

Oferta perfecta, mai puțin un fișier lipsa: formalism sau proporționalitate?



Un singur fișier lipsa. De atât este nevoie pentru ca o oferta, de altfel completa și competitivă, să fie respinsă într-o procedură de achiziție publică. Fără analiză, fără verificări, fără clarificări. Între «Upload» și «Submit», un fișier ratat, dintr-o eroare umană sau, și mai grav, neimputabilă ofertantului, poate costa respingerea ofertei, aparent fără nicio «portiță» de salvare.

În materia achizițiilor publice, detaliile nu sunt niciodată neutre, indiferent ca sunt cerințe procedurale sau de fond. Jurisprudența constantă a instanțelor și a CNSC admite, preponderent, ca și un simplu aspect tehnic poate bloca decisiv o procedură de achiziție publică, ducând fie la eliminarea potențialului ofertant, fie chiar la anularea întregii proceduri.

În cadrul procedurii de achiziție publică, încărcarea ofertelor pe platforma SEAP presupune respectarea atât a cerințelor de fond, cât și a limitărilor tehnice impuse de sistem, până la termenul-limită stabilit de autoritatea/entitatea contractantă, orice nerespectare putând afecta validitatea participării. Astfel, în cazul propunerilor tehnice complexe, care depășesc limita maximă admisă de 50 MB per fișier, oferta trebuie fragmentată în mai multe arhive pentru a putea fi încărcată. Această necesitate tehnică, menită să faciliteze transmiterea electronică, poate deveni însă o veritabilă "capcană procedurală": lipsa salvării unui singur fișier face imposibilă deschiderea întregii arhive și, implicit, accesul la conținutul propunerii tehnice, echivalând, din nefericire, cu lipsa ofertei în integralitatea sa.

Cadrul normativ pare, la prima vedere, destul de restrictiv, **articolul 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016**^[1] definind oferta ca un angajament juridic care include, în mod obligatoriu, atât propunerea financiară, cât și propunerea tehnică, alături de documentele solicitate prin documentația de atribuire. În completare, **articolele 125**^[2] și **137**^[3] **din HG nr. 395/2016** impun comisiei de evaluare obligația de a respinge ofertele inacceptabile, neconforme și neadecvate, inclusiv în situația în care lipsește una dintre componentele esențiale ale ofertei, plasând riscurile transmiterii exclusiv în sarcina operatorului economic. Această abordare este susținută, de regulă, și de menționarea în Fișa de date a achiziției, a obligației operatorilor economici de a se asigura, înaintea depunerii ofertei, de accesibilitatea și funcționalitatea tuturor componentelor ofertei.

Problema apare atunci când, dintr-o eroare tehnică – imputabilă fie platformei SEAP, fie participantului la procedură – un singur fișier nu se salvează în sistem. Deși oferta există în integralitatea sa, arhiva nu mai poate fi deschisă, iar conținutul propunerii tehnice rămâne inaccesibil. Aici apare ruptura dintre regulă și rațiune. Poate o eroare tehnică punctuală, care nu afectează conținutul și substanța ofertei, să echivaleze automat cu lipsa

propunerii tehnice și să conducă la respingerea ofertei ca inadmisibilă? Sau este vorba despre un formalism excesiv, incompatibil cu principiul proporționalității care ar trebui să guverneze întreaga legislație a achizițiilor publice?

Practica unitară a instanțelor judecătorești și a CNSC conturează argumentul care evidențiază imposibilitatea comisiei de evaluare de a deschide fișierele încărcate în SEAP la secțiunea “*Documente de oferta tehnică*”, până la termenul limită de depunere a ofertelor și astfel, nu se poate verifica susținerea ofertantului, conform căreia oferta în integralitatea sa este vizibilă pentru comisia de evaluare.

