adrese; Secţiunea 5.3. Anunţuri de participare; Secţiunea 5.3.1. Detalii procedură.*

Urmare studierii dosarului achiziţiei aflat la Consiliu, petenta a depus concluzii scrise, prin care reiterează cele susţinute în contestaţie, în esenţă precizând că dispoziţiile legale nu impun ca exclusiv ofertantul să încarce în SEAP oferta ci, ca aceasta să fie încărcată în SEAP de operatori economici înregistraţi în SEAP, aşa cum este în cazul ofertei sale.

Motivul de respingere indicat în procesele verbale de evaluare nr. 11/2/1296/26.03.2018 şi 11/2/1400/03.04.2018, cum că *„Operatorul economic ...SRL nu este înregistrat în SEAP pentru această procedură, neavând astfel calitatea de ofertant”*, este apreciat de petentă ca fiind netemeinic, neexistând nicio bază legală pentru validarea unui astfel de motiv de respingere a unei oferte, cu atât mai mult cu cât ...SRL este, în fapt, un operator economic înregistrat în SEAP.

Aceasta consideră că răspunsul furnizat de echipa SEAP denotă necunoaşterea procedurilor de achiziţii publice, fiind greşită susţinerea potrivit căreia doar liderul asocierii se înscrie la procedură şi depune oferta în numele asocierii, existând numeroase situaţii în care ofertanţi asociaţi au depus oferta în numele asocierii, fără ca acest fapt să reprezinte un motiv de respingere a ofertei.

Mai mult, petenta apreciază că răspunsul furnizat de SEAP nu este susţinut de nicio prevedere legală şi este irelevantă consultarea operatorului SEAP, atât timp cât rolul acestuia nu este de a interpreta legislaţia achiziţiilor publice.

Având în vedere toate argumentele prezentate, petenta solicită respingerea tuturor apărărilor entității contractante şi admiterea contestaţiei.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

…., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, privind încheierea contractului având ca obiect *„Consultanță în domeniul managementului execuției și pentru verificarea execuției lucrărilor de construcții și instalații aferentă proiectului Reabilitarea liniei de cale ferată ...”.* În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare (sectoriale) nr. ...., valoarea estimată a procedurii fiind de 28.170.000 lei, fără TVA, data limită pentru depunerea ofertelor în SEAP fiind stabilită la 20.02.2018, ora 16:00.

În cadrul procedurii de atribuire, conform procesului verbal de vizualizare a ofertelor înregistrat sub nr. 11/2/1150/13.03.2018, au fost

depuse 5 oferte, fiind menționate, printre acestea, și cea a contestatoarei SC ...SRL.

Împotriva deciziei de respingerea ofertei sale, SC ...SRL a formulat prezenta contestație, cu respectarea prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016 privind notificarea prealabilă, solicitând anularea adresei nr. 11/2/1761/07.05.2018 precum și a tuturor actelor emise în baza adresei nr. 11/2/1761/07.05.2018, anularea adresei nr. 11/2/2001/21.05.2018 privind răspunsul la notificarea prealabilă și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale în sensul reținerii calității de ofertant a SC ...SRL și a luării în considerare a ofertei sale, reluarea și continuarea procedurii de achiziție.

Analizând motivul de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul constată că prin adresa nr. 11/2/1761/07.05.2018 autoritatea contractantă a comunicat acesteia următoarele:

„Vă comunicăm faptul că oferta depusă de ...SRL ca fiind respinsă în urma fazei de evaluare DUAE, în baza prevederilor art. 67, alin. (4) din HG 394/2016, art. 3, alin. (1), lit. hh) din Legea 99/2016, deoarece ...SRL nu este înregistrat în SEAP neavând astfel calitatea de ofertant pentru această procedură”.

Legat de acest motiv de respingere, Consiliul constată că în etapa de verificare a DUAE, autoritatea contractantă a solicitat următoarele clarificări SC ...SRL prin adresa nr. 11/2/1297/26.03.2018:

„Având în vedere faptul că oferta aparține operatorului economic ...SRL însă aceasta a fost încărcată în SEAP, pentru participare la procedura de achiziție sectorială, de către ...SAS, acesta având calitatea de terț susținător, vă solicităm să clarificați”.

