

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. 1019/C1/960

Data: 17.05.2022

Prin contestația nr. 8256/20.04.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 20587/20.04.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în Mun., str. nr., ap., sectorul, având CUI, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin director, împotriva comunicărilor nr. 2618/15.04.2022 și nr. 2620/15.04.2022 privind rezultatul procedurii, emise de către, cu sediul în Șoseaua -, km, localitatea, județ în calitate de entitatea contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizate în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Cartarea zgomotului și refacerea/ revizuirea hărților strategice de zgomot și a planului de acțiune”, cod CPV 71313100-6, prin care s-a solicitat:

- să se constate aplicabilitatea Deciziei nr. 535/C1/247,279 emisă de CNSC în data de 11.03.2022;
- să se constate că ofertele depuse de SC SRL sunt inacceptabile și neconforme potrivit documentației de atribuire;
- să fie anulate adresele de comunicare nr. 2618/15.04.2022 și nr. 2620/15.04.2022, raportul procedurii nr. 2616/15.05.2022 și a tuturor comunicărilor privind rezultatul procedurii;
- să fie obligată entitatea contractantă la continuarea procedurii și reevaluarea ofertelor SC SRL;
- plata cheltuielilor de judecată.

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

Preliminar, contestatorul precizează că, prin anunțul de participare simplificat postat pe SEAP sub nr. SCN...../30.12.2021, ... a solicitat achiziția serviciului „Cartarea zgomotului și refacerea/revizuirea hărților strategice de zgomot și a planului de acțiune”, cod CPV 71313100-6, serviciu împărțit în 2 loturi, a cărui atribuire face obiectul

prezentei contestații, criteriul de atribuire fiind prețul cel mai scăzut. Termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost 17.01.2022, ora 15.

Contestatorul precizează că au participat doi ofertanți, SC SRL și SC SRL, care au depus oferte în termen (câte una pentru fiecare dintre cele două loturi).

Din cauza eliminării unei condiții/cerințe de calificare, după expirarea termenului de depunere a ofertelor - certificarea SR EN 27001 (întrucât ofertantul SC SRL, care nu deținea acea certificare, a solicitat eliminarea cerinței, iar entitatea s-a conformat solicitării, motiv pentru care contestatorul arată că a promovat o contestație la CNSC, în urma căreia s-au admis criticile sale și s-a pronunțat Decizia nr. 535/C1/247,279/11.03.2022, reținându-se că „prin necontestarea în termenul legal, prevederile documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare” iar „ofertanții și-au însușit obligația de a respecta întocmai cerințele de calificare impuse și documentele în susținerea acestora cât și riscurile ce decurg din nerespectarea acestor cerințe”.

Astfel, contestatorul menționează că CNSC a impus obligarea entității contractante la „continuarea procedurii de atribuire cu reluarea etapei de evaluare a ofertelor potrivit prevederilor legale, documentației de atribuire și a celor reținute în motivare” cu motivarea că entitatea a impus ca cerință „Ofertantul trebuie să prezinte certificate ISO la nivelul întregii organizații emise de o organizație acreditată cel puțin pentru SR EN ISO 9001, SR EN ISO 27001”.

Contestatorul susține că, în data de 15.04.2022, i-au fost înaintate comunicările privind rezultatul procedurii de achiziție și raportul procedurii nr. 2616/15.4.2022, prin care se constată că ambele oferte sunt admisibile, iar în urma aplicării criteriului de atribuire - prețul cel mai mic- entitatea contractantă a desemnat ca oferte câștigătoare, ofertele SC SRL.

SC SRL precizează că în finalul raportului, în urma clarificării solicitate prin adresa nr. 2411/07.04.2022, SC SRL a transmis în data de 13.04.2022 copie a certificatului ISO 27001:2018.

Din analiza raportului procedurii din 15.04.2022 contestatorul a reținut faptul că SC SRL nu a depus odată cu ofertele, până la data limită de 17.01.2022, nici certificarea ISO 27001, susținând că

aceasta a fost depusă abia la 13.04.2022, și nici mai multe documente de calificare solicitate prin documentația de atribuire.

Astfel, contestatorul apreciază că, în esență, entitatea contractantă nu a aplicat decizia CNSC, nu a respectat prevederile legale incidente, iar în urma reevaluării ofertelor a admis ofertele SC SRL, care erau incomplete și neconforme, motiv pentru care solicită ca ofertele SC SRL să fie înlăturate, neîndeplinind cerințele solicitate, motiv pentru care solicită și obligarea entității contractante la continuarea procedurii și reevaluarea ofertelor sale.

Contestatorul susține faptul că a luat la cunoștință de mecanismul fraudulos în care entitatea contractantă a ales să pună în aplicare decizia CNSC, în data de 15.04.2022 și, analizând raportul procedurii, a constatat că entitatea contractantă ar fi solicitat clarificări doar din partea ofertantului SC SRL, privind situația recertificării ISO, iar acesta a răspuns la 13.04.2022 prin transmiterea certificatului ISO 27001:2018. Astfel rezultă că, SC SRL nu deținuse până la acel moment certificarea ISO 27001:2018, astfel că nu se poate aplica instituția „recertificării”, iar data de 13.04.2022 depășește data limită pentru depunerea ofertei și documentelor anexă acesteia, entitatea apelând la crearea unui artificiu în scopul favorizării unui ofertant care nu a prezentat condițiile de eligibilitate pe parcursul întregului proces de evaluare a ofertei încărcate în SEAP și a documentelor care o însoțesc, susține contestatorul.

De asemenea, arată că există documente pe care ofertantul SC SRL nu le-a încărcat în SEAP, cu semnătura electronică așa cum prevede legislația în domeniul achizițiilor publice, cu toate că anunțul de participare impunea această obligație tuturor participanților la procedură, lipsa actelor obligatorii care însoțesc oferta SC SRL a fost menționată în tabel cu justificări de genul: „se va solicita ofertantului clasat pe locul 1”, lot 1 și lot 2 sau cu mențiunea că: „nu s-a solicitat”, iar acesta poate fi și motivul pentru care alți ofertanți nu au putut să participe la procedură, din lipsa deținerii la data ofertării a unor certificări obligatorii solicitate prin anunțul de participare.

