CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 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 contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 52821/11.12.2017, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în …, având CUI …, înregistrată la Registrul Comerţului sub nr. …, în calitate de lider al asocierii formată din SC ...SRL - SC … SRL, formulată împotriva declarațiilor nr. 660/2942/2017 și nr. 660/2943/2017, a comunicării nr. 660/3075/27.11.2017, precum și a răspunsurilor nr. 660/3147/4.12.2017 şi a răspunsului nr. 660/3217/07.12.2017, emise de către …, cu sediul în …, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Refacție totală linia CF ..., tronson …”, s-a solicitat anularea declarațiilor nr. 660/2942/2017 și nr. 660/2943/2017, a comunicării nr. 660/3075/27.11.2017, precum și a răspunsurilor nr. 660/3147 din data de 4 decembrie 2017, respectiv nr. 660/3217 din data de 07 decembrie 2017 şi a tuturor actelor subsecvente şi, pe cale de consecinţă reevaluarea/reanalizarea ofertei contestatoarei.

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 ofertantul SC ...SRL critică decizia autorității contractante de a respinge oferta sa, ca inacceptabilă.

În fapt, petenta susține că, în conformitate cu cerinţele fișei de date a achiziției, a încărcat în programul/platforma SEAP, în termenul limită prevăzut în anunţul de participare (respectiv până la data de 15 noiembrie 2017, ora 16.00) toate documentele solicitate, inclusiv propunerea financiară, însoţită de semnătură electronică.

Din cauza unei erori tehnice la nivelul programului SEAP, s-a aflat, mai presus de voinţa sa, în imposibilitatea de a cripta valoarea propunerii financiare.

Astfel, entitatea contractantă a declarat oferta ca fiind inacceptabilă şi, prin urmare a respins-o, arătând în Declaraţia nr. 660/2942/2017 că: *„Operatorul economic S.C. ...S.R.L. … (S.C. ...S.R.L. - lider de asociere şi S.C. .. .. S.R.L. — asociat [...] a depus o ofertă incompletă (îi lipseşte componenta financiară) motiv pentru care oferta acestuia va fi declarată inacceptabilă şi va fi respinsă, fără a i se mai analiza documentele încărcate în SEAP (Fişier 1 - Documente de înscriere, Fişier 2 - Documente calificare DUAE partea 1, Fişier 2 Documente DUAE partea 2, Fişier 3 - Propunere tehnică pag. 1-98, Fişier 3 - Propunere tehnică pag. 99-186)",* iar în Declaraţia nr. 660/2943/2017, în mod similar, că: *„Operatorul economic S.C ...S.R.L. … (SC ...SRL - lider de asociere şi S.C. … CO S.R.L. - asociat [...] a depus o ofertă incompletă (îi lipseşte componenta financiară) documentele încărcate în SEAP fiind următoarele: Fişier 1 - Documente de înscriere, Fişier 2 - Documente calificare DUAE partea 1, Fişier 2 Documente DUAE partea 2, Fişier 3 - Propunere tehnică pag. 1-98, Fişier 3 - Propunere tehnică pag. 99-186)."*

Aceleaşi aspecte au fost reţinute şi în cadrul comunicării nr. 660/3075/27.11.2017 emisă de către entitatea contractantă.

Însă, petenta consideră că scopul criptării, acela de a conferi protecţie, a fost atins, de vreme ce propunerea financiară, ce cuprindea atât preţul cât şi formularele, a fost salvată în SEAP în termenul limită menţionat anterior, însoţită de semnătură electronică extinsă. Mai mult decât atât, criptarea ofertei nu se regăseşte printre condiţiile de acceptabilitate ale ofertei nici în cadrul normelor legale care enumeră cazurile de inacceptabilitate, nici în fişa de date a procedurii de achiziţie publică.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, contestatoarea a înaintat entității contractante Notificarea prealabilă, solicitându-i acesteia să dispună revocarea/anularea declaraţiilor menţionate anterior, a comunicării menţionate anterior şi a tuturor actelor subsecvente şi, pe cale de consecinţă, să procedeze la reevaluarea/reanalizarea ofertei sale în cadrul procedurii.

Prin Răspunsul nr. 660/3147 din data de 4 decembrie 2017, entitatea contractantă a arătat că: *„[...] legiuitorul a menţionat în mod expres importanţa criptării în SEAP a propunerii financiare reţinându-se în mod cert, obligaţia ofertanţilor de a-şi depune propunerile financiare criptate, aceasta fiind o condiţie a vizibilităţii conţinutului acestora şi, prin urmare, a luării lor în considerare în cadrul evaluării, de către comisia de evaluare, dar numai după decriptare [...]*

Oferta d-voastră a fost declarată inacceptabilă [...] motiv pentru care s-a procedat la respingerea ei [...] deoarece aceasta nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării ei".

