CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., în calitate de lider al asocierii ..... SRL, reprezentată de ..... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de ....., lotul 2 - încărcătoare frontale cu cupă, cod CPV 90620000-9, cu data-limită de depunere a ofertelor 13.10.2017, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a .....

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 SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei asocierii sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa cu nr. 260/05.03....., postată în SEAP, comisia de evaluare i-a solicitat clarificări cu privire la documentele declarate inițial în DUAE. Prin adresa nr. 70/08.03....., a fost transmis prin intermediul e-mailului răspunsul la clarificare fără semnătură electronica extinsă, răspuns semnat și ștampilat.

Contestatorul arată că, în data de 14.03....., a primit adresa nr. 311/13.03..... prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, cu mențiunea că răspunsul nr. 70/08.03....., transmis ca urmare a solicitării de clarificări nr. 260/05.03..... nu este semnat cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Autoritatea contractantă a transmis solicitarea de clarificări nr. 260/05.03....., prin intermediul SEAP, fără a preciza/informa despre faptul că răspunsul nu va putea fi încărcat în SEAP și se va folosi orice altă metodă de transmitere și în ce condiții se va face transmiterea răspunsului la clarificări.

În Fișa de date nu se specifică altă modalitate de răspuns la clarificări sau modul de transmitere a documentelor în cazul în care ofertantul nu are posibilitatea de a încărca răspunsul în SEAP.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu are motive întemeiate și legale să declare oferta sa ca fiind inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, deoarece acest articol prevede situația declarării unei oferte ca inacceptabilă în cazul în care oferta și documentele care însoțesc oferta nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, ceea ce nu este cazul în situația de față, deoarece oferta și documentele care au însoțit oferta au fost încărcate în SEAP semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat in data de 13.10.2017.

Contestatorul menționează că nu a putut încărca răspunsul semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în sistemul SEAP și a transmis prin intermediul e-mail-ului răspunsul la clarificare fără semnătură electronică extinsă deoarece nu a fost informată de modul de transmitere în cazul în care, din varii motive, se încarcă solicitări de clarificări în SEAP fără drept de răspuns în SEAP pentru ofertant.

Oferta a fost elaborată astfel cum este definit la art. 3 pct. hh) din Legea nr. 98/2016; în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, au fost completate toate documentele/formularele în forma solicitată prin documentația de atribuire (electronic/scanat), iar documentele au purtat în mod obligatoriu semnătură electronică, acestea fiind transmise în termenul stabilit, în format electronic, în SEAP, conform cerințelor din Fișa de date și legislației in vigoare.

Potrivit dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, raportate la art. 135 din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare avea dreptul de a

solicita corectarea viciilor de formă cu privire la ofertă, iar lipsa semnăturii electronice reprezintă un viciu de formă, respectiv eroare sau omisiune din cadrul unui document a cărei corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect. Acest viciu de formă poate fi acoperit prin retransmiterea documentului cu semnătură electronică, retransmiterea documentului neaducând absolut niciun avantaj ofertantului.

Totodată, în acord cu principiile achizițiilor publice, expres reglementate la art. 2 alin. (2) al Legii nr. 98/2016 (nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii), măsura declarării neconformității unei oferte pentru nesemnarea unor documente, din motive ce nu ii sunt imputabile operatorului economic, ar fi disproporționată raportat la efectele asupra procedurii.

Față de cele expuse, contestatorul consideră că declararea ofertei sale ca inacceptabilă este nelegală, având în vedere motivele invocate, iar motivul reținut de comisia de evaluare nu poate justifica adoptarea *ex abrupto* a sancțiunii drastice și inechitabile a respingerii ofertei, deoarece a fost indicat un temei de drept eronat, iar motivul respingerii nu este unul întemeiat, mai ales că autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita retransmiterea documentelor semnate cu semnătură electronică extinsă și de a proba faptul ca documentele nu prezintă modificări.

În punctul său de vedere nr. 2657/27.03..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 12356/27.03....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că, urmare a Deciziei nr. 436/...../...../20.02....., emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, și având în vedere argumentele care au stat la baza admiterii contestației, comisia de evaluare a procedat la reanalizarea ofertei financiare a contestatorului, declarând-o admisibilă. Astfel, a fost întocmit procesul verbal de evaluare nr. PV33/02.03....., iar prin adresa nr. 260/05.03....., transmisă prin intermediul platformei SEAP, i s-au solicitat reclamantei, conform fișei de date a achiziției, să depună documentele care să facă dovada îndeplinirii criteriilor de calificare și declarațiilor din DUAE, cu termen de răspuns 08.03.....

