CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
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. ...., depusă de ..., cu sediul în ....., în calitate de administrator, împotriva procesului-verbal de deschidere a ofertelor nr. ... și a raportului procedurii nr. ..., emise de ..., cu sediul in ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată online – într-o singură etapă, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect *„...”* - cod CPV ..., s-a solicitat:

„- anularea rezultatului procedurii de achiziție publica nr. SCN ..., in temeiul art. 137 alin. 1 si alin. 2 lit. b) din HG 395/2016,

- declararea ofertei depusa de ... ca inadmisibila si neconforma pentru nerespectarea art. 60, alin. 1) din HG 395/2016,

- declararea ofertei depuse de ..., câștigătoare”.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică rezultatul procedurii de achiziție publică, potrivit căruia oferta depusă de contracandidatul său a fost desemnată câștigătoare, rezultat apreciat nelegal, din următoarele considerente:

În fapt, se arată că, în cadrul prezentei proceduri, au fost depuse două oferte, respectiv de către ... și ..., iar, în urma verificărilor efectuate de comisia de evaluare, s-a constatat că ... nu a publicat, în SICAP, formularul DUAE, conform dispozițiilor art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Mai arată că autoritatea contractantă a considerat oportună aplicarea prevederilor de la art. 64 alin. (3)

din același act normativ, solicitând, în mod eronat, clarificări operatorului economic.

În opinia contestatorului, demersul comisiei de evaluare este nelegal, permițând completarea și publicarea în SICAP, ulterior deschiderii ofertelor, a formularului DUAE de către contracandidatul său, încălcându-se astfel normele legale statuate de art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016, în condițiile în care autoritatea contractantă trebuia să constate incidența art. 137 alin. (2) lit. b) din același act normativ și să facă aplicarea dispozițiilor alin. (1) al aceluiași temei legal, respectiv să respingă oferta în cauză.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 60 alin. (1), art. 137 alin. (1) si alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, Legea nr. 98/2016, Legea nr. 101/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ...., ..., în calitate de autoritatea contractantă, a transmis punct de vedere, solicitând respingerea contestației, pe cale de excepție, ca tardivă, în considerarea dispozițiilor art. 16 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, dat fiind că prin contestație se critică, în fapt, procesul verbal de deschidere a ofertelor înregistrat sub nr. ....

Pe fond, autoritatea contractantă arată că, în cadrul procedurii au fost depuse două oferte, comisia de evaluare constatând că ofertantul ... a constituit garanția de participare și a publicat documentele însoțitoare ale DUAE, dar nu a publicat DUAE. Potrivit dispozițiilor art. 64 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu este permisă respingerea vreunei oferte, cu excepția celor pentru care nu a fost prezentată dovada constituirii garanției de participare, astfel că, subliniază autoritatea contractantă, niciun ofertat nu poate fi respins la deschiderea ofertelor, din alt motiv. În considerarea acestor dispoziții legale, autoritatea arată că toate deciziile comisiei de evaluare sunt luate în urma solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor primite de la operatorii economici.

Având în vedere că, în urma solicitării de clarificări, ofertanta ... a răspuns prin publicarea formularului DUAE, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată.

În probațiune, s-au depus, în copie, înscrisuri din dosarul achiziției publice.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată online – într-o singură etapă, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „...” - cod CPV ..., prin publicarea, în SICAP, a anunțului de

participare simplificat nr. .... Valoarea estimată a contractului de achiziție publică de servicii este de ... lei, fără TVA, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Din procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ..., în care s-a consemnat depunerea a două oferte, precum și elementele principale ale acestora, rezultă că unul dintre ofertanți, respectiv ..., nu a încărcat în SICAP formularul DUAE, comisia de evaluare „având în vedere prevederile art. 64 alin. (3) din HG nr. 395/2016”, a hotărât că vor fi solicitate clarificări în acest sens.

Conform raportului procedurii nr. ..., ambele oferte depuse au fost declarate admisibile, iar, în urma clasamentului rezultat prin aplicarea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, oferta ... a fost desemnată câștigătoare.

....

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza cu întâietate excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, pe care o va respinge, având în vedere considerentele expuse în continuare.

Astfel, Consiliul reține că, deși ... indică procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor și raportul procedurii, ca acte atacate prin demersul său de contestare, din expunerea de motive coroborat cu obiectul contestației, rezultă că, ceea ce o nemulțumește pe contestatoare, este decizia de desemnare câștigătoare a ofertei ..., prin urmare, rezultatul procedurii, materializat prin raportul procedurii nr. ....

Așadar, actul autorității contractante de natură să vatăme interesele contestatoarei este raportul procedurii, iar, față de data luării la cunoștință de conținutul acestuia, respectiv ....

Faptul că, prin contestație, s-a indicat și procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ..., ca act atacat, în contextul de fapt și de drept expus mai sus, nu este în măsură să conducă la incidența excepției invocate de autoritatea contractantă, drept care, aceasta va fi respinsă.

