

Semnătura electronică – subiect de divergențe în cadrul achizițiilor sectoriale

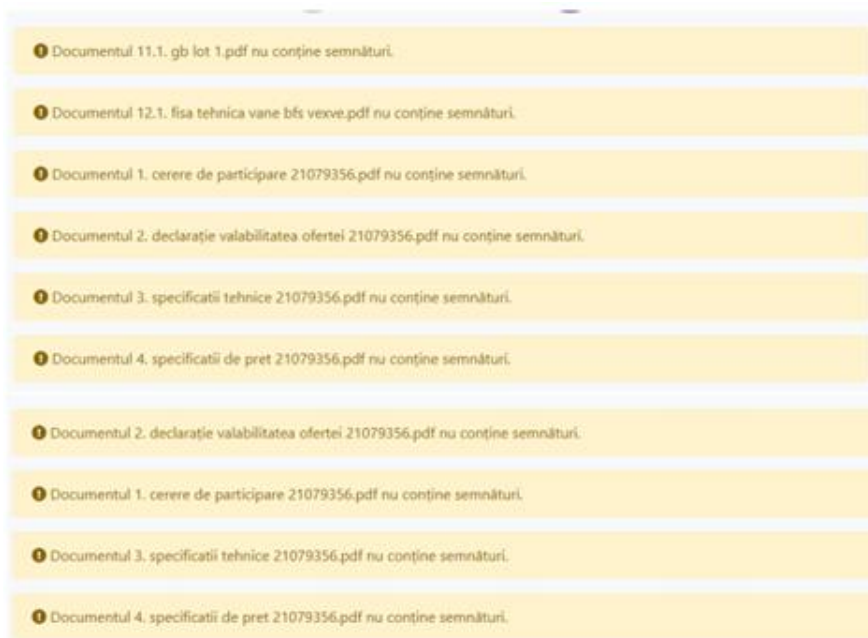
Autor: AGER

Prin Decizia ANSC Nr. 03D-461-23 din 17 iulie 2023, ANSC a stabilit un precedent conform căruia la achizițiile sectoriale nu este obligatoriu de semnat electronic oferta. În prezentul articol vom analiza implicările juridice ale respectivei decizii.

Decizia ANSC a fost emisă pe marginea unei contestații la rezultatele procedurii de achiziție nr. [ocds-b3wdp1-MD-1682594558944](#) din 27.04.2023 privind „Achiziționarea robinetelor, vanelor triplu excentric”. La caz, entitatea contractantă – „Termoelectrica” SA a indicat în anunțul de participare la pct. 20 că urmau a fi semnate electronic următoarele documente:

Nr. d/o	Descrierea criteriului/cerinței	Mod de demonstrare a îndeplinirii criteriului/cerinței:	Nivelul minim/Obligativitatea
1	Cerere de participare	<i>Original, conform formularului atașat, semnat electronic</i>	Obligativ
2	Declarație privind valabilitatea ofertei	<i>Original, conform formularului atașat, semnat electronic</i>	Obligativ
3	Specificații de preț	<i>Original, conform formularului atașat, semnat electronic</i>	Obligativ
4	Specificații tehnice	<i>Original, conform formularului atașat, semnat electronic</i>	Obligativ

Ofertantul „Techno Test” SRL a depus respectivele documente, însă „în pofida faptului că conțin semnătura olografă și ștampila umedă a operatorului economic, în rezultatul verificării prin intermediul portalului Serviciului guvernamental de semnătură electronică MSign (www.msign.gov.md), acestea nu sunt semnate electronic”:



Cu toate acestea entitatea contractantă a atribuit contractul „Techno Test” SRL. Această decizie a fost contestată de un alt operator economic participant la licitație care a indicat asupra nevalabilității juridice a ofertei desemnate câștigătoare.

ANSC a respins respectiva contestație din următoarele considerente:

În cele din urmă, Agenția va reține raționamentele entității contractante care a apreciat omisiunea ofertantului declarat câștigător ca fiind una ce nu afectează angajamentele asumate de către „Techno Test” SRL, iar în condițiile în care Legea nr. 74/2020 nu impune expres utilizarea SIA „RSAP”, respectiv, și toate reglementările prevăzute în acest sens în legătură cu acesta, fiind impusă doar aplicarea mijloacelor electronice de comunicare fără specificarea expresă a acestora, aplicabile sunt prevederile art. 316 alin. (2) din Codul Civil al Republicii Moldova nr. 1107 din 06.06.2002, care prevede că forma este o condiție de valabilitate a actului juridic numai în cazurile expres prevăzute de lege.

Prin urmare, reieșind din cele menționate, Agenția va respinge pretențiile contestatorului în măsura în care pretențiile acestuia privind obligativitatea formei electronice actului juridic este dedusă din propriile interpretări ale cadrului normativ în vigoare, inclusiv din interpretarea conținutului unor decizii anterioare ale Agenției prin care a fost constatat că aplicarea semnăturii electronice reprezintă o condiție de validitate a documentului electronic în circuitul civil, apreciere ce nu poate fi negată, însă contestatorul nu a ținut cont de prevederile legale ce reglementează în cummul

8

achizițiile sectoriale, inclusiv principiile de reglementare a acestora, la caz, fiind relevant principiul proporționalității, or entitatea contractantă este obligată să-l aplice, cu atât mai mult cu cât oferta a cărei legalitate se contestă este și cea mai avantajoasă economic.