Contestatorul apreciază că, raportat la informațiile prezentate de entitatea contractantă prin raportul procedurii nr. 2616/15.04.2022, prin acceptarea prezentării certificatului ISO 270001 obținut de SC SRL după data limită de depunere a ofertelor în SEAP, în termenul de reevaluare a ofertelor, se poate considera că ofertantul SC SRL a modificat oferta inițial depusă în SEAP și sunt, astfel, încălcate și dispozițiile art. 140 alin. (8) lit. e) din HG nr. 394/2016.

Acceptarea în procedură a ofertantului care nu îndeplinea cerințele minime de calificare la data limită de depunere a ofertei, în situația prezentată anterior, conduce, în opinia contestatorului, în mod

indubitabil la crearea unui avantaj inechitabil ofertant SC SRL, cât și la încălcarea principiilor egalității de tratament și transparenței, indicat frecvent în jurisprudența CJUE, comisia de evaluare încălcând astfel prevederile art. 143 alin (1) lit. b) din Hotărârea nr. 394/2016.

În plus, menționează că entitatea contractată nu a prevăzut prin anunțul de participare SCN/30.12.2021 acceptarea de oferte alternative în cadrul acestei proceduri.

În afara prezentării tardive a certificatului SR EN 27001 de către ofertantul „declarat câștigător”, față de data și termenul ofertării, contestatorul susține că acesta nu a putut face dovada prezentării unor documente acte/dovezi de eligibilitate, care însoțesc oferta și care au fost solicitate prin anunțul postat pe SEAP, fiind cerințe obligatorii de îndeplinit de către toți ofertanții, documente prezentate de către contestator sub formă tabelară.

Există și alte aspecte pe care contestatorul susține că le-a constatat ca fiind omise a fi prezentate de entitatea contractantă, prin raportul procedurii, raportat la cerințele anunțului și documentației descriptive, care trebuia respectată de toți ofertanții participanți, aceste informații lipsind din raportul procedurii, iar contestatorul susține că nu cunoaște dacă ofertatul SC SRL a putut face dovada încărcării acestor informații solicitate de entitate:

- Declarație privind eligibilitatea;
- Certificat de cazier fiscal pentru companie;
- Certificat de cazier judiciar pentru companie;
- Certificat de cazier judiciar pentru;
- Certificat de atestare fiscală;
- Certificat fiscal cu privire la impozitele și taxele locale;
- Certificat constatator eliberat de Oficiul Registrul Comerțului;
- Fișă informații Generale;
- Certificate ISO-9001 si 27001.

Contestatorul prezintă în cadrul contestației și suspiciunea sa privind existența unui dialog informal între entitatea contractantă și ofertantul SC SRL, privind prețul mai mare ofertat de contestator.

Contestatorul își întemeiază susținerile pe dispozițiile din Hotărârea nr. 419/2018, Legea nr. 101/2016 și Legea nr. 99/2016, solicitând

admiterea contestației, aplicarea Deciziei CNSC nr. 535/C1/247,279/11.03.2022, anularea raportului procedurii nr. 2616/15.05.2022 și a tuturor comunicărilor privind rezultatul procedurii, și constatarea ca fiind inacceptabile și neconforme ofertele depuse de SC SRL, iar pe cale de consecință, solicită obligarea entității contractante la continuarea procedurii și reevaluarea ofertelor SC SRL.

Anexat contestației în original, contestatorul SC SRL depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208006203/1, tranzacția nr. 1199206950/2021151419 din data de 20.04.2022, eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria, în cuantum de 1.060,00 lei. Prin adresa nr. 2875/27.04.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 21642/28.04.2022 depune punctul de vedere, referitor la contestația formulată de SC SRL.

Entitatea contractantă consideră că procedura de atribuire s-a derulat cu respectarea legislației în vigoare, iar în conformitate cu Decizia nr. 535/11.03.2022 emisă de CNSC ca urmare a soluționării contestației formulată de SC SRL nr. 5575/02.02.2022, precum și completarea acesteia înregistrată sub nr. 6096/04.02.2022, entitatea contractantă a procedat la evaluarea ofertelor depuse, atât de către contestator, cât și de competitorul SC SRL, și apreciază că, societatea contestatoare a realizat o interpretare eronată privind faptul că entitate contractantă ar fi eliminat condiția de certificare SR EN ISO 27001 precizând că în cadrul procedurii de atribuire (postare pe SEAP) nu se regăsește o operațiune în sensul eliminării unei asemenea condiții.

Așa cum și-a exprimat poziția și cu ocazia contestației inițiale a ofertantului SC SRL, înregistrată la CNSC sub nr. 5575/02.02.2022, precum și completarea acesteia înregistrată sub nr. 6096/04.02.2022, documentul din procedură înregistrat sub nr. 658/28.01.2022 întocmit de entitatea contractantă a fost postat în SEAP pentru o corectă transparență asupra procedurii, și nicidecum acesta nu era în măsură a determina entitatea contractantă în sensul schimbării ori eliminării din caietul de sarcini a cerinței privind certificarea SR EN ISO 27001.

Ofertantul SC SRL a făcut o solicitare de clarificări după expirarea perioadei de formulare a clarificărilor, în sensul că certificarea SR EN ISO 27001 din art. 8.17 din propunerea de contract să fie eliminată, deoarece cerințele Legii nr. 121/2019 privind evaluarea și gestionarea zgomotului ambiental precum și ale Directivei Europene 2002/49/END nu prevăd o asemenea cerință, însă perioada de formulare a clarificărilor fiind închisă entitatea contractantă nu putea lua în considerare o obiecție de această natură.

Entitatea contractantă menționează că a întocmit procesul verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile

caietului de sarcini, și după caz cu factorii de evaluare, înregistrat sub nr. 662/28.01.2022, prin care se constată, conform declarațiilor ofertanților, că propunerile tehnice ale ambilor sunt conforme în raport cu caietul de sarcini și urmează a fi depuse documente necesare în susținerea declarațiilor, iar ca urmare a respectivei evaluări operatorul economic SC SRL a ales să formuleze contestația care a făcut obiectul judecății în fața CNSC în dosarele nr. 247/2022 și nr. 249/2022.