În data de 08.03....., contestatorul a răspuns solicitării comisiei prin intermediul poștei electronice, prin adresa nr. 70/08.03....., iar în data de 12.03..... comisia de evaluare a procedat la evaluarea documentelor transmise, fiind încheiat procesul verbal de evaluare nr. PV43/12.03.....

Contrar afirmațiilor contestatorului, la data transmiterii răspunsului, respectiv 08.03....., transmiterea prin intermediul platformei SEAP era disponibilă, termenul limită de valabilitate al ofertei fiind 31.03....., iar termenul limită de evaluare 30.03....., conform print screen-urilor anexate la prezentul. Astfel, afirmațiile acesteia că nu a putut transmite răspunsul prin intermediul SEAP nu se susțin. De altfel, netransmiterea răspunsului prin platforma SEAP nu a stat la baza declarării ca inacceptabilă a ofertei depusă de contestator.

Cu ocazia evaluării, comisia a constatat că răspunsul contestatorului nu este semnat cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat, așa cum prevede art. 123 alin.(3) din HG nr. 305/2016, astfel că s-a hotărât să se declare ca inacceptabilă oferta, în baza art. 137 alin. (2) lit. j) din același act normativ, comunicând rezultatul evaluării prin adresa nr. 331/13.03.....

În ceea ce privește argumentele SC ..... SRL evocate în contestație, autoritatea contractantă consideră că acestea nu pot fi susținute de prevederile legale, respectiv art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 123 alin. (2) și alin. (3), art. 137 din HG nr. 395/2016.

Având în vedere că toate documentele emise în legătură cu oferta depusă sunt parte integrantă din oferta respectivă, ne aflăm în situația prevăzută la art.215 alin.(4) din Legea nr.98/2016.

De asemenea, trebuie luate în considerare și prevederile Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică, cu privire la regimul juridic al înscrisurilor în formă electronică, astfel:

„Art.5. Înscrisul în formă electronică, căruia i s-a încorporat, atașat sau i s-a asociat logic o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat nesuspendat sau nerevocat la momentul respectiv și generată cu ajutorul unui dispozitiv securizat de creare a semnăturii electronice, este asimilat, în ceea ce privește condițiile și efectele sale, cu înscrisul sub semnătură privată.

Art.6. Înscrisul în formă electronică, căruia i s-a încorporat, atașat sau i s-a asociat logic o semnătură electronică, recunoscut de către cel căruia i se opune, are același efect ca actul autentic între cei care l-au subscris și între cei care le reprezintă drepturile.

Art.7. În cazurile în care, potrivit legii, forma scrisă este cerută ca o condiție de probă sau de validitate a unui act juridic, un înscris în formă electronică îndeplinește această cerință dacă i s-a încorporat, atașat sau i s-a asociat logic o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat și generată prin intermediul unui dispozitiv securizat de creare a semnăturii.”

În plus, în fișa de date a achiziției, la secțiunea IV.4.3) - Modul de prezentare a ofertei, se prevede: „Adresa la care se depun

ofertele și documentele de înscriere: SEAP (www.e-licitatie.ro). Documentele aferente ofertei vor fi numerotate, semnate si stampilate (acolo unde este cazul), scanate, semnate cu semnătură electronica extinsă și depuse în SEAP, conform prevederilor art. 60 alin. (4) din HG nr. 395/2016."

În susținerea argumentelor sale, autoritatea contractantă invocă Decizia Consiliului nr. 91/...../2715 din 13.01.2017, care tratează o speță similară celei de față.

Având în vedere cele mai sus menționate, autoritatea solicită Consiliului să constate că această contestație este nefondată și să o respingă ca atare.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă online, în vederea achiziționării de ..... mecanizată pe raza sectorului 6 ....., divizate în patru loturi, pe 36 de luni, servicii estimate valoric la maximum 15.551.040 lei, fără TVA.

La procedură, pentru toate cele patru loturi, s-a prezentat un singur ofertant, respectiv asocierea formată din SC ..... SRL (lider) și SC Nord Vest Infrastructură și Servicii SRL.

