CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../..... înregistrată la Consiliul National de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., având Cod Unic de Înregistrare ....., reprezentată legal de administrator ...., privind procedura simplificată într-o singură etapă online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect: ”Execuție lucrări: Stație de epurare în ....., județul .....”, cod CPV 45252100-9, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

În principal:

1. anularea în tot a deciziei de respingere a ofertei sale, comunicata în data de 27.04....., prin adresa nr. 1566/27.03.....;

2. obligarea autorității contractante la descărcarea și instalarea în sistemul informatic al acesteia a programului de servicii de semnare electronică furnizat gratuit de către DIGISIGN SA, denumit Digisigner și decriptarea oficială cu ajutorul acestuia a DUAE, Ofertei tehnice, respectiv Ofertei Financiare depuse de SC ..... SRL cu respectarea în totalitate a Legii nr. 98/2016, inclusiv a art. 137 alin. (2) lit. j) invocate ca motiv al respingerii ofertei;

3. obligarea autorității contractante la modificarea stadiului actual al procedurii de evaluare a ofertelor prin reintroducerea în competiție a SC ..... SRL și procedarea la decriptarea și evaluarea conform legislației în vigoare a ofertei depuse de către SC ..... SRL.

În secundar:

1. suspendarea procedurii de evaluare și a dreptului de a încheia contractul de achiziție publica până la soluționarea prezentei contestații ori până la momentul unei decizii a instanței de judecată competentă în cauză.

2. anularea întregii proceduri, viciată grav de lipsa capabilității autorității contractante de a analiza și decripta documente oficiale

publicate în sistemul SEAP cu ajutorul unui furnizor de servicii legal și acreditat de semnătură electronică, și anume DIGISIGN SA,

3. să dea eficiență principiului tratamentului egal, principiului imparțialității, principiilor egalității de tratament și a transparenței garantate de Directiva Europeana 2004/18 a Consiliului European, cu scopul de a înlătura orice suspiciune rezonabilă cu privire la existența și întreținerea între autoritatea contractantă și un anumit ofertant a unor legături ce exced cadrul legal și care creează premisele vicierii procedurii de atribuire și a ordinii de drept instituite de legea penală.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC ..... SRL reclamă decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, comunicată în data de 27.04..... prin adresa nr. 1566/27.03....., învederând în motivare că această decizie a autorităţii contractante este netemeinică şi nelegală.

În fapt, contestatorul arată că autoritatea contractantă a invocat dispozițiile HG nr. 395/2016 art. 137 alin. (2) lit. j), în mod incorect în opinia sa, având în vedere că societatea sa a folosit semnătură electronică extinsă cum se poate demonstra prin ANEXA de semnătură electronica primita chiar de la furnizorul de servicii de certificare DIGISIGN SA, depus în probațiune.

Potrivit contestatorului, motivația respingerii ofertei sale este un abuz, care arată lipsa capacității autorității contractante de a rezolva decriptarea ofertei SC ..... SRL, care a folosit un furnizor de servicii de certificare acreditat (DIGISIGN SA), a semnat electronic cu semnătură electronica extinsa oferta folosind certificatul digital calificat în numele ....., având următorul număr de identificare unic: 20.....

După cum rezulta din comunicarea intermediară nr. 1566 din 27.04....., contestatorul arată că motivul principal al respingerii ofertei sale rămâne susținerea autorității contractante că documentele încărcate de SC ..... SRL au o anumita extensie „p7e" si nu exact extensiile solicitate de către autoritate, și anume „p7s" sau „p7m", deși societatea sa a semnat oferta cu semnătură electronică extinsă și a folosit serviciile unui furnizor de servicii de semnătură electronica acreditat.

În cauză, contestatorul susține că este necesar a se verifica afirmațiile autorității, respectiv dacă aceasta a descărcat și a încercat să utilizeze programele furnizate fără plată de către Digisign în vederea decriptării documentației. Potrivit contestatorului, în cazul în care autoritatea contractantă nu a parcurs toate etapele în încercarea de a vizualiza documentația/oferta depusă de către SC ..... SRL se creează încă o dată premisele vicierii procedurii.

Semnalând și alte aspecte care, în opinia sa conduc la încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, contestatorul solicită admiterea contestației sale.

Prin adresa nr. 16626/.....-...../03.05....., Consiliul a solicitat contestatorului transmiterea, în copie, a notificării prealabile adresate autorității contractante precum și dovada transmiterii acesteia către autoritatea contractantă și copia răspunsului, dacă există, cu menționarea datei de primire.

