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 contestația nr. 241/29.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51239/29.11.2017, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de doamna ... – împuternicit, privind procedura de licitație deschisă organizată de autoritatea contractantă ..., cu sediul în ..., în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, s-a solicitat Consiliului anularea adresei nr. 11319/24.11.2017 prin care a fost informată că oferta sa pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31 a fost declarată inacceptabilă.

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 contestația de față, prin care SC ... SRL consideră nelegală și solicită anularea deciziei autorității contractante de a-i respinge, ca inacceptabilă, oferta depusă pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30, motivat de nedepunerea DUAE pentru fiecare lot în parte.

Potrivit contestatoarei, atunci când achizițiile publice sunt împărțite pe loturi, și criteriile de selecție sunt diferite de la lot la lot, ar trebui completat un singur DUAE pentru fiecare lot. În cazul de față, criteriile de selecție fiind aceleași pentru toate loturile, SC ... SRL arată că a depus formularul DUAE în cadrul lotului 20.

În drept, invocă prevederile OUG nr. 34/2006 și ale HG nr. 925/2006.

Prin punctul de vedere nr. 11932/07.12.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 42314.07.12.2017, autoritatea contractantă a solicitat respingerea

ca neîntemeiată a contestației SC ... SRL, menținerea deciziei comisiei de evaluare și dispunerea continuării procedurii.

În susținere, arată că, pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31 SC ... SRL nu a încărcat, odată cu oferta, și formularul DUAE. Acesta a fost încărcat, în mod exclusiv, doar la lotul 20, iar din cuprinsul acestuia nu rezultă la ce loturi dorește operatorul economic să depună oferte, *pct. A: Informații privind operatorul economic – ultimul subpunct: Dacă este cazul, se indică lotul (loturile) pentru care operatorul economic dorește să depună oferte*, rămânând necompletat. Astfel, contestatoarea nu a completat nicio informație, nu a furnizat niciun detaliu cu privire la loturile pentru care s-a prezentat DUAE.

Autoritatea contractantă mai arată că SC ... SRL a invocat în mod eronat ca fiind temei de drept al contestației prvderile OUG nr. 34/2006 și ale HG nr. 925/2016, acestea fiind acte normative abrogate.

Potrivit autorității contractante, maniera aleatorie în care contestatoarea a ales să prezinte documentele aferente ofertei nu poate reprezenta temei pentru admisibilitatea ofertelor pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31. În acest sens, arată că, raportat la decizia de a organiza prezenta procedură pe loturi, s-a decis și utilizarea facilităților sistemului SEAP de a atribui inclusiv contracte individuale, aferente fiecărui lot, indicând în mod explicit operatorilor economici faptul că procedura se desfășoară în această manieră.

Astfel, sistemul SEAP este configurat pe secțiuni separate aferente loturilor, fiecare lot prezumând din partea operatorilor economici realizarea unei oferte în sensul prevederilor art. 3 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, respectiv propunere tehnică, propunere financiară și alte documente stabilite de documentația de atribuire, în cazul de față, garanție de participare și formular DUAE.

În opinia autorității contractante, absența oricăruia din aceste elemente echivalează cu depunerea unei oferte incomplete care este sancționată cu respingerea ei; în cazul ofertei contestatoarei, aceasta a fost respinsă în bza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În contextul în care majoritatea ofertanților au depus DUAE, ofertă tehnică și financiară, individual, pe fiecare lot în parte, acceptarea ofertei contestatoarei, depuse după criterii proprii, ar echivala cu acordarea unui tratament preferențial, respectiv cu încălcarea principiului tratamentului egal, instituit de prevderile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă atrage atenția asupra faptului că autoarea contestației nu aduce niciun argument în susținerea afirmațiilor sale, simpla afirmație cu privire la faptul că formularele DUAE ar trebui depuse distinct numai pentru situația în care criteriile de calificare ar fi diferite neavând niciun temei legal, lega nefăcând nicio distincție în acest sens.

Scopul pentru care se constituie și se depune DUAE este acela de a facilita analiza și evaluarea fiecărei oferte, pentru fiecare lot în parte, autoritatea contractantă având la dispoziție inclusiv posibilitatea de a atribui contracte de achiziție, în mod distinct, pentru fiecare lot în parte,

situație în care informațiile aferente unui lot neputând să producă efecte pentru celelalte loturi.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„materiale de curățenie*", prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. 179086 din 22.09.2017. Valoarea estimată a acordului-cadru este de 1.819.769,7 lei, fără TVA.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ... SRL, prin adresa nr. 11319 din 24.11.2017, în care se arată că ofertele acestei societăți, depuse pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31, au fost respinse ca inacceptabile, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece nu a fost prezentat DUAE pentru aceste loturi.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea adresei nr. 11319/24.11.2017 prin care a fost informată că oferta sa, pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31 a fost declarată inacceptabilă.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante în ceea ce privește ofertele depuse de SC ... SRL pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, capitolul III.2) "Condiții de participare", autoritatea contractantă a prevăzut un singur set de cerințe de calificare, fără identificarea distinctă a acestora pentru fiecare lot în parte.

Așa cum rezultă din susținerile părților, SC ... SRL a depus oferte pentru loturile 2, 3, 20, 28, 29, 30 și 31, prezentând DUAE în cadrul secțiunii dedicate lotului 20. Urmarea acestui fapt a fost că autoritatea contractantă a considerat cele menționate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii și a decis respingerea ofertelor pentru celelalte loturi, ca inacceptabile.

Raportat la situația de fapt existentă, Consiliul reține că, potrivit art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:*

a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167;

b) îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi."

Potrivit art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, "*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."

Așa cum rezultă din textul de lege evocat, legiuitorul a acordat autorității contractante, prin comisia sa de evaluare, numai un drept în ce privește solicitarea de clarificări și/sau completări ale documentelor prezentate în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, fără a o obliga pe aceasta la o asemenea conduită.

Însă, textul legal nu poate fi interpretat în sensul ca autoritatea contractantă poate să își exercite în mod discreționar prerogativa legală, aceasta, în condițiile în care alege să nu își exercite acest drept, trebuind să motiveze împrejurarea că unui anumit ofertant/candidat sau tuturor acestora nu le este solicitată clarificarea și/sau completarea documentelor prezentate.

Mai mult, drepturile acordate de legiuitor au ca scop încurajarea autorității contractante către conduita indicată de lege și nu acordarea posibilității de eludare a unui astfel de comportament, având ca unică motivare absența obligativității și imposibilitatea transformării unui drept într-o obligație.

Este de interes a se reține aici și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Pe de altă parte, nu se poate reține în speță ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *("Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."),* deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege (art. 209 alin. 1 din lege) nu poate fi apreciat chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Ipoteza prevăzută la art. 209 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său se realizează cu încălcarea a ceea ce este adecvat și cu atingerea principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

Sancționarea unei oferte cu respingerea, ca inacceptabilă, în cazul în care a fost depusă de un ofertant care nu a depus câte un DUAE pentru fiecare lot ofertat, în condițiile în care cerințele de calificare au fost unice pentru toate loturile (art. 137 alin. 2 lit. b din HG nr. 395/2016), nu reprezintă o măsură ad-hoc incidentă pentru inadvertențe de formă, minore sau majore, ori chiar de fond. Textul de lege nu poate fi interpretat în mod superficial în sensul în care sancțiunea intervine

automat, pentru nerespectarea condițiilor formale de prezentare a documentului (care, de altfel, nici au fost precizate în vreun fel în documentația de atribuire), ci trebuie interpretat în sensul în care, după parcurgerea tuturor etapelor de clarificare și/sau completare a documentului (în acord cu prevederea de la art. 209 alin. 1 din Legea nr. 98/2016), acestuia încă îi lipsesc informațiile care să conducă la concluzia că ofertantul îndeplinește cerințele de calificare.

