

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ... SRL, cu sediul social în ..., CUI ..., Număr de înregistrare la Registrul Comerțului ..., reprezentată legal prin ... – administrator și convențional prin avocat ..., cu sediul social în ..., sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, în calitate de lider al asocierii ... SRL - ...SRL - ... SRL, împotriva comunicării nr. ..., emisă de ..., cu sediul în localitatea ..., în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „EXTINDEREA SISTEMULUI DE CANALIZAREA APELOR UZATE MENAJERE IN LOCALITATEA ..., JUDEȚUL ...”, cod CPV Principal: 45232400-6 - Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), s-a solicitat:

- admiterea contestației;
- anularea deciziei de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă comunicată prin adresa nr. ... privind rezultatul parțial al fazei de verificare a declarației DUAЕ;
- anularea procesului-verbal de evaluare DUAЕ;
- anularea raportului procedurii, precum și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de contestatoare și să o declare ca fiind acceptabilă, precum și continuarea sau reluarea procedurii de atribuire cu participarea asocierii ... SRL - ...SRL - ... SRL;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

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

În conținutul contestației sale, ... SRL critică respingerea ofertei sale ca inacceptabilă.

Astfel, comisia de evaluare a respins ca inacceptabilă oferta contestatoarei pentru lipsa semnăturii electronice extinse a DUAЕ, cu motivarea că aceasta nu reprezintă un viciu formal și că în privința acesteia nu sunt întrunite condițiile de solicitare de clarificări, astfel că singura soluție legală și corectă este cea a respingerii ofertei în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În opinia contestatoarei, decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale este nelegală, din următoarele considerente:

- a depus toată documentația aferentă procedurii în forma prevăzută de art. 60 alin. (1), (4) și art. 123 alin. (2), alin. (3) din HG nr. 395/2016, respectiv documentele depuse au fost semnate cu semnătură electronică extinsă;

- unicul document care nu purta această semnătură a fost DUAЕ, document care se completează direct în SEAP, în cazul procedurilor de atribuire care urmează să fie derulate integral prin intermediul SEAP.

În privința DUAЕ contestatoarea arată că ANAP a emis, în data de 02.07.2019, Notificarea privind utilizarea DUAЕ integrat în SEAP, prin care face referire la Regulamentul (UE) 20:6/7 al Comisiei Europene și utilizarea DUAЕ integrat în SEAP.

Contestatoarea apreciază că soluția dispusă de către autoritatea contractantă este nelegală, excesivă și disproporționată, atâta timp cât DUAЕ a fost depus prin completare directă în SEAP, după autentificare, caz în care se consideră respectate prevederile în materie referitoare la obligația utilizării semnăturii electronice extinse.

De asemenea, societatea contestatoare menționează că tot setul de documente depus de către acesta, set care era însoțit de DUAЕ, purta semnătura electronică extinsă, astfel că autenticitatea și integritatea documentelor depuse era verificată, motiv pentru care soluția de respingere a ofertei apare ca fiind pur formalistă și disproporționată.

Principiul proporționalității, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, reprezintă un criteriu ce trebuie avut în vedere în momentul aplicării și interpretării Legii nr. 98/2018 și a HG nr. 395/2016, întrucât intenția legiuitorului a fost aceea de a sancționa doar acele abateri care se deosebesc substanțial de viciile de formă.

Măsura este disproporționată și din considerentul că autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei fără ca măcar să-i adreseze o solicitare de clarificare.

Mai mult de atât, trebuie avut în vedere și faptul că prin fișa de date a achiziției nu se impune ofertanților obligația depunerii DUAЕ cu semnătură electronică extinsă, ci, prin secțiunea V1.3. Informații suplimentare - Ofertanții (subcontractanții și terții susținători - după caz), se stabilește numai obligația de a depune Formularul DUAЕ odată cu oferta, sub sancțiunea respingerii acesteia ca inacceptabilă conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Față de aceste motive, în lipsa menționării, în mod expres, în cadrul fișei de date, care este forma obligatorie a DUAЕ, contestatoarea apreciază că nu poate fi considerată în culpă pentru depunerea DUAЕ fără semnătură electronică extinsă, întrucât o asemenea cerință suplimentară nu a fost previzibilă.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., ... a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă menționează că au fost înregistrate în SEAP 5 oferte, după cum urmează:

1. Asocierea ... (lider), ... SRL;
2. Asocierea ... SRL (lider), ... SRL, ... SRL;
3. Asocierea ... (lider),... SRL, ...;
4. Asocierea ... SRL (lider), ...SRL, ... SRL;
5. Asocierea ... (lider), ... SRL, ... SRL, ... SRL.