În cele din urmă, Agenția va reține raționamentele entității contractante care a apreciat omisiunea ofertantului declarat câștigător ca fiind una ce nu afectează angajamentele asumate de către „Techno Test” SRL, iar în condițiile în care Legea nr. 74/2020 nu impune expres utilizarea SIA „RSAP”, respectiv, și toate reglementările prevăzute în acest sens în legătură cu acesta, fiind impusă doar aplicarea mijloacelor electronice de comunicare fără specificarea expresă a acestora, aplicabile sunt prevederile art. 316 alin. (2) din Codul Civil al Republicii Moldova nr. 1107 din 06.06.2002, care prevede că forma este o condiție de valabilitate a actului juridic numai în cazurile expres prevăzute de lege.

Prin urmare, reieșind din cele menționate, Agenția va respinge pretențiile contestatorului în măsura în care pretențiile acestuia privind obligativitatea formei electronice actului juridic este dedusă din propriile interpretări ale cadrului normativ în vigoare, inclusiv din interpretarea conținutului unor decizii anterioare ale Agenției prin care a fost constatat că aplicarea semnăturii electronice reprezintă o condiție de validitate a documentului electronic în circuitul civil, apreciere ce nu poate fi negată, însă contestatorul nu a ținut cont de prevederile legale ce reglementează în cummul

8

achizițiile sectoriale, inclusiv principiile de reglementare a acestora, la caz, fiind relevant principiul proporționalității, or entitatea contractantă este obligată să-l aplice, cu atât mai mult cu cât oferta a cărei legalitate se contestă este și cea mai avantajoasă economic.

Astfel, ANSC și-a bazat Decizia pe 3 constatări:

1. Regulamentul privind modul de ținere a Registrului de stat al achizițiilor publice format de SIA „RSAP” nu se aplică față de achizițiile sectoriale reglementate de Legea nr. 74/2020 din motiv că respectiva lege nu prevede expres utilizarea de SIA „RSAP”
2. Legea nr. 74/2020 nu prevede expres obligativitatea utilizării semnăturii electronice
3. Deși entitatea contractantă în anunțul de participare a prevăzut obligativitatea utilizării semnăturii electronice, descalificarea unei ofertei pentru nerespectarea acestei cerințe ar fi o măsură disproporționată

Considerăm că constatările nr. 1 și 3 sunt greșite, iar a doua a fost aplicată greșit.

1. ANSC a considerat că întrucât Legea nr. 74/2020 nu impune obligativitatea utilizării SIA „RSAP” (MTender), Regulamentul privind modul de ținere a Registrului de stat al achizițiilor publice format de SIA „RSAP” (care la pct. 121 prevede obligativitatea utilizării semnăturii electronice) nu se aplică față de achizițiile sectoriale reglementate de Legea nr. 74/2020, implicit și față de orice altă procedură a cărei reglementare nu impune obligativitatea MTender.

Este criticabilă această abordare, or anume Regulamentul menționat și descrie modul de funcționare și utilizare a MTender, iar utilizarea acestuia nu poate fi făcută într-un vid juridic. Respectivul Regulament nu prevede că este aplicabil doar achizițiilor guvernate de Legea nr. 131/2015. Acesta a fost adoptat în conformitate cu Legea nr. 131/2015 și pentru transpunerea ei în practică, totuși utilizarea lui nu este limitată în nici un fel doar de achizițiile în baza Legii nr. 131/2015.

Și aici apare o întrebare retorică: dacă o entitate contractantă decide să desfășoare o procedură de achiziție sectorială prin MTender, atunci care reguli reglementează utilizarea sistemului MTender? Oare nu Regulamentul menționat?

Art. 2 din Regulament prevede: *“Prezentul Regulament stabilește reguli privind modul de ținere a Registrului de stat al achizițiilor publice (în continuare – Registru) ca rezultat al funcționării Sistemului informațional automatizat „Registru de stat al achizițiilor publice” (MTender) (în continuare – SIA RSAP (MTender)) în procesul organizării și desfășurării procedurilor de achiziție publică, cerințele minime față de utilizarea mijloacelor de protecție la introducerea, stocarea, prelucrarea și accesarea informațiilor privind procedurile de achiziție publică și cele adiacente, precum și cerințele minime față de echipamentul tehnic, de program și față de utilizatorii SIA RSAP MTender.”*

Deși se indică că Regulamentul stabilește regulile de ținere a MTender în procesul desfășurării procedurilor de achiziție publică, termenul utilizat aici pentru “achiziții publice” nu se referă doar la achizițiile în baza Legii nr. 131/2015, ci are un sens mai larg și se referă la achizițiile care vizează interesul public.

Spre exemplu de la 1 iulie 2023, și o parte din achizițiile de valoare mică se desfășoară tot prin MTender în baza Regulamentului cu privire la achizițiile publice de valoare mică. În mod paradoxal, achizițiile sectoriale de valoare mică care cad sub incidența Regulamentului cu privire la achizițiile publice de valoare mică trebuie obligatoriu desfășurate prin MTender, pe când cele de o valoare mai

mare pot să fi organizate oriunde oricum dorește entitatea contractantă. Astfel, prin reglementările aplicabile se impune o transparență mult mai mare achizițiilor sectoriale de valoare mică decât celor care au o valoare mai mare, fapt care nu are nici o logică. După aceeași interpretare, o achiziție de valoare mică de utilități realizată prin MTender impune ca ofertele să fie semnate electronic, iar o licitație de utilități în baza Legii nr. 74/2020 nu ar impune așa o cerință și acest fapt la fel ar fi lipsit de logică.

