

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 15.10.2021, înregistrată fiind cu nr. 54130 din data de 15.10.2021, formulată de asocieria, cu sediul social în municipiul ...i, strada ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin ... și convențional prin Cabinet avocat ..., cu sediul procesual ales în, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 1D/2/2072/05.10.2021 emis de cu sediul, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „STUDIU DE FEZABILITATE ȘI PROIECT TEHNIC PENTRU MODERNIZAREA LINIEI DE CALE FERATA APAHIDA - SUCEAVA, SUBSECȚIUNEA 3: POJORATA - SUCEAVA”, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 1D/2/2072/05.10.2021 și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1D/2/2082/05.10.2021 prin care oferta asocierii a fost respinsă ca inacceptabilă, precum și a oricăror acte interne, anterioare și/sau subsecvente și conexe celor indicate emise de către entitatea contractantă;

- constatarea concluziei și conformității răspunsului asocierii din data de 17.05.2021 la solicitarea de clarificări nr. 1.D/2/869/11.05.2021;

- continuarea procedurii cu consecința stabilirii acceptabilității ofertei asocierii și evaluării acesteia în vederea includerii în clasamentul ofertelor din rândul căruia urmează să se stabilească oferta câștigătoare, conform dispozițiilor art. 143 alin. (5) și (6) din HG nr. 394/2016.

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

Prin contestația formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

I. Contestatoarea prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire arătând ca prin adresa nr. 1D/2/2072/05.10.2021 i-a fost adus la cunoștință că oferta sa a fost declarată inacceptabilă având în vedere faptul că răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1D/2/869/11.05.2021 nu a fost semnat cu semnătură electronică extinsă, de către reprezentantul legal împuternicit.

II. Asocieria solicită admiterea contestației și desființarea actelor entității contractante.

1. În ceea ce privește motivul de inacceptabilitate referitor la forma de transmitere a răspunsului la Solicitarea de clarificare nr. 1. D/2/869/11.05.2021 arată că, conduita entității contractante este criticabilă și se impune a fi sancționată prin desființarea actelor nominalizate în petit cel puțin din următoarele considerente:

a) semnatarul răspunsului este reprezentantul convențional al asocierii care a acționat în baza mandatului acordat de aceasta din urmă și materializat prin contractul de asistență juridică încheiat între părți și în deplin acord cu dispozițiile art. 2 alin. (3) și art. 3 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 51/1995;

b) pe răspunsul invalidat din punct de vedere al modalității de transmitere a fost aplicată semnătură electronică extinsă;

c) semnătura electronică extinsă se creează în baza unui certificat digital calificat emis de un prestator acreditat de servicii de certificare semnătură electronică. Semnătura creată în felul acesta are valoare legală și garantează autenticitatea și integritatea documentelor.

Susține că în cazul d-nei avocat Alina Guțoi, furnizorul semnăturii electronice este TRANS SPED SA, o companie de fintech, soluții de digitalizare și automatizare procese, având o vastă experiență în furnizarea serviciilor de încredere, cum sunt: semnătura electronică calificată și avansată, marca temporală calificată etc.

d) semnatarul răspunsului nu numai că avea dreptul și deținea calificările necesare pentru a reprezenta asocieria în relația cu entitatea contractantă, dar aceasta avea și mijloacele tehnice cerute de lege și de documentația de atribuire (*n.n.* certificat privind semnătura electronică extinsă) pentru a-și putea asuma și transmite în numele contestatoarei documentele la care aceasta din urmă a fost obligată.

e) nici mandatul acesteia și nici conținutul răspunsului și a documentelor atașate nu pot fi puse sub semnul îndoielii cu atât mai mult cu cât acestea au fost însușite prin chiar semnătura olografă a reprezentantului legal al asocierii.

f) în ceea ce privește încălcarea de către CFR a dispozițiilor Legii speciale în materie de achiziții sectoriale, precizează următoarele:

- entitatea contractantă a invocat ca temei de drept al respingerii ofertei, dispozițiile art. 143 alin. (2) lit. j) din Norme care sancționează nedepunerea ofertei și a documentelor anexate acesteia cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, or, decizia autorității contractante se bazează exclusiv pe faptul că răspunsul nu a fost semnat cu semnătura electronică de reprezentantul legal al contestatoarei, fiind evident că acesta nu este vizat de textul de lege invocat de CFR, neputând fi asimilat nici ofertei și nici unui document care însoțește oferta.