Din punct de vedere legal, menționează entitatea, chestiunea privind cerința SR EN ISO 27001 a fost asumată de către operatorul economic SC SRL ca fiind o cerință tehnică (prezentată de ofertant într-un tabel comparativ privind cerințele din caietul de sarcini), aceasta fiind analizată și prin prisma documentelor solicitate a fi prezentate prin fișa de date, aspect care a determinat entitatea contractantă ca, din punct de vedere tehnic, să admită ofertele ambilor operatori economici.

Astfel, ambii ofertanți au declarat că îndeplinesc cerințele cu privire la certificări, inclusiv certificatul SR EN ISO 27001, fie prin depunerea/ declararea prezentării acestora ca urmare a declarației DUAE sau a fișei de date, în momente diferite ale procedurii, motiv care a determinat entitatea să admită ofertele tehnice, neîndeplinirea cerinței apărând doar la momentul verificării efective a documentelor, când susține că a fost pusă în situația de a lua cunoștință de obiecția inițială a competitorului SC SRL.

Ori, entitatea contractantă susține că a luat la cunoștință de obiecțiile respective doar după deschiderea efectivă a ofertelor, astfel că s-a aflat în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin (2) din Legea nr. 99/2016.

În altă ordine de idei, entitatea contractantă susține că a concluzionat nerespectarea prevederilor art.62 alin (1) din Legea nr. 99/2016, apreciind că situația înregistrată se pliază pe prevederile art. 224 și art. 225 din Legea 99/2016.

Astfel, entitatea contractantă susține că a emis decizia de anulare a procedurii de atribuire nr. 823/02.02.2022, supusă contestației inițiale, formulată de contestatoare, iar urmare a Deciziei CNSC 535/11.03.2022 a fost reluată procedura din etapa de evaluare.

Decizia CNSC nr. 535/11.03.2022 dispune reluarea procedurii din etapa de evaluare, și nu impune în sarcina entității contractante obligația de a declara câștigătoare oferta contestatorului, astfel, reluând procedura din etapa de evaluare, în special în ceea ce privește verificarea documentelor cerute prin fișa de date, entitatea menționează că a constatat că SC SRL a depus adeverința nr. SRAC 2323/23.03.2022, din care rezultă faptul că ofertantul se afla în procedura de recertificare pentru obținerea certificatului SR-EN ISO 27001, aspect care prin prisma prevederilor art. 200 din Legea nr. 99/2016 și recomandărilor ce rezultă din îndrumarul Metodologic pentru Formularea Criteriilor Legate de Standarde în Documentațiile de Atribuire emis de Ministerul Finanțelor Publice-Agenția Națională pentru Achiziții Publice, nu putea fi ignorat de către entitatea contractantă.

În susținerea celor menționate, entitatea contractantă citează în cuprinsul punctului de vedere din pag. 19/20 ale îndrumarului.

Întrucât procedura de evaluare nu era finalizată, entitatea contractantă susține că a solicitat ofertantului SC SRL clarificări prin adresa nr. 2411/07.04.2022, iar urmare a acestor clarificări ofertantul a comunicat prin adresa nr. 145/13.04.2022, înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 2574/13.04.2022, că procesul de certificare a fost încheiat, comunicând în anexă o copie a Certificatului nr. 395/08.04.2022, cu valabilitate începând cu 07.04.2022 și vizat corespunzător anului 2022, pentru standardul SR EN ISO/IEC 27001:2018, motiv pentru care, acuzele contestatorului privind decizia de a-l declara câștigător pe ofertantul SC SRL ar fi frauduloasă și contrară dispozițiilor legale, nu sunt susținute.

De asemenea, entitatea contractantă precizează că, într-adevăr, prin anunțul de participare SCN...../30.12.2021 nu a prevăzut acceptarea de oferte alternative, însă, faptul că în cadrul etapei de evaluare a acceptat prezentarea adeverinței SRAC 2323/23.03.2022, din care rezulta faptul că ofertantul se afla în procedura de recertificare pentru obținerea Certificatului SR-EN ISO 27001, nu a făcut decât să respecte prevederile legale amintite și să urmeze recomandările ANAP.

În ceea ce privește termenul legal afectat procedurii de evaluare, urmare a comunicării de către CNSC a Deciziei nr. 535/11.03.2022, entitatea contractantă susține că a apreciat că această procedură trebuie să se încadreze într-un nou termen de 50 de zile pentru evaluare însă pentru a nu fi întârziată procedura de evaluare aceasta a fost prelungită cu doar 20 de zile lucrătoare (nota informativă 2236/01.04.2022 aprobată de către președintele CA la aceeași dată 01.04.2022), mai ales că o asemenea etapă nu a fost derulată anterior contestației inițiale formulată de contestatoarea SC SRL.

..... susține că ambii ofertanți au fost înștiințați cu privire la prelungirea termenului de evaluare până la data de 29.04.2022, totodată, solicitându-le prelungiri ale valabilității garanției de participare și a ofertelor, până cel puțin la data respectivă, iar ambii ofertanți au transmis acceptul de menținere a valabilității ofertelor (contestatorul SC SRL până la 21.06.2022, iar competitorul SC SRL până la 01.05.2022) și de asemenea au comunicat dovezi de prelungire a valabilității garanției de participare (contestatorul SC SRL prin suplimentul de asigurare nr. 1 la Polița GL, iar competitorul SC SRL prin OP 8/13.01.2022).

De asemenea, entitatea contractantă consideră că suspiciunea contestatorului privind existența unui dialog informal între ea și ofertantul SC SRL, privind prețul mai mare oferit de contestatoare și forțarea obținerii de către ofertantul declarat câștigător a certificatului standard SR EN ISO 27001, nu este întemeiată. Ori, dacă contestatorul poate prezenta și dovezi aferente, entitatea susține că este în măsură a asuma răspunderea penală a membrilor comisiei de evaluare, și de asemenea susține că nu poate identifica aspecte privind ofertele financiare decât la momentul deschiderii acestora, ori, de la acest moment nu este posibilă nicio operațiune care să schimbe clasamentul ofertanților.