La această solicitare, contestatorul a răspuns prin adresa nr. 6761/03.05..... înregistrată la CNSC sub nr. 16808/04.05....., precizând următoarele:

- În data de ..... s-a transmis prin fax către autoritatea contractanta Notificarea cu nr. 6746, prin care aceasta a fost informată despre decizia de a contesta respingerea ofertei din cadrul procedurii de achiziție publică în cauză.

- Răspunsul autorității contractate a fost recepționat „astăzi prin fax”, Notificare nr. 2251/03.05....., în cuprinsul căreia se specifică faptul că demersul său de a contesta desfășurarea procedurii este tardiv. De asemenea, se mai precizează că din cauza unei erori a autorității, în data de 28.03..... a fost publicata pe SEAP informarea de descalificare a SC .... SRL, însă, în fapt, descalificată era, la aceea dată, SC ..... SRL.

În opinia contestatorului argumentația autorității este inadmisibilă și, mai mult, ar trebui să conducă la anularea întregii proceduri. În acest context, contestatorul învederează următoarele:

- nu a fost informat, la data de 28.03....., cu privire la descalificarea societății sale, deoarece adresa postata pe SEAP in data de 28.03..... de către autoritatea contractanta se adresează, din eroarea autorității, unui alt ofertant

- SC ..... SRL a răspuns prompt tuturor adreselor transmise de către autoritatea contractanta care se adresau direct și în numele societății sale

- societatea sa a căutat soluții pentru a ajuta autoritatea contractantă în a decripta documentația depusă în cadrul procedurii,

- Notificarea cu privire la respingerea din procedura a fost transmisă, respectiv primită la o luna după înregistrarea acesteia în cadrul autorității contractante, conform documentelor depuse în probațiune, nerespectându-se procedura de licitație încă o data.

- societatea sa a fost informată cu privire la descalificarea eronată a unei alte societăți.

Prin adresa nr. 2278/04.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 17117/....., autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere la contestație, precizând următoarele:

1. Notificarea nr. 6746/..... prin care contestatorul înștiințează ca va depune contestație în data de ....., este tardivă, având în vedere că în data de 28.03....., oferta ..... SRL a fost respinsă la nivel de DUAE, iar ..... SRL a fost notificat de SEAP in 28.03..... de starea ofertei ca fiind respinsa.

Se mai arată că autoritatea a încărcat în secțiunea - Detalii procedura - Întrebări - ....., dintr-o eroare materiala comunicarea

privind motivarea respingerii DUAE a unui alt ofertant (... SRL), corectând eroarea în momentul constatării acesteia în 27.04.....

Astfel, autoritatea susține că în termen de 5 zile de la respingerea ofertei în sistem (din 29.03.....- 03.04.....) se putea transmite o notificare prealabilă în conformitate cu art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice.

2. Notificarea nr. 6746/..... nu respectă forma și conținutul unei notificări prealabile în conformitate cu art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv nu conține măsurile de remediere pe care contestatorul le consideră necesare a fi luate.

Prin urmare, consideră autoritatea, Notificarea nr. 6746/..... este tardivă și nu respecta forma și conținutul unei Notificări prealabile ce precede depunerii unei contestații. (art. 6 alin. (1) lit. b) și art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016).

3. Pe fond, autoritatea arată că oferta contestatorului a fost respinsă în conformitate cu art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, deoarece toate documentele Opis, DUAE, Garanție de participare, Documente de eligibilitate, Oferta tehnica au fost încărcate în SEAP criptate (format .p7e), comisia fiind în imposibilitatea deschiderii acestora.

Astfel, raportat la dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr.395/2016, dat fiind că ofertantul nu a respectat cerințele din fișa de date Cap.IV.pct 4.3 Modul de prezentare a ofertei și a încălcat prevederile art. 123 alin. (1), (2) și (3) din același act normativ și ale art. 4 alin. (4) din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, și pentru a respecta principiul tratamentului egal, comisia de evaluare a respins oferta la nivel DUAE.

În cauză, învederează faptul că a solicitat puncte de vedere la SEAP, ANAP și furnizorii de servicii de certificare acreditați, inclusiv DIGISIGN, invocat de contestator. De asemenea, face trimitere la răspunsul oferit de DIGISIGN conținut în adresa nr. 6688/28.03....., transmisă de contestator, in urma solicitării ..... SRL de a pune la dispoziție autorității contractante „cheia de decriptare" necesara descărcării si decriptării documentelor criptate de către ofertant, unde DigiSign precizează:

-*„DigiSign nu este „furnizorul oficial al SEAP" asa cum presupunea firma contestatoare*..."