Prin Răspunsul nr. 660/3217 din data de 07 decembrie 2017, la Notificarea prealabilă înregistrată la SEAP sub nr. 1793 din data de 4

decembrie 2017, entitatea contractantă şi-a menţinut punctul de vedere din răspunsul menţionat anterior.

I. Contestatoarea susține că, în mod greşit, entitatea contractantă a apreciat că oferta sa este inacceptabilă, deoarece a îndeplinit toate cerinţele de calificare, oferta fiind acceptabilă, astfel:

1.1. În primul rând, aceasta invocă prevederile art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016, dispoziţii în cuprinsul cărora nu se regăseşte ipoteza expusă în cadrul acestei contestaţii.

Contestatoarea citează cuprinsul unor prevederi din fișa de date a achiziției, respectiv cele prevăzute la Secţiunea nr. IV denumită "Procedura", subsecţiunea nr. IV.4 denumită "Prezentarea ofertei”, punctul nr. IV.4.3. denumit "Modul de prezentare a ofertei” și a prevederii de la cap. „IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare”.

Deşi în răspunsurile autorităţii contractante la notificările prealabile formulate nu este menţionat Formularul de ofertă, petenta precizează că, astfel cum rezultă din documentele ataşate, acesta se află în fişierul F4 - Propunere financiară.

Prin urmare, interpretând dispoziţiile legale, se poate observa că, în principal, cazurile în care o ofertă poate fi considerată inacceptabilă vizează următoarele aspecte: (i) lipsa răspunsului la clarificările solicitate de către entitatea contractantă, (ii) neîndeplinirea unuia dintre criteriile de calificare sau lipsa documentului DUAE, (iii) existenţa unei oferte alternative la caietul de sarcini, (iv) existenţa unei oferte care nu asigură reglementările specifice condiţiilor de muncă, (v) preţul propus depăşeşte valoarea estimată a contractului de achiziţie publică, (vi) existenţa unui preţ neobişnuit de scăzut, (vii) existenţa unei oferte depuse după data limită de depunere a ofertelor, (viii) inexistenţa perioadei de valabilitate a ofertei sau a garanţiei de participare solicitate de către entitatea contractantă, (ix) lipsa semnăturii electronice şi existenţa unei oferte care nu conţine cele trei componente respectiv propunerea tehnică, propunerea financiară şi documentul DUAE.

Contestatoarea mai arată că din analiza fişei de date a procedurii de achiziţie publică, în ceea ce priveşte modul de prezentare a ofertei, se desprind următoarele condiţii care trebuie îndeplinite de către participanţii la procedură, respectiv:

- oferta trebuie depusă până la data limită prevăzută de entitatea contractantă;
- documentele ofertei trebuie semnate cu semnătură electronică extinsă;
- oferta trebuie să cuprindă patru fişiere;
- oferta trebuie să respecte dispoziţiile art. 67 alin. 1 din HG nr. 394/2014.

Aşadar, se poate observa că:

i. Pe de o parte, niciunul dintre cazurile de inacceptabilitate nu are în vedere situaţia în care oferta de preţ nu ar fi criptată în sistemul SEAP;

ii. Pe de altă parte, fişa de date a achiziţiei specifică în mod expres printre condiţiile de acceptabilitate doar aspecte privind încărcarea

documentelor componente ale ofertei în sistemul SEAP până la data limită stabilită pentru depunerea ofertei şi aspecte privind existenţa semnăturii electronice extinse, fără a impune aspecte privind criptarea ofertei de preţ.

Astfel, contestatoarea menționează că entitatea contractantă are obligaţia de a evalua ofertele depuse doar prin prisma criteriilor de calificare impuse prin documentaţia de atribuire, fără a avea dreptul ca, pe parcursul procedurii, să modifice sau să extindă aceste criterii, iar, pe de altă parte, că operatorii economici care participă la procedură au obligaţia de a îndeplini criteriile de participare impuse prin documentaţia de atribuire, fără a li se putea impune îndeplinirea altor condiţii sau criterii.

Or, petenta arată că a depus oferta, în sistemul SEAP, în mod complet, până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 15 noiembrie 2017 ora 16:00 şi cuprinzând semnătura electronică extinsă. Singura procedură care nu a fost urmată, dar din motive care nu îi sunt imputabile, a fost aceea de a cripta valoarea propunerii financiare.

