CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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 nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul social în str. Zborului, nr. 1, ..., ..., având cod unic de înregistrare RO ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată legal prin director general, împotriva comunicării ..... privind rezultatul procedurii emisă de către ...., în calitate de autoritatea contractantă, cu sediul în ..... fn, localitatea ....., jud. ....., în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect: „.....”, cod CPV: ....., s-a solicitat anularea evaluării ofertei depuse de SC ..... SRL, în ceea ce privește documentele de calificare/DUAE depuse, respectiv a raportului intermediar al procedurii și a tuturor actelor subsecvente care au consemnat această evaluare, printre care, comunicarea rezultatului procedurii fn/06.12..... ora 13:24 transmisă automat prin e-mail prin intermediul SICAP și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC ..... SRL precizează că în urma depunerii ofertei în cadrul procedurii de atribuire sus-menționate, autoritatea contractantă l-a informat prin comunicarea fn/06.12..... ora 13:24, transmisă automat prin e-mail prin intermediul SICAP/SEAP, că oferta a fost respinsă ca inacceptabilă deoarece „Ofertantul nu a prezentat declarația DUAE, până la termenul limită de depunere a ofertelor, nerespectând prevederile art. 60 alin, (1) din HG nr. 395/2016. Oferta este declarată

inacceptabilă în conf. cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 137 alin. (2) litera b) din HG nr. 395/2016 și respinsă în temeiul art. art. 137 alin. (1) din același act normativ."

Contestatorul consideră că decizia autorității contractante de respingere a ofertei este greșită pentru următoarele considerente:

1. Conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, singurul obiectiv de inacceptabilitate a ofertei sale invocat de autoritatea contractantă*, „(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 unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire SAU nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă".*

2. Contestatorul recunoaște că dintr-o regretabilă eroare, nu a încărcat DUAE în SICAP deși acesta era completat (a se vedea atașat).

3. Însă el consideră că a respectat condiția alternativă impusă de art. 137 alin. (2) lit. b din HG nr. 395/2016, încărcând în SICAP, anterior termenului limită de depunere a ofertelor, documentele probatorii aferente îndeplinirii tuturor cerințelor de calificare.

În susținerea celor afirmate, contestatorul precizează că se pot observa documentele încărcate în SICAP și dovada încărcării acestora anterior termenului limită de depunere a ofertelor, așa cum au fost prevăzute în fișa de date a achiziției, respectiv:

a. cazierul judiciar al contestatorului și al administratorului,;

b. certificatul de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, a taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat;

c. certificatul de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul local;

d. formularul nr. 1 *–„Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016";*

e. certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial, în integralitate, din care rezultă autorizarea codurilor CAEN

4. Raportat la cele de mai sus, contestatorul consideră că a îndeplinit toate cerințele de calificare din fișa de date a achiziției.

Totodată a probat îndeplinirea acestora din depunerea tuturor documentelor de calificare relevante în SICAP anterior termenului limită de depunere a ofertelor și, prin urmare, susține că chiar dacă nu a depus, din propria culpă, DUAE, a îndeplinit alternativ toate cerințele de calificare prin depunerea ab initio a documentelor de calificare, astfel, sancțiunea respingerii ofertei, stipulată de art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, fiind, în opinia sa, inoperantă în ceea ce-l privește.

Contestatorul invocă și art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv faptul că dacă, după analizarea documentelor de calificare depuse, neînsoțite de DUAE, autoritatea contractantă avea nelămuriri/

clarificări/explicații/completări de solicitat, putea să-i solicite clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentat, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, coroborat cu art. 134 alin. (1) și (4) din HG nr. 395/2016

Dat fiind faptul că nu a primit nicio astfel de solicitare de lămurire/clarificare/explicare/completare a documentelor de calificare depuse, contestatorul consideră că evaluarea autorității contractante este greșită, fiind realizată cu ignorarea prevederilor legale aplicabile sus-menționate.

Totodată contestatorul invocă și art. 9 alin. (1) și (3) din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ....., tranzacția nr. ....., din data de 12.12....., emisă de CEC Bank, Sucursala ....., în valoare de ..... lei, pe seama și la dispoziția CNSC, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Cauțiunea se va restitui contestatorului, la cerere conform termenelor și condițiilor prevăzute de art. 611 art. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresele nr. ..... și sub nr. 52394/19.12....., autoritatea contractantă depune punctul de vedere și dosarul achiziției.

Autoritatea contractantă consideră contestația depusă de contestatorul SC ..... SRL ca fiind nefondată.

Procedura s-a organizat în conformitate Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016 modificate și completate. La data de 07.11....., documentația de atribuire a fost publicată în SICAP sub nr. ....., iar la data de ..... a fost publicat în SICAP anunțul de participare simplificat nr. .....

Termenul limită pentru primirea ofertelor, conform capitolului IV.2.2) din anunțul de participare simplificat nr. ...../..... a fost stabilit pentru data de 23.11....., ora 15:00.

Ședința de evaluare a garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare (întocmit în conformitate cu ANEXA nr. 1 la Ordinul Președintelui ANAP nr. 1581/.....) a avut loc în data de 28.11....., care s-a finalizat cu întocmitei procesului verbal nr. 72664/28.11.....

Ofertanții care au depus ofertă semnată cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, respectând termenul limită de depunere a ofertelor - respectiv 23.11....., ora 15:00 au fost:

1. SC ..... SRL
2. SC .....SRL

Totodată autoritatea contractantă precizează că în data de 11.12....., a primit contestația de la operatorul SC ..... SRL.

Reiterând motivele din contestație, autoritatea contractantă consideră că argumentele prezentate de SC ..... SRL sunt nefondate.

Astfel aceasta susține că, comisia de evaluare a accesat în SICAP Secțiunea „Lista participare” – „Documente de calificare” aferentă ofertei depuse de către ofertantul SC ..... SRL.

În documentele încărcate de către ofertant se regăsesc *„Lista participare” –„Documente de calificare”,* după cum urmează:

- Documente calificare - [...../00023] GP CNAIR Cta.pdf.p7s - (data încărcării 20.11..... 17:06)

- Documente calificare - [...../00022] Formular Nr. 1 CNAIR Cta.pdf.p7s - (Data încărcării 20.11..... 17:06)

Autoritatea contractantă susține că în data de 26.11....., comisia de evaluare a procedat la analiza garanțiilor de participare depuse de către ofertanții participanți la procedura.

După analiza instrumentelor de garantare depuse de către ofertanți la procedura de referință, comisia de evaluare a trecut la etapa de analiza/evaluare a declarațiilor DUAE și a constatat că ofertantul SC ..... SRL nu a încărcat în SICAP, la Secțiunea „Lista participare" - „Documente de calificare", declarația DUAE.

În conformitate cu cerința solicitată de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, secțiunea IV: procedura - IV.4: prezentarea ofertei - punctul IV.4.3: modul de prezentare al ofertei, *„Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic până la data și ora limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare, cf art. 60 alin. (1) și 61 din HG nr. 395/2016”*, respectiv:

„Art. 60 alin. (1) Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE informat electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare.

(4) Documentele prevăzute la alin. (1) vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii și încărcate în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic și numai de către operatorii economici înregistrați”.

Autoritatea contractantă precizează că din analiza documentelor depuse, a constatat că ofertantul nu a îndeplinit condițiile de formă aferentă elaborării și prezentării ofertei, datorită faptului că îi lipsește declarația DUAE, așa cum acesta a și declarat la punctul 2 din motivarea contestației.

Contestatorul invocă prevederile art. 196 alin - (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, însă chiar din prezentarea făcută de contestator, se poate observa că aceste documente nu acoperă în integralitate informațiile din capitolele din cadrul declarației DUAE.

Referitor la critica de la punctul 5) din motivare, contestatorul își întemeiază critica în baza prevederilor care îl favorizează în demersul său, respectiv art. 209 alin (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, însă în temeiul prevederilor aceluiași articol, respectiv 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și

completările ulterioare, *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident in favoarea unui ofertant/candidat”.*

Autoritatea contractantă consideră că operatorul contestator, solicită evident un tratament preferențial prin faptul că impută autorității contractante netransmiterea unei solicitări de completare a documentelor de calificare, în speță declarația DUAE.

Prin urmare, autoritatea contractantă a declarat inacceptabilă oferta depusă de SC ..... SRL, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, modificată si completată, coroborat cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, modificată și completată.

Prin adresa nr. ....., înregistrată la Consiliu sub nr. ....., contestatorul depune concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul consideră că prin punctul de vedere prezentat de autoritatea contractantă, aceasta recunoaște că au fost depuse documentele de calificare solicitate prin documentația de atribuire.