Anterior, pe rolul Consiliului s-a aflat dosarul nr. ...../..... Prin Decizia nr. 436/...../...../20.02....., Consiliul a admis contestația formulată de SC ..... SRL, a anulat procesul-verbal de evaluare nr. PV2/ 08.01....., raportul procedurii de atribuire nr. RP2/08.01....., precum și adresa autorității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei asocierii sale, transmisă asocierii contestatoare. A obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 12 zile de la comunicarea deciziei, să să reevalueze oferta contestatorului.

Prin adresa nr. 331/13.03....., unitatea achizitoare a comunicat asocierii ofertante rezultatul procedurii.

Împotriva rezultatului evaluării la lotul 2 - încărcătoare frontale cu cupă, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Consiliul reține că, la solicitarea de clarificări nr. 260/05.03.2018, petentul a răspuns prin adresa nr. 70/08.03.2018, la care a anexat documentele cerute, pe care le-a comunicat autorității contractante prin email, la ..... Întrucât răspunsul nu era semnat cu semnătură electronică, oferta asocierii a fost respinsă

ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016.

Privitor la motivul de respingere a ofertei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a avut o apreciere strict formală, contrară dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, dar și a celor din art. 134 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016. În concordanță cu prevederile legale, autoritatea contractantă poate solicita informații de clarificare sau completare a documentelor prezentate de ofertanți, ceea ce reprezintă mai mult decât un demers de confirmare a unui aspect formal privind răspunsul la solicitarea de clarificări, precum pretinsa absență a semnăturii electronice:

Art. 209. - (1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

De altfel, norma de aplicare a legii instituie o obligație de diligență pentru autoritatea contractantă, în etapa de analiză a ofertelor, tocmai pentru a statua, fără echivoc, după solicitarea informațiilor de clarificare, dacă o ofertă are caracter admisibil sau nu, în special în cazul în care ar fi afectată de nerespectarea unor cerințe de formă sau de conținutul imprecis al unor informații:

Art. 134. - (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

(2) Comisia de evaluare, înainte de a lua o decizie de respingere a candidaturii/ofertei în baza art. 137 alin. (2) lit. h), solicită clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate inițial de candidat/ofertant/subcontractant/ terț susținător cu privire la neîncadrarea în prevederile art. 60 alin. (1) lit. d) și e) din Lege.

A neglija rolul art. 209 din Legea nr. 98/2016, a face abstracție de acesta, este echivalent cu neacceptarea niciunei clarificări, a niciunei lămuriri, a negării dreptului corectării unei erori sau a unui viciu din documentele depuse.

Dar legiuitorul, prin acest articol 209, previne atât respingerile formale și de fond, dar și utilizarea de către autoritatea contractantă a puterii sale discreționare de apreciere în evaluarea ofertelor.

În acest sens, actele normative în domeniul achizițiilor publice (atât Legea nr. 98/2016 cât și HG nr. 395/2016) permit corectări ale propunerii tehnice și propunerii financiare, sub condițiile prohibitive de la art. 137 alin. (7)-(10) ca aceste corectări să nu conducă la modificări substanțiale ale ofertei.

De reținut este faptul că răspunsul în cauză se referă la transmiterea documentelor menționate în DUAE, în baza cărora ofertantul s-a clasat pe primul loc, și prin care acesta demonstrează în mod corespunzător îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare, așa cum impune art. 65 alin. (4) și (5) din HG nr. 395/2016.

Deci, sub nicio formă, prin acest răspuns și documentele anexate, nu s-a pus în discuție problema completării ofertei cu informații necunoscute până la acel moment de comisia de evaluare.

Or, lipsa semnăturii electronice de pe răspuns reprezintă o eroare de formă ce se poate îndrepta, neconducând, în niciun caz, la modificarea ofertei.

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:

36 "…o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată.

37 În orice caz, obligația care poate reveni unei autorități contractante, în temeiul dreptului național, de a le solicita ofertanților să furnizeze declarațiile și documentele necesare pe care nu le au transmis în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau să corecteze aceste declarații și aceste documente în cazul existenței unor erori nu poate fi recunoscută decât în măsura în care completările sau corectările aduse ofertei inițiale nu conduc la modificarea acesteia în mod substanțial."