Cu adresa nr. 12457/PT/100/18 contestatoarea formulează răspuns prin care arată că *„facem precizarea că modalitatea de participare a celor două firme din cadrul aceluiași grup economic, și anume ...SRL și ...SAS este aceea de ofertant, respectiv terț susținător care oferă sprijin de ordin tehnic.*

Această situație este permisă de legislația aplicabilă, în speță Legea nr. 99/2016, art. 66 (...).

În mod similar cu situația în care oricare operator economic care participă în comun ca membru al unei asocieri la procedura de licitație poate depune oferta în SEAP în numele asocierii, tot astfel un membru participant în comun la licitație, în acest caz – terțul susținător, poate depune oferta pentru și în numele ofertantului, neexistând nicio prevedere legală contrară acestei practici. Mai mult, prin angajamentul de terț susținător, ...SAS și-a asumat să răspundă «în mod necondiționat față de entitatea contractantă pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de ofertantul ...S.R.L. în baza contractului de achiziție publică», în o astfel de situație devenind el însuși un contractant direct al Entității Contractante. Obligația asumată de a furniza resurse necondiționat și irevocabil ofertantului în vederea ducerii la îndeplinire a contractului de achiziție publică, cât și răspunderea indivizibilă în fața Entității Contractante, conferă aceleași obligații terțului susținător ca și unui membru asociat al ofertantului.

Pe cale de consecință, depunerea ofertei prin intermediul contului deținut de ...SAS, se susține atât prin prevederile legale aplicabile conform cărora modalitatea aleasă de participare nu poate fi îngrădită de Entitatea Contractantă astfel încât nici nu s-aimpus modalitatea de depunere a ofertei în SEAP (depunerea ofertei de ofertantul unui sau asociat fiind mai degrabă un aspect practic de facilitare a identificării operatorilor înregistrați la procedură), cât și prin prevederile angajamentului de terț susținător conform cărora terțul este deplin responsabil în fața Entității Contractante, ca și cum ar fi chiar ofertantul. Totodată, menționăm și împuternicirea acordată de trețul susținător pentru semnatarul ofertei, dovada a acceptului depunerii ofertei în forma transmisă, între reprezentanții operatorilor economici existând acest consens formal exprimat (a se vedea ca în acest caz, reprezentantul legal al ...SRL și ...SAS este aceeași persoană, lucru valabil și pentru reprezentantul împuternicit)".

Contestatoarea critică faptul că solicitarea de clarificări a vizat doar aspectul referitor la încărcarea în SEAP a ofertei de către terțul susținător, și nu dacă SC ...SRL este înregistrată în SEAP.

Consiliul constată caracterul nefondat al criticii, de vreme ce clarificarea, evident, făcea referire la contul utilizatorului SEAP, în speță a ofertantului, situație în care clarificarea contestatoarei trebuia să lămurească de ce oferta a fost încărcată de către terțul susținător și nu de către societatea sa. Lămurirea aspectului legat de existența sau nu a unui cont deschis sau al situației care nu a permis încărcarea ofertei de către contestatoare îi revenea fără îndoială acesteia, fără a i se cere în mod expres acest lucru, entitatea contractantă neavând de unde să cunoască motivele care au condus la imposibilitatea încărcării ofertei în SEAP de către SC ...SRL.

Într-un astfel de context, nu se poate reține încălcarea de către entitatea contractantă a dispozițiilor art. 140 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, potrivit căreia *„Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare",* având în vedere că aceasta a solicitat, în fapt, și în mod concret, să se clarifice de ce *„oferta aparține operatorului economic ...SRL însă aceasta a fost încărcată în SEAP, (...), de către ...SAS, acesta având calitatea de terț susținător, vă solicităm să clarificați".*