În concret, până la data limită de depunere a ofertelor, petenta susține că s-a conformat atât cerinţelor legale, cât şi celor cuprinse în cadrul fişei de date a procedurii de achiziţie publică şi a transmis în SEAP oferta semnată electronic cu semnătură electronică extinsă cuprinzând cele patru fişiere specificate în cadrul Fişei de date, respectiv Fişierul nr. 1 - Documente de înscriere, Fişierul nr. 2 - Documente de calificare - DUAE, Fişierul nr. 3 - Propunere tehnică şi Fişierul nr. 4 - Propunere financiară.

Contestatoarea mai arată că acest aspect este confirmat şi de către Agenţia pentru Agenda Digitală a României (A.A.D.R.) care prin răspunsul la adresa nr. 2199 din data de 17 noiembrie 2017 confirmă faptul că în sistemul SEAP sunt salvate/încărcate componentele ofertei SC ...SRL şi că acestea pot fi accesate de către entitatea contractantă.

Totodată, contestatoarea precizează că eventuala imposibilitate de natură tehnică generată de modul de funcţionare a sistemului SEAP pentru care nu se permite autorităţilor contractante să vizualizeze/acceseze anumite componente ale ofertei în lipsa criptării preţului ofertei (oferta de preţ) nu poate conduce la adăugarea unor motive de inacceptabilitate neprevăzute în cadrul normelor în vigoare şi, practic, la respingerea unor oferte perfect valabile, pentru criterii pe care legea nu le impune. Astfel, deşi entitatea contractantă poate vedea oferta cu toate componentele, în anumite secţiuni ale programului SEAP nu o poate vedea, aspect care denotă că, în realitate, este o problemă de funcţionare a programului SEAP, iar nu una de acceptabilitate. Mai mult decât atât, entitatea contractantă recunoaşte că oferta a fost încărcată în timp util.

Prin urmare, lipsa criptării nu poate fi asimilată unei condiţii de inacceptabilitate, de vreme ce programul nu poate introduce condiţii suplimentare de acceptabilitate.

1.2. În al doilea rând, autoarea contestației invocă art. 140 și art. 141 din HG nr. 394/2016, menționând că dispoziţiile legale vin în susţinerea celor expuse la punctul 1.1., respectiv că nu este o condiţie

de acceptabilitate criptarea ofertei, de vreme ce, astfel cum arată însăşi entitatea contractantă prin răspuns, aceasta este o condiţie de formă ce poate şi trebuie să fie corectat de către entitatea contractantă prin solicitarea unor clarificări, invocând în acest sens jurisprudenţă.

Aşadar, se poate observa că, în speţe similare în care au existat erori de criptare care se pot asimila cu situaţia în care nu se realizează procedura de criptare, instanţele au considerat acest aspect ca fiind un viciu de formă care poate şi trebuie să fie corectat de către entitatea contractantă prin solicitarea unor clarificări.

Or, în opinia petentei, cazul de faţă este similar, având în vedere că propunerea financiară a fost încărcată în SEAP, astfel încât entitatea contractantă nu numai că are posibilitatea de a o vizualiza, dar poate să dispună prin intermediul clarificărilor explicitarea/confirmarea acesteia.

1.3. În al treilea rând, contestatoarea arată că măsura autorităţii contractante este excesivă prin raportare la scopul procedurii de criptare.

Prin instituirea procedurii de criptare a ofertei de preţ s-a urmărit, pe de o parte, prevenirea situaţiilor în care unul dintre operatorii economici ar putea să modifice conţinutul propunerii financiare, iar, pe de altă parte, securizarea propunerii financiare, astfel încât aceasta să poată fi accesată doar de către anumite persoane şi în anumite condiţii.

În ceea ce priveşte accesarea ofertei financiare de către entitatea contractantă, se menționează că, în ipoteza în care nu a fost criptată oferta de preţ, astfel cum rezultă din răspunsul Agenţiei pentru Agenda Digitală a României (e-mailul din data de 20 noiembrie 2017), entitatea contractantă poate accesa documentul inclus în Fişierul 4 - Propunerea financiară după data limită de depunere a ofertelor.

Astfel, procedura criptării ofertei de preţ urmăreşte să protejeze interesele participanţilor la procedura de achiziţie publică faţă de ceilalţi participanţi la procedură, iar nu interesele autorităţii contractante. Or, scopul urmărit prin instituirea procedurii de criptare este atins prin alte mijloace, respectiv prin implementarea semnăturii electronice.

