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. 14 alin. (2) 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. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., formulată de Asocierea SC ..... SRL – S... prin SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii, cu sediul în comuna .., sat ....., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. .., având CIF RO..., reprezentată prin administrator .., împotriva comunicării rezultatului procedurii, emisă de COMUNA .., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect Execuție lucrări de construcții a rețelei publice de apă și apă uzată în localitatea ..în cadrul proiectului «SISTEM CENTRALIZAT DE ALIMENTARE CU APĂ ÎN ..... ȘI REȚEA DE CANALIZARE MENAJERĂ ȘI STAȚIE DE EPURARE ÎN .....», cod CPV 45232400-6 - Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), s-a solicitat anularea deciziei de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă comunicată prin adresa nr. 5221/12.09..... cu consecința finalizării procedurii de atribuire a contractului de execuție lucrări de construcții a rețelei publice de apă și apă uzată în ..... cu includerea ofertei contestatoarei.

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

formulată de asocierea SC ..... SRL – SC .. SRL prin SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii.

Contestatoarea apreciază că este ilegală decizia de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă din perspectiva prevederilor art. 123 alin. (2) și (3) din HG 395/2016, care prevăd că numai oferta și documentele care însoțesc oferta la momentul depunerii acesteia vor fi însoțite de semnătura electronică extinsă sub sancțiunea prevăzută de dispozițiile art. 136 alin. (2) litera j) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea subliniază că oferta depusă este semnată cu semnătura electronică extinsă conform prevederilor legale, iar măsura respingerii ofertei sale ca inacceptabilă este nefondată întrucât soluția de respingere a ofertei sale face referire la un răspuns la o solicitare de clarificări emisă de autoritatea contractantă.

Astfel, răspunsul transmis de contestatoare prin adresa nr. 49/19.06..... (publicat în SEAP la data de 19.06.....) este complet, semnat cu semnătură privată și încărcat în SEAP în format pdf fiind semnat de administratorul societății având aplicată ștampila societății.

Contestatoarea apreciază că măsura respingerii ofertei sale este nefondată și excesivă, în condițiile în care prevederile legale care reglementează procedura clarificărilor, respectiv art. 134-136 din HG nr. 395/2016, nu prevăd obligația încărcării răspunsurilor având atașată semnătura electronică extinsă.

Totodată, apreciază că respingerea ofertei sale ca inacceptabilă pentru motivul analizat este netemeinică și pe considerentul că, aceleași documente le putea depune ulterior în etapa verificării informațiilor cuprinse în DUAE.

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere prin adresa nr. 5667/26.09....., înregistrat la Consiliu sub nr. …/27.09..... solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată.

Referitor la motivul de respingere analizat, autoritatea contractantă a subliniat că urmare a solicitării de clarificări nr. 3571/15.06....., transmisă contestatoarei la data de 15.06..... în SEAP, s-a solicitat depunerea declarațiilor privind evitarea conflictului de interese, precum și documentul privind plata primei de asigurare aferentă poliței de asigurare emisă de ABC ASIGURĂRI REASIGURĂRI SA, iar contestatoarea a prezentat documentele solicitate prin intermediul SEAP – adresa nr. 49/19.06....., fără a fi semnate cu semnătura electronică extinsă.

Pentru acest motiv oferta contestatoarei a fost respinsă în temeiul art. 123 alin. (2) și (3) din HG nr. 395/2016. Autoritatea contractantă a invocat prevederile fișei de date a achiziției, cap. VI.3) prin care s-a impus obligativitatea transmiterii răspunsurilor la clarificări semnate cu semnătură electronică extinsă.

Prin adresele cu nr. ../...../...../27.09..... și nr. ../.....-...../06.10....., Consiliul a solicitat Agenției pentru Agenda Digitală a României informații cu privire la modul în care s-a

încărcat în SEAP oferta asocierii contestatoare, precum și răspunsul transmis prin adresa cu nr. 49/19.06..... la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 3571/15.06.....

Agenția pentru Agenda Digitală a României a răspuns la solicitarea Consiliului prin adresele înregistrate la Consiliu sub nr. ../05.10..... și nr. 43917/18.10....., prin care a afirmat că oferta și răspunsul asocierii contestatoare au fost încărcate în SEAP cu semnătură electronică extinsă, atașând în acest sens un CD.