Consiliul consideră lipsite de relevanță discuțiile, argumentele și documentele prezentate de contestatoare privind recuperarea certificatului digital în data de 05.04.2018, respectiv pag. 22-24 anexate contestației, singura chestiune în discuție fiind aceea dacă un operator economic poate încărca oferta sa de pe contul altui operator economic, fie el chiar și terț susținător, întrebare la care răspunsul este și trebuie să fie unul negativ. Motivul pentru care ofertele se postează în SEAP de pe conturile operatorilor înregistrați, este acela de a urmări trasabilitatea ofertei, astfel încât o autoritate să aibă certitudinea că oferta îl angajează pe ofertant. În situația în care s-ar accepta ca o ofertă să fie postată de pe un alt cont, siguranța sistemului de achiziții ar fi pusă sub

semnul întrebării. Tocmai pentru urmărirea trasabilității ofertelor, s-au creat canale securizate, fiind necesară autentificarea și semnarea documentelor cu semnătura electronică, pentru un operator economic neputând fi semnate documentele de către un alt operator economic. Așa cum în dreptul comun documentele emise de SC ...SRL trebuie semnate de către reprezentanții săi legali, și nu de către reprezentații ...SAS, și în materia achizițiilor publice canalele securizate sunt doar la dispoziția titularilor lor, în relațiile dintre SC ...SRL și SEAP, documentele urmând a fi încărcate doar de pe contul de SEAP aparținând SC ...SRL, indiferent de existența unor raporturi comerciale sau de filiație între cele două societăți.

Consiliul reține în soluționare că potrivit definiției dată pentru ofertant la art. 3 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 legiuitorul stabilește că este *„**hh)** ofertant - orice operator economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire”.*

Va reține, de asemenea, ca relevante în prezenta speță dispozițiile art. 65 alin. (1) din HG nr. 394/2016 potrivit cărora ***„E elec t ro n ice**, completând în SEAP anunţul de participare prevăzut la art. 151 din Lege, **situaţie** **în c a re** **numa i** **op of e** **rtă”** ,* dispoziție care nu se poate citi în sensul în care dorește contestatoarea, respectiv că, deși un operator este înregistrat în SEAP, oferta se depune de pe contul altui operator. O astfel de interpretare este una absurdă, fiind relevante, în acest sens, și prevederile Manualului de utilizare SEAP, Secţiunea 5.3.1, respectiv:

„Secţiunea 5.3.1. Detalii procedură.

- Înscrierea la procedură:

Pentru a putea depune oferta, operatorul economic trebuie mai întâi să se înscrie în achiziţie, operaţie care se realizează prin acţionarea butonului Înscriere în procedura din pagina de detaliu a achiziţiei

- Depunerea ofertei:

Pentru depunerea ofertei se va acţiona butonul Oferta de preț. Veți fi direcționat către pagina din figura de mai jos. Depunerea ofertei constă în furnizarea ofertei de preț și completarea răspunsului la criteriile de calificare și factorilor de evaluare (dacă există). Este

obligatoriu introducerea ofertei de preț în sistem. În caz contrar, nu se va face evaluarea ofertei dvs. și nu puteți fi luat în calculul câştigătorului achiziției."

În situația în care înscrisă în procedură era SC ...SAS, iar din documentele depuse în conținutul ofertei rezultă că ofertant este SC ...SRL, este clar că ne aflăm într-o dilemă, respectiv nu se știe cui îi aparține calitatea de ofertant.

Chiar dacă, așa cum susține contestatoarea prin concluzii scrise, comisia de evaluare a consemnat într-o serie de documente cu privire la SC ...SRL că este *„ofertant",* ulterior, după primirea răspunsului la solicitarea de clarificări, respectiv după verificările effectuate, în mod corect, a luat decizia de a respinge oferta din cadrul procedurii ca fiind introdusă de un operator economic care nu este înregistrat în SEAP. Mențiunea calității de ofertant, la un moment dat, într-o serie de documente, nu înseamnă că această calitate este una definitivă și că autoritatea nu îl poate respinge pe operator pe acest motiv.