În acest sens, petenta menționează că semnătura electronică extinsă creată pe baza unui certificat emis de un furnizor acreditat de servicii de certificare, garantează datele semnate, autenticitatea şi integritatea şi, de asemenea, nu permite modificarea documentului decât de persoana deţinătoare a certificatului digital şi nici vizualizarea documentului decât de anumite persoane autorizate.

Câtă vreme scopul criptării ofertei financiare a fost atins prin ataşarea acesteia, însoţită de semnătură electronică, apare ca fiind excesivă decizia autorităţii contractante de a considera oferta subscrisei inacceptabilă.

Faţă de toate argumentele expuse anterior, aceasta consideră că măsura autorităţii contractante (măsură de un formalism excesiv şi care excede cerinţelor reglementate prin dispoziţiile legale şi documentaţia de atribuire), nu ţine seama de evoluţia procedurii privind achiziţiile publice online.

Atunci când a fost instituită procedura privind achiziţiile publice online, operatorii economici nu înregistrau toate documentele care sunt

prevăzute în prezent în programul SEAP, ci doar valoarea totală, cuantumul ofertei financiare.

Astfel, pentru a se angaja în mod valabil, operatorul economic trebuia să completeze căsuţa corespunzătoare, care trebuia criptată.

Or, în prezent, oferta financiară este înregistrată în programul SEAP, însoţită de semnătură electronică, astfel că prin aceasta operatorul economic se angajază concret cu privire la propunerea financiară transmisă.

Prin urmare, faţă de evoluţia procedurii de achiziţii publice online, este excesiv a se aprecia că doar prin criptarea ofertei financiare operatorul economic se angajează în mod valabil.

Contestatoarea citează prevederile din fișa de date a achiziției, cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, arătând că atât formularul de ofertă, cât şi formularul F1 - Centralizator cheltuieli pe obiectiv cu valori - conţin valoarea propunerii financiare (oferta de preţ).

În al doilea rând, în Manualul de utilizare al platformei SEAP - versiunea pentru ofertanţi - la fila 41 se menţionează faptul că:

„Pentru depunerea ofertei se va acţiona butonul Oferta de preţ. Depunerea ofertei constă în furnizarea ofertei de preţ şi completarea răspunsului la criteriile de calificare şi factorilor de evaluare (dacă există). Este obligatoriu introducerea ofertei de preţ în sistem. In caz contrar, nu se va face evaluarea ofertei dvs. şi nu puteţi fi luat în calculul câştigătorului achiziţiei. Completarea în sistem a celorlalte elemente ale ofertei (criteri de calificare şi factori de evaluare) este opţională [...] Prima secţiune a ofertei se referă la oferta de preţ. In cazul în care oferta de preţ nu a fost depusă, un mesaj de informare care specifică acest lucru este afişat în pagină. Oferta de preţ reprezintă valoarea întregii achiziţii, şi nu valoarea pentru un anumit produs din pachet sau un preţ unitar. Pentru introducerea ofertei de preţ se completează câmpul din secţiunea cu acelaşi nume şi se acţionează butonul Criptează. înainte de a fi salvată în sistem, oferta de preţ trebuie mai întâi criptată”.

În continuare, la fila 49 rubrica documente de calificare şi propunere tehnică se menţionează:

„În lista de documente coloanele afişate sunt Denumire document (care cuprinde atât numele documentului cât şi butonul-agrafă de descărcare a fişierului asociat, dacă există), Oferta financiară (caseta de bifare; bifarea sa duce la considerarea respectivului sau respectivelor fişiere ca fiind formulare de ofertă, luate în seamă ca atare de către entitatea contractanta în momentul evaluării financiare)”,

iar la fila 51 se aduc următoarele precizări: „[...] documentele care reprezintă formularele de ofertă financiara trebuie marcate ca atare înainte de salvare [...]”.

Aşadar, în platforma SEAP există două secţiuni diferite: pe de o parte rubrica „Oferta de preț”, iar pe de altă parte rubrica „Documente de calificare și propunere tehnică” (ce conţine şi propunerea financiară marcată distinct) care pot comunica una şi aceeaşi informaţie - valoarea propunerii financiare, adică oferta de preţ.

Deşi rubrica „Oferta de preț” face referire în mod expres la criptarea cifrei care reprezintă oferta de preţ, petenta consideră că şi prin bifarea/marcarea formularelor de ofertă (care compun însăşi propunerea financiară) încărcate în secţiunea „Documente de calificare şi propunerea tehnică” se realizează securizarea/criptarea propunerii financiare până la momentul evaluării acestui înscris de către entitatea contractantă. Manualul SEAP nu oferă detalii despre semnificaţia marcării formularelor de ofertă.