Totodată contestatorul precizează că autoritatea contractantă recunoaște că a solicitat doar facultativ/alternativ depunerea acestora (prin activarea câmpului aferent în SICAP care permite atașarea documentelor de calificare, nu doar a DUAE, denumit „*documente solicitate din dosarul companiei*”.

Tot din punctul de vedere al autorității, contestatorul înțelege că autoritatea contractantă nu reușește să demonstreze, ci doar afirmă că prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 impun depunerea cumulativă a DUAE și a documentelor de calificare.

Contestatorul consideră că în cazul în care nu ar fi depus unul sau mai multe din documentele solicitate pentru îndeplinirea condițiilor de calificare, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita completări conform art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la susținerile autorității contractante, cu privire la invocarea art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, contestatorul consideră că prin respingerea sa, rămânând un singur operator în procedură, acesta ar fi „*avantajat*”.

Prin urmare, contestatorul își menține contestația depusă.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect: „.....”, cod CPV: ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 286.700,00 lei. Conform cap. II.2.1 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Contestatorul este nemulțumit de decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, motivat de faptul că „nu a depus DUAE”, aspect consemnat în procesul verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 72664/28.11.....

Având în vedere criticile formulate de contestator, Consiliul va reține incidența prevederilor art. 1 din Regulamentul de punere în aplicare nr. 7/2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, „***Instrucțiunile de utilizare a acestui formular sunt prezentate în anexa 1 la prezentul regulament***”.

Totodată, Consiliul va reține că, potrivit art. 2 din același act normativ, „*Prezentul regulament intră în vigoare în a douăzecea zi de la data publicării în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.* ***Prezentul regulament este obligatoriu*** *în toate elementele sale și* ***se aplică direct în toate statele membre****. Adoptat la Bruxelles, 5 ianuarie 2016*”, aplicabilitate care rezultă și din prevederile art. 288 din Tratatul CEE, potrivit căruia Regulamentul se aplică direct în legislația internă, excluzând orice măsură de receptare națională sau tot ceea ce ar putea disimula natura și efectele sale.

Din cuprinsul anexei 1 la Regulament, Consiliul va reține că regula generală stabilită de către legiuitorul comunitar este că „***Ofertele*** *din cadrul procedurilor deschise și cererile de participare din cadrul procedurilor restrânse, al procedurilor competitive cu negociere, al dialogurilor competitive sau al parteneriatelor pentru inovare* ***trebuie să fie însoțite de un DEAU completat de operatorii economici*** *pentru a furniza informațiile solicitate*”.

De la această regulă, au fost stabilite în cadrul notei de subsol nr. 5 al Anexei nr. 1 la Regulamentul Comisiei nr. 7/2016, o serie de posibile excepții după cum urmează: „*Situația este mai complexă în ceea ce privește procedurile de negociere fără publicare prealabilă, prevăzute la articolul 32 din Directiva 2014/24/UE și la articolul 50 din Directiva 2014/25/UE, întrucât aceste dispoziții se aplică unor realități foarte diferite. Solicitarea unui DEAU ar constitui o sarcină administrativă inutilă sau ar fi inadecvată din alte puncte de vedere*

1) atunci când nu poate exista decât un singur participant prestabilit [în cazul celor două directive, articolul 32 alineatul (2) litera (b), alineatul (3) litera (b), alineatul (3) litera (d) și alineatul (5) din Directiva 2014/24/UE și, respectiv, articolul 50 literele (c), (e), (f) și (i) din Directiva 2014/25/UE] și

2) din motive de urgență [articolul 32 alineatul (2) litera (c) din Directiva 2014/24/UE și articolul 50 literele (d) și (h) din Directiva 2014/25/UE] sau din cauza caracteristicilor speciale ale tranzacției cu produse cotate și achiziționate pe o piață de mărfuri [articolul 32 alineatul (3) litera (c) din Directiva 2014/24/UE și articolul 50 litera (g) din Directiva 2014/25/UE].

*Pe de altă parte, **DEAU și-ar îndeplini rolul pe deplin și ar trebui solicitat în celelalte cazuri**, caracterizate de posibilitatea de a exista mai mulți participanți și de absența stării de urgență sau a caracteristicilor specifice legate de tranzacție. Aceste cazuri sunt prevăzute la articolul 32 alineatul (2) litera (a), alineatul (3) litera (a) și alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE și la articolul 50 literele (a), (b) și (j) din Directiva 2014/25/UE*".