Consiliul nu va lua în considerare prevederile legale de care se prevalează în apărare contestatoarea, întrucât, acestea reglementează formele de asociere în vederea participării la proceduri de achiziție și nicidecum faptul că din conținutul acestora s-ar trage concluzia că situația ofertantului SC ...SRL s-ar încadra în situația invocată. Ofertantul SC ...SRL a avut intenția de a participa la procedura de atribuire fără a se asocia, oferta, după cum rezultă din conținutul său, era elaborată doar în numele SC ...SRL, prin urmare, fără a beneficia de aceste prevederi, ci doar de susținerea unui terț, situație juridică care are o cu totul altă natură juridică, reglementată de Paragraful 6 *„Susținerea unui/unor terț/terți"* din Legea nr. 99/2016*.*

Așa cum a reținut mai sus, Consiliul constată că dispozițiile art. 66 și 67 alin. (1) din HG 394/2016 prevăd ca: *„Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alţi operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, în condiţiile prevăzute de prezenta lege„* și *„Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici care participă în comun la procedura de atribuire să adopte sau să constituie o anumită formă juridică pentru depunerea unei oferte sau a unei solicitări de participare".*

În soluționarea cauzei, Consiliul nu va reține ca fondate susținerile contestatoarei potrivit cărora în mod similar cu situația în care oricare operator economic care participă ca membru al unei asocieri poate depune ofertă, așa și terțul susținător este membru participant la porocedura de achiziție și poate depune oferta pentru și în numele ofertantului, *„neexistând nicio prevedere legală care să interzică acest aspect",* întrucât situația nu poate fi asimilată. În cazul unei asocierii membrii asocierii stabilesc prin acordul de asociere cine este liderul asocierii și care dintre membrii asocierii este împuternicit să încarce în SEAP oferta asocierii, și obligatoriu deține un certificat digital valabil și este înscris în procedură, or, terțul susținător are o altă situație juridică.

Situația în care se afla la data depunerii ofertei contestatoarea era cea de recuperare a certificatului digitat, situație care este, prezentată pe site-ul SEAP, unde este adus la cunoștința operatorilor economici faptul că *„În cazul în care un ofertant a pierdut certificatul digital primit la înregistrarea în sistem, utilizatorul parcurge procedura de recuperare certificat digital. După finalizarea fluxului și aprobarea cererii de recuperare de către operatorul SEAP, ofertantul va obține un nou certificat digital pe care îl va folosi la autentificarea în sistem”.*

Concluzia care se trage este că la data depunerii ofertelor operatorul economic SC ...SRL deși deținea un certificat digital, acesta fusese pierdut, demersul privind recuperarea certificatului digital a fost inițiat de către contestatoare la data de 05.04.2018 iar obținerea acestuia a avut loc la data de 19.04.2018, putându-se, astfel, autentifica în sistem după această dată.

Astfel, având în vedere considerentele de mai sus, Consiliul constată că situația în care s-a aflat contestatoarea SC ...SRL se încadrează în dispozițiile art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2018, potrivit cărora *„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”.* Faptul că documentele din oferta SC ...SRL sunt semnate cu o semnătură digitală care nu aparține unui reprezentant al acestei societăți, înseamnă că documentele respective nu sunt semnate.

În ceea ce privește critica contestatoarei potrivit căreia nu poate fi identificat motivul de respingere prevăzut de lege, prin raportare la prevederile art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016 şi art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016 și faptul că entitatea contractantă nu a precizat cum anume respinge oferta sau în baza căror dispoziţii legale, ci a indicat doar prevederi legale fără indicarea sancţiunii prevăzute de lege, Consiliul o va respinge ca nefondată, întrucât situația SC ...SRL se încadrează în situația de respingere a ofertei stabilită de art. 143 alin. (2) lit. j) *„oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronica extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat”,* eliberat pentru operatorul economic SC ...SRL, document pe care, așa cum s-a reținut anterior societatea nu îl deținea la data depunerii ofertei în SEAP. Situația analizată anterior, dacă ar fi acceptată, ar putea ajunge în situația hilară ca oferta depusă de terțul susținător să fie declarată admisibilă sau chiar câștigătoare.

Consiliul va reține în soluționare ca relevante susținerile autorității contractante din punctul de vedere potrivit cărora prin prevederile art. 31 din HG nr. 394/2016, legiuitorul stabilește că *„riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă*", SC ...SRL fiind operatorul economic care trebuia să își asume faptul că nu a depus diligențele

necesare recuperării certificatului digital înainte de data limită de depunere a ofertelor.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, respective caracterul nefondat al criticilor formulate, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestaţia formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
....	**....**	**....**

Redactată în patru exemplare, conţine 14 (paisprezece) pagini.