CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ..../C../....
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 45113/25.10.2017, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., reprezentată legal de ... – administrator și convențional de ..., cu sediul în ..., împotriva răspunsului nr. 70661/18.10.2017 la notificarea sa prealabila, emis de autoritatea contractantă, ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii simplificate online - într-o singură etapă organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Delegarea gestiunii serviciului de iluminat public din ...”, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației și anularea actului contestat, cu consecința reluării procedurii de achiziție publică.

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 SC ... SRL critică rezultatul procedurii de faza I evaluare, transmis prin adresa nr. 102348/11.10.2017, respectiv faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, reținându-se faptul că certificatul privind semnătura electronică folosită la încărcarea documentației avea valabilitatea expirată.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări, care ar fi dus la deslușirea situației semnalate, cu respectarea prevederilor legale în materie, având în vedere că, potrivit textului normativ evocat, sancțiunea se aplică dacă

documentele nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, texul de lege nefăcând distincție între validitatea și/sau durata semnăturii, în speță existând o semnătură care a fost prelungită, fapt dovedit în procedura notificării prealabile.

Astfel, o solicitare de clarificări ar fi avut drept răspuns comunicarea înscrisurilor din care rezultă faptul că d-na ... deține certificatul cu seria ..., valid în perioada 31.07.2017-31.07.2018, certificat cu ajutorul căruia a semnat și documentația aferentă procedurii anterioare de atribuire a aceluiași contract, procedură anulată pentru motive ce nu fac obiectul prezentei contestații.

Privitor la aspectele semnalate, petenta consideră că autoritatea contractantă a căutat motive pentru descalificarea sa, ceea ce a condus la adoptarea unei soluții nelegale și inechitabile în raport cu dispozițiile art. 21 din Legea nr. 98/2016.

Prin punctul de vedere nr. 105724/25.10.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 45441/26.10.2017, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și în contradicție cu prevederile legislației aplicabile în domeniul achizițiilor publice, coroborate cu cele care privesc semnătura electronică (resort specific de reglementare), având în vedere considerentele:

Referitor la obligația de a solicita clarificări, autoritatea contractantă supune atenției faptul că, în concret, comisia de evaluare nu a făcut altceva decât să verifice modul de semnare a documentelor depuse în SEAP de către toți operatorii economici participanți la procedură, prin raportare atât la dispozițiile legale imperative, respectiv dispozițiile art. 123 alin. (3) din HG nr. 395/2016, referitoare la semnarea ofertei și a documentelor care o însoțesc (respectiv, DUAE, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări DUAE), cât și prin raportare la prevederile documentației de atribuire, punctul IV.4.3) - Modul de prezentare a ofertei din fișa de date a achiziției.

Iar, rezultatul acestor verificări a condus la aplicarea sancțiunii prevăzute de art. 137 alin. (2), lit. j) din HG nr. 395/2016, oferta fiind considerată inacceptabilă, fapt care are drept consecință implicită respingerea ofertei depuse de SC ... SRL, obligație impusă de prevederile art. 137 alin. (1) din același act normativ.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, din cuprinsul prevederilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, reiese în mod explicit faptul că obligația care incumbă comisiei de evaluare se referă, în mod concret, la stabilirea clarificărilor necesare și nu la obligația de a solicita clarificări înainte de a lua o decizie. Chiar mai mult, conform prevederilor art. 209 din Legea 98/2016 autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări, alin. (1), numai în condițiile în care solicitarea formulată nu conduce la apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant, alin. (2). Or, situația care

a generat decizia comisiei de evaluare este una evidentă, care nu comportă nici un dubiu, după cum reiese din extrasul din SEAP, și în consecință nu impunea formularea unei solicitări de clarificări;

Totodată, autoritatea contractantă consideră că afirmația că o solicitare de clarificări ar fi avut drept răspuns comunicarea unor înscrisuri din care rezultă că d-na ... deține certificatul cu seria ..., valid în perioada 31.07.2017-31.07.2018, nu poate fi folosită în motivarea solicitării, atâta vreme cât certificatul (cu seria ... , folosit efectiv pentru semnarea documentelor postate în cadrul procedurii aflate în derulare, este unul expirat (conform extrasului SEAP anexat).

În ceea ce privește afirmația că textul de lege nu face distincție între validitatea și/sau durata semnăturii, autoritatea contractantă consideră că SC ... SRL încearcă să lipsească de sens prevederile legale, ignorând faptul că valabilitatea imprimă certificatului calificat legalitatea acestuia, indicarea perioadei de valabilitate în cuprinsul certificatului fiind stabilită de lege, art. 18 alin. (1) din Legea nr. 455/18.07.2001 privind semnătura electronică).

