



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 / +4 021 8900745 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 153/30.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3678/31.01.2017, formulată de ..., cu sediul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de ... și convențional prin ..., cu sediul în ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 26/28/18.01.2017, emisă de ..., cu sediul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată-într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „*Execuție lucrări de modernizare a rețelei de drumuri de interes local în ...*”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2), s-a solicitat admiterea în tot a contestației, anularea adresei nr. 34/38/26.01.2017 prin care autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsurile de remediere solicitate prin Notificarea prealabilă, anularea adresei nr. 26/28/18.01.2017 privind respingerea ofertei contestatorului ca inacceptabilă, anularea acestei decizii precum și a tuturor actelor autorității care au stat la baza emiterii deciziei, anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente, dacă au fost emise, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei contestatorului de la etapa verificării admisibilității acesteia, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

Prin contestația de față, ... reclamă rezultatul procedurii de atribuire, comunicat de autoritatea contractantă cu adresa nr. 26/28/18.01.2017, solicitând cele evocate în motivarea prezentei decizii.

Contestatorul precizează următoarele:

În cadrul Fișei de date a achiziției, la pct. III.2.1.a), autoritatea contractantă a inserat cerințe privind conflictul de interese și a enumerat persoanele ce dețin funcții de decizie din cadrul autorității contractante, a celor cu putere de reprezentare din partea furnizorului de servicii auxiliare, precum și a celor implicați în procedură din partea acestuia din urmă. Modalitatea prin care ofertanții demonstrau îndeplinirea acestei cerințe privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 60 din Legea nr. 98/2016 era de a depune o declarație de neîncadrare sub forma Formularului 10.

Autoritatea contractantă nu a precizat în documentația de atribuire că, în ipoteza în care va desemna experți cooptați care să o sprijine în procesul de evaluare a ofertelor, ofertanții vor fi obligați să redepună Formularul 10 prin care să declare conflictul de interese față de acești experți cooptați.

Nu în ultimul rând, potrivit pct. IV.4.3 din Fișa de date a achiziției, documentele ofertei, respectiv DUAE, propunerea tehnică și propunerea financiară „respectiv fișierele încărcate în SEAP vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă a reprezentantului legal/împuternicit al ofertantului”.

La data limită de depunere a ofertelor, ... a încărcat în SEAP oferta conform cerințelor legale și ale documentației de atribuire, toate documentele ofertei fiind semnate cu semnătură electronică extinsă.

Prin Adresa nr. 9/10/12.01.20171, autoritatea contractantă a transmis o solicitare de clarificări prin care a informat ofertantul că a desemnat un expert cooptat pentru evaluarea propunerilor tehnice și a solicitat transmiterea Formularului 10 cu declararea conflictului de interese față de acesta.

Ulterior comunicării răspunsului la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă comunică adresa nr. 26/28/18.01.20172, prin care informează ofertantul ... că a fost respins în etapa de evaluare DUAE deoarece Formularul 10 transmis ca urmare a răspunsului la solicitarea de clarificări nu a fost semnat cu semnătură electronică extinsă. Pentru acest motiv, oferta ... a fost declarată inacceptabilă potrivit art. 137 alin. (2) lit. j) din H.G. nr. 395/2016.

Considerând că în mod nelegal autoritatea contractantă a respins oferta ..., în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... a formulat Notificare prealabilă. Prin Adresa nr. 34/38/26.01.20174, autoritatea contractantă a comunicat că nu va adopta măsurile de remediere solicitate prin Notificarea prealabilă, motivându-și decizia prin reluarea motivelor din adresa nr. 26/28/18.01.2017 prin care oferta ... a fost respinsă.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a respins oferta ... cu încălcarea prevederilor art. 134 din H.G. nr. 395/2017 și cu încălcarea principiului proporționalității. Lipsa semnăturii electronice extinse de pe Formularul 10 retransmis putea fi cu ușurință clarificată dacă autoritatea contractantă și-ar fi îndeplinit obligația legală de a solicita clarificări și completări formale sau de confirmare astfel cum impune textul referit. În baza acestei obligații legale, dar și al rolului activ ce revine autorității contractante în procesul de evaluare, aceasta avea obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea aspectului în cauză și nu să ia măsura total disproporționată a respingerii ofertei ca inacceptabilă.

Mai mult, este evident că lipsa acestei semnături electronice extinse pe un formular transmis la o solicitare de clarificări reprezintă o simplă eroare umană având în vedere că, inițial, ofertantul a depus oferta semnată cu semnătură electronică extinsă, înțelegând și respectând întocmai cerințele din Fișa de date a achiziției.