În ceea ce privește tardivitatea prezentării de către ofertantul SC SRL a certificatului privind standardul SR EN ISO 27001, ... consideră că o astfel de excepție trebuie respinsă, întrucât acest act a fost depus de către ofertant înaintea încheierii procedurii de evaluare, ofertantul SC SRL depunând toate documentele/dovezile privind eligibilitatea sa în procedură, atât pentru lotul 1 cât și lotul 2 și postate în SEAP.

Entitatea contractantă susține că a urmărit permanent ca în toate etapele procedurii de atribuire, și nu doar în etapa de evaluare, să respecte principiile transparenței și corectitudinii decizionale, fără a crea avantaje față de un ofertant sau altul.

De asemenea, susține entitatea contractantă, SC SRL invocă faptul că aceasta nu a regăsit documentele de eligibilitate postate în SEAP de către ofertantul SC SRL, sens pentru care apreciază că aceasta este în necunoștința regulilor de ofertare prin intermediul

platformei. Ar însemna, conform aprecierii contestatorului, ca fiecare ofertant să aibă acces la documentele și ofertele celorlalți competitori.

Toate documentele au fost transmise de către ofertantul clasat pe primul loc și au fost consemnate în procesul verbal privind evaluarea documentelor suport depuse de candidați ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 2594/14.04.2022 și totodată a celor precizate în Fișa de date, susține entitatea contractantă, fiecare dintre aceștia având acces doar la informațiile privind solicitările de clarificări precum și răspunsurile la acestea.

În ceea ce privește situația tabelară cuprinsă în contestație (pag. 10-13), entitatea consideră că aceasta a fost extrasă de către contestator din raportul procedurii întocmit în conformitate cu anexele la Ordinul ANAP nr. 1170/2021, respectiva situație fiind preluată și expusă de către entitatea contractantă în acest document tot în conformitate cu prevederile ordinului menționat din Procesul verbal nr. 661/28.01.2022 de evaluare a garanției de participare a informațiilor din DUAE și a documentelor care-l însoțesc.

Prin adresa nr. 8264/02.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 22210/02.05.2022 SC SRL depune răspuns la punctul de vedere al entității contractante.

Cu privire la aspectele invocate de entitatea contractantă, referitoare la „îndeplinirea criteriului de eligibilitate” prin deținerea certificatului SR EN ISO 27001, așa cum este solicitat și publicat prin anunțul de participare la procedura simplificată SCN/30.12.2022, contestatorul reamintește entității contractante istoricul derulării evenimentelor, pe care le apreciază ca fiind generate în mod artificial de către aceasta, cu scopul „atribuirii serviciului unui ofertant pe care și-l dorește ca fiind câștigător și care nu a făcut dovada îndeplinirii criteriilor de calificare și eligibilitate a ofertei încărcate în SEAP la data și ora limită de depunere a ofertelor”.

În ceea ce privește modul în care entitatea contractantă a înțeles că poate să pună în practică Decizia CNSC nr. 535/11.03.2022, contestatorul susține că își menține în continuare solicitările invocate prin contestație, în care menționează că a explicat cum entitatea contractantă a recurs la crearea unui artificiu în scopul favorizării unui ofertant care nu a prezentat condițiile de eligibilitate pe parcursul „evaluării, calificării și analizării ofertei tehnice”, pe întreg procesul de evaluare a ofertei încărcate în SEAP și a documentelor care o însoțesc.

Contestatorul reiterează faptul că solicitarea SR EN ISO 27001 reprezintă un criteriu de calificare și selecție, pe care ofertantul trebuie să-l depună obligatoriu în cadrul ofertei, până la data limită de depunere, acest lucru coroborat cu faptul că raportul procedurii nr. 2616/15.04.2022 (pag 4 - Lot 1 și pag 6 - Lot 2) indică în mod clar și

neechivoc faptul că acest act nu a fost depus și semnat electronic, motiv pentru care apreciază că orice explicație/completare ulterioară din partea ofertantului SC SRL, chiar venită de la o solicitare (tardivă și aceasta) de clarificare a entității contractante este neavenită, nulă și imposibil de luat în considerare.

Luând în considerare atitudinea entității contractante pe parcursul întregii proceduri, contestatorul a constatat că entitatea contractantă nu a respectat propriile cerințe din documentațiile de atribuire, întrucât aceasta a precizat și în Fișa de Date cap IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei (pag 11) „în acest sens, operatorii economici care, fie nu prezintă sau prezintă informații parțiale cu privire la propria lor situație privind incidența motivelor de excludere sau îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție sau care se fac vinovați de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității contractante, vor fi respinși, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor/consecințelor legale incidente”, iar în final, entitatea contractantă nu a recurs la respingerea ofertelor care nu îndeplinesc criteriile de calificare și selecție.

Contestatorul solicită să se rețină următoarele aspecte, invocate și aplicate în mod nelegal de entitatea contractantă, raportat la reevaluarea ofertelor coroborat cu documentația de atribuire:

- certificatul ISO 27001 este solicitat de entitate prin anunțul de participare la procedura publicat pe SEAP SCN/30.12.2021, iar acesta reprezintă un criteriu de eligibilitate obligatoriu a fi prezentat de oricare ofertant participant, la depunerea ofertei în SEAP, fiind ulterior solicitat și în fișa de date și în caietul de sarcini;
- entitatea contractantă invocă recertificarea, ca și cum SC SRL ar fi deținut certificarea ISO 27001, or, în speță, așa cum rezultă din înscrisurile menționate, SC SRL a avut în oferta tehnică încărcată în SEAP o obiecție cu privire la deținerea ISO 27001, ceea ce înseamnă că acesta nu deținea, la ofertare, certificarea ISO 27001, iar entitatea invocă recertificarea, iar o recertificare nu putea să fie îndeplinită în lipsa certificării inițiale;
- din adresa nr.2411/07.04.2022 emisă de entitatea contractantă către SC SRL rezultă faptul că s-au solicitat clarificări privind stadiul recertificării și s-a solicitat depunerea copiei certificatului ISO expirat (în legătură cu care a fost inițiată procedura de recertificare;

- în data de 13.04.2022 SC SRL formulează scrisoarea de înaintare nr. 145, în care arată că procesul de certificare ISO 27001:2018 este încheiat și înaintează în anexă certificatul nr. 395, cu dată inițială a certificării 8 aprilie 2022.

