CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ..... , ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de doamna ..... - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări de modernizare străzi în ....., cod CPV 45233142-6, cu data limită de depunere a ofertelor 20.10....., organizată de ....., prin primăria sa, cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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/....., să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, după importarea formularului DUAE, nu există posibilitatea ca operatorii economici să modifice câmpurile prestabilite de autoritate, putând doar să bifeze căsuțele aferente sau să completeze secțiunile cu informații proprii. Lipsa unui câmp din formularul DUAE predefinit de autoritatea contractantă nu se poate datora decât unei erori a sistemului IT,

eroare ce a fost admisă ca posibilă de Direcția DG GROW, din cadrul Comisiei Europene.

Autoritatea poate solicita operatorului economic revizuirea DUAE o singură dată, pentru ca informațiile prezentate de operatorii economici să fie complete. Această interpretare este confirmată de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice prin notificarea privind utilizarea DUAE, astfel: „[...] a) Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE atașat ofertei/candidaturii: În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/..... privind achizițiile publice, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAE.”

Contestatoarea consideră că respingerea ofertei sale este abuzivă, excesivă și încalcă principiile ce guvernează achizițiile publice, atât timp cât, în urma prezentării formularului DUAE revizuit, a îndeplinit toate cerințele din documentația de atribuire.

În punctul său de vedere nr. 4691/23.12..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 39697/23.12....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că, în urma analizei documentelor de calificare depuse în SEAP, ținând cont de art. 196 alin. (1) și art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/..... și art. 65 alin. (1), art. 132 alin. (1) și art. 134 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/....., a solicitat contestatoarei o serie de clarificări referitoare la DUAE depus.

În fișa de date a achiziției, pct. III.2.1.a), s-a solicitat îndeplinirea condițiilor: „1. Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/..... privind achizițiile publice - Modalitatea de îndeplinire: Prezentare DUAE cf. art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/.....” și „3. Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/..... privind achizițiile publice - Modalitatea de îndeplinire: Prezentare DUAE cf. art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/.....”. În conformitate cu art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/.....: „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: a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167.”

A fost publicat în SEAP, în cuprinsul documentației de atribuire, un formular DUAE, obligatoriu a fi respectat de către ofertanți, formular în care, la partea a III-a, se regăsesc:

A. Motive referitoare la condamnările penale, unde, în baza art. 57 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE, respectiv a art. 164 din Legea nr. 98/....., se regăsesc 6 motive de excludere, cum sunt: condamnări, corupție, fraude, activități teroriste, spălare de bani, toate acestea fiind nebifate, urmând a fi marcate de către operatorii economici, cu „da” sau „nu”, după caz;

B. Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, unde, în baza art. 57 alin. (2) din Directiva 2014/24/UE, respectiv art. 165 din Legea nr. 98/....., se regăsesc 2 motive de excludere, referitoare la neîndeplinirea obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, toate acestea fiind nebifate, urmând a fi marcate de către operatorii economici, cu „da” sau „nu”, după caz;

C. Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, unde, în baza art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, respectiv art. 167 din Legea nr. 98/....., se regăsesc 15 motive de excludere, cum ar fi: încălcarea obligațiilor în domeniul legislației de mediu, încălcarea obligațiilor în domeniul legislației sociale, încălcarea obligațiilor în domeniul legislației muncii, falimentul etc, toate acestea fiind nebifate, urmând a fi marcate de către operatorii economici, cu „da” sau „nu”, după caz.

În DUAE depus de contestatoare în cadrul ofertei s-au sesizat omisiuni ale informațiilor referitoare la condițiile de participare, la situațiile de excludere conform art. 164 și 167 din Legea nr. 98/..... Nu a completat DUAE partea III - Motive de excludere (corespunzătoare art. 164 și 167 din Legea nr. 98/.....). Dată fiind această omisiune, nu s-a putut efectua verificarea impusă prin Legea nr. 98/....., art. 164 și 167, respectiv fișa de date a achiziției.

Prin adresa de solicitare de clarificări nr. 4296/17.11....., autoritatea nu a solicitat contestatoarei prezentarea unui DUAE revizuit, ci să clarifice inexistența declarațiilor privind art. 164 și 167 din lege în DUAE prezentat, inadvertență care nu este de formă, ci de fond. Acceptarea depunerii unui DUAE revizuit ar fi însemnat înlocuirea unui document depus inițial în ofertă. La răspunsul său nr. 1163/22.11....., contestatoarea a atașat un DUAE revizuit și declarații pe propria răspundere privind încadrarea în art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/....., însă, în conformitate cu prevederile art. 193 alin. (1) din lege, referitoare la definiția DUAE, acest document este el însuși o declarație.

Atât în cadrul notificării sale prealabile, cât și în cadrul contestației depuse, reclamanta citează doar un fragment din notificarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 247/....., desprins din contextul general al respectivei notificări. Se poate solicita revizuirea DUAE în baza art. 209 din Legea nr. 98/..... în

cazul unor inadvertențe de formă, definite clar prin notificarea nr. 247/.....