Într-adevăr, legea sancționează lipsa semnăturii electronice extinse cu respingerea ofertei în cauză, însă legiuitorul nu a intenționat ca această situație de respingere a ofertelor să devină un motiv pur formalist de respingere a ofertelor și nici să încurajeze un comportament discreționar și abuziv al autorităților contractante. Altfel nu ar fi prevăzut în sarcina autorităților contractante obligația de a solicita clarificări pentru a lămuri toate aspectele ofertelor, înainte de a ajunge la sancțiunea drastică a respingerii.

Argumentația de mai sus este susținută de practica CNSC, a instanțelor naționale și de jurisprudența europeană.

Practica instanțelor de judecată este în sensul că „reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta. Prin prisma interesului care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor europene, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidenței, fiind preferabilă unei soluții de declarare a tuturor ofertelor ca neconforme sau inacceptabile, fără solicitarea vreunei lămuriri suplimentare.”

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice, „[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu, este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o oferta în aceste condiții risca să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri. [...]”.

În cazul de față, autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat și a respins oferta pentru aspecte evident minore

în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri total disproporționate a autorității raportat la complexitatea contractului. Lipsa semnăturii electronice extinse avea o explicație simplă iar această lipsa putea fi ușor rezolvată dacă comisia de evaluare ar fi înțeles să-și îndeplinească obligațiile legale și să solicite corectarea acestei erori umane.

Mai mult, principiul proporționalității care guvernează întreaga procedură de atribuire impune cu necesitate ca actele autorității contractante 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. 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 ofertantului vizat, mai degrabă decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia.

Față de cele precizate mai sus, că respingerea ofertei ... s-a făcut cu încălcarea prevederilor art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, eroarea umană în privința Formularului 10 putând fi ușor înlăturată dacă autoritatea contractantă și-ar fi îndeplinit obligațiile legale.

Prin adresa nr. 26/28/18.01.2017, autoritatea contractantă informează ... că oferta sa a fost respinsă în etapa de evaluare DUAЕ.

Cu toate acestea, prin adresa nr. 9/10/12.01.2017, autoritatea contractantă informează ofertantul că a desemnat un expert cooptat pentru evaluarea propunerilor tehnice și solicită ... să depună Formularul 10 prin care să-și declare conflictul de interese față de acesta.

În condițiile în care autoritatea a solicitat ... prezentarea Formularului 10, este evident că ofertantul trecuse de faza de verificare DUAЕ. Ar fi contraproductiv ca autoritatea contractantă să solicite prezentarea unor documente aferente fazei de evaluare a propunerilor tehnice unor ofertanți care nu îndeplinesc cerințele aferente fazei de evaluare DUAЕ.

Astfel, autoritatea contractantă a trecut la etapa evaluării propunerilor tehnice, în această etapă ajungând doar ofertanții care au trecut de faza de verificare DUAЕ.

În aceste condiții, în mod greșit autoritatea contractantă a respins oferta ... ca inacceptabilă în faza de evaluare DUAЕ.

În subsidiar, în mod greșit autoritatea contractantă a respins oferta pentru prezentarea unui document nesolicitat prin documentația de atribuire, deoarece aceasta nu a stabilit în documentația de atribuire că, în ipoteza în care va desemna experți cooptați care să o sprijine în procesul de evaluare a ofertelor, ofertanții vor fi obligați să redepună Formularul 10 prin care să declare conflictul de interese față de acești

experți cooptați. Cu toate acestea, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, autoritatea contractantă a desemnat un expert cooptat și a solicitat ofertanților să își declare conflictul de interese față de acest expert prin retransmiterea Formularului 10.

Fiind de bună credință și dorind să vină în sprijinul autorității contractante pentru lămurirea oricăror aspecte care ar putea genera un conflict de interese, ... a răspuns solicitării autorității și a retransmis Formularul 10. Procedând astfel, autoritatea contractantă a ignorat prevederile art. 130 din H.G. nr. 395/2016 și prevederile propriei documentații de atribuire care nu impuneau o astfel de cerință în sarcina ofertanților. Art. 130 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 plasează în sarcina experților cooptați obligația de a respecta prevederile privind conflictul de interese, aceștia având obligația de a semna pe propria răspundere o declarație de confidențialitate și imparțialitate prin care confirmă că nu se află într-o situație care implică existența unui conflict de interese. Același art. 130 alin. (3) prevede că, în cazul în care unul dintre experții cooptați se află într-o situație de conflict de interese, acesta are obligația de a solicita de îndată înlocuirea sa din componența comisiei respective.