Pe fond, Consiliul reține că, ulterior deschiderii/vizualizării ofertelor primite în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică, membrii comisiei de evaluare au constatat că unul dintre ofertanți, respectiv ..., nu a încărcat în SICAP, alături de celelalte documente solicitate prin documentația de atribuire, și formularul DUAE, hotărând solicitarea de clarificări. Acest demers a fost materializat prin adresa nr. ...., cu următorul conținut:

„Din documentele publicate în SEAP lipsește DUAE. Având în vedere prevederile art. 64 alin. (3) din HG nr. 395/2016, vă rugăm să clarificați acest aspect până la data de ..... În caz contrar, oferta prezentată de dv. va fi declarată inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.”

La această solicitare, ... a răspuns prin adresa nr. ...., precizând că *„fișierul DUAE lipsește din cauza unei erori de încărcare în SICAP. În consecință, atașăm prezentei fișierul DUAE (format .pdf si .xml)*", fără să depună vreo probă care să elimine culpa sa.

Prin procesul-verbal intermediar nr. 1, înregistrat sub nr. ...., comisia de evaluare a luat în considerare și a analizat formularul DUAE, declarând admisă, în această etapă, oferta în cauză.

În soluționare, Consiliul reține că, potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, DUAE este *„documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecție",* fiind așadar un document care vine în sprijinul ofertanților în ceea ce privește modul de demonstrare al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție. Relevante în prezenta cauză vor fi reținute și dispozițiile art. 193 alin. (1) din același act normativ, conform cărora: *„Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții (...)*", acest document reprezentând, așadar, o dovadă preliminară a îndeplinirii criteriilor de calificare impuse prin documentația de atribuire.

Prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat: *„III.1.1.a) Situația personala a candidatului sau ofertantului: (...) Modalitatea prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerințelor: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor (...). DUAE se va transmite in SEAP pana la data si ora limita de depunere a ofertelor"*.

De altfel, inclusiv dispozițiile art. 60 din HG nr. 395/2016 prevăd obligația transmiterii ofertei şi a formularului DUAE, în format electronic, numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare.

Dat fiind că, inițial, comisia de evaluare analizează doar informațiile stabilite în DUAE, documentele doveditoare fiind depuse doar de ofertantul câștigător, este evident faptul că, în lipsa DUAE, nu se face dovada îndeplinirii cerințelor referitoare la capacitatea personală și neîncadrarea în criteriile de excludere pentru ofertantul în cauză.

Cât privește posibilitatea de a cere clarificări ofertelor primite, Consiliul reține că membrii comisiei de evaluare trebuie să se asigure că acest demers nu conduce la încălcarea principiilor tratamentului egal și transparenței, respectiv la apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant, așa cum dispune art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere obligația ofertanților de a elabora oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, conform art.

123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că transmiterea formularului DUAE se realizează concomitent cu transmiterea ofertei, și nu mai târziu, așa cum s-a întâmplat în speța supusă soluționării.

Prin urmare, acceptarea depunerii formularului DUAE, ulterior termenului limită de depunere a ofertelor, în mod evident este de natură să creeze un avantaj operatorului economic în cauză, căruia i se permite depunerea unui document care ar fi trebuit prezentat numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare, în detrimentul celorlalți ofertanți, care au depus oferta conform regulilor stabilite prin documentația de atribuire .

....

Decizia citată nu este una singulară, aceasta fiind practica instanțelor, constantă de la apariția pachetului legislativ care a introdus formularul DUAE, lipsa lui pentru oricare participant, respectiv ofertant, ofertant asociat, terț susținător sau subcontractant, fiind sancționată cu respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că membrii comisiei de evaluare, în ședințele ulterioare celei de vizualizare a ofertelor, constatând faptul că din oferta ... lipsește formularul DUAE, aveau obligația respingerii ofertei în cauză, în considerarea dispozițiilor art. 137 din HG nr. 395/2016: *„(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme. (2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege,* ***oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:*** *b)* ***a fost depusă de un ofertant care*** *nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau* ***nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă”.***

În opinia Consiliului, o astfel de soluție se impune cu atât mai mult cu cât, conform art. 125 din HG nr. 395/2016, riscul transmiterii ofertei cade în sarcina operatorului economic participant la procedură, acesta fiind ținut să dea dovadă de o atenție sporită la momentul încărcării în SICAP a ofertei sale, pentru a se asigura astfel că, până la termenul limită pentru primirea ofertelor prevăzut în anunțul de participare, a depus toate documentele solicitate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația formulată ..., să

anuleze raportul procedurii nr. ..., în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ... și decizia de atribuire, precum și actele subsecvente părții anulate, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca inadmisibile, solicitările contestatoarei de *„declarare a ofertei depusa de ... ca inadmisibila si neconforma (...)"* și de *„declarare a ofertei depusă de ..., câștigătoare*", deoarece stabilirea ofertelor admisibile, respectiv câștigătoare, reprezintă atribuția comisiei de evaluare din cadrul autorității contractante, potrivit art. 127 alin. (1) lit. k) și m) din HG nr. 395/2016, Consiliul fiind competent să verifice legalitatea și temeinicia actelor autorității contractante emise în procedura de achiziție publică și atacate prin contestație.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Admite, în parte, contestația formulată ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Anulează raportul procedurii nr. ..., în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ... și decizia de atribuire, precum și actele subsecvente părții anulate. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca inadmisibile, solicitările contestatoarei de *„declarare a ofertei depusa de ... ca inadmisibila si neconforma (...)"* și de *„declarare a ofertei depusă de ..., câștigătoare*".

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 lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

....