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. 5/961/10.01.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1256/10.01.2018, înaintată de SC ... SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin domnul ... – director general adjunct și convențional prin ..., cu sediul în ..., formulată împotriva răspunsului la notificarea prealabilă nr. 30033/03.01.2018 și a adresei nr. 37535/22.12.2017, elaborate de entitatea contractantă ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări „…”, coduri CPV: ..., s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea răspunsului la notificarea prealabilă nr. 30033/ 03.01.2018 și a adresei nr. 37535/22.12.2017, prin care a fost comunicat rezultatul evaluării ofertei sale;
- reevaluarea ofertei SC ... SA, cu luarea în considerare a motivelor prezentate în contestație;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei;
- în măsura în care a fost emis un Raport al procedurii și au fost emise comunicări privind rezultatul procedurii către ceilalți participanți la procedură, anularea acestor acte, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora.
- în subsidiar, în măsura în care nu ar mai putea fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 225 din Legea nr. 99/2016.

Prin Încheierea nr. 31/C8/100 din 15.01.2018, Consiliul a respins ca nefondată cererea contestatoarei de suspendare a procedurii.

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

Consiliul a fost legal sesizat să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SA atacă răspunsul la notificarea prealabilă nr. 30033/03.01.2018 și adresa nr. 37535/22.12.2017, elaborate de entitatea contractantă ..., solicitând cele precizate în partea introductivă.

Contestatoarea menționează că toate formularele, declarațiile și celelalte documente ale ofertei, pe care le-a emis, au fost semnate cu semnătură electronică extinsă, potrivit prevederilor Fișei de date a achiziției, subliniind că a fost în imposibilitate obiectivă de a semna și DUAE-ul aferent subcontractantului SC ... SRL, din moment ce acest document trebuie asumat personal de către acesta.

Prin adresa nr. 37067/07.12.2017, entitatea contractantă i-a adus la cunoștință că a identificat o eroare cu privire la certificatul digital aferent semnăturii atașate DUAE de subcontractantul SC ... SRL, solicitându-i să clarifice situația acestui certificat la data depunerii ofertei.

Contestatoarea arată că, prin adresa de răspuns nr. 25/828/ 11.12.2017, a prezentat următoarele informații:

- DUAE aferent subcontractantului SC ... SRL a fost completat, semnat și implicit asumat de către reprezentantul legal al acestui operator economic (domnul ...), în acest sens, atașând un extras de informare din Registrul Comerțului din care rezultă calitatea de reprezentant legal a domnului ...;
- Dintr-o eroare având caracter pur formal, a fost atașată acestui document semnătura digitală aferentă certificatului digital indicat de entitatea contractantă în solicitarea de clarificări, certificat care apărea a fi expirat. Această eroare a fost remediată, iar subcontractantul SC ... SRL a semnat din nou digital formularul DUAE - având același conținut și fiind asumat de către aceeași persoană.

Contestoarea afirmă că a retransmis, odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări, documentul DUAE resemnat cu semnătură digitală extinsă și reconfirmat de către domnul ....

- Prin retransmiterea formularului DUAE nu s-a adus nicio modificare ofertei, toate informațiile din cuprinsul acestuia, inclusiv persoana care își asumă declarațiile, fiind aceleași. Retransmiterea DUAE, aferent subonstractantului, are rolul de reconfirmare a DUAE inițial depus și de clarificare a oricărei nelămuriri cu privire la asumarea de către acest subcontractant a declarațiilor din DUAE.

Prin adresa nr. 37535/22.12.2017, entitatea contractantă i-a adus la cunoștință decizia de a-i respinge oferta ca inacceptabilă susținând, în mod neîntemeiat, că acceptarea rectificării unei *„erori formale”* referitoare la certificatul digital aferent semnăturii electronice a DUAE, pentru subcontractantului SC ... SRL, ar presupune încălcarea principiului tratamentului egal și nu ar fi admisă de lege.

În opinia sa, această decizie este netemeinică și nelegală, reprezentând rezultatul unei interpretări excesiv de formaliste a prevederilor legale aplicabile acestei situații de fapt, precum și unei neînțelegeri a practicii unitare a CNSC în spețe similare, motiv pentru care solicită Consiliului anularea acestei decizii.