Iar dacă la un moment dat se vor desfășura și alte proceduri de achiziție prin MTender atunci Regulamentul dat s-ar aplica și acestora (de exemplu achizițiile organizate de organizații internaționale, de misiunile diplomatice sau altele care sunt exceptate de la Legea nr. 131/2015 în baza art. 5 alin. (1).

2. A doua constatare a ANSC pe care își bazează decizia este că Legea nr. 74/2020 nu prevede obligativitatea utilizării semnăturii electronice. De aici conlude că semnătura electronică nu este obligatorie în cadrul achizițiilor sectoriale, chiar dacă sunt desfășurate prin MTender. Această concluzie este criticabilă.

ANSC își bazează decizia pe art. 316 alin. (2) din Codul Civil al Republicii Moldova care prevede că "Forma este o condiție de valabilitate a actului juridic numai în cazurile expres prevăzute de **lege**". Însă, dacă este să aplicăm norma dată în același mod ca și ANSC, atunci ar ieși că nici în cadrul achizițiilor publice reglementate de Legea nr. 131/2015 nu este necesară aplicarea semnăturii electronice. **Or propriu-zis cum în Legea nr. 74/2020 nu scrie nimic despre obligativitatea semnării electronice a ofertei la fel nu scrie nimic nici în Legea nr. 131/2015.**

Drept exemplu oferim argumentarea ANSC dintr-o cauză de achiziție Reglementată de Legea nr. 131/2015 unde un ofertant nu a semnat electronic oferta. În Decizia Nr. 03D-24-24 din 19 ianuarie 2024 ANSC a indicat că în cadrul achizițiilor reglementate de Legea nr. 131/2015 ne semnarea ofertei trebuie să ducă la respingerea ei:

Astfel, la soluționarea contestației, Agenția va avea în vedere prevederile art. 33 alin. (14) lit. i) din Legea nr. 131/2015, care reglementează obligativitatea garantării ca instrumentele și dispozitivele utilizate pentru comunicarea prin mijloace electronice să asigure depunerea ofertelor electronice prin aplicarea semnăturii electronice, iar în acest sens este de menționat că SIA „RSAP” asigură posibilitatea semnării electronice a ofertelor.

Totodată, în conformitate cu pct. 105 din Regulamentul privind modul de ținere a Registrului de stat al achizițiilor publice format de Sistemul informațional automatizat „Registrul de stat al achizițiilor publice” (MTender), aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 986 din 10.10.2018, depunerea ofertei finale este precedată în mod obligatoriu de semnarea electronică și criptarea acesteia, iar potrivit pct. 121 din același regulament toate documentele ofertelor încărcate, precum și contractele rezultate în urma procedurii de achiziție publică urmează a fi semnate digital, utilizând semnătura electronică avansată calificată. Prin urmare, având în vedere faptul că procedura de achiziție publică din speță s-a inițiat prin intermediul SIA „RSAP” (MTender), semnarea electronică a ofertelor reprezintă mecanismul prin care este garantată respectarea condiției de validitate a documentelor depuse de ofertanți.

În acest context, Agenția apreciază drept relevante dispozițiile art. 65 alin. (4) din Legea nr. 131/2015, potrivit căruia prezentarea ofertei presupune depunerea într-un set comun a propunerii tehnice, a propunerii financiare, a DUAE și, după caz, a garanției pentru ofertă, totodată alin. (5) din același articol, prevede că oferta, scrisă și semnată, se prezintă în conformitate cu cerințele expuse în documentația de atribuire utilizând SIA „RSAP”.

De asemenea, conform pct. 64 din Documentația standard pentru realizarea achizițiilor publice de lucrări, aprobată prin Ordinul Ministrului Finanțelor nr. 69 din 07.05.2021, la caz documentația de atribuire, prevede că, oferta scrisă și semnată în format electronic, de către administratorul companiei indicat în Extrasul Registrului de Stat al persoanelor juridice sau de către persoana împuternicită, atât și în cazul delegării sau împuternicirii persoanei, la ofertă se anexează actul/documentul de împuternicire și se prezintă conform cerințelor expuse în anexa nr. 2, în conformitate cu instrumentele existente în SIA RSAP, cu excepția cazurilor prevăzute la art. 33 alin. (7) și alin. (11) din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice..

Totodată, potrivit art. 2 din Legea nr. 91 din 27.06.2014 privind semnătura electronică și documentul electronic: „document electronic reprezintă o informație în formă electronică, creată, structurată, prelucrată, păstrată și/sau transmisă prin intermediul computerului sau al altor dispozitive electronice, semnată cu semnătură electronică în conformitate cu legea nominalizată, iar prin semnătură electronică se înțeleg date în formă electronică, care sunt atașate la sau logic asociate cu alte date în formă electronică și care sunt utilizate ca metodă de autentificare și prin semnatar – persoana care deține un dispozitiv de creare a semnăturii electronice și care acționează fie în nume propriu, fie în numele persoanei fizice, al persoanei juridice sau al entității pe care o reprezintă”.