- singura modalitate prin care un ofertant ar putea fi sancționat pentru aspecte privind răspunsul oferit la solicitările de clarificări este

cea avută în vedere de prevederile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016.

- nu în ultimul rând, critică conduita CFR și prin raportare la prevederile art. 221 din Legea nr. 99/2016 care nu permit entității contractante să elimine din procedură ofertanți pentru chestiuni asupra cărora, anterior acestui demers procedural cu impact major în economia procedurii, să nu fie pe deplin clarificată.

Precizează că asocierea este ofertant participant în mai multe proceduri organizate de entitatea contractantă și, în fiecare dintre acestea, CFR a ridicat problema validității certificatelor digitale care stau în spatele semnăturii electronice aplicată pe ofertă și documentele anexate acesteia.

Menționează că cele sesizate de autoritatea contractantă au fost și sunt oricum aspecte total eronate, certificatele fiind pe deplin valabile și bucurându-se de forța juridică cerută de lege, CNSC pronunțând în data de 29.09.2021 Decizia nr. 2174/C3/2388/2389 prin care a obligat entitatea contractantă la reevaluarea ofertei cu luarea în considerare a semnăturii aplicată pe aceasta.

2. În ceea ce privește motivul de inacceptabilitate referitor la semnătura electronică utilizată de Asociere la semnarea ofertei și a documentelor anexate, precizează următoarele:

Contestatoarea susține că dincolo de împrejurarea că toate aceste documente au fost transmise către CFR odată cu transmiterea răspunsului la solicitarea de clarificări, entitatea contractantă optează pentru ignorarea lor, cu motivarea deja analizată privind, de această dată, semnătura electronică a reprezentantului convențional al contestatoarei.

Referitor la clarificările solicitate de Comisia de evaluare privind valabilitatea semnăturii electronice aplicată de Asociere, arată că această chestiune litigioasă a fost deja dezlegată de Consiliu în cadrul unei alte contestații formulată de asociere tot în contradictoriu cu CFR, vizând, însă, o procedură diferită.

Mai exact, arată că prin Decizia nr. 2174/C3/2388,2389 din 29.09.2021, CNSC a stabilit fără echivoc faptul că simpla împrejurare că semnătură electronică este autorizată de un furnizor de servicii din Turcia, stat care nu este membru UE, nu este suficientă pentru a exclude Asocierea ofertantă din competiție.

Precizează că până la momentul redactării contestației împotriva deciziei invocată nu a fost formulată plângere în fața Curții de Apel, însă susține puterea lucrului judecat a acesteia, cel puțin provizorie, care impune ca o chestiune litigioasă dezlegată deja, să nu mai poată fi pusă în discuție, impunându-se ca „*un dat*” care nu poate fi contrazis.

Astfel, susține că, de vreme ce Consiliul a hotărât în cadrul unei contestații formulată de aceeași asociere, în contradictoriu cu aceeași entitate contractantă, că semnătura electronică certificată de un furnizor

de servicii din Turcia este valabilă, se impune ca soluția să fie aceeași și în prezenta cauză.

Suplimentar, arată că serviciile de încredere pentru tranzacțiile electronice pe piața internă prestate de E-GUVEN Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayicisi Elektronik Bilgi Güvenliği A.Ş. („E-GUVEN”) sunt recunoscute ca fiind echivalente din punct de vedere juridic cu serviciile electronice de încredere calificate prestate de prestatori stabiliți în UE.

În probațiune, sunt depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 1.D/2/2208/20.10.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 54957/20.10.2021, ..., a solicitat respingerea contestației formulată de asocieria

Autoritatea contractantă precizează că urmare analizei răspunsului transmis în SEAP de către asocieria (lider de asocierie) - TEC-CUATRO (asociat), la solicitarea de clarificări nr. 1 D/2/869/11.05.2021, comisia de evaluare a constatat că răspunsul însoțit de documentele postate în SEAP, sunt în format „pdf” și nu au fost semnate cu semnătură electronică extinsă.