În cazul de față, autoritatea contractantă a transferat obligația legală ce incumbă în mod evident expertului cooptat în sarcina ofertantului pentru care legea nu prevede o astfel de cerință (în cazul participării unui expert) și nici documentația de atribuire. Astfel, autoritatea contractantă a respins, în mod vădit eronat, oferta ... pentru o cerință legală ce nu i se adresează. În al doilea rând, autoritatea contractantă a respins oferta ... pentru o cerință suplimentară ce nu se regăsește în documentația de atribuire, încălcând astfel documentația de atribuire.

... a răspuns acestei solicitări pentru a sprijini autoritatea în demersurile sale de a preveni și elimina orice riscuri de conflict de interese. Pe cale de consecință, Formularul 10 redepus de ofertant pentru scopul solicitat de autoritate (declararea conflictului față de expert) și pentru a ajuta autoritatea nu face parte din oferta sa, nefiind supus, în consecință rigorilor privind semnătura electronică extinsă.

În drept, contestatorul invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale H.G. nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 47/53/06.02.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 4427/07.02.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

La data de 27.12.2016 a avut loc vizualizarea ofertelor depuse în SEAP la procedura de atribuire în cauză.

Au depus oferte următoarele societăți comerciale:

- ...;
- ...;
- ...;
- ...;
- ...;

- ...

Nu au fost identificate neconcordanțe/neconformități cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanțiilor de participare, inclusiv cele cu privire la cuantumul și valabilitatea acestora.

Având în vedere că la data de 05.01.2017, ulterior datei de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă a desemnat un expert cooptat pentru evaluarea propunerilor tehnice în persoana d-lui ..., la data de 12.01.2017, în urma unei ședințe a comisiei de evaluare, s-au solicitat ofertanților clarificări privind declararea conflictului de interese și față de acesta, respectiv completarea și depunerea în SEAP, până la data de 17.01.2017, a Formularului 10.

Autoritatea contractantă a solicitat ... clarificări privind declararea conflictului de interese față de ..., cu adresa nr.9/10/12.01.2017, cu termen de răspuns data de 17.01.2017.

... a răspuns în interiorul termenului stabilit, prin adresa nr. 1024/17.01.2017, încărcată în SEAP la ora 12:05, și care a fost înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 19/21/17.01.2017. În Formularul 10 încărcat în SEAP, declară că nu se află în conflict de interese cu ..., dar nu a fost semnat cu semnătura electronică extinsă a reprezentantului legal/împuternicitului, așa cum se specifică în Fișa de date pct. VI.3) Alte informații și în conformitate cu prevederile art. 60 alin. (4) și art. 123 alin.(2)-(3) din H.G. nr. 395/2016.

Comisia de evaluare a declarat oferta ... inacceptabilă, potrivit art. 137 alin. (2) lit. j) din H.G. nr. 395/2016 deoarece „(...) 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”. Comisia de evaluare a consemnat acest lucru în Procesul verbal nr. 2, din data de 18.01.2017 și a încărcat rezultatul RESPINS în SEAP. Totodată, s-a transmis ofertantului comunicarea nr. 26/28/18.01.2016, care conține motivele respingerii ofertei, conform legii, la finalul etapei de evaluare DUAE.

... a transmis autorității contractante Notificarea prealabilă nr. 124/23.01.2017, înregistrată la sediul acesteia cu nr. 31/34/25.01.2017. În conformitate cu prevederile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă a răspuns și a comunicat ..., prin adresa nr. 34/38/26.01.2017, că nu urmează să adopte măsurile de remediere formulate în Notificarea prealabilă cu privire la rezultatul evaluării DUAE.

Cu privire la contestația formulată de ..., autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Deoarece nu s-a putut preciza la data publicării anunțului numele expertului cooptat din partea furnizorului de servicii auxiliare (art. 63 din Legea nr. 98/2016 și art. 21 alin. (2) și (3) din H.G. nr. 395), contestatorului i s-a solicitat, ca și celorlalți șase operatori economici participanți, să declare cu privire la conflictul de interese față de expertul cooptat ulterior, pe parcursul evaluării, atât pentru prevenirea, identificarea situațiilor de conflict de interese pe parcursul aplicării

procedurii (art. 58 din Legea nr. 98/2016 și art. 1 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016), cât și pentru a da posibilitatea și unor terți (în cazul în care vreunul are cunoștință despre ceva) de a sesiza autoritatea contractantă privind conflictul de interese conform art. 130 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

Dacă s-ar fi cunoscut, numele expertului tehnic ar fi trebuit să apară și în Declarația autorității contractante (din SEAP), cât și în cadrul anunțului de participare simplificat și evident în formularul de declarație pe care au depus-o ofertanții inițial. Cu privire la solicitarea acestui document, operatorul economic ar fi putut depune notificare prealabilă până la data de 17.01.2017 inclusiv, deoarece a primit această solicitare pe 12.01.2017, iar termenul de depunere a unei notificări era 17.01.2017 inclusiv (art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016).