-*„... DigiSign nu poate sa furnizeze cheia de decriptare a unui fişier. Mai mult decât atât DigiSign nu poate ști cine este destinatarul criptării fişierelor pe care le-ati incarcat in platforma SEAP*...."

În acest context, autoritatea apreciază că ofertantul contestator nu a înțeles corect informațiile transmise de către furnizorul de servicii de certificare acreditat. Mai arată că aplicația la care face referire contestatarul nu decriptează documentele încărcate in SEAP, ci doar semnează si verifică un anumit tip de fișiere semnate cu semnătură electronica extinsa (.p7s, .p7m).

Autoritatea contractantă nu a solicitat, expres, ca documentele să poarte extensiile mai sus menționate, deoarece semnătură electronică extinsă este cea care determina atașarea extensiei (.p7s, .p7m). Din

informaţiile furnizate de DigiSign se arata ca singura modalitate de decriptare a documentelor este folosirea unei chei private (aferenta cheii publice) si nu aplicaţia Digisigner pe care o invoca contestatorul.

Totodată, autoritatea arată că deține o aplicație specifica de semnare si verificare fișiere semnate cu semnătură electronica extinsa, fără de care nu ar fi reușit semnarea documentelor proprii încărcate in SEAP si nici nu ar fi putut deschide fișierele ofertanților care au înțeles sa le încarce in mod corespunzător, cu semnătură electronica extinsa. (DigiSign precizeaza ca se poate utilizata orice alta aplicaţie de acest gen in adresa 6688/28.03.....)

Mai precizează că un fișier criptat este accesibil de către destinatar si expeditor atât timp cât există perechea de chei criptografice, respectiv daca atât expeditorul, cât și destinatarul (în acest caz autoritatea), deţin cheia privata - adica dispozitivul eToken. (Cheia privata a utilizatorului este generata si stocata in permanenta pe token, aceasta neputând fiind extrasa sau dedusa).

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și tardivă, deoarece ofertantul contestator nu a depus notificare prealabila la nivelul respingerii DUAE in sistemul SEAP din data de 28.03....., iar Notificarea nr. 6746/..... este tardiva si nu respecta forma si conținutul unei Notificări prealabile ce precede depunerii unei contestații.(art. 6 alin. (1) lit. b și alin. (2) din Legea nr. 101/2016).

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”Execuție lucrări: Stație de epurare în ....., județul .....”, cod CPV 45252100-9. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă, și a publicat anunțul de participare simplificat nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind ”prețul cel mai scăzut”.

În soluționare, Consiliul reține că, în cadrul aceleiași proceduri de achiziție publică, a mai fost formulată o contestație, de către SC .. SRL, soluționată de CNSC prin decizia nr. .../...../...../....., în sensul respingerii acesteia ca tardivă.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, comunicată, la data de 27.04....., prin adresa nr. 1566/27.03....., SC ..... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. ...../.....

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căruia *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, având a soluționa cu prioritate excepțiile invocate de autoritatea contractantă, Consiliul reține următoarele:

Referitor la excepția tardivității contestației, Consiliul reține că, despre conținutul comunicării intermediare nr. 1566/27.03....., contestatorul a luat cunoștință în data de 27.04..... În aceste condiții, chiar dacă în SEAP statusul ofertei SC ..... SRL apărea ca fiind respinsă încă din data de 28.03....., la acea dată, contestatorul nu cunoștea

motivele respingerii ofertei sale, având în vedere că, din culpa autorității, adresa de comunicare a respingerii ofertei viza un alt ofertant.

Așadar, momentul în care contestatorul a luat la cunoștință despre motivele care au condus la respingerea ofertei sale este 27.04....., data comunicării intermediare nr. 1566/27.03.....

Pe de altă parte, având în vedere argumentația autorității cu privire la respectarea dispozițiilor art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv faptul că Notificarea primită nu respectă forma și conținutul impus de legiuitor, Consiliul reține următoarele:

Potrivit dispozițiilor Legii nr. 101/2016, respectiv:

- art. 6 alin. (1), conform cărora:

*„(1) **Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă**, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de: (...)*

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii”.