Arată că având în vedere precizarea din documentația de atribuire, respectiv în fișa de date la capitolul IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei - "Orice documente emise de alte instituții/autorități/entități și prezentate în vederea atestării îndeplinirii cerințelor din documentația de atribuire vor fi semnate și, după caz, stampilate. de instituțiile/autoritățile/entitățile emitente și vor fi transmise entității contractante, la solicitarea acesteia, prin mijloace electronice, semnate electronic de ofertant cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.", precum și răspunsul la solicitarea de clarificare nesemnat electronic, care nu este în conformitate cu prevederile art.129, alin.(2) și alin.(3) din HG nr 394/2016, oferta asocierii YUKSEL PROJE A.Ş. și TEC-CUATRO S.A. și a fost declarată inacceptabilă și pe cale de consecință fiind RESPINSĂ.

Mai mult, arată că în cadrul documentelor depuse de către ofertant, d-na avocat Alina Guțoi nu a fost împuternicită pentru a semna electronic oferta și documentele ce o însoțesc.

Subliniază faptul că așa cum reies și din comunicarea nr. 1 D/2/2082/05.10.2021 transmisă de către entitatea contractantă în conformitate cu raportul procedurii nr. 1D/2/ 2072/05.10.2021, comisia de evaluare a precizat clar că motivul excluderii din procedura este faptul că răspunsul nu este semnat electronic cu semnătură electronică extinsă în conformitate cu prevederile art. 129. alin. (2) și alin. (3) din HG nr 394/2016.

Concluzionând, susține că, comisia de evaluare, respectând principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 99/2016, nu a făcut decât să constate faptul că oferta depusă de contestatoare este inacceptabilă, așa

cum rezultă din înscrisurile întocmite de către comisie pe parcursul desfășurării procesului de evaluare.

Prin adresa nr. 7044/26.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 56124/26.10.2021, contestatoarea a transmis documentul "Note scrise" la punctul de vedere al autorității contractante, solicitând admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

I. În ceea ce privește modalitatea de aplicare a semnăturii electronice pe răspunsul de clarificări, arată că prin argumentele oferite, autoritatea contractantă nu face altceva decât să își arate încă o dată caracterul de „novice” în înțelegerea fenomenului de „semnătură electronică” și al legislației aferente acestuia, făcând o confuzie între tipurile de extensii pe care un document semnat electronic le poate avea.

Mai exact, susține că, indiferent de aplicația utilizată de semnare sau de extensia fișierului care conține semnătura, orice fișier căruia i s-a aplicat sau asociat o semnătură electronică, fiind utilizat un certificat digital calificat activ, reprezintă un fișier care poartă o semnătură electronică.

Apreciază că punctul de vedere al entității contractante este caracterizat de un grad de formalism mai excesiv decât cel aplicat la respingerea ofertei, necuprinzând niciun argument în contra celor de substanță oferite de asociere prin contestație cu privire la faptul că CFR: a putut deschide documentele transmise; a putut vizualiza conținutul documentelor comunicate; ar fi putut solicita clarificări suplimentare dacă aprecia că cele transmise nu întrunesc cerințele documentației de atribuire, și a aplicat o sancțiune disproporționată cu „fapta” sesizată.

II. În ceea ce privește susținerile entității contractante vizând lipsa mandatului acordat semnatarei Răspunsului, precizează că niciunde în cuprinsul raportului procedurii sau al comunicării transmise asocierii, CFR nu a menționat ca un posibil motiv al invalidării răspunsului lipsa mandatului acordat d-nei. Alina Gutoi.

Apreciază că, conduita entității contractante este criticabilă și se impune în continuare a fi sancționată prin desființarea actelor nominalizate câtă vreme:

- semnatarul răspunsului este reprezentantul convențional al asocierii care a acționat în baza mandatului acordat de aceasta din urmă și materializat prin contractul de asistentă juridică încheiat între părți și în deplin acord cu dispozițiile Legii nr. 51/1995;

- prin raportare la prevederile legale referite, rezultă, așadar, că semnatarul răspunsului nu numai că avea dreptul și deținea calificările necesare pentru a reprezenta asocierea în relația cu entitatea contractantă, dar aceasta avea și mijloacele tehnice cerute de lege și de documentația de atribuire pentru a-și putea asuma și transmite în numele contestatoarei documentele la care aceasta din urmă a fost obligată;

- nici mandatul acesteia și nici conținutul răspunsului și a documentelor atașate nu pot fi puse sub semnul îndoielii cu atât mai mult cu cât acestea au fost însușite prin chiar semnătura olografa a reprezentantului legal al asocierii;