Faptul că ... a depus această declarație la data de 17.01.2017, ora 12:05, fără a notifica/contesta cerința, confirmă faptul că și-a însușit solicitarea comisiei, iar inserarea acestui aspect în contestația depusă este tardivă.

Singurul element notificat/contestat în termen ar rămâne respingerea ofertei din motivele menționate mai sus în acest punct de vedere și anume, nedepunerea răspunsului la clarificări semnat cu semnătura electronică extinsă, etc., așa cum prevede legislația în vigoare cu privire la achizițiile publice.

Autoritatea contractantă precizează că nu poate prevedea absolut tot ce se va întâmpla pe parcursul aplicării unei proceduri la momentul inițierii uneia, nici în Fișa de date a achiziției, ci are la îndemână legislația în vigoare cu privire la aplicarea procedurilor de achiziție publică.

Într-adevăr, conform legislației, Comisia de evaluare „are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare”, dar „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat” și are obligația să respecte principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică cum ar fi tratamentul egal.

Expertul este cooptat pentru propunerile tehnice, dar Formularul 10 face parte din cerințele de calificare și anume cerința cu privire la conflictul de interese și a fost solicitat în etapa de evaluare DUAЕ. Sigur că, dacă s-ar fi cooptat acest expert pe parcursul etapei de evaluare a propunerilor tehnice/financiare, și ofertantul contestator ar fi depus declarația nesemnată electronic, această respingere s-ar fi făcut în oricare etapă. Autoritatea contractantă are obligația legală de a se asigura că nu există conflict de interese pe tot parcursul aplicării procedurii de atribuire. Având în vedere cele de mai sus, este clar că ... a invocat ca motiv de contestare prezentarea unui document nesolicitat prin documentația de atribuire, doar după ce autoritatea contractantă a respins oferta acestuia, în urma primirii documentelor solicitate fără semnătura electronică.

Când s-au solicitat clarificări, respectiv când s-a solicitat Declarația cu privire la conflictul de interese în raport cu noul expert cooptat, s-au avut în vedere articolele următoare: art. 58, art. 59, art. 63 din Legea nr. 98/2016, art. 1, art. 21, art. 130 și art. 134 din H.G. nr. 395/2016.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de către ..., ca neîntemeiată.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile Legii nr. 98/2016 și ale H.G. nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 258/22.02.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 6348/22.02.2017, ... a transmis „Concluzii scrise” în urma studierii dosarului cauzei la Consiliu, în care reiterează solicitările din cuprinsul contestației.

Contestatorul consideră că respingerea ofertei sale s-a făcut cu încălcarea prevederilor art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, eroarea umană în privința Formularului 10 putând fi ușor înlăturată dacă autoritatea contractantă și-ar fi îndeplinit obligațiile legale. De asemenea, respingerea ofertei s-a făcut cu încălcarea principiului proporționalității și al tratamentului egal.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a respins oferta sa pentru prezentarea unui document nesolicitat prin documentația de atribuire. Autoritatea contractantă avea obligația respectării prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul solicită ca evaluarea ofertei să se facă cu respectarea documentației de atribuire și a clarificărilor publicate până la data depunerii ofertelor și cu respectarea cerințelor legale în materia achizițiilor publice.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține 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 modernizare a rețelei de drumuri de interes local în ...*”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2). În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., potrivit căruia valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 12.740.905,01 RON, criteriul de atribuire stabilit fiind „*prețul cel mai scăzut*”.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează în principal aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de acesta.

Potrivit actului de comunicare nr. 26/28/18.01.2017 privind rezultatul procedurii de atribuire, ofertantul a fost declarat „RESPINS la etapa de evaluare DUAE.

Autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu adresa nr. 9/10/12.01.2017 având termen de răspuns data de 17.01.2017, la care ați răspuns în termenul stabilit de AC prin adresa nr. 1024/17.01.2017 înregistrată la ADI DMF cu nr. 19/21/17.01.2017. Formularul 10

încărcat în SEAP nu a fost semnat cu semnătura electronică extinsă a reprezentantului legal/împuternicitului așa cum se specifică în fișa de date pct. VI.3) Alte informații și în conformitate cu prevederile art. 60 alin. 4 și 123 alin. 2-3 din H.G. 395/2076

„(2) Operatorul economic depune oferta, DUAЕ, 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”.