SC ... SA susține că prevederile legale aplicabile se opun interpretării excesiv de formaliste a cazurilor de respingere a ofertei.

În primul rând, notează că, deși textul de lege, invocat de entitatea contractantă, prevede în mod expres drept caz de respingere a unei oferte ca inacceptabilă, nesemnarea acesteia și a documentelor care o însoțesc cu semnătură electronică extinsă, acest text de lege nu este direct aplicabil, independent de celelalte prevederi legale în vigoare, ci trebuie interpretat în corelare cu toate prevederile legale aplicabile, în cazul de față prin corelare cu prevederile legale care reglementează, în virtutea principiului proporționalității, obligația autorităților contractante de a solicita clarificări ofertanților cu privire la orice situație de fapt sau de drept neclară, aplicabilă ofertei acestora.

Asemenea clarificări nu trebuie să fie pur formale (adică nu trebuie să fie doar o formalitate anterior respingerii oficiale a ofertei), ci să acorde efectiv posibilitatea ofertanților de a clarifica oferta depusă și, dacă este cazul, de a rectifica/corecta orice erori de formă/inadvertențe existente în oferta lor.

Mai mult, în cazul de față, contestatoarea consideră că:

- nu se află în situația unei oferte nesemnate cu semnătură digitală extinsă (toate documentele de asumare a ofertei fiind semnate de către SC ... SA), ci, cel mult, în situația unei reconfirmări a asumării declarațiilor din DUAE-ul unui subcontractant declarat - deci nu se află în ipoteza textului de lege invocat de entitatea contractantă, iar
- DUAE-ul a cărui semnătură digitală este supusă clarificării nu aparține contestatoarei - în calitate de ofertant, ci unui subcontractant Astfel, nu se pune în discuție semnătura SC HIDROELECTRICA SA pe documentele prin care ne-am asumat oferta, ci cel mult reconfirmarea declarațiilor unui subcontractant.

Prin urmare, invocând prevederile art. 221 din Legea nr. 99/2016 și art. 141 din HG nr. 394/2016, contestatoarea apreciază că situația de fapt se încadrează în categoria viciilor de formă a căror corectare este permisă de către lege, în opinia sa, corectarea semnăturii electronice atașate DUAE, depus de subcontractantul SC ... SRL, are rol pur de confirmare, nefiind modificată niciuna dintre informațiile existente inițial în documentația aferentă ofertei.

De asemenea, apreciază că, în adresa nr. 37535/27.12.2017, în mod eronat, entitatea contractantă a reținut că acceptarea corectării viciilor de formă aferente semnăturii electronice în discuție ar presupune acceptarea altei semnături deoarece, după cum rezultă clar din răspunsul său la solicitarea de clarificări, DUAE redepus este semnat de către aceași persoană - deci poartă aceeași semnătură - fiind rectificată doar reconfirmarea certificatului digital aferent semnăturii.

În acest sens, contestatoarea susține ca fiind relevante inclusiv intepretările emise de ANAP cu privire la modalitatea de evaluare a DUAE.

Astfel, prin documentul „Notificare privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale", ANAP arată că este permisă corectarea viciilor de formă ale DUAE, resepctiv:

„În etapa de analiză a conținutului DUAE, pot interveni următoarele situații:

- inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/ terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări."

În opinia sa, ANAP arată că ofertantul va redepune un DUAE revizuit și doar în lipsa transmiterii acestuia se va putea respinge oferta ca inacceptabilă:

-„Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAE revizuit. În lipsa transmiterii unui DUAE revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 respectiv ale art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, respectiva oferta va fi considerată inacceptabilă."

Prin urmare, solicitarea de clarificări trebuie să dea dreptul ofertantului de a revizui corespunzător DUAE și nu trebuie să reprezinte doar o adresă formală, prin care nu se acordă dreptul de a clarifica efectiv inadvertențele de formă aferente acestui document.

- „inadvertențele de fond, respectiv erori/omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări."

În această situație, susține că se poate respinge o ofertă, fără a acorda posibilitatea clarificării efective a DUAE, doar dacă erorile identificate vizează fondul documentului - respectiv confirmă neîndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție:

-„Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către entitatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției."