În urma verificării formularelor DUAЕ, oferta depusă de asocierea ... SRL (LEADER), ...SRL, ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă.

Astfel, după încheierea raportului procedurii nr. ..., a comunicat și justificat pe larg motivele pentru care oferta depusă de ...SRL a fost respinsă ca inacceptabilă prin adresa nr.

Față de legislația incidentă pe baza căreia s-a bazat decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei contestatoarei, suplimentar autoritatea contractantă vine cu următoarele argumente:

Astfel, conform fișei de date DUAЕ se completează și se depune semnat pe proprie răspundere potrivit art. 60 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Legislația impune că operatorul economic are obligația de a transmite DUAЕ în format electronic semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat fără nici un alt amendament prin care ar permite excepții.

Autoritatea contractantă menționează că autoarea contestației, recunoaște faptul că „unicul document care nu purta aceasta semnătură a fost DUAЕ” cu amendamentul ca „unicul document”, în fapt sunt unicele (mai multe) documente deoarece trebuiau prezentate 7 declarații DUAЕ cu semnătură electronică extinsă de tip p7s, adică pentru fiecare entitate a grupului din care face parte autoarea contestației, însă nu ar fi schimbat acest detaliu, decizia fiind similară și în cazul unui document care nu purta aceasta semnătură.

Consiliul constată că ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de ... în data de 12.04.2023, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în quantum de ... lei.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect

„EXTINDEREA SISTEMULUI DE CANALIZAREA APELOR UZATE MENAJERE ÎN LOCALITATEA ..., JUDEȚUL ...”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare ..., criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi încheiat este de 8.136.085,95 lei, fără TVA.

În calitate sa de participantă la procedura de achiziție publică în cauză, asocierea ... SRL – ...SRL – ... SRL a primit din partea autorității contractante adresa nr. ... din data de ..., prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire. În adresă se precizează că oferta acesteia a fost respinsă, ca inacceptabilă, în baza dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, întrucât nu a prezentat DUAЕ semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Analizând cauza supusă soluționării, Consiliul reține că, în instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la secțiunea VI.3 Informații suplimentare: „Ofertanții (subcontractanții și terții susținători - după caz) au obligația de a depune Formularul DUAЕ odată cu oferta, sub sancțiunea respingerii acesteia ca inacceptabilă conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016. Se vor depune, odată cu Formularul DUAЕ, următoarele documente: Angajamentul ferm al terțului susținător, Acordul de subcontractare și/sau Acordul de asociere, după caz. Ofertanții au dreptul să declare dacă în cadrul Propunerilor tehnice și/sau Propunerilor financiare se afla informații confidențiale sau clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală. Autoritatea contractantă va posta răspunsurile însoțite de întrebări în SEAP conform art. 160 alin. 3 din Legea nr. 98/2016. Modificarea contractului va fi posibilă în condițiile art. 221 din Legea nr. 98/2016. Oferta și documentele care o însoțesc se depun online semnate obligatoriu cu Semnătura electronică EXTINSĂ de tip p7s, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) litera. j) din HG nr. 395/2016”.

La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația de atribuire acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens

este atât practica CNSC cât și a instanțelor de judecată: decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal).

Consiliul reține că în cauză sunt aplicabile următoarele dispoziții legale în forma în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat (...):

- art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016: *„(1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: [...] hh) ofertă - actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire”;*

- art. 67 lit. b) din Legea nr. 98/2016: *„Prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi se stabilesc, cu luarea în considerare a progresului tehnologic, următoarele: [...] b) regulile și cerințele care trebuie îndeplinite de dispozitivele și instrumentele utilizate în legătură cu transmiterea și primirea ofertelor, a solicitărilor de participare sau a planurilor/proiectelor în cazul concursurilor de soluții, inclusiv situațiile și condițiile în care poate fi solicitată sau este necesară utilizarea semnăturii electronice extinse, precum și modalitățile de implementare a acesteia”;*

- art. 123 alin. (2) și (3) din HG nr. 395/2016: *„(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”.*

Analizând susținerile părților, prin raportare la documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că se confirmă cele susținute de autoritatea contractantă în punctul său de vedere, că DUA E prezentat de contestatoare nu are semnătură electronică extinsă, aspect recunoscut de către societatea contestatoare în cuprinsul contestației.