Subsecvent, art. 16 alin. (1) din legea menționată prevede că, documentul electronic este considerat autentic dacă întrunește cumulativ următoarele condiții:

a) este semnat de persoana abilitată, în modul stabilit, să semneze cu semnătură olografă documentul echivalent pe suport de hârtie;

b) este semnat cu semnătura electronică autentică a semnatarului indicat în document, iar conform alin. (2) din același articol verificarea autenticității documentului electronic se efectuează prin verificarea, cu ajutorul dispozitivelor de verificare a semnăturii electronice și/sau al produsului asociat semnăturii electronice, a autenticității acestei semnături.

Astfel, semnătura electronică are aceeași valoare juridică cu semnătura olografă, fapt reglementat expres de art. 5 alin. (2) din legea menționată, fiind utilizată ca mijloc de autentificare în SIA „RSAP” (MTender) și de semnare a documentelor aferente procedurilor de achiziții publice desfășurate prin intermediul sistemului respectiv.

În acest sens, având în vedere pretențiile contestatorului, Agenția, în urma verificării pe pagina web: www.msign.gov.md a documentelor ofertei „Credo Industry” SRL, a constatat că acestea „nu conține semnături”, iar afirmațiile operatorului economic desemnat câștigător, precum că „**toate 25 de documente semnate, au fost elaborate și încărcate în termen**”, în lipsa unor probe concludente și pertinente, au caracter declarativ și nu pot fi reținute.

Astfel, la caz, Agenția apreciază că omisiunea de a semna electronic oferta, care a fost încărcată în SIA „RSAP” (MTender) până la termenul-limită de depunere al ofertelor, nu probează faptul că ofertantul își asumă conținutul acesteia, or art. 1 din Legea nr. 131/2015 definește clar noțiunea de „ofertă – act juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziții publice”. În acest context, Agenția reține că derularea unei proceduri de achiziție publică nu reprezintă un schimb formal de documente menit să conducă la semnarea de contracte, iar depunerea unei oferte urmează să reprezinte un angajament ferm din partea operatorilor economici, ceea ce contestatorul nu a îndeplinit, or lipsa semnăturii electronice avansată calificată de pe ofertă echivalează cu lipsa voinței de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziții

Aici v-om analiza fiecare normă legală la care se referă ANSC:

În primul rând se face referință la art. 33 alin. (14) lit. i) din Legea nr. 131/2015. Acesta prevede că: „*Instrumentele și dispozitivele de recepție electronică a ofertelor, a cererilor de participare, precum și a planurilor și a proiectelor pentru concursuri de soluții, trebuie să garanteze, prin mijloace tehnice și proceduri adecvate, cel puțin că: i) pe ofertele electronice este aplicată semnătura electronică.*” Această cerință este față de instrumentele și dispozitivele de recepție a ofertelor. Ele trebuie să garanteze că pe oferte este aplicată semnătura electronică. Cerința dată nu este respectată de MTender, or orice document, inclusiv nesemnat electronic poate fi depus, fapt ce a și dus la existența mai multor proceduri unde nu s-au semnat electronic ofertele, iar faptele date au ajuns să fie examinate de ANSC.

Dacă norma dată s-ar fi respectat asemenea cauze nu ar fi ajuns la ANSC din motiv că nu s-ar fi putut depune oferte nesemnate electronic. Totodată, această normă nu impune o condiție de formă a ofertei, ea reglementează doar cerințele față de dispozitive.

Probabil legiuitorul a avut așteptarea legitimă în 2015 când a adoptat această lege că atunci când v-a fi creată platforma electronică de achiziții de către Ministerul Finanțelor, ea automat nu v-a accepta depunerea unei oferte/document care nu este semnat electronic și respectiv nici nu a mai inclus o altă prevedere specială în Lege care să impună obligativitatea semnării electronice a ofertelor.

Totodată, **aceeași prevedere legală există și în Legea nr. 74/2020 la art. 32 alin. (8) lit. i):** *“Instrumentele și dispozitivele de recepție electronică a ofertelor, a cererilor de participare, precum și a planurilor și a proiectelor pentru concursuri de soluții, trebuie să garanteze, prin mijloace tehnice și proceduri adecvate, cel puțin că: i) pe ofertele electronice este aplicată semnătura electronică.”*

Respectiv dacă chiar și s-ar admite interpretarea conform căreia art. 33 alin. (14) lit. i) din Legea nr. 131/2015 impune semnarea electronică a ofertelor în cadrul achizițiilor reglementate de respectiva lege, atunci exact aceeași interpretare ar urma să fie atribuită și art. 32 alin. (8) lit. i) Legea nr. 74/2020 în raport cu ofertele la achizițiile sectoriale. Prin urmare art. 33 alin. (14) lit. i) din Legea nr. 131/2015 nu poate fi temei pentru o abordare diferențiată în cadrul achizițiilor publice în ceea ce privește semnarea electronică a oferte.

Mai departe în Decizia analizată, ANSC face referință la Regulamentul privind modul de ținere a Registrului de stat al achizițiilor publice format de SIA „RSAP” care și impune obligativitatea semnării electronice a ofertei. După cum am indicat mai sus, Regulamentul dat se aplică tuturor achizițiilor care se desfășoară prin intermediul MTender nu doar celor în baza Legii nr. 131/2015.