Ceilalți ofertanți au prezentat DUAE fără erori de genul celor invocate de contestatoare. În fapt, contestatoarea nu a efectuat verificarea prealabilă a documentului în discuție înainte de a-l publica în SEAP, în cadrul ofertei.

Autoritatea contractantă nu este responsabilă de modul în care funcționează serviciile IT ale site-ului https://ec.europa.eu/ tools/espd, nici de modul contestatoarei propriu de utilizare a acestei platforme. Ca fișierul DUAE depus de operatorul economic în cadrul ofertei să fie corespunzător cerințelor din documentația de atribuire cade în sarcina operatorului economic.

Pentru o eventuală imposibilitate tehnică de completare a DUAE în formatul electronic xml, contestatoarea putea utiliza DUAE în format editabil, format disponibil pe SEAP oricărui operator economic (cum s-a întâmplat cu DUAE revizuit prezentat ulterior).

Luând în considerare aspectele enunțate, autoritatea solicită Consiliului să respingă contestația formulată în cauză, ca neîntemeiată.

Cu nr. 1304/28.12....., înregistrate la Consiliu sub nr. 40049/ 28.12....., SC ..... SRL a formulat concluzii scrise în care afirmă că soluția respingerii ofertei sale, adoptată de autoritate, nu respectă prevederile art. 65 și 66 din normele anexate la Hotărârea Guvernului nr. 395/..... Evaluarea cerințelor de calificare în detaliu are loc după analiza propunerilor tehnică și financiară, pentru ofertantul aflat pe primul loc în clasamentul ofertelor admisibile. Au caracter explicit asupra modului de evaluare DUAE și prevederile art. 193 și 196 din Legea nr. 98/.....

Atât timp cât a dovedit bună-credință și a retransmis autorității DUAE revizuit cu toate informațiile solicitate, decizia de respingere a ofertei sale este excesivă și abuzivă, mai ales că nu se poate stabili dacă eroarea în DUAE a apărut la momentul salvării sau la momentul deschiderii documentului, fiind o eroare a sistemului IT.

Scopul autorității contractante nu este de a căuta motive pentru a elimina operatorii economici pentru anumite vicii de formă, ci de a evalua ofertele astfel încât să obțină cea mai buna ofertă, conform scopului și necesităților sale.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... prin primăria sa, a inițiat o procedură simplificată în vederea

achiziționării de lucrări de modernizare de străzi în comună, lucrări estimate valoric la 5.369.321 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură s-au prezentat șapte operatori economici, între care și SC ..... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă și neconformă, întrucât documentul unic de achiziţii european – DUAE depus de societate nu a fost completat la toate secțiunile obligatorii. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/.....

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din legea amintită – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/..... – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile

documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării garanțiilor de participare și a DUAE a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal nr. 4458/09.12....., rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 13.12....., SC ..... SRL s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului evaluării documentelor sale, prin notificarea prealabilă nr. 1244/13.12....., iar ..... i-a răspuns petentei cu adresa nr. 4563/15.12....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului evaluării, invocând și o decizie pronunțată de Consiliu într-un caz similar (decizia nr. 1796/C7/2073/20.10.....). Primind acest răspuns, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Referitor la cerința completării DUAE, la pct. III.2.1) - Criterii de calificare, Situația personală a operatorilor economici, inclusiv cerințele referitoare la înscrierea în registrul comerțului sau al profesiei, din anunțul de participare nr. ...../....., autoritatea a stabilit, între altele: „1. Declaratie privind neincadrarea in prevederile art. 164 din legea nr. 98/..... privind achizitiile publice. Modalitatea de indeplinire: Prezentare DUAE cf.art. 193 alin.1 din Legea 98/..... [...] 3. Declaratie privind neincadrarea in prevederile art. 167 din legea nr. 98/..... privind achizitiile publice. Modalitatea de indeplinire: Prezentare DUAE cf.art. 193 alin.1 din Legea 98/..... [...].”

În fişa de date a achiziţiei, la pct. IV.4.3) - *Modul de prezentare a ofertei*, autoritatea a adăugat: *„Operatorul economic are obligatia de a transmite oferta si DUAE in format electronic si numai pana la data si ora limita de depunere a ofertelor prevazuta in anuntul de participare. Adresa unde poate fi completat DEAU (DUAE) pentru ca apoi sa fie exportat in calculatorul personal si apoi incarcat si transmis on line impreuna cu oferta pana la data limita stabilita pentru depunerea acestei este: https://ec.europa.eu/*

growth/tools-databases/espd/filter. Se va consulta si Ghidul de utilizare DUAE postat pe site-ul www.e-licitatie.ro."