Contestatorul susține că la solicitarea entității contractante de a comunica certificatul inițial, SC SRL nu a răspuns, întrucât contestatorul susține că ofertantul câștigător nu îl deține, entitatea contractantă trecând peste acest aspect.

De asemenea, afirmă că adeverința nr. 2323/23.03.2021, care conține informații cu privire la recertificarea la care se face referire, este emisă după data limită de depunere a ofertei (17.01.2022 ora 15:00), astfel că apreciază că oferta SC SRL este inacceptabilă, potrivit art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire adresa de răspuns nr. 2875/27.04.2022 „Întreaga procedură aferentă anunțului de participare SCN/30.12.2021 este disponibilă și pe SEAP cu luarea în considerare că aceasta nu a fost monitorizată de ANAP” contestatorul solicită sesizarea ANAP - Direcția Generală Control Ex-Ante, Coordonare Metodologică și Supervizare Sistem, să efectueze o verificare ex-ante a întregii proceduri de atribuire și a documentelor aferente derulării cu privire la conformitatea cu legislația în domeniul achizițiilor publice și a actelor încărcate în SEAP de către ambii ofertanți participanți la procedură, inclusiv verificarea corelării informațiilor privind prețul criptat în SEAP și prețul încărcat prin formularul de ofertă financiară pentru ambii ofertanți.

În consecință, pentru considerentele expuse în contestație, completate cu cele din răspunsul la punctul de vedere, contestatorul solicită admiterea contestației, aplicabilitatea Deciziei nr. 535/C1/247,279 emisă de CNSC în data de 11.03.2022, anularea Raportului procedurii nr. 2616/15.04.2022 și a tuturor comunicărilor privind rezultatul procedurii, și constatarea faptului că ofertele depuse de SC SRL sunt inacceptabile și neconforme, potrivit documentației de atribuire, iar pe cale de consecință să obligați entitatea contractantă la continuarea procedurii și reevaluarea ofertelor care îndeplinesc integral cerințele de atribuire.

De asemenea, solicită obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată, reprezentând taxe judiciare și onorariul avocat, potrivit facturii anexate.

Prin adresa nr. 3049/03.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 22768/04.05.2022 depune punct de vedere la răspunsul contestatorului.

Luând cunoștință de răspunsul formulat de SC SRL nr. 8264/02.05.2022, înregistrat la CNSC sub nr. 22210/02.05.2022 entitatea contractantă susține că sunt menținute acuzele formulate inițial

de către contestator, în sensul că entitatea dorește atribuirea contractului unui anume ofertant, dar nu aduce nici o dovadă în acest sens.

Entitatea contractantă reiterează susținerile din punctul de vedere, în sensul că din punct de vedere legal, chestiunea privind cerința SR EN ISO 27001 a fost asumată de către operatorul economic competitor SC SRL ca fiind o cerință tehnică (prezentată de ofertant într-un tabel comparativ privind cerințele din caietul de sarcini), aceasta fiind analizată și prin prisma documentelor solicitate a fi prezentate prin Fișa de date, aspect care a determinat entitatea ca din punct de vedere tehnic să admită oferta acestuia.

Prin Decizia CNSC nr. 535/11.03.2022 entitatea contractantă susține că a fost obligată la reluarea procedurii din etapa de evaluare, care în principiu nici nu a fost începută întrucât SC SRL a intervenit cu o prima contestație înregistrată sub nr. 5575/02.02.2022, completată ulterior sub înregistrarea sub nr. 6096/04.02.2022.

Așadar, efectiv procedura de evaluare nu s-a derulat, sens pentru care entitatea contractantă a procedat la verificarea documentelor cerute prin Fișa de date (solicitarea documentelor justificative a ofertantului clasat pe primul loc), ocazie cu care s-a constatat depusă, la dosarul procedurii, de către competitorul SC SRL, adeverința nr. SRAC 2323 din data de 23.03.2022, din care rezulta faptul că ofertantul se afla în procedura de recertificare pentru obținerea Certificatului SR-EN ISO 27001, aspect care prin prisma prevederilor art. 200 din legea 99/2016 și recomandărilor ce rezultă din îndrumarul Metodologic pentru Formularea Criteriilor Legate de Standarde în Documentațiile de Atribuire emis de Ministerul Finanțelor Publice- Agenția Națională pentru Achiziții Publice, nu putea fi ignorat, susține entitatea contractantă.

Prin adresa nr. 8270/05.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 22935/05.05.2022 SC SRL depune concluzii scrise în care reiterează susținerile din contestație.

Prin adresa nr. 3147/06.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 23898/10.05.2022 depune dosarul achiziției.

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

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Cartarea zgomotului și refacerea/revizuirea hărților strategice de zgomot și a planului de acțiune”, cod CPV 71313100-6, publicând în SEAP, anunțul de participare nr. SCN...../30.12.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 53.000,00 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „prețul cel mai scăzut”.

Anterior, pe rolul Consiliului, SC SRL a depus contestația nr. 8166/02.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 5575/02.02.2022 formulată împotriva comunicării nr. 658/28.01.2022 reprezentând adăugare clarificare/decizie la anunțul de participare simplificat, postată în SEAP la data de 28.01.2022 ora 11:23 și contestația nr. 8170/04.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 6096/04.02.2022, formulate împotriva rezultatului procedurii prin care s-a solicitat: anularea deciziei nr. 823 /02.02.2022 de anulare a procedurii de achiziție, emisă de entitatea contractantă, precum și toate actele entității contractante privind decizia de anulare, inclusiv adresele de comunicare și obligarea entității contractante să continue procedura de achiziție publică.

Contestația mai sus menționată a fost soluționată prin Decizia nr. **535/C1/247,279/11.03.2022**, în sensul:

„ Admite contestațiile formulate de către SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează adresa nr. 658/28.01.2022, decizia de anulare a procedurii nr. 823/02.02.2022 precum și actele subsecvente și obligă entitatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire cu reluarea etapei de evaluare a ofertelor potrivit prevederilor legale, documentației de atribuire și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Obligatorie.