Aplicarea art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016 trebuie realizată în „spiritul legii", respectiv în sensul dorit de legiuitor, de sancționare a unei oferte pentru care nu se respectă condiția de validitate cerută de Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică. Or, lipsa semnăturii din răspunsul la o solicitare de clarificări nu este supusă sancționării de la articolul ante-menționat, (în cuprinsul actelor normative legiuitorul a făcut o distincție clară

între ofertă și răspunsul la solicitarea de clarificare, în ce privește impunerea diverselor reguli).

În cazul de față, oferta are încorporată semnătura electronică, respectându-se condițiile Legii nr. 455/2001.

În ceea ce privește nesemnarea electronică a răspunsului la solicitarea de clarificări, aceasta nu constituie o infirmare a voinței ofertantului de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică, pentru elementele din răspuns.

Aplicarea sancțiunilor din HG nr. 395/2016 nu trebuie să intervină automat, la sesizarea unei încălcări a regulilor din achiziții, ci după consumarea tuturor etapelor de evaluare a ofertelor, inclusiv cea de solicitare de clarificări, în urma căreia ofertantul dovedește că este capabil să presteze serviciile supuse contractării. Altfel, ne-am afla în situația inutilității art. 209 din Legea nr. 98/2016 și a art. 134 alin. (7) din normele de aplicare a legii.

În speța supusă soluționării, lipsa semnăturii electronice dintr-un document nu poate fi considerată cauză de respingere definitivă a ofertei, în condițiile în care această lipsă poate fi considerată o omisiune a ofertantului, a cărui confirmare, că este apt în a retransmite aceleași documente, cu semnătură electronică aplicată, nu ar putea să-i procure niciun avantaj incorect, mai ales că asocierea ofertantă este singură în competiția pentru lotul 2, de altfel pentru toate loturile din procedură.

Lipsa semnăturii electronice de pe răspunsul nr. 70/08.03..... la solicitarea de clarificare reprezintă un viciu formal ușor de înlăturat, în raport cu prevederile art. 135 din HG nr. 395/2016. Or, excluderea ofertei, pentru acest motiv, fără un demers minimal de clarificare a lor, este contrară dispozițiilor art. 209 din Lege, dar și disproporționată față de interesul autorității contractante de a atribui contractul unui operator care face dovada capacității de a presta serviciile de deszăpezire și este și singurul ofertant în procedură.

Astfel, se impune ca autoritatea contractantă să solicite informații de certitudine, din partea ofertantului, privitor la semnarea electronică a documentelor ce nu prezintă semnătura în cauză, respectiv, retransmiterea lor cu semnătura electronică extinsă, înainte de luarea măsurii de excludere atacate.

De altfel, în practica Consiliului, dar și a instanțelor de judecată, a fost consacrată soluția de solicitare a clarificărilor, anterior respingerii directe a ofertelor, atunci când acestea se află în astfel de situații (afectate de unele cerințe formale sau imprecise/ambigui), concordant și cu practica constantă a instanțelor comunitare, în cauze privind atribuirea unor contracte de achiziții publice.

În acest sens, se poate aminti ce reținea Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg în hotărârea sa din 10.12.2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva CE, pct. 56 și 57:

„56. Aceasta este situația în special atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei, despre care autoritatea are cunoștință, 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, pct. 37 și 38).

57. Mai mult, 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. 56 de mai sus, pct. 43)”.*

Pentru argumentele de mai sus, se impune ca autoritatea contractantă să solicite informații de certitudine, din partea ofertantului, privitor la semnarea electronică a răspunsului la solicitarea de clarificări, respectiv retransmiterea cu semnătura electronică extinsă a documentelor.

Prin urmare, criticile contestatorului împotriva respingerii ofertei sale sunt întemeiate.

Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., cu consecința anulării procesului-verbal nr. 12/43/12.03....., a raportului procedurii nr. 11/13.03....., a adresei de comunicare nr. 331/13.03..... de respingere a ofertei depusă de asocierea ..... SRL și reevaluarea ofertei acesteia.

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

Admite contestația SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., anulează procesul-verbal nr. 12/43/12.03....., raportul procedurii nr. 11/13.03..... și adresa de comunicare nr. 331/13.03.....