În fişa de date la capitolul IV.4.2) „Modul de prezentare a propunerii financiare", nota nr. 11 se menţionează:

„Valoarea totală a propunerii financiare se criptează în SEAP. Toate documentele de fundamentare a valorii financiare se depun prin mijloace electronice, fiind încărcate într-o secţiune dedicată a portalului SEAP, iar conţinutul acestora fiind vizibil comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare”.

Astfel, această notă, care corespunde în conţinut prevederilor art. 60 din HG nr. 395/2016, arată faptul că platforma SEAP, în versiunea actuală, care datează din anul 2013, nu a fost adaptată, astfel cum a fost arătat, modificărilor recente ale legislaţiei achiziţiilor publice. În susţinerea acestui fapt sunt şi următoarele argumente:

1. Portalul SEAP nu conţine în realitate o secţiune dedicată în care se depun documentele de fundamentare a valorii financiare. Propunerea financiară se încarcă în rubrica „Documente de calificare şi propunere tehnică";

2. Prin criptarea valorii propunerii financiare şi încărcarea documentelor de fundamentare a valorii financiare legiuitorul a urmărit transmiterea criptată a propunerii financiare în SEAP. Nu întâmplător articolul în cauza specifica:

„[...] conţinutul acestora fiind vizibil comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare”.

ceea ce arată o logică firească, de securizare comună a tuturor informaţiilor financiare din propunerea financiară, spre deosebire de procedura menţionată de actualul manualul SEAP, unde se vorbeşte despre importanţa criptării doar a ofertei de preţ.

De altfel, pe site-ul Agenţiei pentru Agenda Digitală a României se prezintă, în mod demonstrativ, viitoarea formă a platformei SEAP îmbunătăţită conform modificărilor legislative (denumită S.I.C.A.P.- Sistem informatic colaborativ pentru mediu performant de desfăşurare al achiziţiilor publice) contestatoarea citând un pasaj din sectiunea "Depunere ofertă" din manualul de utilizare.

Contestatoarea mai arată că termenele operaţionalizare SICAP, conform Strategiei, au fost depăşite fără a se modifica în vreun fel platforma SEAP pentru adaptarea concretă la legislaţia achiziţiilor publice în vigoare, astfel cum se poate constata:

- instruirea personalului implicat - martie 2016;
- punerea în funcţiune a platformei - aprilie 2016;
- publicarea tuturor contractelor de atribuire pe SICAP - aprilie 2016;
- publicarea pe SICAP a modificărilor la contracte, modificări care determină o creştere a preţului cu peste 5% - aprilie 2016;
- publicarea pe SICAP, după finalizarea contractului, a tuturor modificărilor - aprilie 2016.

Cu toate acestea, petenta apreciază că, în cazul de faţă, este sancţionată pentru nerespectarea unei cerinţe care nu asigură niciun beneficiu concret procedurii de achiziţie publică desfăşurată prin mijloace electronice (online). Conflictul dintre menţiunile fişei de date şi prevederile Manualului SEAP (versiunea 2013), în privinţa criptării ofertei de preţ, arată faptul că cerinţa criptării doar a ofertei de preţ reprezintă

un detaliu tehnic lipsit de semnificaţie în lumina atât a noilor dispoziţii legislative din materia achiziţiilor publice desfăşurate prin mijloace electronice, cât şi a obişnuinţelor autorităţilor contractante din domeniul achiziţiilor publice de lucrări de construcţii, atâta timp cât acestea solicită în propunerea financiară depunerea de formulare care prin conţinut comunică valoarea ofertei de preţ (prin formularul de ofertă, prin F1-centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv, devize etc.)

În plus, manualul SEAP (versiunea 2013) nu menţionează existenţa semnăturii electronice extinsă aplicată documentelor ofertei, dar care reprezintă o condiţie menită să sporească garanţiile de securitate a informaţiilor ofertei, mai mult decât însăşi criptarea ofertei de preţ din câmpul dedicat acestei operaţiuni.

În realitate, prin utilizarea platformei SEAP nu se realizează o veritabilă desfăşurare a procedurii de achiziţie publică prin mijloace electronice, de vreme ce singurul document generat exclusiv electronic şi semnat cu semnătură electronică extinsă este DUAE, restul ofertei necesitând, de regulă, elaborarea scriptică de către ofertant a documentelor (scrisoarea de garanţie bancară privind participarea, propunerea tehnică, formularele propunerii financiare până la nivel de devize şi liste de consumuri etc.)