Or, în cazul de față, contestatoarea consideră că nu se pune în discuție îndeplinirea cerințelor minime de calificare, ci doar clarificarea unui aspect pur formal, menționînd că interpretarea dată de ANAP modalității de evaluare a DUAE, dar și interpretarea sa dată prevederilor legale aplicabile inadvertențelor sesizate cu privire la semnătura electronică, au fost confirmate și de către practica Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor, ... SA invocând 3 decizii ale CNSC pentru situația de fapt.

Contestatoarea menționează că, prin adresa nr. 37535/ 27.12.2017, entitatea contractantă a ales să extragă doar reținerea Consiliului potrivit căreia actul nesemnat electronic nu făcea parte dintre actele inițiale depuse în ofertă, ci din declarațiile depuse pe parcursul derulării ofertei, însă omite să sublinieze faptul că documentele nesemnate electronic priveau documente emise de ofertant în mod direct (chiar o declarație a ofertantului privind neîncadrarea într-un conflict de interese), care oricum devin documente însoțitoare ale ofertei și care, în interpretarea formalistă a entității contractante s-ar încadra tot în cazul de respingere invocat în legătură cu oferta contestatoarei.

În continuare, societatea contestatoare, în susținerea criticilor sale, invocă alte decizii ale CNSC, prezentând propriile interpretări ale acestora, susținând că situația de fapt reprezintă un viciu de formă a cărui remediere se poate face prin clarificarea ofertei, potrivit prevederilor art. 141 din HG nr. 394/2016, motivat de faptul că:

- un singur document, care însoțește oferta, este afectat de acest viciu, fiind emis de către un subcontractant;
- documentul este susținut de toate celelate documente din ofertă - semnate și asumate în mod corespunzător, iar corectarea lui are doar rol de confirmare, nemodificând oferta;
- viciul a fost remediat imediat ce a fost sesizat, fiind practic reconfirmată semnătura electronică a subcontractantului;
- toate documentele emise de ofertant au fost semnate în mod valid, astfel încât oferta și toate documentele aferente ofertantului au fost asumate, dincolo de orice îndoială, de către acesta. Prin urmare, oferta și toate documentele acesteia au fost asumate de către ofertant.

Prin urmare, apreciem că entitatea contractantă ar fi trebui să facă aplicarea prevederilor art 221 din Legea nr. 99/2016, coroborat cu 141 din HG nr. 394/2016 și să constate clarificarea situației semnăturii digitale a subcontractantului pe DUAE depus inițial, prin redepunerea DUAE reconfirmat prin semnătura digitală rectificată. Respingerea ofertei pe motivul viciului (deja remediat) al acestui unic document este excesivă, disproporționată și abuzivă - interpretare confirmată inclusiv de practica unitară a CNSC în aceasta privință.

În ceea ce privește susținerea entității contractante potrivit căreia s-ar încălca principiul tratamentului egal prin acceptarea unei noi semnături pe DUAE aferent subcontractantului SC ... SRL, contestatoarea apreciază că:

- în derularea procedurilor de achiziție publică trebuie respectate toate rincipiile impuse de lege, deci inclusiv principiul proporționalității. Astfel, textele de lege invocate de entitatea contractantă sunt extrase din context și nu țin cont de principiul proporționalității;
- legea reglementează expres posibilitatea remedierii viciilor de formă și, după cum s-a arătat mai sus, Consiliul a încadrat această situație în situația unor vicii de formă;
- în cazul de față, nu se va accepta o nouă semnătură electronică, ci se va reconfirma cea deja depusă în ofertă, DUAE aferent

subcontractantului SC ... SRL fiind semnat de către aceeași persoană. Astfel, nu se poate susține crearea unui avantaj necuvenit contestatoarei prin reconfirmarea unui document deja depus în ofertă, nefiind operată nicio completare și nicio modificare de fond a documentului.

În orice situație, SC ... SA reiterează faptul că documentul față de care se invocă viciul de formă este un document aferent subcontractantului declarat și nu al ofertantului. Prin urmare, chiar dacă s-ar constata (în mod neîntemeiat, în opinia noastră) că nu s-ar putea remedia acest viciu de formă, entitatea contractantă ar putea cel mult să solicite înlocuirea subcontractantului, în condițiile art 183 din Legea nr. 99/2016, fiind disproporționată și abuzivă soluția de respingere a ofertei.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită acces la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 30250/11.01.2018, înregistrată la CNSC cu nr. 1615/12.01.2018, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de ... SA, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca neîntemeiată și nefondată.