- singura persoană care ar fi putut fi prejudiciată de o prezumtivă lipsă a mandatului ar fi fost exclusiv Contestatoarea în situația în care nu înțelegea să ratifice mandatul reprezentantului;

- toate regulile procedurale impun ca, înainte de aplicarea unei sancțiuni într-o astfel de situație, să fie efectuate demersuri în sensul clarificării acesteia fie prin depunerea mandatului, fie prin ratificarea acestuia, demers care era la îndemână entității contractante prin mecanismele reglementate la art. 221 din Legea nr. 99/2016.

Prin adresa nr. 1D/2/227/01.11.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 57083/01.11.2021, entitatea contractantă a transmis punct de vedere la notele scrise, solicitând respingerea contestației formulată de către de asocierea

Față de aspectele învederate de contestatoare, entitatea contractantă formulează observații punctuale arătând că răspunsul transmis de asociere prin intermediul SEAP nu are semnătură electronică extinsă.

Față de susținerea contestatoarei potrivit căreia "Punctul de vedere al entității contractante este caracterizat de un grad de formalism mai excesiv decât cel aplicat la respingerea ofertei, necuprinzând niciun argument în contra celor de substanță oferite de asociere prin contestație cu privire la faptul ca CFR:

- a putut deschide documentele transmise;
- a putut vizualiza conținutul documentelor comunicate de asociere;
- ar fi putut solicita clarificări suplimentare dacă aprecia ca cele transmise nu întrunesc cerințele documentației de atribuire, și

- a aplicat o sancțiune disproporționată cu „fapta” sesizată.", arată că ca legislația incidentă prezentei proceduri de achiziție nu reglementează particularități/specificități/concludența/accesibilitate ale informațiilor furnizate de ofertanții participanți la procedura în cazul în care acestea nu sunt semnate electronic, nefiind reglementată obligația comisiei de evaluare de a analiza documentele încărcate în SEAP care nu sunt însoțite de semnătură electronică extinsă în condițiile legii.

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

...., a organizat procedura de licitație deschisă, în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractatului având ca obiect „STUDIU DE FEZABILITATE ȘI PROIECT TEHNIC PENTRU MODERNIZAREA LINIEI DE CALE FERATA APAHIDA - SUCEAVA, SUBSECȚIUNEA 3: POJORATA - SUCEAVA”, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare având codul de identificare din data de

23.02.2021, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 19.04.2021 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată a contractului fiind de 42.740.987,93 lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207577436/1 emisă de BRD în data de 15.10.2021, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 854.819,76 lei.

... contestă respingerea ofertei sale, despre care a luat cunoștință din raportul procedurii nr. 1D/2/2072/05.10.2021 și comunicarea nr. 1D/2/2072/05.10.2021, în cuprinsul cărora s-a reținut de către entitatea contractantă:

«Referitor la ofertantul Asocieria S...), s-a luat decizia informării directorului general al Companiei Naționale de Căi Ferate "CFR" SA, în calitate de reprezentant legal, despre aspectele cu privire la semnătura electronică a Asocierii României și la Agenția Națională a Achizițiilor Publice pentru emiterea unui punct de vedere cu privire la validitatea semnăturii electronice la nivelul statelor membre UE, respectiv în România în cazul Asocierii YUKSEL PROJE A.S. și ... cu sediul în Turcia.

Ca urmare a celor relatate mai sus, a fost transmisă adresă către Autoritatea pentru Digitalizarea României și către Agenția Națională a Achizițiilor Publice.

Având în vedere răspunsul Autorității pentru Digitalizarea României, respectiv:

„Având în vedere că Turcia nu este stat membru UE și nu a emis semnătura electronică conform prevederilor Regulamentului nr. 910/2014, precum și faptul că instituția noastră nu a identificat un acord bilateral între cele două state, Autoritatea pentru Digitalizarea României, în calitate de organism de supraveghere pentru prestatorii de servicii de încredere stabiliți pe teritoriul României, nu a identificat elementele necesare pentru a stabili valabilitatea semnăturii electronice", comisia de evaluare a solicitat clarificare ofertantului Asocieria, astfel:

„Urmare verificării documentelor depuse de Asocieria dumneavoastră comisia de evaluare a constatat că documentele încărcate au fost semnate cu semnătură electronică bazată pe un certificat digital emis de E-GUVEN Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Saglayicisi Elektronik Bigli Guvenligi AS valabilă până la data de 08.04.2022.