Totodată, Consiliul va reține și că, potrivit aceluiași regulament, *„Operatorii economici pot reutiliza informațiile care au fost furnizate într-un DEAU deja utilizat într-o procedură de achiziții publice precedentă, cu condiția ca informațiile să rămână corecte și să fie în continuare pertinente*".

Având în vedere pe de o parte principiul de drept „nemo ignorare legem censetur" potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii și pe de altă parte, regula generală stabilită prin Regulamentul Comisiei nr. 7/2016 că „Ofertele (...) trebuie să fie însoțite de un DEAU completat de operatorii economici", Consiliul apreciază că SC ..... SRL, ulterior luării la cunoștință a conținutului anunțului de participare simplificat și a documentelor anexate acesteia ar fi trebuit fie să solicite autorității contractante clarificări în baza art. 160 din Legea nr. 98/2016, privind obligativitatea prezentării unui DUAE, fie să notifice și ulterior să conteste în termenele legale impunerea prezentării acestuia de către autoritatea contractantă în situația în care ar fi considerat restrictivă sau nelegală această solicitare.

Consiliul va reține că riscul întocmirii ofertei cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al netransmiterii declarației DUAE potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", în condițiile în care Regulamentul Comisiei nr. 7/2016 precizează în mod expres obligativitatea completării DUAE de către operatorii economici.

Consiliul va reține că operatorii economici interesați, inclusiv contestatorul SC ..... SRL, alegând să participe la prezenta procedură de atribuire, și-au asumat obligația fie de a completa DUAE conform instrucțiunilor de utilizare detaliate în Regulamentul de punere în aplicare nr. 7/2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic fie de a reutiliza informațiile care au fost furnizate într-un DEAU deja utilizat într-o procedură de achiziții publice precedentă, cu condiția ca informațiile să rămână corecte și să fie în continuare pertinente.

Ori, întrucât SC ..... SRL nu a prezentat la data limită de depunere a ofertelor un DUAE, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a consemnat în mod corect incidența prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) potrivit cărora „oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: () a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele

stabilite de autoritatea contractantă” în procesul verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 72664/28.11.....

Consiliul nu va reține susținerile contestatorului cu privire la aplicabilitatea în speță a prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, având în vedere următoarele aspecte:

- Art. 137 alin. (2) lit. b) din hotărâre nu impune o condiție alternativă de la obligativitatea depunerii DUAE, așa cum în mod eronat susține contestatorului, ci stabilește condițiile de respingere ca inacceptabilă a unei oferte depuse.
- Condiția de a depune documentele justificative prin care să se demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție trebuie îndeplinită doar către ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și nu de către orice ofertant, în orice etapă a procedurii, așa cum susține contestatorul în mod eronat.
- Mai mult, aceste documente justificative se depun doar la solicitarea autorității contractante, documente care trebuie să fie **actualizate**.
- Prevederile art. 60 alin. (1) coroborat cu art. 104 din HG nr. 395/2016 sunt exprese și imperative astfel *„**Operatorul economic are obligația de a transmite** oferta și **DUAE în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare**”*, legiuitorul nereglementând nicio excepție de la regula de depunere a DUAE în format electronic în SEAP. Astfel, în speță este aplicabil principiul *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” respectiv unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în alte cuvinte, generalitatea formulării unui text legal conduce la generalitatea aplicării lui, fără a se introduce distincții pe care textul respectiv nu le conține.
- În mod evident că o solicitare de clarificări în baza art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, așa cum susține contestatorul în mod eronat, ar fi condus la încălcarea prevederilor alin. (2) a aceluiași articol care dispune că *„autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*”, prevederi pe care contestatorul le ignoră. Cu atât mai mult cu cât prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 134 din HG nr. 395/2016 invocate de contestator, reglementează dreptul autorității contractante de a solicita clarificări sau completări ale documentelor prezentate de către ofertanți, ori în speță, DUAE nu a fost prezentat de către

contestator, lipsă care este recunoscută și în cadrul contestației de către acesta.

- Potrivit art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016 dispune de asemenea în mod imperativ faptul că „***În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare*** *și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege,* ***comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE***" ceea ce impune în sarcina autorității contractante obligația analizării conținutului DUAE care în speță lipsește în integralitate și nu prin analiza altor înscrisuri.____

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.