Entitatea contractantă arată că, prin adresa nr. 37535/ 22.12.2017, în conformitate cu art. 72 din HG nr. 394/2016, a comunicat rezultatul parțial al fazei de evaluare DUAE, respectiv că oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă, potrivit art. 143 alin. (2) lit. j) din HG nr. 394/2016, deoarece DUAE-ul subcontractantului SC ... SRL, încărcat in SEAP, este semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat expirat, eliberat de un furnizor de servicii de certificate acreditat, și nu un certificat calificat valabil, așa cum impun prevederile art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/2016.

Entitatea prezintă punctual apărările sale raportat la deciziile CNSC invocate de contestatoare.

Referitor la fișierul *„... espd-response-semnat.xml.p7s"* reprezentând DUAE-ul subcontractantului SC ... SRL, încărcat în SEAP, entitatea contrcatantă a constatat că acesta este semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat expirat.

De asemenea, comisia de evaluare a reținut că subcontractantul SC ... SRL a utilizat două certificate digitale calificate, emise în numele dlui. ..., respectiv unul cu seria 20 05 06 24 50 01 56 9c 76 45 d7 d1 bO 85 55 33, valabil de la 18.08.2016, până la 18.08.2017, și unul cu seria 20 05 06 24 50 01 60 30 4a 25 f4 a2 lc 91 1c 21, valabil de la 07.12.2017 până la 07.12.2018, iar la termenul limită pentru primirea ofertelor, DUAE-ul subcontractantului a fost semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat expirat, respectiv certificatul cu seria 20 05 06 24 50 01 56 9c 76 45 d7 d1 b0 85 55 33, valabil de la 18.08.2016 până la 18.08.2017.

Invocând prevederile din fișa de date a achiziției, secțiunea IV.4.3) *Modul de prezentare a ofertei* și ale art. 221 din Legea nr.99/2016, comisia de evaluarea a constatat că, în această speță, sunt incidente următoarele prevederi legale: art. 88 din Legea nr. 99/2016, art. 67 alin.

(1) și (4), art. 129 alin. (1)-(3), art. 143 alin. (2) lit. j) din HG nr. 394/2016, precum și Notificarea ANAP nr. 240/28.06.2016.

În opinia entității, din conținutul acestor prevederi rezultă că:

- oferta și DUAE se depun în SEAP numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare și vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii;

- documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura 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.

Entitatea subliniază că întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă ofertantului care a prezentat-o și iar nu ei, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor legii. Acceptarea redepunerii/reîncărcării în SEAP, de către SC ... SA, a DUAE subcontractantului semnat cu o altă semnătură electronică, ar însemna încălcarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării, creându-se un avantaj evident în favoarea acestuia față de ceilalți ofertanți care, prin depunerea ofertei și a documentelor de calificare semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat valid, au respectat cerințele legale si ale documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 5/974/18.04.2018, înregistrată la CNSC cu nr. 2613/18.01.2018, ... SA a transmis concluzii scrise formulate în urma studierii dosarului cauzei la sediul Consiliului.

Cu titlu preliminar, contestatoarea susține că entitatea contractantă nu răspunde concret susținerilor sale din cadrul contestației, ci doar reafirmă argumentele rigide, întemeiate pe extragerea din context a unor texte de lege interpretate de aceasta în mod restrictiv, menținându-și o poziție excesiv de formalistă și, prin urmare, netemeinică și nelegală. Neexistând o apărare concretă formulată de entitatea contractantă, pe calea prezentelor concluzii scrise, contestatoarea reiterează sintetic principalele argumente prin care își susține contestația.

În concret, consideră că oferta sa a fost depusă în conformitate cu prevederile legale și ale documentației de atribuire, fiind asumată, dincolo de orice dubiu. De asemenea, subliniază, din nou, că toate documentele emise de ea, în calitate de ofertant, au fost semnate electronic, neexistând niciun dubiu asupra asumării ofertei.