Așadar, autoritatea achizitoare nu numai că a specificat expres că ofertanții au obligația de a prezenta DUAE, ci a și furnizat informații asupra modalității de completare și transmitere a lui.

În pofida prevederilor clare și obligatorii redate mai sus, SC ..... SRL a înțeles să depună în oferta sa un DUAE ce nu a fost completat corespunzător, respectiv care nu avea completată partea a III-a Motive de excludere, aferentă situațiilor de la art. 164 și 167 din Legea nr. 98/....., situații în care autorității îi revine obligația de a exclude din competiție ofertantul.

În urma solicitării de clarificări privind omisiunea semnalată, SC ..... SRL a completat un nou DUAE, pe care l-a depus la autoritate împreună cu două declarații de neîncadrare în situațiile de la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/....., pe care autoritatea nu le-a luat în considerare, apreciind că omisiunea din documentul inițial conduce la respingerea ofertei. Consiliul împărtășește această concluzie la care s-a oprit autoritatea, ea având caracter legal și temeinic.

Depunând un DUAE în care nu existau completate informațiile în partea a III-a Motive de excludere, după cum recunoaște însăși ofertanta contestatoare, aceasta a încălcat cele stabilite de autoritate în anunț și fișa de date a achiziției. Depunerea DUAE revizuit și a declarațiilor privind situația personală a operatorului economic nu are nicio relevanță în speță, cerința fiind aceea a prezentării unui DUAE inițial completat corespunzător. După cum s-a constatat, SC ..... SRL nu a completat nicio informație la partea a III-a Motive de excludere, în DUAE inițial.

Spre deosebire de SC ..... SRL, ceilalți ofertanți au completat partea a III-a din propriile DUAE, ceea ce înseamnă că autoritatea contractantă a generat un formular DUAE corect, după cum se observă și din anexa nr. 3 la punctul de vedere transmis de autoritate Consiliului, cuprinzând modelul DUAE dat de autoritate (în care, câmpurile din partea a III-a sunt deschise bifării și completării de către ofertanți).

Toți ofertanții aveau aceeași obligație de a elabora oferta și înscrisurile însoțitoare (DUAE) în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar:

- comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secţiunea a 8-a din Legea nr. 98/.....;

- comisia de evaluare are obligaţia, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare, să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanţilor respinşi, să deschidă în SEAP sesiunea pentru prezentarea

documentelor-suport aferente DUAE *depuse de ofertantul de pe primul loc*, precum şi să acorde un termen de răspuns;

- oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația de atribuire;

- comisia de evaluare are obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți;

- comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

În cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE, dispune art. 132 alin. (1) din normele la lege, obligație pe care comisia evaluatorie desemnată de ..... nu a putut să o îndeplinească integral în situația societății contestatoare, dat fiind că aceasta nu a completat câmpurile din partea a III-a, după cum s-a menționat mai sus.

Doar pentru ofertantul clasat pe primul loc pot fi acceptate documente-suport aferente DUAE, ceea ce nu este cazul contestatoarei.

Consecința lipsei din oferta SC ..... SRL a unui DUAE completat corespunzător la toate secțiunile constă în respingerea fără ezitare a ofertei, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/..... (oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă) și cele ale alin. (1) din același articol (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind cea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei (DUAE) este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației. SC ..... SRL putea și trebuia să verifice documentul pe care l-a încărcat în SEAP, anterior încărcării lui, pentru a preveni eventuale omisiuni și elimina riscul respingerii ofertei din cauza lor.

Mesajul e-mail primit de la DG GROW (GROW-ESPD@ ec.europa.eu) la 12.12....., după finalizarea evaluării DUAE și respingerea ofertei de către autoritate, nu disculpă cu nimic societatea contestatoare, ci dimpotrivă, naște suspiciunea vinovăției acesteia, cauzată de inactivitatea ei în completarea DUAE pe mai

mult de o oră. Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) şi art. 249 C. proc. civ., care impun părţilor să susţină cu mijloace de probă cele ce afirmă în faţa Consiliului, autoarea contestației nu a reuşit să demonstreze că omisiunea completării părții a III-a din propriul DUAE ar fi datorată unui terț sau sistemelor/aplicațiilor informatice aparținând DG GROW/Comisiei Europene sau operatorului SEAP (Agenția pentru Agenda Digitală a României).

Raționamentul contestatoarei, precum că autoritatea avea obligația de a îi accepta aducerea unui nou DUAE, nu este judicios, deoarece ar fi încălcat atât textul imperativ al art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a, cât și principiul legal al tratamentului egal între ofertanți. În același sens este și decizia Consiliului nr. 1796/C7/ 2073/20.10.....

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta SC ..... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea procesului-verbal nr. 4458/09.12....., prin care a fost stabilit rezultatul evaluării actelor contestatoarei și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea acestora. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., prin primăria sa.

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

Respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu ....., prin primăria sa.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.