Oferta dumneavoastră este declarată inacceptabilă potrivit art. 137 alin. 2 lit. j din H.G. 395/2016 «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»”.

Datele speței pe scurt sunt următoarele:

Din analiza documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul determină că, în *Raportul de specialitate* nr. 2/3/12.01.2017, semnat de Expertul cooptat ..., la pct. 5 – ..., se prevede:

„Având în vedere că în data de 05.01.2017 (ulterior datei de depunere a ofertelor) autoritatea contractantă a desemnat un expert cooptat pentru evaluarea propunerilor tehnice în persoana d-lui ..., se va solicita transmiterea Formularului 10 cu declararea conflictului de interese față de acesta, formular întocmit de ... și ...”

Urmare celor antemenționate, Consiliul constată că autoritatea contractantă a publicat în SEAP, în data de 12.01.2017, ora 15:43, adresa nr. 9/10/12.01.2017, adresată ..., cu conținutul prezentat mai sus.

În data de 17.01.2017, la ora 12:05, contestatorul a postat în SEAP răspunsul la solicitarea de clarificări, prin adresa nr. 1024/17.01.2017, în care precizează următoarele:

„Urmare solicitării nr. 9/10/12.01.2017 privind procedura de achiziție inițiată prin invitația de participare nr. 397337/07.12.2016, pentru atribuirea contractului de Execuție lucrări de modernizare a rețelei de drumuri de interes local în ADI Dornești – Mușenița – Frătăuții Noi, în cadrul proiectului „Modernizare drumuri de interes local în ...”, vă înaintăm alăturat declarațiile – Formular nr. 10 actualizate conform cerinței din solicitarea de clarificări, întocmite de ... și subcontractantul ...”

Sunt atașate răspunsului formulat, cele două declarații specificate mai sus.

Potrivit documentului „Raport specialitate 2, înregistrat sub nr. 20/22/18.01.2017”, transmis de autoritatea contractantă, existent la dosarul cauzei, pentru ... se specifică:

„5. ...

S-au solicitat clarificări cu adresa nr. 9/10/12.01.2017, având termen de răspuns data de 17.01.2017. Ofertantul a răspuns în termenul stabilit de AC prin adresa nr. 1024/17.01.2017 înregistrată la ... cu nr. 19/21/17.01.2017.

Ofertantul a încărcat în SEAP Formularul 10 întocmit de ... și ..., **fără a fi semnat cu semnătura electronică extinsă** a reprezentantului legal/împuternicitului așa cum se specifică în fișa de date pct. VI.3) Alte informații și în conformitate cu prevederile art. 60 alin. 4 și 123 alin. 2-3 din H.G. 395/2016 „(2) Operatorul economic depune oferta (...).”

Oferta este **inacceptabilă** potrivit art. 137 alin. 2 lit. j din H.G. 395/2016 „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.”

Ulterior, în data de 18.01.2017 ora 4:47 PM, autoritatea contractantă a încărcat în SEAP – Comunicare evaluare faza DUAЕ, la care a atașat, **în format (...).pdf**, comunicarea nr. 26/28/18.01.2017 – actul atacat, prin care oferta ... a fost respinsă la etapa de evaluare DUAЕ.

Așadar, se constată că societatea contestatoare a încărcat cele două formulare F10, atât în nume propriu, cât și pentru subcontractantul ... fără semnătură electronică extinsă.

Având în vedere că obiectul contestației îl constituie revocarea comunicării nr. 26/28/18.01.2017 prin care se aduce la cunoștință contestatorului motivul de respingere ce a stat la baza considerării ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. j) din H.G. nr. 395/2016, Consiliul îl va analiza în cele ce urmează raportat la prevederile documentației de atribuire și legislației aplicabile în domeniu.

Astfel, potrivit cap.IV.1.1.a) din cadrul Fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat la „*Modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire*” - Online.

De asemenea, la cap.IV.4.3) – „*Modul de prezentare a ofertei*”, autoritatea contractantă a precizat:

„Pentru a putea participa la procedura de atribuire în calitate de ofertanți, operatorii economici au obligația să se înregistreze în Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), conform Legii nr. 98/2016. Vor fi acceptate numai ofertele depuse online în SEAP. Adresa la care se depune oferta este www.e-licitatie.ro.

DUAЕ completat cu informațiile aferente operatorului economic participant la procedura de atribuire, propunerea tehnică și propunerea financiară vor fi transmise în format electronic/prin mijloace electronice.