În continuare ANSC face referință la art. 65 alin. (4) și (5) din Legea nr. 131/2015 care prevede: *„(4) Prezentarea ofertei presupune depunerea într-un set comun a propunerii tehnice, a propunerii financiare, a DUAE și, după caz, a garanției pentru ofertă. (5) Oferta, scrisă și semnată, se prezintă în conformitate cu cerințele expuse în documentația de atribuire utilizând SIA „RSAP”, cu excepția cazurilor prevăzute la art.33 alin. (7) și (11). Autoritatea contractantă eliberează operatorului economic, în mod obligatoriu, o recipisă în care indică data și ora recepționării ofertei sau confirmă recepționarea acesteia în cazurile în care oferta a fost depusă prin mijloace electronice.”*

Aici la fel nu se vorbește nimic de semnătura electronică, legiuitorul doar îndreaptă spre documentația standard. La caz, Pct. 64 din documentația de atribuire standard într-adevăr prevede aprobată prin Ordinul Ministerului Finanțelor 69/2021 prevede obligativitatea semnăturii electronice a ofertelor. , însă această obligație prevederea dată din documentația standard nu este cu nimic mai presus decât obligația din anunțul de participare de a semna electronic oferta. Ambele fac parte din documentația de atribuire care este în mod egal obligatorie și în cazul achizițiilor reglementate de Legea nr. 131/2015 cât și celor sectoriale reglementate de Legea nr. 74/2020 (a se vedea art. 55 alin. (1), art. 69 alin. (3), art. 75 alin. (2)). În același timp, cum anunțul de participare nu este o lege, la fel și documentația standard nu este o lege, aceasta este un act normativ subordonat legii. Dar art. 316 alin. (2) din Codul Civil, la face referință ANSC indică că condiția de valabilitate a actului juridic trebuie să fie prevăzută **expres în lege** pentru a avea efect. Respectiv, dacă este să aplicăm consecvent analiza ANSC atunci nici prevederile din documentația de atribuire nu pot impune obligativitatea utilizării semnăturii electronice ca condiție de formă pentru ofertă.

În continuare autoritatea ANSC contractantă face referință la Legea nr. 91/2014 privind semnătura electronică și documentul electronic, care de altfel a fost abrogată încă în 2022 în baza Legii 124 din 19.05.22, publicată în Monitorul Oficial 70-176/10.06.22 art.317; în vigoare 10.12.22. Aici s-a aplicat o normă abrogată.

Iar ultima prevedere din Decizia Nr. 03D-24-24 din 19 ianuarie 2024 la care se face referință pentru constatarea că nu poate fi admisă o ofertă nesemnată electronic la o achiziție în baza Legii nr. 131/2015 este art. 1 care descrie noțiunea de ofertă: „*ofertă – act juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziții publice. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire;*” Și aici vedem că nu se indică obligativitatea utilizării semnăturii electronice pentru valabilitatea ofertei.

Astfel, dacă este să analizăm în mod comparat aceste două spețe constatăm că abordarea ANSC în ele este una diferită. Deși la caz sunt două achiziții reglementate de legi diferite (Legea nr. 74/2020 vs Legea nr. 131/2015), discriminarea aplicată modului de semnare a ofertei din ele este una nejustificată atât timp cât niciuna din aceste legi nu impune utilizarea semnăturii electronice, iar ambele s-au desfășurat în MTender deci prin prisma Regulamentului privind modul de ținere a Registrului de stat al achizițiilor publice format de SIA „RSAP”

A treia constatare a ANSC în decizia Nr. 03D-461-23 din 17 iulie 2023 este că deși entitatea contractantă în anunțul de participare a prevăzut obligativitatea utilizării semnăturii electronice, descalificarea unei ofertei pentru nerespectarea acestei cerințe ar fi o măsură disproporționată. Această abordare este una criticabilă. Și nu doar din cauza că în primul rând, ea contravine Regulamentului privind modul de ținere a Registrului de stat al achizițiilor publice format de SIA „RSAP”, care după cum am explicat se aplică și achizițiilor sectoriale desfășurate prin Mtender, și care impune obligativitatea utilizării semnăturii electronice.

Pentru a aplica corect principiul proporționalității urma a fi făcută o analiză a efectelor juridice ale nesemnării electronice a ofertei în cadrul achizițiilor sectoriale desfășurate prin MTender. Acest lucru nu a fost efectuat de către ANSC în decizia menționată: s-a constatat doar că descalificarea ar fi disproporționată, fără o analiză în acest sens.

În primul rând, atragem atenția la următoarea nuanță – problema examinată nu este forma îmbrăcată de ofertă (care până la urmă tot este un document electronic) ci **față de semnătura aplicată pe aceasta**. Actul care trebuie analizat este dacă semnătura aplicată pe acea ofertă poate fi acceptată.

Art. 316 din Codul Civil prevede că „(1) Actul juridic poate fi încheiat verbal, în scris sau în formă autentică.” Subliniem că semnătura în esență nu poate să fie în formă verbală. Iar art. 317 alin. (1) din Codul Civil prevede că “(1) Actul juridic pentru care legea sau acordul părților nu stabilește formă scrisă sau autentică poate fi încheiat verbal.” La caz, voința entității contractante a fost ca ofertele să fie semnate electronic. Iar prin necontestarea documentației de atribuire, în mod implicit a acceptat această cerință și „Techno Test” SRL.

Art. 318 alin. (1) din Codul Civil Prevede că „*Actul juridic scris/autentic are formă electronică dacă se cuprinde într-un document electronic care întrunește condițiile legii.*” Alin. (3) din același articol prevede: “*Actul juridic scris se încheie în formă electronică dacă este semnat cu semnătura electronică*”

avansată calificată a persoanei care încheie actul, dacă acordul părților sau legea nu prevede cerința de utilizare a unui alt tip de semnătură electronică.”

În completarea acestei norme vin art. 319 alin. (1) și (2) care prevăd: „(1) În cazul în care actul juridic este încheiat prin utilizarea oricărui mijloc electronic, iar persoana nu l-a încheiat prin semnătura electronică prevăzută la art. 318 alin. (3), se prezumă că consimțământul este al acelei persoane pînă cînd ea nu contestă existența lui. (2) Persoana nu poate contesta existența consimțământului doar pe motiv că el a fost transmis printr-un mijloc electronic dacă ea a acceptat utilizarea aceluși mijloc electronic printr-un act juridic încheiat anterior.” Entitatea contractantă nu a transmis anterior depunerii ofertelor printr-un mijloc electronic informația că acceptă utilizarea ofertelor semnate altfel decît cu semnătura electronică. Prin urmare prevederile de la art. 319 alin. (1) și (2) din Codul Civil nu sunt aplicabile.

Legea nr. 124/2022 privind identificarea electronică și serviciile de încredere reglementează la art. 20 doar două tipuri de semnături electronice – de tip avansat și de tip calificat. Semnătura calificată este cea care poate fi verificată prin platforma MSign și care întrunește cerințele de la art. 24 din Legea 124/2022. Cerințele pentru semnătura avansată sunt prevăzute la art. 23 și includ printre altele următoarele: „sunt create utilizând date de creare a semnăturilor electronice sau utilizând date de creare a sigiliilor electronice, pe care semnatarul sau, respectiv, creatorul sigiliului electronic le poate utiliza cu un nivel sporit de încredere, exclusiv sub controlul acestuia; sunt legate de datele la care se raportează, astfel încât orice modificare ulterioară a acestor date poate fi detectată.”

Oferta „Techno Test” SRL la procedura nr. ocds-b3wdp1-MD-1682594558944 este un document scanat care a fost creat, probabil dar nu sigur, printr-un soft de scanare a documentelor. Iar semnătura scanată de pe acesta nu întrunește cerințele de la art. 23 din Legea 124/2022. Ea nu a fost creată cu ajutorul unor date cu un nivel sporit de încredere și care se află exclusiv sub controlul persoanei care a semnat, iar documentul unde este aplicată semnătură permite modificarea lui ulterioară fără ca acest fapt să poate fi detectat. Documentul semnat electronic dacă și este modificat, atunci acest fapt afectează semnătura electronică în mod detectabil.

Așadar, oferta depusă de către „Techno Test” SRL nu poate fi considerată ca fiind semnată în scris și nici în formă autentică. Respectiv ea nu poate fi considerată a fi semnată. În baza acestei rațiuni ofertele nesemnate electronic în cadrul achizițiilor sectoriale trebuie respinse. Asta întrucât ele nu confirmă angajamentul asumat de către ofertant pentru respectiva ofertă.

Iar în cazul apariției unui litigiu legat de retragerea ofertei nesemnate electronic, entitatea contractantă ar fi supusă un risc de a nu putea obliga ofertantul să se țină legat de oferta depusă. Și dacă acest litigiu ar ajunge în fața instanței de judecată, ultima probabil ar constata lipsa unei oferte corespunzătoare. Anume acesta este raționamentul din constatările ANSC în ceea ce privește ofertele nesemnate electronic în cadrul achizițiilor reglementate de Legea nr. 131/2015 și același raționament credem că trebuie aplicat și achizițiilor sectoriale.

Iar principiul proporționalității impune respingerea unei oferte care nu este semnată în modul corespunzător, or în caz contrar entitatea contractantă nu poate să se asigure că oferta depusă v-a fi respectată. Aici nu sunt aplicabile prevederile art. 322 din Codul Civil care prevede consecințele nerespectării formei scrise a actului juridic, or în materia dreptului administrativ, toate normele sunt cu caracter imperativ.

Urmare a deciziei analizate, ANSC a mai emis o decizie similară – Decizia Nr. 03D-517-23 din 07 august 2023. Aceasta a fost emisă pe marginea deciziei de atribuire la procedura de achiziție nr. MD-1678435256742 organizată de „CET-NORD” SA pentru achiziția „Sistem de monitorizare și înregistrare a parametrilor de calitate a energiei electrice în rețelele de 10 kV și de 110kV”. Decizia de atribuire a contractului ofertantului nerezident „Edela s.r.o.” a fost contestată, iar printre motive s-a indicat că acesta nu a semnat electronic oferta. Diferența dintre aceste două cauze este că „CET-NORD” SA, în anunțul de participare nu a inclus cerința ca oferta să fie semnată electronic. Acest fapt a fost reținut de ANSC în respectiva Decizie, asta deși în Decizia precedentă examinată, cerința din anunțul de participare de semnare a ofertei nu a schimbat soluția pe caz.

Astfel, având în vedere că Legea nr. 74/2020 nu prevede obligativitatea desfășurării procedurilor de achiziții sectoriale prin intermediul SIA „RSAP”, la fel și luând în considerare circumstanțele din speță și anume faptul că operatorul economic declarat câștigător a semnat olograf cu aplicarea ștampilei documentele prezentate, se conchide că respingerea ofertei „Edela s.r.o.”, astfel cum solicită contestatorul, ar fi o măsură disproporționată în raport cu omisiunea admisă, o interpretare inversă în circumstanțele de natură celor din speță ar contravine principiului proporționalității consfințit prin art. 28 din Legea nr. 74/2020, or principiul menționat impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai

10

multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopul urmărit.

La caz, urmează a fi reținut că entitatea contractantă nu a prevăzut în documentația de atribuire forma actelor ce urmau a fi prezentate de către operatorii economici, respectiv nu a indicat obligativitatea aplicării semnăturii electronice sau a semnăturii olografe pe documentele ofertei.

În cele din urmă, Agenția va reține că, în condițiile în care Legea nr. 74/2020 nu impune expres utilizarea SIA „RSAP”, respectiv, și toate reglementările prevăzute în acest sens în legătură cu acesta, fiind impusă doar aplicarea mijloacelor electronice de comunicare fără specificarea expresă a acestora, aplicabile sunt prevederile art. 316 alin. (2) din Codul Civil al Republicii Moldova nr. 1107 din 06.06.2002, care prevede că forma este o condiție de valabilitate a actului juridic numai în cazurile expres prevăzute de lege.

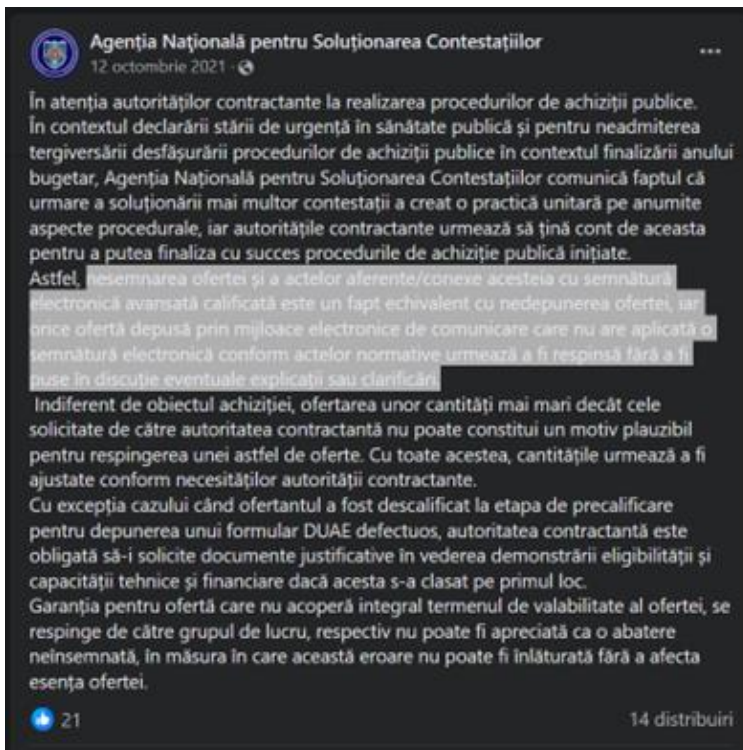
Prin urmare, reieșind din cele menționate, Agenția va respinge pretențiile contestatorului în măsura în care pretențiile acestuia privind obligativitatea formei electronice actului juridic este dedusă din propriile interpretări ale cadrului normativ în vigoare, fără a ține cont de prevederile legale ce reglementează în cumul achizițiile sectoriale, inclusiv principiile de reglementare a acestora, la caz, fiind relevant principiul proporționalității, or entitatea contractantă este obligată să-l aplice, cu atât mai mult cu cât oferta a cărei legalitate se contestă a acumulat cel mai mare punctaj potrivit factorilor de evaluare.

Iar, mai recent la data de 6 martie 2024, ANSC a emis o nouă Decizie cu nr. 03D-123-24 pe marginea aspectului analizat, unde a menținut exact aceeași abordare:

Totuși, la caz, având în vedere că Legea nr. 74/2020 nu prevede obligativitatea desfășurării procedurilor de achiziții sectoriale prin intermediul SIA „RSAP”, la fel și luând în considerare circumstanțele din speță și anume faptul că operatorul contestator a semnat olograf și respectiv, a aplicat ștampila umedă pe documentele prezentate, se conchide că respingerea ofertei „Centrul de Metrologie Aplicată și Certificare” ÎS, ar fi o măsură disproporționată în raport cu omisiunea admisă, o interpretare inversă în circumstanțele de natura celor din speță ar contravine principiului proporționalității consfințit prin art. 28 din Legea nr. 74/2020, or principiul menționat impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopul urmărit.

Astfel, urmează a fi reținut că deși entitatea contractantă a prevăzut în documentația de atribuire forma actelor ce urmau a fi prezentate de către operatorii economici, în speță, „semnat și stampilat de către operatorul economic, confirmat prin semnătură electronică”, condiție ce urma a fi respectată de către toți participanții, cu toate acestea, conform prevederilor art. 75 alin. (5) din Legea nr. 74/2020, entitatea contractantă are dreptul să considere oferta conformă dacă aceasta conține abateri neînsemnate de la prevederile documentației de atribuire, erori sau omiteri ce pot fi înlăturate fără a afecta esența ei. Orice deviere de acest fel se exprimă cantitativ, în măsura în care este posibil, și se ia în considerare la evaluarea și compararea ofertelor.