Se creionează și obligația participantului la procedura de a-și verifica conținutul ofertei, inclusiv a propunerii tehnice, imediat după încărcarea acesteia în SEAP, până la data și ora stabilită de autoritatea contractantă, nerespectarea acesteia dovedind culpa exclusivă a ofertantului. Existența acestei situații de fapt tehnice și complexe impune, în multe cazuri, necesitatea întocmirii unui raport de expertiză extrajudiciară, care, în majoritatea cazurilor, nu admite existența unei erori tehnice din partea platformei SEAP, dar nici nu învinuiește în totalitate ofertantul, admitând posibilitatea unor cauze locale, cum ar fi stația de lucru (setări, optimizări, actualizări) sau conexiune slabă la internet, probleme de caching, etc.

În continuarea liniei de apărare, în unele cazuri, instanțele au reținut că, în măsura imposibilității dovedirii că nu există culpa ofertantului, nu se poate accepta completarea propunerii tehnice cu fișierul lipsă, fiind o deficiență gravă și o modificare substanțială a ofertei, contrară principiului tratamentului egal.

O argumentație clară, ușor de înțeles a instanțelor poate fi privită și dintr-o perspectivă mai liberă, mai permisivă. În realitate, însă, cu toate că, din analiza noastră, predomină soluția respingerii ofertei, există și decizii în favoarea ofertantului, atât hotărâri și opinii minoritare ale instanțelor naționale, cât și hotărâri CJUE. Analiza celor din urmă permite un raționament juridic în spiritul legii, mai mult decât în litera legii.

Astfel, pentru a combate argumentele, considerăm că se poate creiona o apărare pentru a dovedi, inclusiv prin expertizare, anterioritatea fișierului lipsă, prin evidențierea (cel puțin a) următoarelor aspecte tehnice: denumirea segmentelor arhivei, faptul că arhiva este integră din punct de vedere tehnic și că lipsa sau modificarea unuia dintre segmente ar împiedica deschiderea întregii arhive, singura opțiune fiind reintegrarea cu segmentul lipsă, având aceleași caracteristici ca la momentul creării arhivei rare. Totodată, din simplul fapt al încărcării ofertei, reiese clar că intenția ofertantului este de a participa la procedura, de a încărca oferta în mod integral și corect până la termenul limită, pentru a permite o procedură de selecție legală, competitivă și nu cel de a o tergiversa.

În plus, prevederile legale menționate, referitoare la definirea ofertei, nu pot fi interpretate, strict din perspectiva că lipsa unei componente a ofertei poate echivala cu lipsa unui fișier din conținutul ofertei, raționament care echivalează cu drastică sancțiune a respingerii ofertei. Astfel, calificarea legăturii dintre noțiunea de **componentă** a ofertei, care, se referă, de principiu, la componenta tehnică plus cea financiară și noțiunea de **lipsa a unui fișier** din oferta ține strict de perspectiva celui îndrituit să o soluționeze.

Aplicarea automată a regulii potrivit căreia riscul transmiterii ofertei incumbă exclusiv ofertantului, fără nicio verificare a caracterului preexistent al documentului lipsă și fără analiză existenței unei modificări substanțiale a ofertei, nu se corelează cu **principiul proporționalității**, statuat în Directiva 2014/24 UE, transpus inclusiv în legislația națională și nu este nici în conformitate cu jurisprudența CJUE.

Astfel, în cauza **C-336/12** (*Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser împotriva Manova A/S*)^[4], CJUE a statuat faptul că principiul egalității de tratament nu se opune acceptării de către autoritatea contractantă a unor documente, care descriu situația candidatului și care preexistau la momentul depunerii ofertei. În plus, Curtea a subliniat că principiul proporționalității impune acceptarea unui document care există la

data-limita de depunere a ofertelor și nu a suferit nicio modificare, aceasta fiind singura masura adecvata și necesara pentru atingerea scopului procedurii. Respingerea automata a ofertei nu servește nici interesului public, nici finalității achiziției, cu atât mai mult atunci când nu exista nicio afectare a tratamentului egal sau a concurenței.

În mod comparabil, Curtea se pronunță și în sens contrar, prin sancționarea depunerii unor documente după expirarea termenului acordat, doar în cazuri severe, precum cel indicat în cauza **C-387/15** (*Konsultant Komputer*), și anume, prin prezentarea unor documente care nu figurau în oferta inițială, deși trebuiau să fi fost depuse și, mai mult, modificau însași identitatea operatorului economic.

Din experiența proprie, putem susține ca, în achizițiile publice, detaliile nu sunt niciodată neutre. Lipsa unui fișier dintr-o arhivă segmentată, dintr-o eroare pur tehnică și care nu afectează nicidecum substanța ofertei, tratamentul egal al participanților și concurența, conform principiului proporționalității și jurisprudenței CJUE, nu poate echivala cu lipsa acesteia și nu justifică automat respingerea ca inadmisibilă a ofertei respective.

Or, în timp ce jurisprudența națională tinde mai mult spre a fi în detrimentul ofertantului, observând o cauzistică bogată în acest sens, jurisprudența europeană nu pare atât de restrictivă, dimpotrivă, Curtea concluzionează deseori în favoarea ofertantului. Astfel, acceptarea unui fișier preexistent, nealterat, se poate dovedi, uneori, o măsură adecvată, care garantează evaluarea corectă și legală a ofertei, protejând interesul public, tratamentul egal și integritatea procedurii, dar tot deseori, poate să nu fie în concordanță cu aplicarea legii.

Pe de o parte, respectarea normelor juridice este absolut necesară, dar, pe de altă parte, principiul proporționalității asigură ca aplicarea lor rămâne echitabilă și adaptată scopului urmărit de autoritatea contractantă. Între aceste două perspective, apare duelul: trebuie ca formalismul excesiv să învingă rațiunea legii?

Ca răspuns la această întrebare, considerăm ca formalismul excesiv trebuie să cedeze în fața spiritului urmărit de legiuitorul european. Măsurile adoptate de autoritățile/entitățile contractante trebuie să fie proporționale cu scopul legitim urmărit: atribuirea contractului public către ofertantul care îndeplinește corespunzător criteriul de atribuire stabilit. Respingerea unei oferte pentru o simplă omisiune tehnică – precum uitarea încărcării unui fișier în SEAP – atunci când eroarea este ușor remediabilă, iar pre existența sa poate fi dovedită tehnic, echivalează cu transformarea procedurii de achiziție într-un exercițiu de formalism lipsit de substanță. Atare sancțiuni ar trebui regândite și ajustate, de la caz la caz.

[1] Potrivit art. 3 lit. hh) din Legea 98/2016: „*oferta - actul juridic prin care operatorul economic își manifestă vointa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire; (...)*”.

[2] Conform art. 125 din HG 395/2016 : “ *Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva oferta.* ”

[3] Conform art. 137 din HG 395/2016 : “(1) *Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile, neconforme și neadecvate. (2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) k) în cazul în care unei oferte îi lipsește una din cele două componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Lege.*”

[4] CJUE a reținut, cu caracter obligatoriu, următoarele aspecte: „(...) Astfel, autoritatea contractantă poate solicita ca datele care figurează într-un astfel de dosar să fie corectate sau completate punctual, în măsura în care o asemenea cerere privește elemente sau date, precum bilanțul publicat, a căror anterioritate în raport cu expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv. (...)”

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a zecea) declară: Principiul egalității de tratament trebuie interpretat în sensul că nu se opune ca o autoritate contractantă să solicite unui candidat, după expirarea termenului acordat pentru depunerea candidaturilor la un contract de achiziții publice, comunicarea unor documente care descriu situația acestui candidat, precum bilanțul publicat, a căror existență înainte de expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv (...)”.

[5] Raspunsul Curții : “ 37. În plus, rezulta deja din jurisprudența ca principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lamuriri unui ofertant a cărui ofertă o apreciază ca fiind imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punctul 62 și jurisprudența citată).

38 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la oferta să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, punctul 63 și jurisprudența citată).”