DUAЕ poate fi accesat la adresa web: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter/lang=ro> sau la adresa de web: <https://ec.europa.eu/tools/espd>, unde operatorii vor încărca spre completare documentul xml disponibil în SEAP. După completare, acesta va fi exportat și urcat în SEAP ca parte a ofertei sale. Fiecare operator membru al asocierii va completa DUAЕ, inclusiv terți sau subcontractanți.

Documentele precizate mai sus, respectiv fișierele încărcate în SEAP, vor fi semnate cu semnatura electronică extinsă a reprezentantului legal/împuternicit al ofertantului. Se va depune formularul de contract propus, semnat și ștampilat de ofertant, însoțit de eventuale propuneri de modificare a clauzelor contractuale specifice, propuneri care se vor accepta numai în măsura în care acestea nu vor fi, în mod evident, dezavantajoase pentru autoritatea contractantă. Având în vedere prevederile art. 217 alin. (6) din Legea 98/2016, operatorul economic trebuie să elaboreze oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și să indice 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.

Prețul se criptează, iar documentele ce conțin elemente de preț se semnalează corespunzător.”

Formularul 10, care face obiectul analizei în cauză așa cum a fost reglementat de către autoritatea contractantă are următorul conținut:

”DECLARAȚIE privind evitarea conflictului de interese (conform art. 60 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice)

1. Subsemnatul/a în calitate de
(ofertant/candidat/ofertant asociat/subcontractant), la în temeiul
art.60 din Legea nr.98/2016 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, declar pe
proprie răspundere, sub sancțiunea falsului în declarații, următoarele:

a) eu sau unul dintre terții susținători ori subcontractanți propuși nu dețin părți sociale, părți de interes, acțiuni din capitalul subscris, ori a persoanelor care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare al autorității contractante;

b) eu sau unul dintre terții susținători ori subcontractanți propuși nu este este soț/soție, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare al autorității contractante;

c) eu sau unul dintre terții susținători ori subcontractanți propuși nu avem, direct ori indirect, un interes personal, financiar, economic sau de altă natură, ori ne aflăm într-o altă situație de natură să afecteze independența și imparțialitatea autorității contractante pe parcursul procesului de evaluare;

d) eu sau unul dintre terții susținători ori subcontractanți propuși nu avem drept membri în cadrul consiliului de administrație/organul de conducere sau de supervizare și/sau nu avem acționari ori asociați semnificativi persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante;

e) eu sau unul dintre terții susținători ori subcontractanți propuși nu am nominalizat printre principalele persoane desemnate pentru executarea contractului persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante.

2. Subsemnatul/a declar că voi informa imediat autoritatea contractantă dacă vor interveni modificări în prezenta declarație la orice punct pe parcursul derulării procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică sau, în cazul în care vom fi desemnați câștigători, pe parcursul derulării contractului de achiziție publică.

3. De asemenea, declar că informațiile furnizate sunt complete și corecte în fiecare detaliu și înțeleg că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita, în scopul verificării și confirmării declarațiilor, situațiilor și documentelor care însoțesc oferta, orice informații suplimentare.

4. Subsemnatul/a autorizez prin prezenta orice instituție, societate comercială, bancă, alte persoane juridice să furnizeze informații reprezentanților autorizați ai autorității contractante cu privire la orice aspect tehnic și financiar în legătură cu activitatea noastră”.

Se are în vedere că Formularele inițiale depuse pentru de ... și pentru subcontractantul ... a cuprins după pct. 4, nominalizarea persoanelor indicate de autoritatea contractantă la pct.II.2.1.a) subpct. 2 din cadrul fișei de date a achiziției.

Formularele depuse ulterior au același conținut, cuprinzând în plus, în dreptul persoanelor anterior nominalizate și denumirea expertului cooptat pentru evaluarea propunerilor tehnice, în persoana domnului Silviu Constantin.

Incidente în speța supusă analizei, sunt prevederile art. 58 din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia:

„Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici.”

Pentru îndeplinirea obligației de a lua, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese și/sau manifestarea concurenței neloiale, autoritatea contractantă a prevăzut completarea acelei declarații pe propria răspundere cu privire la evitarea conflictului de interese.

În cazul de față, așa cum a fost mai sus reținut, autoarea contestației a depus în cadrul documentelor de calificare Formularele 10, ambele datate 23.12.2016, semnate și ștampilate de reprezentantul

legal, așa cum a fost reglementat în cadrul documentației de atribuire, nominalizând în cuprinsul acestuia persoanele indicate de autoritatea contractantă ca fiind cu funcție de decizie.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, documentația de atribuire reprezintă - documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile.

Sunt incidente în speță prevederile art. 123 alin. (2) și (3) din H.G. nr. 395/2016, care dispun: „(2) Operatorul economic depune oferta, DUAЕ, 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”, față de care Consiliul are în vedere că autoarea contestației a ținut cont și a depus toate documentele ofertei, mai sus amintite, astfel cum a fost solicitat de autoritatea contractantă în cadrul fișei de date, purtând semnătură electronică extinsă, respectiv extensia „(...).pdf.p7s”, astfel cum rezultă din extrasul de pe SEAP, în care sunt consemnate documentele depuse de ... (fila 184 din dosarul achiziției publice). Cu alte cuvinte, Consiliul reține că intenția ofertantului a fost clară vizavi de modul de respectare a documentelor care alcătuiesc oferta depusă (a transmis oferta și DUAЕ în format electronic 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).

Este adevărat că, potrivit art. 60 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, *„operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAЕ în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare”*, iar la alin. (4) al aceluiași articol se precizează că *„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”*, dar, în speța de față, este vorba despre un document solicitat **ulterior** de către autoritatea contractantă, după depunerea ofertelor în SEAP, urmare a faptului că aceasta din urmă a cooptat un expert tehnic.

Consiliul determină că măsura respingerii ofertei contestatoare sub aspectul neîndeplinirii cerinței referitoare la semnătura electronică este

disproporționată prin raportare la scopul pentru care a fost instituită obligația depunerii anumitor documente de calificare.

Câtă vreme prin instituirea Formularului nr. 10 s-a urmărit prevenirea situațiilor în care unul dintre operatorii economici ar avea vreo influență asupra persoanelor care dețin funcții de decizie și prin intermediul fișei de date a achiziției au fost nominalizate aceste persoane, și odată ce a fost completat acel formular, Consiliul apreciază că scopul pentru care a fost instituit acest document a fost atins.

Ceea ce i se poate reproșa autoarei contestației este faptul că într-adevăr documentele transmise ulterior la solicitarea de clarificare nu au purtat semnătură electronică, însă având în vedere ca așa cum a fost mai sus reținut, ofertantul a încărcat în SEAP, toate documentele solicitate în mod expres la cap.IV.4.3 din fișa de date a achiziției, cu semnătură electronică, astfel încât se poate susține faptul că ofertantul a intenționat să respecte întocmai cele solicitate de autoritatea contractantă.

Faptul că inițial au fost nominalizate persoanele cu funcții de decizie în cuprinsul Formularului nr. 10, formularul purtând semnătură electronică, ulterior formularul depus a cuprins, pe lângă celelalte persoane nominalizate și numele expertului cooptat, nu poate atrage măsura respingerii ofertei contestatoarei sub aspectul analizat, în condițiile în care aceste persoane au fost nominalizate, fiind indicate în fișa de date a achiziției, iar prin depunerea Formularului 10 se arată că nu există o legătură între ofertant, subcontractantul nominalizat și acestea.

Atâta vreme cât formularele au fost depuse, rezultă că scopul pentru care a fost instituit acel formular, prin raportare la prevederile art. 60 antecitate, a fost pe deplin atins (conduce la concluzia mai mult decât evidentă, că societatea contestatoare nu se află într-o astfel de situație) criticile societății contestatoare fiind apreciate ca întemeiate.

Obligațiile stabilite de emitentul actului, în speță organizatoarea procedurii de atribuire, nu trebuie preluate *ad litteram*, în cadrul conținutului acestui înscris, ci acestea trebuie să rezulte din interpretarea dată în tot a acestuia, în vederea aplicării și producerii de efecte juridice.

Astfel, Consiliul nu se aliniază la poziția autorității contractante, aceasta interpretând strict textual și scolastic dispozițiile legale în referire la semnătura electronică extinsă, neținând seama de scopul pentru care autoritatea contractantă a solicitat înscrisul în cauză, scop care, așa cum a fost mai sus reținut a fost atins de ofertant.

Consiliul apreciază că, autoritatea contractantă, luând act de faptul că formularele transmise urmare a solicitării de clarificare nu poartă semnătură electronică trebuia să manifeste un rol activ, și să depună diligențele necesare, în sensul atragerii atenției ofertantului de faptul că dorește ca acestea să poarte semnătură electronică, în concordanță cu dispozițiile legale.

Nimic nu o împiedica pe autoritatea contractantă să adreseze o nouă adresă de clarificare ofertantului și să solicite acestuia depunerea

formulelor care să poarte semnătură electronică, în concordanță cu dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Teama autorității de a avantaja societatea ofertantă prin solicitarea clarificării lipsei semnăturii electronice nu este fondată, întrucât ofertanților trebuie să li se acorde dreptul de a își demonstra conformitatea ofertelor lor, iar depunerea ulterioară a documentului criticat, de data aceasta cu semnătură electronică extinsă, nu este, în sine, de natură a crea un avantaj față de ofertantele concurente.

Sunt relevante în soluționare susținerile autoarei contestației, potrivit cărora: *„Într-adevăr, legea sancționează lipsa semnăturii electronice extinse cu respingerea ofertei în cauză, însă legiuitorul nu a intenționat ca această situație de respingere a ofertelor să devină un motiv pur formalist de respingere a ofertelor și nici să încurajeze un comportament discreționar și abuziv al autorităților contractante. Altfel nu ar fi prevăzut în sarcina autorităților contractante obligația de a solicita clarificări pentru a lămuri toate aspectele ofertelor, înainte de a ajunge la sancțiunea drastică a respingerii”*.

Prin urmare, în contextul înfățișat, pledoaria autorității contractante nu poate constitui un argument valid pentru respingerea ofertei sub aspectul criticat, în cauză, niciunul dintre argumentele pe care își construiește autoritatea reclamată decizia de respingere nu este de natură să justifice această decizie.

Consiliul reține în soluționare argumentația contestatorului din cuprinsul *„Concluziilor scrise”* transmise prin adresa nr. 258/22.02.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 6348/22.02.2017, potrivit căreia autoritatea contractantă nu a făcut dovada care este avantajul evident creat în favoarea ... dacă ar fi solicitat clarificări în privința unei erori umane strecurate în redepunerea Formularului nr. 10.

Consiliul consideră că sunt incidente în cauză prevederile art. 134 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, potrivit cărora: *„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”*.

Din ansamblul tuturor considerentelor prezentate, Consiliul apreciază că situația de față reprezintă un aspect minor, pur formal, care putea fi clarificat de membrii comisiei de evaluare.

Se are în vedere și faptul că autoritatea contractantă a cooptat, **ulterior** demarării procedurii de atribuire, un expert pentru care a solicitat completarea Formularului nr. 10 referitor la declararea conflictului de interese, aspect care a generat această situație, respectiv ca, dintr-o eroare, ofertantul să transmită acest formular în cauză, omițând semnătură electronică extinsă.

În mod evident, autoritatea contractantă a identificat lipsa semnăturii electronice extinse, însă, dând dovadă de un formalism

excesiv, a respins oferta acestuia, deși în speță este vorba de un formular solicitat **ulterior** depunerii ofertelor, având în vedere faptul că expertul cooptat în discuție nu a fost cunoscut la data depunerii ofertelor, dată la care formularele depuse au purtat semnătură electronică extinsă.

Susținerile contestatoarei în referire la faptul că autoritatea contractantă, în mod nelegal a respins oferta pentru prezentarea unui document nesolicitat, pe motiv că art. 130 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 *“plasează în sarcina experților cooptați obligația de a respecta prevederile privind conflictul de interese (....)”* nu sunt judicioase în cauză, întrucât în speța de față autoritatea contractantă a solicitat depunerea formularului 10, potrivit art. 58 din Legea nr. 98/2016 pentru a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese și/sau manifestarea concurenței neloiale, nefiind incidente dispozițiile legale indicate de autoarea contestației, respectiv dispozițiile prevăzute de art. 130, acestea fiind aplicabile membrilor comisiei de evaluare și experților cooptați, respectarea acestor dispoziții fiind în sarcina autorității contractante.

Cu luarea în considerare a celor mai sus prezentate, Consiliul determină că, în mod incorect, autoritatea contractantă a făcut aplicarea prevederilor art. 137 alin. (2) lit. j) din H.G. nr. 395/2016 coroborat cu art. 60 din același act normativ și a respins oferta ... ca inacceptabilă, această decizie urmând a fi anulată.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul reține caracterul excesiv al măsurii de respingere a ofertei contestatoarei pentru motivul mai sus evocat, impunându-se reevaluarea ofertei ...

Solicitarea ... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu contestația, va fi respinsă ca nedovedită, întrucât autoarea contestației nu a depus la dosarul cauzei acte doveditoare care să justifice plata onorariului.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și anulează procesul-verbal de evaluare nr. 21/23/18.01.2017, în partea dedicată ofertei contestatoarei, precum și adresa autorității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei acesteia.

În termen de 10 zile de la primirea prezentei, obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire prin evaluarea ofertei depusă de ... și la emiterea unui nou proces-verbal de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului proces-verbal, autoritatea va comunica contestatoarei rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 Consiliul respinge capătul de cerere formulat de ... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, efectuate în vederea depunerii contestației.

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

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...