Ca urmare, motivul de respingere, reținut de autoritatea contractantă, este întemeiat, deoarece documentul încărcat în SEAP de contestatoare, fără semnătură electronică, încalcă prevederile legale de mai sus. DUA E încărcat în SEAP de către contestatoare nu are semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, conform prevederilor art. 123

alin. (3) din HG nr. 395/2016 și conform cerințelor din instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”.

Potrivit art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, oferta este considerată inacceptabilă dacă *„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”*.

Totodată, Consiliul are în vedere și următoarele dispoziții ale art. 4 pct. 4 și art. 5 din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică: *„Art. 4. - În înțelesul prezentei legi: [...] 4. semnătură electronică extinsă reprezintă acea semnătură electronică care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: a) este legată în mod unic de semnatar; b) asigură identificarea semnatarului; c) este creată prin mijloace controlate exclusiv de semnatar; d) este legată de datele în formă electronică, la care se raportează în așa fel încât orice modificare ulterioară a acestora este identificabilă” și „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”*.

La art. 7 din Legea nr. 455/2001 se recunoaște condiția de probă și de validitate a unui act juridic sub forma înscrisului în formă electronică ce *„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”*.

Din actele normative de mai sus, rezultă că semnătura electronică extinsă este creată pe baza unui certificat digital calificat emis de un furnizor acreditat de servicii de certificare și a unei aplicații specializate pe crearea semnăturii. Semnătura creată astfel are valoare legală și garantează datelor semnate autenticitatea, integritatea.

Astfel, Consiliul constată că prevederile legale, anterior menționate, stabilesc obligația ofertanților de a prezenta oferta și DUAЕ în format electronic, semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, aflat în perioada de valabilitate și nu obligația de a deține un certificat calificat aferent semnăturii electronice, fără a-l utiliza.

Consiliul nu va reține, în soluționare, susținerea contestatoarei conform căreia, eventuala lipsă a semnăturii electronice extinse reprezintă un viciu de formă în sensul prevederilor art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Conform prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016: *„(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”.

În același timp, dispozițiile art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, prevăd: „În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror 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 clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Acceptarea redeunerii/reîncărcării în SEAP, de către contestatoare, a DUAE semnat cu semnătură electronică ar însemna încălcarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării, creându-se un avantaj evident în favoarea contestatoarei față de ceilalți ofertanți care, prin depunerea ofertei și a documentelor de calificare, semnate cu semnătura electronică extinsă, au respectat cerințele legale și ale documentației de atribuire.

Consiliul apreciază că o eventuală solicitare a autorității contractante de a depune documentul în discuție cu semnătură electronică extinsă ar fi fost de natură să transforme oferta contestatoarei din neconformă/inacceptabilă în conformă/acceptabilă.

Eventuala semnare ulterioară a documentului căruia îi lipsește semnătura electronică nu poate fi interpretată ca o lămurire/explicitare/limpezire, lipsa semnăturii electronice fiind cât se poate de clară și evidentă.

În plus, textul de lege stipulează un drept și nu o obligație a autorității contractante de a solicita clarificări, în condițiile în care prevederile documentației de atribuire au fost clare în acest sens.

Totodată, Consiliul are în vedere că, în conformitate cu prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016, riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă, ofertanții având obligația să întocmească oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și a legislației incidente în materia achizițiilor publice.

Față de cele mai sus prezentate, Consiliul constată că, în cadrul procedurii de atribuire ce face obiectul contestației formulate, autoritatea contractantă a respectat prevederile legale din domeniul achizițiilor publice, criticile formulate de contestatoare fiind neîntemeiate.

Raportând activitatea comisiei de evaluare, la dispozițiile legale amintite, Consiliul reține că aceasta s-a desfășurat cu respectarea prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

Consiliul constată că această verificare a ofertei contestatoarei, sa făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica acesteia, privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, este neîntemeiată, urmând a fi respinsă.

Luând în considerare aspectele prezentate, în temeiul dispozițiilor în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în calitate de lider al asocierii ... SRL – ...SRL – ... SRL, în contradictoriu cu Pe cale de consecință, Consiliul va respinge și cererea contestatoarei de acordare cheltuieli de judecată.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în calitate de lider al asocierii ... SRL – ...SRL – ... SRL, în contradictoriu cu Pe cale de consecință, Consiliul respinge și cererea contestatoarei de acordare cheltuieli de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 8 (opt) pagini.