O dovadă în plus că desfăşurarea procedurii de achiziţie publică, prin mijloace electronice în cadrul SEAP este în mare parte o cerinţă de formă fără fond, este şi faptul că prin fişa de date a licitaţiei în cauză se derogă implicit de la scopul acesteia, întrucât se solicită generarea scriptică a tuturor înscrisurilor ofertei în scopul realizării numerotării/opisării ei de către ofertant.

De asemenea, se arată că în Capitolul IV.4.3) „Modul de prezentare a ofertei” se menţionează:

„(1) Pentru evitarea apariţiei unor erori pe parcursul analizei ofertei, ofertanţii vor numerota paginile ofertei, astfel încât acestea să poată fi identificate în mod facil.”

Pentru a da curs acestei cerinţe, se printează inclusiv formularul DUAE completat pentru ofertant/asociat/subantreprenor, astfel încât să se poată integra Fişierul 2 - Documente de calificare în numerotarea generală a ofertei, cerută prin Fişa de date:

„Ofertantul va anexa în fişierul 1 un opis al tuturor documentelor prezentate în ofertă, din care să rezulte documentele cuprinse în fiecare fişier.”

Aşadar, petenta apreciază că o analiză realistă a informaţiilor prezente în oferta sa şi aflate în platforma SEAP la anunţul licitaţiei în cauză arată că entitatea contractantă deţine toate componentele ofertei şi poate avea acces la toate informaţiile necesare evaluării acesteia.

Contestatoarea arată că, prin Fişa de date, entitatea contractantă afirmă:

„Actul prin care operatorul economic îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic în relaţia contractuală cu entitatea contractantă îl reprezintă formularul de ofertă.

Formularul de ofertă este primul document din Propunerea financiară. Formularul de ofertă conţine şi valoarea propunerii financiare."

În acelaşi timp, în manualul SEAP, la fila 41 se arată că:

„Depunerea ofertei constă în furnizarea ofertei de preţ şi completarea răspunsului la criteriile de calificare şi factorilor de evaluare (dacă există). Este obligatoriu introducerea ofertei de preţ în sistem [...]. În caz contrar, nu se va face evaluarea ofertei dvs. şi nu puteţi fi luat în calculul câştigătorului achiziţiei. Pentru introducerea ofertei de preţ se completează câmpul din secţiunea cu acelaşi nume şi se acţionează butonul Criptează. înainte de a fi salvată în sistem, oferta de preţ trebuie mai întâi criptată [...]".

Astfel, în opinia contestatoarei, prin necontestarea fişei de date, cerinţele autorităţii contractante şi-au consolidat forţa obligatorie, astfel încât excluderea ofertei sale pe motiv de necriptare a ofertei de preţ (echivalentă situaţiei de nedepunere a ofertei de preţ) este lipsită de relevanţă atâta timp cât în oferta încărcată în SEAP, în cuprinsul Fişierului 4 - Propunere financiară există Formularul de ofertă ce reprezintă voinţa de a se angaja juridic şi, prin urmare, de a fi luaţi în calculul câştigătorului achiziţiei.

În consecinţă, faţă de toate argumentele expuse anterior, aceasta consideră că entitatea contractantă a apreciat în mod greşit că oferta este inacceptabilă, fără a ţine seama de evoluţia procedurii de achiziţii publice şi de faptul că în prezent operatorul economic se angajează în mod valabil prin înregistrarea propunerii financiare, însoţită de semnătură electronică.

II. Totodată, petenta susţine că, având în vedere că procedura de criptare nu s-a realizat din motive care nu îi sunt imputabile, în cazul de faţă deveneau aplicabile dispoziţiile art. 70 din HG nr. 394/2016, iar entitatea contractantă avea obligaţia de a ţine cont de oferta transmisă prin alte mijloace decât prin intermediul SEAP. Din interpretarea dispoziţiilor legale rezultă că atunci când din motive tehnice, care nu sunt imputabile operatorului economic, nu se poate parcurge întreaga procedura stabilită în sistemul SEAP, oferta poate fi transmisă şi prin alte mijloace de comunicare. În cazul de faţă, imposibilitatea de realizare a procedurii de criptare nu este îi este imputabilă.