- art. 6 alin. (2), și anume:

„Notificarea prealabilă se face în scris şi conţine cel puţin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz.”

- art. 6 alin. (4), care dispune că:

„ (4) În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări.”

- art. 6 alin. (10), care dispune că:

„(10) Sesizarea Consiliului sau a instanţei, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă”.

- art. 8, conform căruia:

(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)

b) 5 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare

decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz.

(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:

a) începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă a răspunsului autorităţii contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;

b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns;

c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere".

- art. 11 alin. (2) care dispune:

„(2) Contestatorul ataşează la contestaţie dovada notificării prealabile a autorităţii contractante şi copia răspunsului autorităţii contractante, dacă există, dovada înaintării contestaţiei către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum şi mijloacele de probă de care dispune".

Din conţinutul acestor prevederi legale rezultă că sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma „***se poate face numai după***", utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă.

Parcurgerea procedurii prealabile este, așadar, o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiţie de admisibilitate a contestaţiei.

Conform dispozițiilor legale anterior enunțate, rezultă că aceasta procedură prealabilă este structurată în următoarele etape obligatorii:

1. formularea și transmiterea notificării prealabile, **cu scopul de a semnala autorității contractante neregulile constatate și de a solicita remedierea acestora**;

2. împlinirea termenului de 3 zile, prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în care autoritatea contractantă poate transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte sau nu măsuri de remediere în sensul celor semnalate în cuprinsul notificării prealabile;

3. în cazul în care autoritatea contractantă nu a transmis niciun răspuns sau răspunsul transmis nu este considerat suficient pentru remedierea situației sesizate, formularea contestației, în termenul prevăzut de legiuitor la art. 8 alin. (2) din lege.

Așadar, în sensul noii legi, contestaţia la CNSC se depune împotriva răspunsului la notificare transmis de autoritatea contractantă sau, în cazul lipsei unui astfel de răspuns, începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Verificând îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă obligatorie, conform prevederilor legale anterior enunțate, din documentele probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

- la data de 27.04....., SC ..... SRL a primit din partea autorității contractante comunicarea intermediară nr. 1566/27.03....., conform căreia oferta sa era respinsă și motivele care au condus la adoptarea unei astfel de decizii;

- nemulțumit de acest rezultat, SC ..... SRL a formulat și transmis, către CNSC, în data de ....., contestația sa nr. ...../.....

Totodată, este reținut faptul că, urmare a solicitării CNSC, contestatorul a depus la dosarul cauzei următoarele documente:

- Notificarea nr. 6746/....., adresată autorității contractantă, având următorul conținut:

„(...) Subscrisa Societate Comerciala SC ..... SRL, (...) va aducem la cunoștință următoarele:

Ca urmare a adresei „Comunicare intermediara" avand Nr 1566 din data de 27.03..... dar transmisa către noi in data de 27.04..... conform antet fax primire document, va aducem la cunostinta ca nu suntem de acord cu decizia si motivarea respingerii ofertei SC ..... SRL si nici nu putem accepta nerespectarea legislaţiei in vigoare care spune ca orice adresa sau comunicare are termen de transmitere sau răspuns limitat, ca urmare vom depune in cursul zilei de ..... o contestatie la C.N.S.C".

Analizând acest document prin prisma prevederilor art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv: „Notificarea prealabilă se face în scris şi conţine cel puţin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz.", Consiliul constată că adresa invocată de contestator, și anume, Notificarea nr. 6746/....., nu conține elementele obligatorii impuse de legiuitor la articolul citat, ci, în fapt, reprezintă o informare a autorității contractante că, împotriva deciziei de respingere a ofertei, urmează să fie depusă o contestație la CNSC.

În concluzie, pe baza probelor administrate, Consiliul reţine că autorul contestaţiei nu a făcut dovada parcurgerii procedurii de notificare prealabilă, astfel cum este aceasta prevăzută de Legea nr. 101/2016, art. 6 alin. (2), înainte de a formula contestaţie în faţa CNSC, sancțiunea în acest caz fiind inadmisibilitatea contestației.

Prin adoptarea acestei atitudini, respectiv neîndeplinirea acestei obligaţii procedurale, contestatorul şi-a asumat riscul aplicării sancţiunii prevăzută de legiuitor într-o asemenea situaţie, respectiv respingerea contestaţiei ca inadmisibilă [art. 6 alin. (1) teza iniţială din Legea nr. 101/2016].

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de SC ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**...**	**.....**

..