Ținând cont de Regulamentul (UE) nr. 910/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014 privind identificarea electronică și serviciile de încredere pentru tranzacțiile electronice pe piața internă vă rugăm să ne probați cu documente justificative dacă serviciile de încredere prestate de E-GUVEN Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Saglayicisi Elektronik Bigli Guvenligi AS sunt recunoscute ca fiind

echivalente din punct de vedere juridic cu serviciile electronice de încredere calificate prestate de prestatori de servicii de încredere calificați stabiliți în Uniune și sunt recunoscute în temeiul unui acord încheiat între Uniune și țara terță în cauză sau o organizație internațională în conformitate cu articolul 218 din TFUE.

Urmare analizei răspunsului dumneavoastră la solicitarea de clarificări nr. 1D/2/869/11.05.2021, comisia de evaluare a constatat că răspunsul însoțit de documentele postate în SEAP sunt în format „pdf.” nu au fost semnate cu semnătură electronică extinsă de către reprezentantul legal împuternicit.

Având în vedere precizarea din documentația de atribuire, respectiv în fișa de date la cap. IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei – ”Orice documente emise de alte instituții/autorități/entități li prezentate în vederea atestării îndeplinirii cerințelor din documentația de atribuire vor fi semnate și, după caz, ștampilate, de instituțiile/autoritățile/entitățile emitente și vor fi transmise Entității Contractante, la solicitarea acesteia, prin mijloace electronice, semnate electronic de ofertant cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat” și răspunsul la solicitarea de clarificare nesemnat electronic, al ofertantului Asociera care nu este în conformitate cu prevederile art. 129 alin. (2) și alin. (3) din HG NR. 394/2016, care precizează: „(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.”, în temeiul art. 143 alin. (2) lit. j din HG nr. 394/2016, care precizează:

„art. 143 (1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme. (2) În condițiile art. 228 [alin. \(4\)](#) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: j) 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; ” oferta depusă de Asociera– fiind RESPINSĂ».

Consiliul are în vedere, în soluționare, cele arătate mai sus, precum și următoarele aspecte:

- prevederile Regulamentului 910/2014, care menționează că semnăturile și sigiliile electronice bazate pe certificate calificate emise de către prestatorii de servicii de încredere cu statut de calificat, înscrși în Trusted List publicat la nivelul CE, sunt valabile la nivelul tuturor statelor membre UE, deci și în România (art.25, punctul 3 din Reg. UE

910/2014), indiferent de țara în care își are sediul prestatorul care a emis certificatul;

- prevederile art. 40 din Legea nr.455/2001 privind semnătura electronică care prevede următoarele: Certificatul calificat eliberat de către un furnizor de servicii de certificare cu domiciliul sau cu sediul într-un alt stat este recunoscut ca fiind echivalent din punct de vedere al efectelor juridice cu certificatul calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare cu domiciliul sau cu sediul în România, dacă:

- a) furnizorul de servicii de certificare cu domiciliul sau sediul în alt stat a fost acreditat în cadrul regimului de acreditare, în condițiile prevăzute de prezenta lege;

- b) un furnizor de servicii de certificare acreditat, cu domiciliul sau cu sediul în România, garantează certificatul;

- c) certificatul sau furnizorul de servicii de certificare care l-a eliberat este recunoscut prin aplicarea unui acord bilateral sau multilateral între România și alte state sau organizații internaționale, pe bază de reciprocitate;

- prevederile Art. 54 din Hotărârea nr. 1.259 din 13 decembrie 2001 privind aprobarea Normelor tehnice și metodologice pentru aplicarea Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică, unde se prevede: În conformitate cu art. 40 din lege certificatul calificat, eliberat de către un furnizor înregistrat într-unul dintre statele membre ale Uniunii Europene, este recunoscut ca fiind echivalent din punct de vedere al efectelor juridice cu certificatul calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare cu domiciliul sau cu sediul în România, în baza acordului european de asociere dintre România, pe de o parte, și Comunitatea Europeană și statele membre, pe de altă parte.