Astfel, conform prevederilor art. 123 alin. (2) din HG nr. 395/2016 „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 desfășoară prin intermediul SEAP” și alin. (3) al aceluiași articol, „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”.

Referitor la aplicarea semnăturii electronice pe documentele prezentate în cadrul procedurii, autoritatea contractantă învederează faptul că, ținând cont și de prevederile Legii nr. 455/18.07.2001 privind semnătura electronică (care definește noțiunile de semnătură electronică extinsă și de certificat calificat), a venit în sprijinul operatorilor economici cu precizări edificatoare, specificând, la punctul IV.4.3 - Modul de prezentare a ofertei din fișa de date a achiziției, faptul că: *nu se acceptă oferte și/sau documente nesemnate cu semnătură electronică extinsă validă a semnatarului ofertei, bazată pe un certificat calificat nesuspendat sau nerevocat la momentul semnării ofertei,* iar documentația de atribuire nu a fost contestată. Or, decizia privind respingerea ofertei SC ... SRL, ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. j) din HG 395/2016), a fost luată în baza informațiilor extrase din SEAP, informații care indică folosirea unui certificat expirat (care nu mai îndeplinește condițiile de legalitate), contrar precizărilor din fișa de date a achiziției.

În concluzie, autoritatea contractantă afirmă că decizia pe care a luat-o respectă, în totalitate, prevederile legislației în vigoare

privind achizițiile publice coroborate cu cele ale legislației incidente semnăturii electronice, în contextul celor prezentate fiind evident faptul că orice altă decizie ar fi presupus eludarea acestei legislații, (inclusiv a principiilor - astfel cum au fost ele legiferate) și ar fi creat un avantaj real în favoarea SC ... SRL și în detrimentul celuilalt ofertant participant la procedură.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură simplificată online - într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „...”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ... din 27.09.2017. Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de 580.000 lei, fără TVA.

Decizia privind rezultatul fazei I de evaluare i-a fost comunicată SC ... SRL prin adresa nr. 102348 din 11.10.2017, în care se arată că oferta acestei societăți a fost respinsă ca inacceptabilă, conform art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, deoarece documentele au fost semnate electronic cu semnătură electronică extinsă de către ... cu certificat pentru semnătură electronică extinsă a cărui valabilitate este expirată la data depunerii ofertelor, certificatul folosit fiind valabil numai pentru perioada 28.07.2016-28.07.2017.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând admiterea contestației și anularea actului contestat, cu consecința reluării procedurii de achiziție publică.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta depusă de SC ... SRL pentru motivul expus mai înainte, Consiliul reține că, în fișa de date a achiziției, punctul IV.4.3) „Modul de prezentare a ofertei”, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„Nu se accepta oferte si/sau documente nesemnate cu semnatura electronica extinsa valida a semnatarului ofertei, bazata pe un certificat calificat nesuspendat sau nerevocat la momentul semnarii ofertei.”

Așa cum rezultă din probele depuse la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă, documentele depuse în SEAP de ofertanta SC ... SRL au fost semnate electronic de către dna ... în baza certificatului pentru semnătură electronică extinsă număr serial ..., eliberat de ..., valabil de la 28.07.2016 până la 28.07.2017.

De reținut este faptul că depunerea ofertelor a avut loc în data de 10.10.2017.

Rezultă, din cele expuse, ca, la data depunerii ofertei, certificatul în baza căruia documentele SC ... SRL au fost semnate

cu semnătură electronică extinsă era ieșit din termenul de valabilitate.

Dispozițiile art. 123 din HG nr. 395/2016, stabilesc următoarele:

„(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.

(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."

Față de situația ofertantei SC ... SRL nu se poate reține încălcarea regulii instituite prin prevederea de la art. 123 alin. (3) din HG nr. 395/2016, deoarece documentele depuse în SEAP au fost semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Singura inadvertență, în situația contestatoarei, a constat în valabilitatea certificatului calificat care era epuizată la data depunerii ofertei.

Consiliul constată că decizia de considerare inacceptabilă a ofertei a fost luată de autoritatea contractantă prin aplicarea dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, conform cărora oferta este considerată inacceptabilă în situaţia în care 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.

Așa cum se amintea mai înainte, documentele depuse în SEAP de către SC ... SRL au fost semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

În această situație, Consiliul stabilește că măsura de respingere a ofertei contestatoarei nu a avut un temei de drept oportun ales.