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

Decizia Consiliului nr. 535/C1/247,279/11.03.2022 nu a fost atacată cu plângere devenind definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauzele soluționate anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

În cadrul contestației care face obiectul prezentei, SC SRL solicită anularea rezultatului și a raportului procedurii emis de entitatea contractantă urmare a reluării etapei de evaluare a ofertelor dispusă prin decizia CNSC anterioară, apreciind că oferta desemnată câștigătoare

aparținând SC SRL nu îndeplinește cerințele de calificare impuse deoarece nu era certificat SR EN ISO 27001 la data limită de depunere a ofertelor, respectiv la data de 17.01.2022.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să soluționeze contestația formulată de SC SRL verificând atât modalitatea în care a pus în aplicare entitatea contractantă măsurile dispuse prin Decizia CNSC nr. 535/C1/247,279/11.03.2022, definitivă și irevocabilă prin neatacarea cu plângere, cât și modul de evaluare a ofertei desemnate câștigătoare prin raportare la cerințele documentației de atribuire și prevederile legale aplicabile.

Astfel, un prim aspect care se reține în preambulul soluționării prezentei cauze, sunt considerațiile Consiliului din decizia anterioară nr. 535/C1/247,279/11.03.2022 privind necesitatea continuării etapei de evaluare a ofertelor cu verificarea corespunzătoare a îndeplinirii de către ofertanți a cerințelor de calificare stabilite în anunțul de participare, în speță a certificatului SR EN ISO 27001:

*„Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, prevederile documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, (inclusiv pentru ofertantul care a sesizat entitatea contractantă cu privire la certificatul **SR EN ISO 27001**), cât și pentru comisia de evaluare în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016.*

*Consiliul va reține faptul că cerințele din anunțul de participare și instrucțiunile pentru ofertanți referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice și cu privire la documentele care trebuie depuse în cadrul ofertei **sunt obligatorii, și nu formale**, înscrisurile elaborate de entitatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat. Mai mult, ofertanții nu au formulat obiecții cu privire la modul în care entitatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, **prin urmare și-au însușit obligația de a respecta întocmai cerințele de calificare impuse și documentele în susținerea acestora cât și riscurile ce decurg din nerespectarea acestor cerințe.***

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, CJUE a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina

de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului cu privire la clarificarea din oficiu nr. 658/28.01.2022 publicată în SEAP la data 28.01.2022 sub identificatorul „[SCN...../00048] clarificare din oficiu-semnat.pdf.p7s”, motiv pentru care la obliga entitatea contractantă la anularea acesteia.

În ceea ce privește anularea în totalitate a procedurii de atribuire, se reține că procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 99/2016 care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/25/UE au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții publice/acord-cadru.

Numai în mod excepțional, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire prin încheierea unui contract/acord-cadru.

Prin urmare, potrivit art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 149 alin. (1) din HG nr. 394/2016 care statuează regula conform căreia: „Entitatea contractantă are obligația de a

încheia contractul sectorial/acordul-cadru cu ofertantul a cărei ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”.

Consiliul va reține că, prin excepție de la această regulă, potrivit art. 225 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă poate anula procedura de atribuire pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se existența unei erori materiale datorate unei cerințe apreciate că nu se impunea, în speță certificatul SR EN ISO 27001.

Modalitatea în care a înțeles să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal, că faptul că art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire „dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului” trebuie interpretată în contextul anterior invocat, în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, survenită din motive independente de voința entității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării deoarece anularea procedurii este consecința directă a acțiunilor/ inacțiunilor entității care a apreciat în mod evident tardiv că impunerea certificatului SR EN ISO 27001 nu s-ar impune.

Entitatea contractantă nu are opțiunea de a nu încheia contractul în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 151 din HG nr. 394/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului, și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice”.

Fiind stabilită necesitatea continuării etapei de evaluare a ofertelor cu verificarea cerințelor/criteriilor de calificare, Consiliul reține că potrivit **anunțului de participare** simplificat, pct. III.1.4), la „Reguli și criterii obiective de participare”, entitatea contractantă a impus următoarele cerințe:

„1) Pentru LOTUL 1 și LOTUL 2:

Ofertantul trebuie să prezinte certificate ISO la nivelul întregii organizații emise de o organizație acreditată cel puțin pentru SR EN ISO 9001, SR EN ISO 27001”.

Această cerință de calificare se regăsește și în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare simplificat sub identificatorul „[SCN...../00008] FisaDate_

DF1134407.pdf" intitulată generic „Fișa de date”, la pct. III.1.4) Reguli și criterii obiective de participare:

„Pentru LOTUL 1 și LOTUL 2:

Ofertantul trebuie să prezinte certificate ISO la nivelul întregii organizații emise de o organizație acreditată cel puțin pentru SR EN ISO 9001, SR EN ISO 27001”,

iar

la pct. III.1.1.b) **Capacitatea de exercitare a activității profesionale**, se stipulează:

„Modalitatea de îndeplinire (**cerințe obligatorii**): **se va completa DUAE** de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea **DUAE**, urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor”.

De asemenea sunt relevante în soluționarea prezentei și dispozițiile art. 202 și 205 din Legea nr. 99/2016 care stipulează următoarele:

- art. 202: „(1) Entitatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, care constă 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 dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de entitatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de entitatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”;

- art. 205: „(1) Entitatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

(2) Înainte de atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

(2¹) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) și (2), în cazul procedurilor simplificate, entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative care dovedesc informațiile cuprinse în DUAЕ numai după întocmirea clasamentului, stabilind un termen de 5 zile lucrătoare pentru prezentarea acestor documente, cu posibilitatea de prelungire cu maximum 5 zile lucrătoare la solicitarea motivată a ofertantului respectiv.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), în cazul procedurilor care se desfășoară în mai multe etape, documentele justificative sunt solicitate tuturor candidaților selectați înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua a procedurii de atribuire.

(4) Entitatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2)".

Din interpretarea documentației de atribuire și a textelor legale mai sus iterate, rezultă că operatorii economici participanți la procedură aveau obligația de a confirma/infirma în declarația DUAЕ dacă îndeplinesc cerințele/criteriile de calificare impuse, entitatea contractantă având obligația de a solicita ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile **cuprinse în DUAЕ**, în speță faptul că sunt certificați ISO la nivelul întregii organizații emise de o organizație acreditată cel puțin pentru SR EN ISO 9001, **SR EN ISO 27001**.

Având a determina natura și caracterul obligatoriu al DUAЕ, Consiliul va reține că, potrivit art. 3 lit. u) din Legea nr. 99/2016, DUAЕ reprezintă: „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 și selecție”.

În preambulul Regulamentului **nr. 7/2016** considerentul 4 se prevede că: „DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de

asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice”.

Nu sunt lipsite de importanță nici dispozițiile art. 72 alin. (1) și art. 73 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016, care stipulează:

„Art. 72 alin.(1)- Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. V secțiunea a 7-a din Lege.

Art. 73 - (1) În situația în care, în urma demersurilor realizate de entitatea contractantă în baza art. 205 alin. (2) din Lege, ofertantul clasat pe primul loc nu demonstrează în mod corespunzător îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare, entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe locul următor să depună toate documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare.

(2) În situația prevăzută la alin. (1), entitatea contractantă atribuie contractul sectorial/acordul-cadru ofertantului clasat pe locul următor, dacă acesta îndeplinește toate criteriile de calificare prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs”.

Din întregul context normativ se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le înlesnească/faciliteze accesul.

Din verificarea anexei nr. 2 la Regulamentul nr. 7/2016, Consiliul reține că cerința se regăsește în cadrul formularului standard în partea IV: „Criterii de selecție” secțiunea de: „Sisteme de asigurare a calității și standarde de management de mediu”: „Operatorul economic va putea să prezinte certificate întocmite de organisme independente care să ateste că operatorul economic respectă standardele de asigurare a calității cerute (...) ? **DA/NU** . Dacă NU vă rugăm să explicați de ce și să precizați ce alte mijloace de probă privind sistemul de asigurare a calității pot fi furnizate”.

Raportat la prevederile legale anterior menționate, Consiliul va reține că ofertanții au obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres în cadrul DUAE cu privire îndeplinirea criteriilor de selecție, în speță să confirme dacă sunt certificați ISO la nivelul întregii organizații emise de o organizație acreditată cel puțin pentru SR EN ISO 9001, SR EN ISO 27001 prin bifarea „**DA**” iar în cazul bifării „**NU**”, să explice de ce și să precizeze ce alte mijloace de probă privind sistemul de asigurare a calității pot fi furnizate.

Certificarea SR EN ISO 27001:2018, cuprinde cerințele pentru stabilirea, implementarea, întreținerea și îmbunătățirea continuă a unui sistem de management al securității informației în contextul organizației.

De asemenea, standardul include cerințele pentru evaluarea și tratarea riscurilor de securitate a informației potrivit nevoilor organizației. Cerințele specificate sunt generice și sunt destinate a fi aplicate tuturor organizațiilor, indiferent de tip, mărime sau natură. Sistemul de management al securității informației păstrează confidențialitatea, integritatea și disponibilitatea informațiilor prin aplicarea unui proces de management al riscului și conferă încredere părților interesate că riscurile sunt gestionate corespunzător.

Or, din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că la **pag. 208-213, vol. 2 din dosarul achiziției nr. 247/2022** se regăsește declarația DUAЕ completată de operatorul economic SC SRL în care acesta **a omis** să completeze răspunsul la secțiunea: „Criterii de selecție” secțiunea D: *„Sisteme de asigurare a calității și standarde de management de mediu”*.

Comportamentul operatorilor economici participanți la o procedură de achiziție, respectiv corectitudinea informațiilor pe care aceștia le prezintă entității contractante reprezintă elemente esențiale în aprecierea existenței cazurilor de excludere care vizează situația personală a acestora, din această perspectivă o interpretare contrară ar lipsi de conținut dispozițiile care reglementează DUAЕ și efectele pe care acesta le are în procedura de atribuire. Relevanța acestor informații urma a fi apreciată de comisia de evaluare, prin prisma dispozițiilor legale aplicabile, operatorii economici participanți nefiind îndreptățiți să stabilească ei înșiși care sunt informațiile pertinente în vederea evaluării ofertei, având în vedere modul de redactare al formularului DUAЕ.

Este evident că SC SRL prin modul în care a completat DUAЕ, a dorit vicierea rezultatului procedurii pornind de la premisa (confirmată ulterior) că entitatea contractantă nu va proceda la o verificare a celor declarate în DUAЕ, prin evitarea aplicării sancțiunii excluderii din procedură de către comisia de evaluare, raportat la prevederile legale anterior indicate dar și urmarea procedurii administrativ-jurisdicționale sau judiciare după caz.

Indiferent de aprecierea proprie a ofertantului, acesta avea obligația clară de a declara existența sau nu a acestor acte/certificate și de a-și asuma ca atare posibilitatea de a fi exclus din procedură, inclusiv de a urma proceduri judiciare în cadrul cărora să fie analizată relevanța acestor acte; o asemenea soluție este impusă inclusiv de principiul tratamentului egal, în sensul art. (2) din Legea nr. 98/2016.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Hotărârii nr. 1492/2018 pronunțată de Curtea de Apel Târgu la 04.09.2018 în dosarul nr. 71/102/2018.

Mai mult, comisia de evaluare ignorând această omisiune, a declarat admisibilă și conformă oferta acestuia, ulterior clasându-l pe primul loc a procedat la solicitarea de clarificări prin adresele nr. 1998/24.03.2022 (lotul1) și nr. 1999/24.03.2022 (lotul2), în sensul transmiterii documentelor justificative prin care să demonstreze îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție cuprinse în DUAE.

Din analiza documentelor transmise în acest sens, se reține că SC SRL nu s-a conformat deoarece cu privire la certificatul SR EN ISO 27001:2018, a transmis doar documentul intitulat „Adeverință” (pag. 87 din dosarul achiziției) eliberat de organismul de certificare (SRAC), cu nr. 2323/23.03.2022 din care rezultă că procesul de certificare a SC SRL **se află în derulare**, auditul de certificare a sistemului de management al securității informațiilor fiind efectuat în perioada 17.03. – 22.03.2022, **nu au fost înregistrate neconformități majore**, dosarul fiind înaintat comitetului de certificare pentru analiză.

Ulterior entitatea contractantă revine cu o nouă solicitare și solicită ofertantului în cauză prin adresa nr. 2411/07.04.2022, clarificări în sensul:

„1. Care este stadiul procesului de recertificare ISO în legătură cu care ați comunicat Adeverința Seria SRAC nr. 2323/23.03.2022, emisă de SC SRL ?;

2. Vă rugăm de asemenea, să ne comunicați o copie a Certificatului ISO expirat în legătură cu care ați inițiat procedura de recertificare, confirmată de Adeverința Seria SRAC nr. 2323/23.03.2022, emisă de SC SRL”.

Analizând conținutul documentelor prezentate în raport cu cerințele exprese ale documentației de atribuire și solicitarea de clarificări (a se vedea adresa de răspuns nr. 145/13.04.2022) Consiliul constată că SC SRL prin răspunsurile și documentele prezentate nu a făcut dovada îndeplinirii criteriilor de calificare/selecție solicitate, având în vedere considerentele ce urmează.

Astfel, se reține că Certificatul SR EN ISO 27001:2018 emis de organismul de certificare (SC SRL) cu **nr. 395** a fost emis în data de **08.04.2022 (fiind indicat în mod expres că data 08.04.2022**

este data inițială a certificării), valabil până la data de 07.04.2025; certificatul fiind emis după data limită de depunere a ofertelor, respectiv **17.01.2022** dar și după data solicitării documentului în cauză.

Situația este similară și în ceea ce privește documentul intitulat „Adeverință” eliberat de organismul de certificare (SRAC), cu **nr. 2323/23.03.2022** din care rezultă că procesul de certificare a SC SRL se afla în derulare, auditul de certificare a sistemului de management al securității informațiilor fiind efectuat în perioada **17.03. – 22.03.2022**, deci după data limită de depunere a ofertelor și implicit a DUAE.

Mai mult, deși entitatea contractantă a solicitat în mod expres transmiterea unei copii a Certificatului ISO expirat în legătură cu care s-a inițiat procedura de recertificare, **scopul solicitării acestui document fiind tocmai acela de a demonstra că la momentul depunerii ofertei era certificat SR EN ISO 27001:2018**, ofertantul în cauză nu s-a conformat, nefiind transmis nici un document în acest sens, motiv pentru care, Consiliul reține că, entitatea contractantă trebuia să constate față de oferta acestuia incidența prevederilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, potrivit căroră: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/ completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”*.

În soluționarea cauzei, Consiliul consideră relevante și următoarele dispoziții legale:

- art. 35 alin. (1) HG nr. 394/2016 potrivit căroră *„Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”*;

- art. 191 din Legea nr. 99/2016: *„(1) Entitatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției criteriile privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru la un standard de calitate*

corespunzător. (2) Criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de entitatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut”;

- art. 192 din Legea nr. 199/2016: „Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...) m) certificate emise de institute oficiale responsabile cu controlul calității sau organisme cu competențe recunoscute care atestă conformitatea produselor care urmează a fi livrate, identificarea în mod clar prin trimitere la specificații tehnice sau standarde (...)”.

Având în vedere rolul impunerii cerinței privind capacitatea tehnică și profesională, respectiv acela de verificare a potențialului ofertantului care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, cum dispune articolul mai sus citat, entitatea contractantă trebuie să analizeze documentele depuse și să stabilească îndeplinirea sau nu a cerinței impuse.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al netransmiterii documentelor solicitate sau transmiterii unor documente neconcludente care nu probează îndeplinirea cerințelor /criteriilor de selecție asumată în DUAЕ potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, în condițiile în care entitatea contractantă a menționat în mod expres atât în anunțul de participare cât și adresele solicitării de clarificări, care sunt cerințele pe care operatorul economic participant trebuie să le probeze și modalitatea clară, explicită în care acesta să o facă.

În cazul în care prevederile documentației de atribuire sau solicitările de clarificări transmise de entitatea contractantă, erau considerate de către SC SRL ca fiind contradictorii/erone/ambiguu formulate sau abuzive, contestatorul avea dreptul de a le contesta potrivit prevederilor legale. Prin necontestarea în termenul legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016. Cu toate acestea, SC SRL a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea entității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să reitereze solicitarea de clarificare cu privire la demonstrarea cerințelor/criteriilor de calificare și selecție asumate în DUAЕ având în vedere că un astfel de demers a constituit un avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, prin ignorarea prevederilor exprese ale art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 care pun în sarcina comisiei de evaluare respingerea ofertelor urmare al unui răspuns neconcludent.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina

de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a stabilit (a se vedea în

special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647,

punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C- 42/13,

EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre

a reiterat că „astfel cum s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre,

autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe

care ea însăși le- a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât

mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică, sub toate aspectele acesteia, având certitudinea că propunerile ofertate de operatorii economici sunt sustenabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în documentația de atribuire.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul ofertei nu a fost analizată îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică/profesională aparține entității contractante.

Or, tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de entitatea contractantă, respectiv de a lămuri anumite elemente ale DUAЕ, respectiv de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare/selecție asumate la momentul depunerii ofertei, la care ofertanții în cauză au obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență.

Sanctiunea neindeplinirii criteriilor de calificare este respingerea ofertei ca inacceptabilă astfel cum prevede art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016: „ *a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau (...)*”.

Raportat la prevederile art. 228 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016 și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei aparținând SC SRL este întemeiată, urmând să fie admisă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor aparținând SC SRL pentru cele 2 loturi cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Referitor la solicitarea SC SRL privind obligarea entității contractante la plata de cheltuieli de judecată, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.

Având în vedere admiterea contestației formulată de SC SRL, Consiliul urmează a obliga entitatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC SRL, în quantum de 2.500 de

lei, reprezentând „onorariu avocat”, facturate cu factură fiscală nr. 202202/29.04.2022 și achitate cu ordin de plata în 05.05.2022 conform extrasului de cont transmis de contestator la dosarul cauzei.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor aparținând SC SRL pentru cele 2 loturi cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Obligă entitatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC SRL, în cuantum de 2.500 de lei.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 22 (douăzeci și două) pagini