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta asocierii, în termen de cincisprezece zile de la primirea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

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

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului asupra contestației aparținând SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL - SC …. SRL, de admitere și obligare a autorității la anularea procesului-verbal nr. 12/43/12.03....., a raportului procedurii nr. 11/13.03..... și a adresei de comunicare nr. 331/13.03....., în ceea ce mă privește, opinez că aceasta se plasează în afara dispozițiilor legale în vigoare, având în vedere următoarele considerente.

Se reține drept cauză a situației conflictuale transmiterea documentelor care fac dovada îndeplinirii criteriilor de calificare din DUAE, fără semnătura electronică extinsă bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, abatere care a condus la respingerea ofertei, ca inacceptabilă. Astfel, organizatoarea i-a solicitat asocierii SC ..... SRL - SC Nord Vest Infrastructură și Servicii SRL să furnizeze documentele care fac dovada celor declarate în cadrul DUAE cu privire la criteriile de calificare, cu adresa nr. 260/05.03.2017. Ofertantul a depus răspunsul nr. 70/08.03.2017 fără semnătură electronică, prin intermediul poștei electronice.

Astfel societatea nu a ținut seama de regula înscrisă la cap. *IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei* din fișa de date a achiziției: *Documentele aferente ofertei vor fi numerotate, semnate si stampilate (acolo unde este cazul), scanate,* ***semnate cu***

semnatura electronica extinsa si depuse in SEAP*, conform prevederilor art.60 alin.(4) din HG nr.395/2016.*

Relevante sunt și următoarele dispoziții imperative din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 60. - (1) **Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic** și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare.

(2) Valoarea totală a propunerii financiare se criptează în SEAP.

(3) Toate documentele de fundamentare a valorii prevăzute la alin. (2) se depun prin mijloace electronice, fiind încărcate într-o secțiune dedicată a portalului SEAP, iar conținutul acestora este vizibil comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare.

(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.

Art. 62. - (1) În cazul în care, în scopul verificării conformității propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini sau în scopul verificării propunerii financiare, autoritatea contractantă solicită prezentarea anumitor clarificări/completări, atât solicitarea, cât și **răspunsul ofertantului se transmit în SEAP în format electronic, semnate cu semnătură electronică extinsă**, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

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

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

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

Art. 137. - (1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, **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.

Aceste dispoziții imperative trebuie citite împreună și interpretate sistematic, concluzia fiind că orice document postat în SEAP de către ofertanți, inclusiv răspunsurile de clarificare, trebuie semnat cu semnătură electronică extinsă.

Un aspect demn a fi subliniat este acela că răspunsul ofertantului a fost transmis pe e-mail contrar prevederilor din fișa de date a achiziției de la cap. VI.3) *Alte informații* potrivit cărora ***corespondenta cu potentialii ofertanti va avea loc prin intermediul SEAP-ului, la invitatia de participare atasandu-se atat eventualele solicitari de clarificari, cat si raspunsurile ofertantilor****.* Ofertantul nu a făcut dovada vreunei restricții tehnice a SEAP, fapt reținut de altfel și de autoritatea contractantă în raportul procedurii, dar necomunicat ofertantului ca și motiv de

respingere a ofertei sale, fiind consemnată în motivarea deciziei, așa cum s-a arătat, doar lipsa semnăturii electronice.

În speță, SC ..... SRL recunoaște că nu a semnat electronic răspunsul nr. 70/08.03.2017, contrar indicațiilor exprese din fișa de date a achiziției.

În legislația achizițiile publice în vigoare nu există nicio prevedere în sensul obligării autorităților contractante să solicite ofertanților redepunerea documentelor în SEAP în ipoteza în care acestea au fost depuse inițial nesemnate electronic.

În condițiile în care societatea ofertantă avea cunoștință despre rigorile fixate de organizatoare chiar în cuprinsul fișei de date, pe care nu a contestat-o, și cum nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii, întrucât societatea ofertantă a înțeles să nu se conformeze rigorii depunerii răspunsului de clarificare cu semnătură electronică extinsă, nu are decât a-și imputa propriei lipse de diligență consecințele negative pe care este ținută să le suporte.

De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției:

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

- decizia nr. 691 din 13 iunie 2016 (Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă din moment ce autoritatea contractantă trebuie să se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare.), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Similar, Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta

anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.

Nu există nicio rațiune pentru ca autoritatea contractantă să încalce normele legale și să nu respingă oferta asocierii SC ..... SRL - SC Nord Vest Infrastructură și Servicii SRL, din cauza amintită.