Cele trei Decizii ale ANSC analizate mai sus care se referă la aplicarea Legii nr. 74/2020 vin în contradicție și cu îndrumarea oferită de Agenție pe o [postare pe Facebook](#) din octombrie 2021, deci după intrarea în vigoare a Legii nr. 74/2020:



Agencia Națională pentru Soluționarea Contestațiilor
12 octombrie 2021

În atenția autorităților contractante la realizarea procedurilor de achiziții publice. În contextul declarării stării de urgență în sănătate publică și pentru neadmiterea tergiversării desfășurării procedurilor de achiziții publice în contextul finalizării anului bugetar, Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor comunică faptul că urmare a soluționării mai multor contestații a creat o practică unitară pe anumite aspecte procedurale, iar autoritățile contractante urmează să țină cont de aceasta pentru a putea finaliza cu succes procedurile de achiziție publică inițiate.

Astfel, însemnarea ofertei și a actelor aferente/zonexe acestora cu semnătură electronică avansată calificată este un fapt echivalent cu nedepunerea ofertei, iar orice ofertă depusă prin mijloace electronice de comunicare care nu are aplicată o semnătură electronică conform actelor normative urmează a fi respinsă fără a fi luate în discuție eventuale explicații sau clarificări.

Indiferent de obiectul achiziției, ofertarea unor cantități mai mari decât cele solicitate de către autoritatea contractantă nu poate constitui un motiv plauzibil pentru respingerea unei astfel de oferte. Cu toate acestea, cantitățile urmează a fi ajustate conform necesităților autorității contractante.

Cu excepția cazului când ofertantul a fost descalificat la etapa de precalificare pentru depunerea unui formular DUAE defectuos, autoritatea contractantă este obligată să-i solicite documente justificative în vederea demonstrării eligibilității și capacității tehnice și financiare dacă acesta s-a clasat pe primul loc. Garanția pentru ofertă care nu acoperă integral termenul de valabilitate al ofertei, se respinge de către grupul de lucru, respectiv nu poate fi apreciată ca o abatere neînsemnată, în măsura în care această eroare nu poate fi înlăturată fără a afecta esența ofertei.

21 14 distribuiri

ANSC a indicat: “ne semnarea ofertei și a actelor aferente/conexe acesteia cu semnătură electronică avansată calificată este un fapt echivalent cu nedepunerea ofertei, iar orice ofertă depusă prin mijloace electronice de comunicare care nu are aplicată o semnătură electronică conform actelor normative urmează a fi respinsă fără a fi puse în discuție eventuale explicații sau clarificări.”

Credem că pentru menținerea *practicii unitare pe anumite aspecte procedurale*, este bine ca deciziile ANSC să fie consecvente, nu doar în soluțiile pe marginea spețelor care ridică exact aceleași probleme juridice ci și în motivarea / analiza efectuată. După cum am arătat mai sus, argumentarea juridică a ANSC care stă la baza respingerii ofertelor nesemnate electronic în cadrul achizițiilor guvernate de Legea nr. 131/2015 este aplicabilă și celor guvernate de Legea nr. 74/2020.

În concluzie, atât Legea nr. 74/2020 cât și Legea nr. 131/2015 nu prevăd în mod expres obligația de utilizare a semnăturii electronice. Excepție ar fi cazul în care am interpreta că Art. 33 alin. (14) lit. i) din Legea nr. 131/2015 impune această obligație, însă în acest caz, aceeași obligație ar reieși dintr-o normă analoagă din Legea nr. 74/2020 și anume art. 32 alin. (8) lit. i). Respectiv abordarea diferențiată față de obligativitatea semnării electronice a ofertelor în cadrul procedurilor de achiziții conform acestor două legi nu este justificată.

Cerința privind utilizarea semnăturii electronice este inclusă doar în cadrul Regulamentului privind modul de ținere a Registrului de stat al achizițiilor publice format de SIA „RSAP” la pct. 121 și în temeiul pct. 2 din același Regulament urmează a fi aplicat tuturor achizițiilor desfășurate prin MTender, nu doar achizițiile reglementate de Legea nr. 131/2015 ci și achizițiilor de valoare mică, achizițiilor sectoriale și altora. Iar dacă cerința privind utilizarea semnăturii electronice la o achiziție sectorială este inclusă în anunțul de participare, cu atât mai mult nu poate fi acceptată o asemenea ofertă. În caz contrar entitatea contractantă este pusă riscului de a accepta o ofertă care nu corespunde cerințelor imperative din Regulamentul menționat și care nu poate fi supusă obligației de executare forțată.

Sursă imagine reprezentativă: monitorul.fisc.md

Acest articol este un produs al proiectului “Monitorizarea achizițiilor sectoriale în Republica Moldova”, desfășurat de A.O. „Asociația pentru Guvernare Efcientă și Responsabilă AGER”, în calitate de beneficiar de sub-grant a proiectului „Consolidarea integrității în achizițiile publice”. Proiectul este implementat de către Institutul pentru Dezvoltare și Inițiative Sociale (IDIS) „Viitorul”, în parteneriat cu Fondul de Parteneriat pentru Transparență (SUA). Proiectul urmărește susținerea reformelor în domeniul achizițiilor publice în Moldova, care vor spori transparența și corectitudinea achizițiilor publice prin abilitarea cetățenilor de a responsabiliza instituțiile relevante.

Opiniile exprimate în cadrul proiectului și responsabilitatea pentru conținutul acestui produs aparțin autorilor proiectului și nu reflectă neapărat opinia IDIS „Viitorul” și a donatorului.

07.03.2024