Or, textul de lege invocat de entitatea contractantă – art. 143 alin. (2) lit. j) din HG nr. 394/2016 - trebuie, în mod rezonabil, interpretat în sensul în care reglementează un caz de inacceptabilitate a ofertei determinat de lipsa asumării acesteia de către ofertant și nu poate fi extins pentru a susține că existența unui viciu referitor la un singur

document din ofertă - oricum neemis de către ofertant - ar atrage respingerea întregii oferte

SC ... SA apreciază ca fiind disproporționată și, prin urmare, abuzivă, interpretarea potrivit căreia sintagma *"oferta și documentele care o însoțesc"* includ orice document din ofertă, iar reglementarea acestui caz de respingere a ofertelor ar presupune inaplicabilitatea prevederilor art. 221 din Legea nr. 98/2016 - prevederi care permit corectarea unor vicii de formă - precum și inaplicabilitatea principiului proporționalității.

În opinia sa, în cazul de față, nu ne aflăm în situația unei oferte nesemnate cu semnătură digitală extinsă (toate documentele de asumare a ofertei fiind semnate de ea), ci, cel mult, în situația unei reconfirmări a asumării declarațiilor din DUAE-ul unui subcontractant declarat - deci nu ne aflăm în ipoteza textului de lege invocat de entitatea contractantă, iar DUAE-ul, a cărui semnătură digitală este supusă clarificării, nu-i aparține ei, ci unui subcontractant. Astfel, nu se pune în discuție semnătura sa pe documentele prin care și-a asumat oferta, ci cel mult reconfirmarea declarațiilor unui subcontractant.

În acest sens, contestatoarea reiterează și practica CNSC, a cărei esență entitatea contractantă alege să o ignore, încercând doar să extragă din context elemente de detaliu nerelevante din care să își susțină poziția excesiv de formalistă, citând în acest fel anumite paragrafe din respectivele decizii. În opinia contestatorei, viciul, la care se raportează entitatea contractantă, este unul formal, care privește un singur document din cadrul ofertei, document emis de o terță persoană. Acest viciu a fost acoperit.

În acest sens, susține că entitatea contractantă a ales să ignore cele arătate prin notificarea prealabilă și prin contestație, respectiv făptui că

(i) doar un singur document este afectat de viciul certificatului digital aferent semnăturii electronice;

(ii) acest document nu a fost emis de contestatoare, ci de către un subcontractant, iar

(iii) viciul a fost acoperit prin reconfirmarea semnăturii de către aceeași persoană, fiind eliminat astfel orice dubiu privind asumarea documentului inițial și nefiind aduse modificări ofertei.

SC ... SA consideră eronată afirmația entității contractante potrivit căreia acceptarea acoperirii viciului formal aferent DUAE al subcontractantului SC ... SRL i-ar crea un avantaj necuvenit.

În opinia sa, în ceea ce privește susținerea entității cum că s-ar încălca principiul tratamentului egal prin acceptarea unei noi semnături pe DUAE aferent subcontractantului SC ... SRL, subliniază următoarele:

- în derularea procedurilor de achiziție publică trebuie respectate toate principiile impuse de lege, deci inclusiv principiul proporționalității. Astfel, textele de lege invocate de entitatea contractantă sunt extrase din context și nu țin cont de principiul proporționalității;

- legea reglementează expres posibilitatea remedierii viciilor de formă și, după cum a arătat mai sus, Consiliul a încadrat această situație în situația unor vicii de formă. Or, din moment ce remedierea viciilor de formă este permisă tuturor ofertanților (după cum rezultă din dosarul achiziției, DUAE aferent celorlalți ofertanți a fost revizuit în mod repetat, fiind acceptată corectarea unor vicii de formă), reprezintă o încălcare a principiului tratamentului egal tocmai neacceptarea corectării unui viciu de formă în cazul ofertei sale;

- în cazul de față, nu se va accepta o nouă semnătură electronică, ci se va reconfirma cea deja depusă în ofertă, DUAE aferent subcontractantului SC ... SRL, fiind semnat de către aceeași persoană (este evident că o persoană poate deține o singură semnătură). Astfel, nu se poate susține crearea unui avantaj necuvenit prin reconfirmarea unui document deja depus în ofertă, nefiind operată nicio completare și nicio modificare de fond a documentului.