Cât timp starea de fapt se încadrează în ipoteza de la art. 137 alin. (2) lit. j) din normele metodologice, nu se poate face abstracție de aceste texte legale și recurge la altele, proprii altor stări de fapt. Actuala legislație a achizițiilor publice prevede expres respingerea ofertei, ca inacceptabilă, în situația în care documentele care o compun (inclusiv răspunsurile de lămurire a ei) nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat. În această direcție este și decizia nr. 53 din 12 ianuarie 2017 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, direcție valabilă și sub imperiul vechii legislații specifice. Decizia nr. 1887 din 2 aprilie 2012 a Curții de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, este elocventă:

La data de 05.01.2012, autoritatea contractanta i-a solicitat petentei unele clarificări cu privire la oferta sa, **menționând în cuprinsul solicitării, astfel cum recunoaște și petenta în cuprinsul plângerii, ca răspunsul să fie transmis cel mai târziu până la data de 10.01.2012, atât în SEAP, semnat cu semnătura electronică**, cât și în format tipărit pe hârtie, semnat și stampilat în original, împreună cu o scrisoare de înaintare, la sediul autorității contractante.

Prin adresa nr. 4341/14.02.2012, autoritatea i-a comunicat petentei că oferta sa a fost respinsă ca neconformă, deoarece răspunsul transmis nu este semnat cu semnătură electronică.

Susținerile petentei referitoare la nelegalitatea deciziei Consiliului sunt nefondate, dat fiind că nu contestă lipsa semnăturii electronice din răspunsul la clarificări, ci contestă faptul că organizarea achiziției publice în cauză ar fi una on-line în totalitate. Acest lucru este contrazis de mențiunile stipulate în fișa de date a achiziției, unde se arata ca „operatorii economici vor depune răspunsurile la clarificări și eventualele documente solicitate în SEAP, în format electronic, semnate cu semnătura electronică, conform prevederilor Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică ". Mențiunile din fișa de date a achiziției sunt obligatorii pentru participanți. În situația în care petenta nu acceptă aceasta formă, avea posibilitatea să formuleze contestație potrivit art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. a) din ordonanță sau să solicite clarificări, potrivit art. 78 alin. (1) din același act normativ, dispoziții legale de care nu a uzat, ceea ce înseamnă că a acceptat ca documentația să fie întocmită și depusă în forma solicitată, propusă de autoritatea contractantă. Acceptarea presupune și respectarea cerințelor.

Mai este de reținut că, în chiar invitația de participare, la modalitatea de desfășurare a procedurii, se menționează „procedura on-line".

Având în vedere ca petenta nu a respectat întru totul procedura, în sensul că răspunsul la solicitări a fost transmis fără semnătura electronică, care reprezintă o cerință esențială a procedurilor de atribuire on-line, potrivit cap. III din Hotărârea Guvernului nr. 1660/2006, răspunsul dat de autoritatea contractantă prin adresa nr. 4341/14.02.2012 este unul legal, la fel fiind și decizia pronunțată de Consiliu, motiv pentru care plângerea va fi respinsă ca nefondată.

Și Decizia civilă nr. 3048 din 08 decembrie 2017 a Curții de Apel Oradea își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus:

De asemenea, în mod judicios a reținut Consiliul și aplicabilitatea prevederilor art. 123 alin. 2 și 3 din același act normativ care prevede că „operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfășoară prin intermediul SEAP.

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

Din interpretarea literală și sistematică a acestor dispoziții legale rezultă că pentru răspunsurile la solicitările de clarificări adresate de autoritatea contractantă ofertanților legea prevede în mod imperativ forma electronică și asumarea acestora prin semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Neconformarea ofertanților la această cerință legală atrage sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă conform prevederilor art. 137 alin. 2 lit. j din H.G. 395/2016 care dispune în sensul că „în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, 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;".

Curtea constată că este neîntemeiată susținerea petentei în sensul că acest text de lege nu ar fi aplicabil și în cazul răspunsurilor la solicitările de clarificări ci s-ar aplica doar pentru oferta însăși și documentele depuse odată aceasta.