Aceasta menţionează că a accesat platforma SEAP prin browserul de internet Google Chrome şi a efectuat toţi paşii de încărcare a documentelor ofertei în secţiunea „Documente de calificare şi propunere tehnică", aparţinând procedurii de achiziţie în discuţie. La criptarea preţului s-a afişat mesajul că această operaţiune nu se poate realiza pe browserul de internet Google Chrome (unde se desfaşurase toată încărcarea corespunzătoare până în acel moment), deşi în Ghidul de instalare a certificatului digital, precum şi în Manualul de utilizare SEAP această informaţie lipseşte cu desăvârşire.

Contestatoarea arată că a urmat indicaţia platformei SEAP şi a ieşit din platformă pentru a reveni la ea, prin intermediul singurului browser de internet care permite efectuarea criptării, Internet Explorer. Însă, în acel moment, platforma SEAP a eşuat în recunoaşterea certificatului

digital, deşi acesta era valid (dovadă că anterior se încărcaseră documente prin autentificarea cu acelaşi certificat digital) şi nu a mai permis logarea (reaccesarea platformei), ceea ce a împiedicat efectuarea pasului de criptare a ofertei de preţ înainte de expirarea termenului de depunere.

Mai mult decât atât, contestatoarea susţine că a fost nevoită să încarce oferta în ultima zi stabilită pentru depunere (15 noiembrie) şi din cauza autorităţii contractante care a transmis răspunsuri de clarificare a documentaţiei de atribuire până la data de 13 noiembrie 2017, şi care conduceau la necesitatea refacerii anumitor documente din ofertă. Deşi a solicitat prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, entitatea contractantă nu a dat curs acestei solicitări.

În consecinţă, consideră că în speţă deveneau aplicabile dispoziţiile art. 70 din HG nr. 394/2016, pe care entitatea contractantă trebuia să le aibă în vedere, deoarece la data de 16 noiembrie 2017 a transmis o adresă către entitatea contractantă prin care îi aducea la cunoştinţă toate aspectele privind criptarea şi, totodată, transmitea ofertei în format electronic.

Declaraţia nr. 660/2942/2017 şi Declaraţia nr. 660/2943/2017 sunt nemotivate, aspect care conduce la încălcarea dispoziţiilor art. 228 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, motiv pentru care acestea trebuie anulate.

Entitatea contractantă are obligaţia de a preciza atât temeiul legal pentru care consideră că o ofertă este inacceptabilă, cât şi aspectele concrete de fapt care au condus la o asemenea concluzie.

În cazul de faţă, prin intermediul celor două declaraţii contestate, entitatea contractantă nu specifică sub nicio formă care ar fi temeiul legal care ar justifica respingerea ofertei ca inacceptabilă, respectiv care este cazul dintre cele reglementate de art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016 la care s-ar încadra petenta, dar nu precizează în concret nici motivele pentru care a considerat că oferta este incompletă de vreme ce aceasta a fost depusă şi salvată în mod complet în sistemul SEAP.

În finalul contestaţiei, petenta solicită Consiliului să transmită o adresă către Agenţia Pentru Agenda Digitală a României (AADR) prin care să solicite să răspundă la aspectele semnalate prin adresa nr. 2240/24.11.2017, adresă pe care petenta a transmis-o către AADR, dar la care nu a primit un răspuns cu privire la toate aspectele solicitate.

Prin adresa nr. 53080/4517-C4/12.12.2017, Consiliul a înştiinţat entitatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC ...SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie, copia dosarului achiziției, print - screen al fișierelor încărcate în SEAP de către asocierea SC ...SRL - SC … CO SRL, în vederea depunerii ofertei în cadrul procedurii de atribuire a contractului, precum și alte documente pe care le considerați relevante în soluționarea prezentei contestații.

Până la data limită de depunere a ofertelor au depus oferte online următorii operatori economici:

- SC … SRL (lider de asociere) cu SC .. SA (asociat 1), SC …SRL (asociat 2), SC … SA (asociat 3) şi subcontractanţi declaraţi SC … SRL - .. şi SC … SA.

- SC … SRL (ofertant unic) cu subcontractanţi declaraţi SC ….

- SC Wiebe Romania SRL (lider asociere) cu SC …L, terţ susţinător fiind ….

- SC ...SRL … (SC ...SRL - lider de asociere şi SC … este înscris în SEAP în secţiunea „Detalii procedură - Informaţii generale”, dar deoarece a depus o oferta incompletă (îi lipseşte componenta financiară), nu se mai regăseşte în secţiunea „Detalii procedură - Evaluare - Licitaţie deschisă - lista participanţi”.