- prevederile art. 129 alin. (2 și alin. (3) din HG nr. 394/2016: (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;

- neconcordanța semnalată de comisia de evaluare, respectiv, semnătura electronică utilizată de ofertant la semnarea documentelor ofertei, este bazată pe un certificat eliberat de furnizorul de servicii de certificare E-GUVEN Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Saglayicisi Elektronik Bilgi Guvenligi A.Ş., iar furnizorul serviciilor de certificare declarat de către ofertant este Turkkep Kayith Elektronik Posta Hizmetleri A.Ş.

Din documentele transmise de „CFR” - S.A. cu privire la oferta contestatoarei, reiese că nu au fost solicitate ofertantei clarificări în legătură cu persoana căreia îi este asociată semnătura electronică.

Singura solicitare are nr. 1.D/2/869/11.05.2021 și este cea care privește furnizorul de servicii de certificare E-GUVEN Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Saglayicisi Elektronik Bilgi Guvenligi A.Ş.

Din perspectiva Consiliului, problema nu ține neapărat de acreditarea furnizorului de servicii de certificare a semnăturii electronice.

Dispozițiile art. 143 alin. (2) lit. j) din HG nr. 394/2016, conform cărora oferta este considerată inacceptabilă dacă nu este semnată cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, nu trebuie aplicate textual, întrucât ele nu acoperă diversitatea de situații ivite în practică. Scopul legislației achizițiilor sectoriale nu este de restrângere a pieței achizițiilor și a concurenței, prin excluderea operatorilor din alte state, ci dimpotrivă.

Totodată, unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractelor este nediscriminarea.

Prin eliminarea din competiții a tuturor operatorilor din țări nonUE, care nu sunt supuse Regulamentului nr. 910/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014 privind identificarea electronică și serviciile de încredere pentru tranzacțiile electronice pe piața internă și de abrogare a Directivei 1999/93/CE, se ajunge la restrângerea amintitei piețe și a concurenței pe un criteriu exclusiv formal.

Întrucât, Turcia nu este supusă Regulamentului nr. 910/2014, nu li se poate pretinde operatorilor economici din Turcia, care au asigurate deja servicii de semnătură electronică în statul de origine, să își procure aceleași servicii de semnătură electronică, din România/UE, doar pentru a putea participa la licitații în spațiul Uniunii.

Republica Turcia se regăsește în Lista țărilor terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană - prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. ii) pct. (iv) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, iar, operatorul economic este definit de această lege ca fiind „orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în:

- (i) un stat membru al Uniunii Europene;
- (ii) un stat membru al Spațiului Economic European (SEE);
- (iii) țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul sectorial atribuit intră sub incidența anexelor 3, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la acordul respectiv;
- (iv) țări terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană;
- (v) țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri internaționale prin care Uniunea Europeană

este obligată să acorde accesul liber la piața în domeniul achizițiilor publice”.

În speță, este limpede că Asocieria, care are calitatea recunoscută de operator economic în sensul Legii nr. 99/2016, și-a semnat oferta cu semnătură electronică. Niciuna dintre părți nu neagă existența acestei semnături, ci o confirmă. De asemenea, este limpede că entitatea contractantă a putut accesa documentele disponibile în această etapă ale ofertei asocierii, respectiv vizualiza conținutul lor.

Simplul fapt că semnătura este în baza unui certificat de la un furnizor acreditat în altă țară, cum este Turcia, nu este suficient pentru a exclude asocieria ofertantă din competiție. În caz contrar, toți ofertanții din țări nonUE, ale căror semnături electronice sunt valabile în țările lor, nu ar avea acces la piața achizițiilor din Uniune. De formalitatea semnăturii, acolo unde nu există nicio îndoială asupra voinței ofertantului, nu trebuie să depindă soarta ofertei, mai ales acolo unde ofertantul are o justificare credibilă în ceea ce privește semnarea ei, cum este cazul deținerii deja a unui serviciu de semnare recunoscut în propria țară. Aspectul că aceasta nu este membră a Uniunii Europene și că, eventual, nu are încheiat un acord în domeniu cu aceasta, este dincolo de capacitatea ofertantului (nu țin de acesta nici aderarea și nici încheierea unui acord interstatual).