În data de 01.11....., Agenda Digitală a României a revenit cu un e-mail înregistrat la Consiliu cu nr. 46415/01.11....., atașând răspunsul nr. 49/19.06..... al ofertantului SC ..... SRL, document față de care a susținut că nu a fost semnat cu semnătură electronică calificată de către ofertant.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

…, în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura simplificată – într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect Execuție lucrări de construcții a rețelei publice de apă și apă uzată în localitatea .. în cadrul proiectului «SISTEM CENTRALIZAT DE ALIMENTARE CU APĂ ÎN ..... ȘI REȚEA DE CANALIZARE MENAJERĂ ȘI STAȚIE DE EPURARE ÎN .....».

În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ...../....., potrivit căruia valoarea estimată a contractului de lucrări este de 9.373.384,27 RON fără TVA, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține că oferta asocierii contestatoare a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016.

Astfel, în adresa nr. 5221/12.09....., reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii, s-au reținut în justificarea deciziei de respingere, următoarele:

În legătură cu răspunsul dvs. la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 3571/15.06....., transmis de dvs. prin adresa nr. 49/19.06..... (postată în SEAP în data de 19.06.....) privind declarațiile solicitate, documentele depuse în SEAP, în format electronic, nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat confom art. 123 alin. (3) din HG nr. 395/2016, cu semnătură electronică extinsă.

Așadar, autoritatea contractantă i-a solicitat asocierii SC ..... SRL – SC … SRL să furnizeze anumite informații de clarificare a ofertei, cu adresa nr. 3571/15.06....., ofertantul depunând în SEAP răspunsul nr. 49/19.06..... fără semnătură electronică.

De menționat este faptul că la cap. VI.3) *Alte informații* din fișa de date a achiziției s-au prevăzut următoarele: *„Operatorii economici vor transmite raspunsurile la clarificari si eventualele documente solicitate pe parcursul evaluarii ofertelor prin intermediul SEAP (Sectiunea "Întrebari"),*

*în format electronic, semnate **cu semnatura electronica**, conform Legii 455/2001*."

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.

(…)

(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.

Din interpretarea celor mai sus expuse se desprinde concluzia potrivit căreia orice document postat în SEAP de către ofertanți, inclusiv răspunsurile de clarificare, trebuie semnat cu semnătură electronică extinsă.

În speță, asocierea SC ..... SRL – SC .. SRL recunoaște că nu a semnat electronic răspunsul nr. 49/19.06..... (fapt de altfel rezultat din analiza efectuată de Consiliu asupra documentelor încărcate în SEAP de asociere, confirmată și de experții Agenției Digitale a României), susținând că procedura de clarificări este reglementată de prevederile art. 134-136 din HG nr. 395/2016, prevederi care nu specifică în mod expres obligativitatea semnării clarificărilor cu semnătură electronică extinsă.

Însă această susținere este contrazisă de însăși dispozițiile legale mai sus citate, precum și de indicațiile exprese de la cap. VI.3) 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.

Aspectul că există semnătura privată a administratorului și ștampila pe documentul transmis nu se confundă cu și nu acoperă necesitatea semnării electronice a fișierului comunicat electronic. Faptul că el cuprinde semnătura grafică a reprezentantului legal al societății și ștampila ei nu îi conferă calitatea de înscris original, atât timp cât nu a fost transmis cu o semnătură electronică extinsă asociată (în acest sens fiind și sentința civilă nr. 211/CA din 26 noiembrie 2014 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal).

În condițiile Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică, doar 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, iar 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 condițiile în care societatea ofertantă avea cunoștință despre rigorile stabilite de autoritate chiar în cuprinsul fișei de date publicată în SEAP la ....., 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.

Revenea asocierii contestatoare obligația de a verifica fișierele pe care le încarcă pe platforma SEAP și, atunci când acestea nu respectă cerința semnăturii specifice, să le reîncarce în mod corespunzător, sistemul informatic permițând atât verificarea, cât și reîncărcarea fișierelor în termenul acordat de autoritate.

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

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

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

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

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

Nu există nicio rațiune pentru ca autoritatea să încalce normele legale și să nu respingă oferta asocierea SC ..... SRL – SC … 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 ..... 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.

Încercarea societății contestatoare de a se prevala de faptul că măsura respingerii ofertei sale este adoptată prematur, motivat de faptul că potrivit prevederilor art. 196 alin. (2) din legea nr. 98/2016, doar în situația în care oferta sa s-ar fi clasat pe primul loc avea posibilitatea de a depune documentele necesare și relevante pentru a verifica informațiile cuprinse în DUAE, nu va fi reținută de Consiliu în condițiile în care leguitorul, la alineatul 1 al articolului invocat, a dat posibilitatea autorității contractante de a solicita ofertanților depunerea documentelor justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea contractantă a respins oferta asocierii SC ..... SRL – SC … SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea actului procedurii prin care a fost stabilit acest rezultat și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei.

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

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (6) 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 respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de asocierea SC ..... SRL – SC … SRL prin SC ..... SRL, în contradictoriu cu COMUNA …, în calitate de autoritate contractantă.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,**

..... **.....**

OPINIE SEPARATĂ

Contrar soluţiei exprimată de majoritatea membrilor completului - de respingere ca nefondată a contestaţiei formulată de Asocierea SC ..... SRL – SC … SRL prin SC ..... SRL, în ceea ce mă priveşte, opinez că aceasta nu este în concordanţă cu principiile, dispoziţiile legale în vigoare, având în vedere următoarele considerente.

Privitor la motivul de respingere a ofertei, 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 o parte a ofertei, precum pretinsa absență a semnăturii electronice: *Art. 209. - (1) În cazul în care informaţiile 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 ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei.*

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia 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 obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi 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 şi, după caz, completări ale documentelor prezentate iniţial de candidat/ofertant/subcontractant/ terţ susţinător cu privire la neîncadrarea în prevederile art. 60 alin. (1) lit. d) şi 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 documentelor depuse.

Dar legiuitorul, prin acest articol 209, previne atât respingerile formale și de fond, dar și utilizarea de către autoritatea contractantă a puterii sale discreţionare 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 a propunerii tehnice și a propunerii financiare, sub condițiile prohibitive de la art. 137 alin. (7)-(10) ca aceste corectări să nu conducă la modificări substanțiale ale ofertei.

Or, lipsa semnăturii electronice de pe document 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 ....., 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 <u>ofertei inițiale nu conduc la modificarea acesteia în mod substanțial.</u>**"*

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.

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. Din contră, documentul poartă semnătura privată a reprezentantului legal a ofertantului.

Dacă autoritatea avea o incertitudine privind acest aspect, ar fi trebuit să solicite retransmiterea documentului cu semnătură electronică.

În cauza de față, 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 în raport cu contracandidații săi.

Lipsa semnăturii electronice de pe răspunsul nr. 49/19.06……. 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 promova concurența.

Astfel, se impune ca autoritatea contractantă să solicite informații de certitudine, din partea ofertantului, privitor la semnarea electronică a documentului ce nu prezintă semnătura în cauză, la analiza inițială, respectiv, retransmiterea lui 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 Instanţă de la Luxemburg în hotărârea sa din 10.12.2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva CE, pct. 56 şi 57:

„56. Aceasta este situaţia în special atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei, despre care autoritatea are cunoştinţă, arată că ***este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu şi să poată fi uşor 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 îşi exercite posibilitatea de a solicita precizări.* ***A i se recunoaşte, în asemenea împrejurări, o putere discreţionară absolută ar fi contrar principiului egalităţii de tratament*** *(a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, pct. 37 şi 38).*

*57. Mai mult, principiul proporţionalităţii impune ca actele instituţiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înţelegându-se că****, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puţin constrângătoare****, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporţionate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curţii din 5 mai 1998, National Farmers' Union şi alţii, C-157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorităţii contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conţinutul ofertei menţionate ar putea asigura securitatea juridică în acelaşi mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză,* ***să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură şi simplă a ofertei acestuia*** *(a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct. 43)”.*

Astfel, apreciez că 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 documentului, înainte de luarea măsurii de excludere atacate.

Prin urmare, criticile contestatoarei împotriva respingerii ofertei sale pentru un aspect pur formal sunt întemeiate.

Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să admită contestația formulată de SC ..... SRL – SC … SRL prin SC ..... SRL în ....., în contradictoriu cu COMUNA …, cu consecința anulării procesului-verbal nr. 4469/08.08....., a procesului-verbal nr. 5048/05.09..... (în ce privește oferta depusă de SC ..... SRL – SC …SRL), a adresei de comunicare nr. 5221/12.09..... de respingere a ofertei depusă de SC ..... SRL – SC … prin SC ..... SRL și reevaluarea ofertei contestatoarei.

Pentru toate aceste raţiuni, nu am putut subscrie la opinia majorităţii, considerând, totodată, necesar să formulez prezenta opinie separată.

MEMBRU,

.....