SC ... SA apreciază că decizia de respingere a ofertei sale este excesivă și disproporționată, entitatea contractantă având la dispoziție și opțiunea dispunerii altor măsuri de remediere.

Contestatoarea apreciază că entitatea contractantă ar fi trebui să facă aplicarea prevederilor art. 221 din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 141 din HG nr. 394/2016 și să constate clarificarea situației semnăturii digitale a subcontractantului pe DUAE depus inițial, prin redepunerea DUAE reconfirmat prin semnătura digitală rectificată. Respingerea ofertei pe motivul viciului (deja remediat) al acestui unic document este excesivă, disproporționată și abuzivă - interpretare confirmată inclusiv de practica unitară a CNSC în aceasta privință.

În subsidiar, în măsura în care entitatea contractantă ar fi apreciat că nu poate fi remediat acest viciu referitor la subcontractantul declarat, având în vedere că documentul față de care se invocă viciul de formă este un document aferent subcontractantului declarat si nu al ofertantului, aceasta putea, cel mult să solicite înlocuirea subcontractantului, în condițiile art. 183 din Legea nr. 99/2016, fiind disproporționată și abuzivă soluția de respingere a ofertei.

Prin adresa înregistrată la CNSC nr. 3509/26.01.2018, contestatoarea a comunicat cópii după certificatele digitale invocate în contestație.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii contractului de lucrări *„…”*, coduri CPV: ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut*”, valoarea estimată a contractului fiind de ... lei, fără TVA.

În urma evaluării DUAE-urilor, entitatea contractantă, prin adresa nr. 37535 din 22.12.2017, a transmis contestatoarei faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, potrivit art. 143 alin. (2) lit. j) din HG nr.

395/2016, întrucât: *„(...) DUAE-ul subcontractantului dumneavoastră, SC ... SRL, încărcat în SEAP la termenul limită pentru primirea ofertelor (20.11.2017) este semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat expirat, eliberat de un furnizor de servicii de certificate acreditat, și nu un certificat calificat valabil, așa cum impun prevederile art. 67 alin. (4) din HG nr. 394/ 2016."*

Nemulţumită de conținutul acestei adrese, prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, SC ... SA a formulat contestația în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În procesul de analiză a ofertelor, entitatea contractantă a întocmit procesul-verbal al ședinței de evaluare nr. 37025/07.12.2017, în care a decis să solicite clarificări contestatoarei în ceea ce privește subcontractantul SC ... SRL.

Astfel, prin adresa nr. 37067/07.12.2017, entitatea contractantă a cerut societății contestatoare următoarele lămuriri:

«Ca urmare a verificării semnaturilor electronice aplicate fişierelor postate de dvs. in SEAP, comisia de evaluare a constatat urmatoarele:

- fişierului *„Probii espd-response-semnat,xml.p7s*" reprezentând DUAE-ul subcontractantului SC ... SRL Bucureşti, incarcat in SEAP la termenul limita pentru primirea ofertelor (20.11.2017) este semnat cu semnătură electronica extinsa, bazata pe un certificat calificat expirat, eliberat de un furnizor de servicii de certificate acreditat, asa cum reiese din mesajul transmis de aplicaţia clickSIGN care permite atat verificarea semnăturii electronice cat si deschiderea si vizualizarea documentelor semnate electronic;certificatul digital calificat, utilizat de subcontractant, este emis in numele dlui. … si are seria 20 05 06 24 50 01 56 9c 76 45 d7 dl bO 85 55 33, valabil de la 18- August-2016 pana la 18-August-2017;

- in Registrul Electronic de Certificate Digitale al furnizorului (DIGISIGN) de servicii de certificate care a eliberat certificatul calificat in baza caruia este semnat fişierul (DUAE), s-a găsit înscris ca acesta este expirat;

- folosirea unei semnaturi bazate pe un certificat a cărui perioada de valabilitate a expirat, nu asigura cerinţele prevăzute de Legea nr.455/2001 privind semnătură electronica- (republicata) pentru validarea semnăturii electronice extinse. (…)