Cu alte cuvinte, dacă ofertantul își asumă oferta depusă și explică faptul că, din motive obiective, cum este deținerea deja a unui serviciu de semnare electronică în propria țară, iar, o dublare a serviciului, cu unul de la un furnizor recunoscut în UE, ar presupune eforturi și costuri suplimentare, deci, o restricționare a participării la piața de achiziții, el nu ar trebui exclus din aceasta.

În baza art. 62 alin. (1) din legea antementionată, entitățile contractante au obligația să respecte toate principiile conform art. 2 alin. (2), în mod special un tratament egal și nediscriminatoriu, și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională. Art. 66 alin. (1) dispune că au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 82 alin. (1), în oricare dintre calitățile de ofertant/candidat/terț susținător/ subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. ii).

Față de cele expuse, ..., care a reușit să vizualizeze documentele disponibile în SEAP la etapa corespunzătoare ale Asocierii, deci să ia cunoștință de conținutul documentelor, îi revine obligația de a încadra problema expusă în categoria viciilor de formă, potrivit art. 141 din normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 394/2016:

„Art. 141. - (1) În condițiile art. 221 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”.

Semnarea electronică a documentelor, chiar dacă pe baza unui certificat recunoscut într-un stat nonUE, îndeplinește aceeași funcție ca semnarea olografă a documentelor, de asumare juridică a conținutului lor, pe lângă aceea de identificare a autorului. În speță, semnătura electronică asociată de Asocierea propriilor documente probează că această asociere și le asumă, chiar dacă, din cauze obiective, cum este sediul în Turcia al liderului, nu a putut aplica o semnătură provenind de la un furnizor autorizat în UE, Turcia nefiind stat membru.

Așadar, identificarea și implicarea juridică a Asocierii nu sunt puse la îndoială și ele rezultă din documentele încărcate în SEAP, iar o nouă semnare electronică nu ar reprezenta decât remedierea unui viciu de formă, o „corectare/completare susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant”.

În dosarul constituit la Consiliu se regăsește Contractul de asistență juridică seria B nr. 2212651/2019, valabil până la data de 23.04.2023, prin care sunt desemnați ca reprezentanți ai, inclusiv, pentru redactarea și semnarea de acte, cereri și alte căi de atac, în cadrul procedurii în speță, precum și împuternicirea avocațială seria B nr. 6111282/2021, încheiată în baza contractului de asistență juridică nr. 2212651/2019(documentul nu se regăsește între documentele postate pe SEAP). Consiliul a putut vizualiza existența semnăturii electronice și identifica persoana căreia îi aparține, respectiv, avocat A. Gutoi, de la SCA Gutoi și Mironescu.

Consiliul apreciază de interes a supune atenției „CFR” – SA dispozițiile legale privind identificarea și corectarea viciilor de formă, în sensul că o ofertă care conține asemenea vicii ar trebui, ca regulă, corectată, iar nu respinsă automat. În speță, o modalitate de corectare a viciului de formă o constituie obligarea Asocierii fie să depună aceleași documente ale ofertei în format fizic, semnate olograf, la sediul entității contractante, fie să le retransmită în SEAP, cu altă semnătură electronică extinsă, de pildă cu semnătura asociatului TEC-CUARTO S.A., care are sediul în Spania, țară membră a Uniunii Europene, ori cu orice altă semnătură electronică extinsă angajantă pentru Asociere, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare

acreditat în UE. Desigur, confruntarea corespunderii documentelor care vor fi aduse celor existente la acest moment în SEAP revine entității contractante, pentru a nu exista suspiciunea că Asocieria va prezenta alte documente.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată caracterul fondat al contestației formulate de asocieria prin lider ... BUCUREȘTI, motiv pentru care o va admite, va obliga entitatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 1D/2/2072/05.10.2021 și a adresei de comunicare nr. 1D/2/2082/05.10.2021, în partea privind oferta contestatoarei, conform considerentelor de mai sus și va dispune clarificarea și evaluarea ofertei asocierii contestatoare, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la comunicarea prezentei.

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

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

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

Admite contestația formulată de asocieria prin lider ... în contradictoriu cu și obligă entitatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 1D/2/2072/05.10.2021 și a adresei de comunicare nr. 1D/2/2082/05.10.2021, în partea privind oferta contestatoarei, conform considerentelor de mai sus și dispune clarificarea și evaluarea ofertei asocierii contestatoare, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la comunicarea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini.