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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. 353 / C7 / 190
Data: 14.02.2023

Prin contestația nr. 1413/19.01.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3617/25.01.2023, depusă de ....., cu sediul în str. .....u - manager achiziții publice, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare de materiale consumabile și materiale de protecție în cadrul Proiectului „Consolidarea și dotarea centrelor rezidențiale publice din județul Caraș-Severin în vederea gestionării eficiente a crizei sanitare Covid-19”, cod SMIS 2014+141967, lotul 2 - șervețel antiseptic cu alcool și clorhexidină, cod CPV 18143000-3, cu data-limită de depunere a ofertelor 08.11.2022, anunț de participare nr. CN1047863/ 06.10.2022, organizată de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea respingerii ofertei sale și obligarea autorității la reevaluarea ei.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... reclamă decizia autorității achizitoare de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale (singura depusă), în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că decizia este formalistă și disproporționată. La 21.12.2022, autoritatea i-a solicitat prezentarea documentelor suport DUAE, însă, dintr-o eroare umană, cauzată în principal de perioada sărbătorilor de iarnă, când activitatea societății a fost întreruptă, nu a putut da curs solicitării în termenul acordat, respectiv până la 03.01.2023. Însă, la 04.01.2023, ora 13:21, a sesizat autoritatea, prin intermediul poștei electronice, arătând motivul pentru care nu a transmis răspuns și faptul că interesul autorității nu este lezat, context în care a cerut acordarea unui termen de maximum o zi în care să atașeze documentele în SEAP, întrucât

sistemul nu permite atașarea lor decât în condițiile în care autoritatea deschide un câmp de acces.

Autoritatea a emis raportul procedurii nr. 1480/16.01.2023, prin care a respins oferta, ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din normele la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Contestatoarea consideră că autoritatea și-a argumentat în mod eronat decizia de respinge, eroare susceptibilă de a fi remediată, neconducând la modificarea ofertei sau la crearea vreunui avantaj competitiv. Autoritatea putea să îi acorde posibilitatea de a încărca documentele, fiind doar o formalitate.

Autoritatea nu poate lua în considerare întârzierea încheierii unui contract de achiziție prin prezentarea unui răspuns cu aproximativ 13 ore întârziere, care să justifice alocarea resurselor pentru inițierea unui nou proces de achiziție cu o durată de cel puțin 60 de zile lucrătoare. Există supoziția că aceasta a creat circumstanțe artificiale de anulare a actualei proceduri. Putea să se formalizeze prin a solicita și a permite atașarea în SEAP a documentelor deja primite pe e-mail. Încărcarea lor în SEAP nu reprezintă un scop în sine.

În punctul său de vedere nr. 2517/26.01.2023 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 4033/26.01.2023, autoritatea contractantă susține în apărare că ofertantul ..... nu a depus toate diligențele în vederea transmiterii în termen, în SEAP, a răspunsului la adresa nr. 32538/21.12.2022, ci a transmis un răspuns întârziat, la 04.01.2023, ora 13:21, pe e-mailul direcției, fapt ce nu a putut fi luat în considerare de către comisia de evaluare, deoarece procedura se desfășoară exclusiv online în SEAP, iar riscurile transmiterii ofertei (inclusiv răspunsul la solicitarea de clarificări), cad în sarcina operatorului economic.

Fișa de date a achiziției cuprinde informații referitoare la modalitatea de desfășurare a ei, în secțiunea IV.1.1.a) – „Modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire”: online. În secțiunile IV.4.3 și VI.3 sunt incluse informațiile legate de transmiterea răspunsurilor la solicitările de clarificări adresate pe parcursul evaluării ofertelor, prin intermediul SEAP.

La 21.12.2022, comisia de evaluare a postat în SEAP solicitarea de clarificări nr. 32538/21.12.2022 către ....., cu termen de răspuns de 8 zile lucrătoare, respectiv din data de 22.12.2022 până în data de 03.01.2023, ora 23:59, în conformitate cu art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. În termenul menționat, ... nu a transmis niciun răspuns, în SEAP. A transmis doar pe e-mailul instituției (dgaspccs@rdsmail.ro), la 04.01.2023, ora 13:21, cu următoarea mențiune: „regăsiți atașat adresa SC ..... referitoare la solicitarea de clarificări”, iar la 12.01.2023, ora 10:27, a transmis un nou e-mail, în care precizează:

În temeiul art. 198 din Legea nr. 98/2016 subliniem dreptul de a solicita retransmiterea solicitării de clarificări nr. 32538/21/12/2022 cu acordarea unui termen de o zi lucrătoare.

De asemenea vă rugăm să aveți amabilitatea de a înțelege situația cu care ne-am confruntat și am fost imposibilitatea de a transmite răspunsul, fără rea voința, situație evidențiata în adresa cu nr. 1391 transmisă către dumneavoastră in data de 04.01.2023.

Totodată vă reamintim prevederile Legii nr. 98/2016 art. 209 alin. (2) - Autoritatea contractantĂ nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident in favoarea unui ofertant/ candidat;

Față de cele expuse, considerăm că oferta noastră este admisibilă și revenim cu rugămintea să luați în considerare că s-a produs o simplă eroare umană, care nu schimbă nici obiectul, nici evaluarea ofertei, pentru a crea motive artificiale de anulare a procedurii (luând în considerare că suntem unici ofertanți), fiind incidente prevederile art. 145 din Norme „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.

În consecință, prin transmiterea răspunsului la o dată ulterioară a termenului stabilit, fără să fie anexată vreo dovadă că răspunsul nu a fost încărcat în termen în SEAP din cauza unei eventuale erori de sistem a platformei SEAP sau apariției unui caz de forță majoră, vina nerespectării termenului aparține, în totalitate, ofertantului ....., nu autorității contractante, răspunsul oferit neputând fi luat în considerare de comisia de evaluare.

Autoritatea invocă art. 123 alin. (2), art. 125 și art. 134 alin. (5) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, precum și prevederile documentației de atribuire.

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. CN1047863, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 06.10.2022, autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură licitație deschisă în vederea achiziționării de materiale consumabile si materiale de protecție pentru gestionarea crizei sanitare Covid-19, divizate în două loturi și estimate valoric la 1.291.720 lei, fără TVA.

La procedură, pentru lotul 2 – „șervețel antiseptic cu alcool și clorhexidină”, s-a prezentat un singur operator economic, respectiv ....., a cărui ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, întrucât nu a răspuns în termenul acordat, în SEAP, solicitării de clarificare nr. 32538/21.12.2022. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ofertanta a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 18.000 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 208830634/2, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Victoria, la data de 26.01.2023.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost supusă vreunei întrebări de clarificare sau contestată, 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 ..... 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. 101/2016. „*Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv*." – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

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 nr. 98/2016 – 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. 395/2016 – 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 (relevante în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția 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 (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal).

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 (în această direcție s-a pronunțat și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017). 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 (Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 1480/16.01.2023, rezultat comunicat competitoarei în aceeași zi. La 25.01.2023, ... a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

În speță, niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește că ..... i-a cerut ....., prin adresa nr. 32538/21.12.2022, să depună documentele care să demonstreze cele declarate în DUAE. Termenul de răspuns a fost până la 03.01.2023, inclusiv, deci un termen foarte „generos", de 14 zile calendaristice, perioadă în decursul căreia răspunsul putea fi oricând urcat în SEAP. În finalul solicitării, autoritatea a atras atenția: *„Răspunsul la clarificări va fi încărcat în SEAP cu semnătură electronică și va fi transmis până la data de 03.01.2023*."

De altminteri, ... cunoștea obligația care îi revine de a răspunde în SEAP în termen, dovadă stând propriul răspuns anterior nr. 1378/14.12.2022, la solicitarea de clarificări nr. 31593/ 12.12.2022 primită de la autoritate.

Practic, nerăspunzând până la finalul zilei de 03.01.2023, reclamanta își invocă propria culpă, constând în lipsa de diligență manifestată pe parcursul derulării procedurii de atribuire. De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției, inclusiv a acelora din documentația de licitație:

- pct. III.1.1) „Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, inclusiv cerintele privind inscrierea in registrele profesionale sau comerciale" din anunțul de participare:

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin DUAE urmează a fi prezentate la solicitarea autorităţii contractante, doar de ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Documentele solicitate operatorului economic clasat pe primul loc **vor fi încarcate în SEAP**, semnate cu semnătură electronică, ştampilate, scanate.

- pct. VI.3) „Informatii suplimentare" din anunțul de participare:

Operatorii economici vor transmite raspunsurile la clarificari si eventualele documente solicitate pe parcursul evaluarii ofertelor **prin intermediul SICAP** (Sectiunea "Solicitari de clarificare/Întrebari/Comunicari"), în format electronic, semnate cu semnatura electronica, conform Legii 455/2001.

- pct. IV.4.3 „Modul de prezentare al ofertei" din fișa de date:

Operatorul economic depune oferta (PROPUNERE TEHNICA + PROPUNERE FINANCIARA), DUAE, **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.

- normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 123. - (2) Operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, **răspunsurile la solicitările de clarificări** numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfăşoară **prin intermediul SEAP**.

Art. 125. - Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă. (*text aplicabil prin analogie și răspunsurilor de clarificare a ofertei, parte integrantă a acesteia*)

Art. 134. - (5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, 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**.

Observând că ..... nu a transmis autorității achizitoare răspunsul cerut până la finalul zilei de 03.01.2023, precum și că răspunsul întârziat din 04.01.2023 nu a fost transmis prin SEAP, singura modalitate de derulare a procedurii, forul administrativ de jurisdicție apreciază că oferta contestatoarei a fost respinsă în mod temeinic și legal de către organizatoarea procedurii.

Deopotrivă de cert este că dispoziția art. 134 alin. (5) din normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 reprezintă o prevedere imperativă onerativă, care îi impune autorității achizitoare o anumită conduită, în ipoteza premisă – *dacă ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate oferta sa va fi considerată inacceptabilă*.

Curtea Constituțională a reținut că „principiul legalității este unul de rang constituțional” (Decizia nr. 901 din 17 iunie 2009, precum și Decizia nr. 104 din 6 martie 2018, paragraful 75), astfel încât „încălcarea legii are drept consecință imediată nesocotirea art. 1 alin. (5) din Constituție, care prevede că respectarea legilor este obligatorie. Încălcarea acestei obligații constituționale atrage implicit afectarea principiului statului de drept, consacrat prin art. 1 alin. (3) din Constituție” (Decizia nr. 783 din 26 septembrie 2012). Acționând sub imperiul principiului legalității, sens în care sunt relevante și art. 1 alin. (5) din Constituție și art. 7 C. proc. civ., ... a fost chemată să emită o soluție în acord cu legea. După cum s-a pronunţat chiar Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul competent să judece recursul în interesul legii, în Decizia nr. 6 din 16 februarie 2015, principiul legalității impune o interpretare *strictă* a normei juridice, astfel încât rezultatul interpretării să fie concordant cu voința legiuitorului. Considerăm că tocmai de această interpretare strictă a normei juridice incidente trebuia să uzeze autoritatea, fără să adauge la lege circumstanțieri pe care ea nu le prevede. Legea trebuie interpretată și aplicată astfel cum este redactată, fără distincții, în acord

cu adagiul „unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem”. În măsura în care interpretarea literală a normei juridice acoperă raporturile juridice pe care, în intenția sa, legiuitorul a dorit să le reglementeze, nu se justifică ca, pe cale de interpretare extensivă, conținutul normei de drept menționate să fie, în parte, înlăturat (Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în Decizia nr. 22 din 20 mai 2019).

Pledoaria contestatoarei în fundamentarea neaplicării art. 134 alin. (5) nu o putem îmbrățișa, deoarece adaugă la lege, ignoră principiul legalității și contrazice preceptul interpretării stricte a normei juridice, ajungându-se ca dispoziția legală – voința legiuitorului – să nu poată fi aplicată de destinatarii ei, practic să nu producă efecte juridice. Chiar dacă oferta ..... este singura depusă, chiar dacă documentele justificative au fost transmise autorității cu doar o zi întârziere (însă nu prin intermediul SEAP), chiar dacă respingerea ofertei ar fi (ipotetic) formalistă și disproporționată și chiar dacă organizatoarea nu a suferit nicio vătămare, toate aceste pretexte nu sunt de natură să deroge de la norma imperativă a art. 134 alin. (5), precitată. Nici eventualele inconveniente provenind din reluarea procedurii de atribuire nu o scutesc pe autoritate de obligația respingerii ofertei.

Cu toate că reclamanta invocă art. 196 din legea achizițiilor publice, omite să arate că nu a solicitat autorității, în interiorul termenului imperativ de răspuns (până la finalul zilei de 03.01.2023), nicio prelungire a acestuia (o asemenea solicitare fiind transmisă tardiv și lipsită de o motivare plauzibilă):

Art. 196. - (1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaţilor/ofertanţilor să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfăşurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfăşurarea corespunzătoare a procedurii. Documentele solicitate vor trebui depuse de către candidaţi/ofertanţi, **sub sancţiunea excluderii, în termen de cel mult 5 zile lucrătoare de la primirea solicitării din partea autorităţii contractante**, cu posibilitatea de prelungire cu maximum 5 zile lucrătoare, **la solicitarea motivată a** candidatului/**ofertantului** respectiv.

(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, cu excepţia situaţiei contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă, în termen de o zi lucrătoare de la momentul stabilirii ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, respectiv in termen de o zi lucrătoare de la emiterea avizului conform, în situaţia în care documentaţia este supusă controlului ex-ante conform Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 98/2017 privind funcţia de control ex-ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziţie publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 186/2018, cu modificările şi completările ulterioare, solicită acestuia să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE, cu excepţia procedurilor desfăşurate în mai multe etape, când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitaţiilor pentru etapa a doua către candidaţii selectaţi, acordând ofertantului/candidatului un termen de până la 7 zile lucrătoare pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, **sub sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă**. Acest termen poate fi prelungit la **solicitarea justificată a ofertantului**/candidatului, cu cel mult 3 zile lucrătoare.

(3) Autoritatea contractantă poate invita candidaţii/ofertanţii să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2).

Corespondența e-mail din 04.01.2023 și 12.01.2023, transmisă de ..... la dgaspccs@rdsmail.ro, nu are nicio valoare, întrucât nu a fost transmisă prin intermediul SEAP și, în plus, nici nu respectă termenul de răspuns în care ofertanta putea cere justificat prelungirea lui (orice solicitare adresată după împlinirea termenului înseamnă că acesta a fost împlinit, deci nu mai poate fi prelungit). Societatea nu are decât a imputa propriilor angajați lipsa de diligență constând în neaccesarea solicitării de clarificări primită de la autoritate la 21.12.2022 vreme de două săptămâni și nici formularea unui răspuns sau a unei cereri de prelungire, prin intermediul SEAP, până la 03.01.2023, ora 24.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta ....., neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, pentru lotul 2. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și în limita criticilor formulate, Consiliul va respinge ca nefondată contestația ..... nr. 1413/19.01.2023, în contradictoriu cu .....

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

Respinge, ca nefondată, contestația ..... nr. 1413/ 19.01.2023, în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.