Concluzia se impune chiar prin prevederea de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care nu restrânge plaja de documente ce pot face obiectul clarificării şi/sau completării.

Nu se regăsesc în legislația aplicabilă domeniului achizițiilor publice, texte care să prevadă imposibilitatea exercitării dreptului autorității contractante, prevăzut la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, și în ceea ce privește DUAE, și nici reglementări diferite referitoare la eventuale inadvertențe de fond sau de formă ale acestui act al ofertantului.

Este evident că oferta va fi considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, precum şi cerinţele de calificare şi selecţie prevăzute în documentele achiziţiei (potrivit art. 215 alin. 4 din Legea nr. 98/2016), însă această sancțiune, așa cum se preciza mai sus, nu intervine imediat, ci este o măsură ce urmează întregului set de reguli, obligații și drepturi acordate în egală măsură atât autorității contractante, cât și ofertanților, de către reglementarea în materie.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că nimic nu se opunea autorității contractante să solicite ofertantei să precizeze dacă documentul DUAE prezentat se referă la un lot, mai multe sau toate loturile pentru care a depus oferte.

În sensul că o astfel de interpretare nu este contrară logicii legiuitorului, stă și prevederea art. 194 din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia *„Operatorii economici pot reutiliza un DUAE deja utilizat într-o procedură de atribuire precedentă, cu condiţia să confirme că informaţiile cuprinse în acesta sunt în continuare corecte şi valabile la data depunerii acestuia.”* Or, în măsura în care un DUAE poate fi utilizat în mai multe proceduri de atribuire, cu condiția confirmării din text, se poate interpreta și că el poate fi folosit în cadrul aceleiași proceduri, pentru mai multe loturi, fiind necesară confirmarea expresă a acestui fapt de către autoarea ofertei.

Având în vedere cele precizate, Consiliul constată că este nefondată susținerea autorității contractante că, printr-o eventuală solicitare de clarificări adresată SC ... SRL cu privire la situația ivită, i-ar fi creat acesteia un tratament preferențial, cu încălcarea principiului tratamentul egal consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul nu va reține în soluționare afirmația autorității contractante, potrivit căreia, pentru loturile în discuție, SC ... SRL nu ar fi prezentat și propuneri tehnice, deoarece, așa cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului procedurii (și cum impun prevederile art. 215

din Legea nr. 98/2016), acest aspect nu a constituit motiv de respingere, astfel încât să fie cunoscut de către contestatoare și atacat în consecință.

De asemenea, irelevante în speță sunt și susținerile autorității contractante referitoare la funcționarea SEAP, deoarece, pe de o parte, acestea nu au fost probate, iar pe de altă parte, în condițiile în care cunoștea particularitățile aplicației în ceea ce privește regimul postării DUAE, îi revenea sarcina de a informa ofertanții și de a indica, în documentația de atribuire, mențiuni clare și exprese privind modul în care DUAE urmează a fi completat (eventual pentru fiecare lot în parte), respectiv postat în SEAP (așa cum obligă dispoziția de la art. 20 alin. 2 din HG nr. 395/2016).

În aceste condiții, Consiliul stabilește ca nelegală conduita autorității contractante de a respinge ca inacceptabile ofertele depuse de SC ... SRL pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31, pentru motivul indicat în adresa nr. 11319 din 24.11.2017.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ... SRL și să anuleze actele autorității contractante cu privire la decizia de respingere a ofertelor SC ... SRL, depuse pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31, inclusiv adresa nr. 11319 din 24.11.2017.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze ofertele depuse de SC ... SRL pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ... SRL.

Anulează actele autorității contractante cu privire la decizia de respingere a ofertelor SC ... SRL, depuse pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31, inclusiv adresa nr. 11319 din 24.11.2017.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze ofertele depuse de SC ... SRL pentru loturile 2, 3, 28, 29, 30 și 31, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4 exemplare, conţine 7 pagini.