Cât privește chestiunea valabilității certificatului în baza căruia dna ... a semnat cu semnătură electronică extinsă documentele societății, este adevărat că autoritatea contractanta a menționat expres în fișa de date a achiziției faptul că *„Nu se accepta oferte si/sau documente nesemnate cu semnatura electronica extinsa valida a semnatarului ofertei, bazata pe un certificat calificat nesuspendat sau nerevocat la momentul semnarii ofertei.",* precum la fel de real este și ca, potrivit art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, *"Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, precum şi cerinţele de calificare şi selecţie prevăzute în documentele achiziţiei."*. Însă, decizia autorității contractante cu

privire la oferta primită nu survine ad-hoc, ci trebuie să fie rezultatul unei etape de analiză și evaluare, ale cărei reguli sunt stabilite prin reglementările în vigoare privind achizițiile publice. În acest sens, prin prevederile sale, legiuitorul a acordat părților la procesul de achiziție publică un set de drepturi și de obligații la parcurgerea cărora acestea sunt ținute.

În contextul analizat, Consiliul reține dispoziția de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia *„În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei.”*

Așa cum rezultă din textul de lege evocat, legiuitorul a acordat autorității contractante, prin comisia sa de evaluare, numai un drept în sensul solicitării de clarificări și/sau completări ale documentelor prezentate în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, fără a o obliga pe aceasta la o asemenea conduită.

Însă, textul legal nu poate fi interpretat în sensul ca autoritatea contractantă poate să își exercite în mod discreționar prerogativa legală, aceasta, în condițiile în care alege să nu își exercite acest drept, trebuind să motiveze împrejurarea că unui anumit ofertant/candidat sau tuturor acestora nu le este solicitată clarificarea și/sau completarea documentelor prezentate.

Mai mult, drepturile acordate de legiuitor au ca scop încurajarea autorității contractante către conduita indicată de lege și nu acordarea posibilității de eludare a unui astfel de comportament, având ca unică motivare absența obligativității și imposibilitatea transformării unui drept într-o obligație.

Este de interes a se reține aici și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Pe de altă parte, nu se poate reține în speță ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *(“Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”),* deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege (art. 209 alin. 1 din lege) nu poate fi apreciat chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția

unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Ipoteza prevăzută la art. 209 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său se realizează cu încălcarea a ceea ce este adecvat și cu atingerea principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

Concluzia se impune chiar prin prevederea de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care nu restrânge plaja de documente care pot face obiectul clarificării şi/sau completării.

Nu se regăsesc în legislația aplicabilă domeniului achizițiilor publice, texte care să prevadă imposibilitatea exercitării dreptului autorității contractante, prevăzut la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, și în ceea ce privește certificatul calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, în baza căruia documentele sunt semnate cu semnătură electronică extinsă.

Este evident că oferta va fi considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condiția de semnare cu semnătură electronică extinsă sau dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, însă această sancțiune, așa cum se preciza mai sus, nu intervine imediat, ci este o măsură ce urmează întregului set de reguli, obligații și drepturi acordate, în egală măsură, atât autorității contractante, cât și ofertanților, de către reglementarea în materie.

În aceste condiții, Consiliul stabilește ca nelegală conduita autorității contractante de a respinge oferta SC ... SRL, fără a parcurge etapa prealabilă de clarificare și/sau completare a certificatului calificat deținut de dna ....

Mai mult, Consiliul reține că, anexat notificării prealabile transmise autorității contractante, SC ... SRL a prezentat acesteia certificatul pentru semnătură electronică extinsă număr serial ..., eliberat de ..., pentru dna ..., valabil de la 31.07.2017 până la 31.07.2018.

Se observă, așadar, că, la data depunerii ofertei, 10.10.2017, dna ... deținea un certificat calificat valabil, pe care, însă, nu l-a utilizat la semnarea cu semnătură electronică extinsă a documentelor postate în SEAP legat de această procedură de atribuire.

În aceste condiții, este cu atât mai evident că se impune reevaluarea ofertei contestatoarei, dat fiind faptul că oferta și documentele acestei societăți au fost semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat valabil la data depunerii ofertei, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, însă trimiterea din SEAP la certificatul calificat a fost eronată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și

căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ... SRL și să anuleze următoarele acte ale autorității contractante: răspunsul nr. 70661 din 18.10.2017 la notificarea prealabilă transmisă de SC ... SRL, adresa nr. 102348 din 11.10.2017, precum și toate actele subsecvente acesteia din urmă.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ... SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ... SRL.

Anulează următoarele acte ale autorității contractante: răspunsul nr. 70661 din 18.10.2017 la notificarea prealabilă transmisă de SC ... SRL, adresa nr. 102348 din 11.10.2017, precum și toate actele subsecvente acesteia din urmă.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ... SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

...