Având în vedere cele mai sus mentionate, solicitam ofertantului SC Hidroconstructia SA București, pentru subcontractantul declarat SC ... SRL București, să clarifice dacă certificatul digital calificat emis în numele d-lui …, cu seria 20 05 06 24 50 01 56 9c 76 45 d7 d1 b0 85 55 33, era valabil in data de 17.11.2017, când a semnat fisierul *... espd-response-semnat.xml.p7s".»*

Răspunsul a fost comunicat entității prin adresa nr. 25/828/ 11.12.2017, înregistrat la sediul acesteia cu nr. 8826/11.12.2017, prin care SC ... SA prezintă, în preambul, interpretarea normelor legale invocate de autoritate în respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, susținând:

„(...)

(i) nu ne aflăm în situația unei oferte nesemnate cu semnătură digitală extinsă, ci, cel mult, în situația unei reconfirmări a asumării declarațiilor din DUAE –ul unui subcontractant declarat ..., iar

(ii) DUAE-ul a cărui semnătură digitală este supusă clarificării nu aparține subscrisei – în calitate de ofertant, ci unui subcontractant. Astfel, nu se pune în discuție semnătura noastră pe documentele prin care ne-am asumat oferta, ci cel mult reconfirmarea declarațiilor unui subcontractant (...)
(...) în cazul de față, nu se pune în discuție îndeplinirea cerințelor minime de calificare, ci doar clarificarea unui aspect pur formal (...)
În contextul celor mai sus menționate, vă aducem la cunoștință că:
- *DUAE aferent subcontractantului SC ... SRL a fost completat, semnat și implicit asumat de către reprezentantul legal al acestui operator economic, respectiv de către domnul .... Atașăm, în acest sens, un extras de informare din Registrul Comerțului din care rezultă calitatea de reprezentant legal a domnului ...;*
- *Dintr-o eroare, având caracter pur formal, a fost atașată acestui document semnătura digitală aferentă certifiatului digital indicat de dumneavoastră, certificat care apărea a fie expirat. Această eroare a fost remediată, iar subcontractantul SC ... SRL a semnat din nou digital formularul DUAE – având același conținut și fiind asumat de către aceeași persoană. Atașăm prezentului documentul DUAE resemnat cu semnătură digitală extinsă și reconfirmat de către domnul ...;*
- *Prin retransmitearea formularului DUAE resemnat electronic nu se aduce nicio modificare ofertei noastre, toate informațiile din cuprinsul acestuia, inclusiv persoana care își asumă declarațiile, fiind aceeași. (...)"*.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere următoarele:

- DUAE-ul depus inițial de subcontractantul SC ... SRL a fost semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe certificatul digital deținut de ..., valabil până la 18.08.2017, deci expirat la data depunerii ofertelor – 20.11.2017;

- ulterior solicitării de clărificări, contestatoarea nu a transmis un document care să demonstreze că certificatul digital, având *numărul serial certificat* 20 05 06 24 50 01 56 9c 76 45 d7 d1 b0 85 55 33, emis pe numele d-lui ..., era valabil în data de 17.11.2017, chiar dacă a menționat că va atașa documentele care ar clarifica „pe deplin aspectele sesizate de dumneavoastră";

- adresa înregistrată la CNSC nr. 3509/26.01.2018, transmisă de societatea contestatoarea, la care a anexat cópii după certificatele digitale (semnătură electronică extinsă) invocate în contestație.

Din analiza formei fizice a celor două certificate digitale, Consiliul constată următoarele:

- primul certificat digital, deținut de ..., în calitate de administrator al SC ... SRL, are valabilitatea: *18 august 2016 – 18 august 2017*,
- al doilea certificat digital, emis pe numele *Tudose Cristian- Ioan* are valabilitatea: *07 decembrie 2017- 07 decembrie 2018.*

Față de cele prezentate anterior, Consiliul reține că societatea contestatoare nu a îndeplinit cerința impusă prin fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.3. – Modul de prezentare a ofertei, respectiv: *„Operatorul*

economic are obligatia de a transmite oferta si DUAE numai în format electronic si numai pâna la data si ora-limita de depunere a ofertelor prevazute în anuntul de participare, conform art. 67 alin. (1) din HG 394/2016. Toate documentele incarcate in SEAP (inclusiv raspunsurile la clarificarile solicitate) vor fi semnate cu semnatura electronica extinsa, bazata pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în conditiile legii si încarcate în SEAP în sectiunile specifice disponibile în sistemul informatic si numai de catre operatorii economici înregistrati, conform art. 67 alin. (4) din HG 394/2016.(…)".