Sub acest aspect, instanța de control judiciar constată că interpretarea restrictivă propusă de petentă nu poate fi reținută atât timp cât legea face referire la documentele care însoțesc oferta, categorie în care se includ și răspunsurile la solicitările de clarificări. Că este așa rezultă din chiar natura juridică a acestor răspunsuri care este una de document accesoriu și lămuritor cu privire la conținutul unor documente preexistente al căror conținut este neclar și pe care le clarifică, le lămuresc. Or, în aceste condiții, răspunsurile la solicitările de clarificări tind să facă corp comun cu documentele la care se referă, și care, prin ipoteză, au fost depuse odată cu oferta și o însoțesc astfel cum arată legiuitorul.

Instanța de control judiciar constată că petenta nu a contestat împrejurarea că răspunsul la solicitarea de clarificări adresată petentei prin adresa nr. 187/07.03.2017 (f. 102 vol. XIII dos. CNSC) a cuprins doar semnătura olografă a reprezentantului legal al petentei nu și semnătura electronică (f. 103 vol. XIII, dos. CNSC).

În aceste condiții, în acord cu concluzia Consiliului, instanța de control judiciar constată că în mod legal și temeinic a fost respinsă oferta petentei ca inacceptabilă pentru motivul lipsei semnăturii electronice de pe răspunsul la solicitarea de clarificări.

De altfel, cu privire la consecințele nedepunerii răspunsului la solicitarea de clarificări semnat cu semnătură electronică petenta a fost informată și atenționată atât prin documentația de atribuire, pe care nu a contestat-o, în cuprinsul căreia la cap. VI.3 din fișa de date se prevede „operatorii economici vor transmite răspunsurile la clarificări și eventualele documente solicitate pe parcursul evaluării ofertelor prin intermediul SEAP (Secțiunea Întrebări), în format electronic, semnate cu semnătură electronică, conform Legii 455/2001" (f. ..... vol. XIII, dos. CNSC) cât și prin chiar adresa de solicitare de clarificări în cuprinsul căreia s-a precizat : „completările se vor depune online în SEAP în format electronic, semnate cu semnătură electronică extinsă" (f. 102 vol. XIII dos. CNSC).

Nu se poate reține susținerea petentei în sensul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să procedeze la o nouă solicitare de clarificări pentru a determina dacă petenta își însușește răspunsul la solicitarea de clarificări oferit prin semnătură electronică.

Sub acest aspect, Curtea reține că în condițiile existenței prevederilor legale menționate anterior, precum și a dispozițiilor neechivoce din documentația de atribuire, lipsa semnăturii electronice de pe răspunsul la solicitarea de clarificări echivalează cu însăși lipsa răspunsului la solicitarea de clarificări.

Or, plecând de la această premisă, dacă autoritatea contractantă ar fi procedat la o nouă solicitare de clarificări pentru a-i oferi petentei posibilitatea de a-și remedia propria eroare, ar fi însemnat ca autoritatea contractantă să încalce unul dintre principiile

fundamentale care stă la baza legislației achizițiilor publice, respectiv principiul tratamentului egal între ofertanți.

Nu se pot reține criticile petentei privind încălcarea principiului proporționalității.

Din acest punct de vedere, așa cum s-a arătat anterior, **Curtea constată că principiile tratamentului egal și a nediscriminării impun soluția adoptată de autoritatea contractantă iar lipsa semnăturii electronice de pe răspunsul la solicitarea de clarificări nu este doar o abatere minoră și formală așa cum pretinde petenta ci constituie un viciu serios cu consecințe dintre cele mai importante care implică însăși nevalabilitatea juridică a răspunsului oferit. Or, în aceste condiții, nu se poate reține că prin declararea ofertei ca inacceptabilă s-ar fi încălcat principiul proporționalității.**

Principiul proporționalității nu poate constitui un argument pentru încălcarea vădită a principiului legalității ori pentru o interpretare corectivă a unui text clar. Proporționalitatea sau echitatea nu are nicio relevanță acolo unde textul de lege impune expres o anumită conduită, cum este aceea a solicitării semnăturii electronice sau a respingerii ofertei pentru lipsa acesteia.

Față de ansamblul considerentelor expuse, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, din perspectiva noastră, se impunea respingerea, ca nefondată, a contestației SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Pentru toate aceste rațiuni, nu am putut subscrie opiniei majoritare, considerând, totodată, necesar să formulez prezenta opinie separată.

Președinte Complet,

.....

Redactată în patru exemplare, conține cincisprezece pagini.