În aceste condiții, Consiliul nu poate reține ca fiind întemeiate afirmațiile contestatoarei potrivit cărora „*dintr-o eroare având caracter pur formal a fost atașat acestui document semnătura digitală aferentă certificatului digital indicat de entitatea contractantă în solicitarea de clarificări, certificat care apărea a fi expirat*", deoarece, potrivit informațiilor din conținutul celui de-al doilea certificat digital, având codul de identificare 2005062451279941, reiese, în mod evident că acesta nu era valabil la data de *20.11.2017,* data de depunere a ofertelor, potrivit cap. IV.3.4) din anunțul de participare nr. 179587/ 07.10.2017.

În concluzie, nu se poate face vorbire de un viciu de formă, în sensul dispozițiilor art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016, care stabilesc*: „(3) În sensul dispoziţiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/ completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire",* atâta timp cât perioada de valabilitate a certificatului digital în discuție a început cu data de *07.12.2017*, deci ulterior datei de *20.11.2017*.

De altfel, Consiliul are în vedere și faptul că pe acest certificat digital nu mai este menționată SC ... SRL (ce are calitatea de subcontractant al contestatoarei), alături de numele ..., ca în certificatul precedent expirat, având codul de identificare: 20055062458364481.

Ținând seama de conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că societatea contestatoare nu a respectat următoarele norme legale din HG nr. 394/2016:

- art. 67 - *„(1) Operatorul economic are obligaţia de a transmite oferta şi DUAE numai în format electronic şi numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare. (…)*

(4) Documentele prevăzute la alin. (1) vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condiţiile legii şi încărcate în SEAP în secţiunile specifice disponibile în sistemul informatic şi numai de către operatorii economici înregistraţi";

- art. 129. - *„(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire (…);*

(3) Documentele prevăzute la alin. (2) se semnează cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, reprezentând documente originale."

De asemenea, în Notificarea nr. 240/28.06.2016, care reprezintă Ghidul de utilizare DUAE de către operatorii economici, emisă de Agenția Națională a Achizițiilor Publice, se precizează, printre altele: „Un operator economic care participă pe cont propriu, dar se bazează pe capacitățile unei sau mai multor alte entități (terți susținători/ subcontractanți) *este răspunzător* pentru depunerea în cadrul procedurii a propriului său DUAE, precum și a *câte un DUAE separat pentru fiecare dintre entitățile pe care se bazează*".

În consecință, Consiliul stabilește că entitatea contractantă a respins, în mod corect, oferta contestatoarei ca fiind inacceptabilă, în temeiul art. 143 alin. (2) lit. j) din HG nr. 394/2016, potrivit căruia: *„oferta şi documentele care o însoţesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat".*

Referitor la afirmația contestatoarei conform căreia entitatea ar fi putut să-i solicite înlocuirea subcontractantului, în condițiile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, Consiliul o respinge ca neîntemeiată, deoarece, în acest caz, nu se poate face vorbire de incidența normei legale de mai sus, care prevede: *„În cazul în care este identificată o situaţie de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispoziţiilor art. 184, entitatea contractantă solicită ofertantului sau candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situaţie."*

În justificarea acestei concluzii, Consiliul are în vedere faptul că societatea contestatoare a susținut tot timpul că certificatele digitale, pe care le-a prezentat subcontractantul său, au fost în conformitate cu documentația de atribuire și normele legale.

În ceea ce privește invocarea, de către societatea contestatoare, în susținerea criticilor sale, a anumitor spețe emise de către CNSC, Consiliu o respinge ca neîntemeiată, întrucât soluționarea dosarelor se face în mod individual, raportat doar la documentele conținute de fiecare dosar în parte.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu entitatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ.

Pentru aceste motive,

în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu entitatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4(patru) exemplare, conține 14(paisprezece) pagini.