- Operatorul economic ISAF - Societatea de Semnalizări şi Automatizări Feroviare SA este înscris în SEAP în secţiunea „Detalii procedură - Informaţii generale", dar nu a depus niciun document în cadrul secţiunii "Documente de calificare şi propunere tehnică", motiv pentru care nu se regăseşte în secţiunea „Detalii procedură - Evaluare - Licitaţie deschisă -listă participanţi".

Operatorul economic SC ...SRL (SC ...SRL - lider de asociere SI ŞC … a depus în SEAP următoarele fişiere: Fişier 1 - Documente de înscriere, Fişier 2 Documente calificare DUAE partea 1, Fişier 2 Documente calificare DUAE partea 2, Fişier 3 - Propunere tehnică pag. 1-98, Fişier 3 - Propunere tehnică pag. 99-186, acestea fiind vizibile doar în secţiunea „Detalii procedură - Informaţii generale", dar deoarece a depus o oferta incompletă (îi lipseşte componenta financiară), nu se mai regăseşte în secţiunea „Detalii procedură – Evaluare - Licitaţie deschisă - listă participanţi”.

Asocierea SC ...SRL - SC Rims Co SRL a transmis propunerea financiară, prin mail, în data de 16.11.2017, ora 15:41, deşi data şi ora limită stabilită pentru depunerea ofertelor (menţionată în erata nr. 114190 la anunţul de participare nr. 179583/07.10.2017) a fost stabilita în 15.11.2017, ora 16:00.

Conform cerinţei de la alin. (11) al Notei de la cap. IV.4.2 „Modul de prezentare a propunerii financiare" din Fişa de date a achiziţiei postată în SEAP:

„Valoarea totală a propunerii financiare se criptează în SEAP. Toate documentele de fundamentare a valorii financiare se depun prin mijloace electronice, fiind încarcate într-o secţiune dedicată a portalului SEAP, iar conţinutul acestora fiind vizibil comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare".

Conform celor precizate la cap. IV.4.3 din Fişa de date a achiziţiei postată în SEAP: „(1) Având în vedre faptul că procedura se desfăşoară prin mijloace electronice, în conformitate cu art. 67 din HG nr. 394/2016, operatorul economic are obligaţia de a transmite în SEAP, pe site-ul www. elicitatie.ro, DUAE, oferta tehnică, oferta financiară şi DUAE numai în format electronic şi numai până la data şi ora limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare. TOATE ACESTE DOCUMENTE VOR FI SEMNATE CU SEMNĂTURĂ ELECTRONICĂ EXTINSĂ, BAZATĂ PE UN CERTIFICAT CALIFICAT, ELIBERAT DE UN FURNIZOR DE SERVICII DE CERTIFICARE, ACREDITAT ÎN CONDIŢIILE LEGII, ÎNCARCATE ÎN SEAP ÎN SECŢIUNILE DISPONIBILE ÎN SISTEMUL INFORMATIC ŞI NUMAI DE CĂTRE OPERATORII ECONOMICI ÎNREGISTRAŢI. Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră, cad în sarcina operatorului economic.

(2) Ofertantul trebuie să ia toate măsurile necesare astfel încât oferta să fie transmisă în SEAP până la data limită de depunere a ofertelor, menţionată în cadrul anunţului de participare. Oferta va cuprinde DUAE, propunerea tehnică şi propunerea financiară conform art 67 alin. (1) din HG 394/2016, coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. ff) din Legea 99/2016".

Conform prevederilor art. 67 alin. (2) şi (3) din HG nr. 394/2016, rezultă obligaţia ofertanţilor de a-şi depune propunerile financiare criptate, acestea fiind încărcate într-o secţiune specială a SEAP, ca o condiţie a vizibilităţii conţinutului acestora şi a luării în considerare în cadrul evaluării, dar numai după decriptare.

Toţi operatorii economici înscrişi într-o procedură de atribuire se regăsesc la secţiunea „Participare", iar la secţiunea „Evaluare" („Detalii procedură – Evaluare - Licitatie deschisă - lista participanţi") sunt cuprinşi numai acei ofertanţi care au depus, criptat şi salvat propunerea financiară în câmpul special din aplicaţie.

Comisia de evaluare nu a regăsit la secţiunea „Detalii procedură – Evaluare - Licitaţie deschisă - lista participanţi" oferta depusă de SC ...SRL pe motiv că acesta nu a încărcat în SEAP propunerea financiară criptată, potivit dispoziţiilor legale în vigoare (art. 67 alin. (2) din HG nr. 394/2016).

SC ...SRL a transmis propunerea financiară, aferentă procedurii de atribuire iniţiată prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr. 179583/07.10.2017, prin mail în data de 16.11.2017, ora 15:41.

Având în vedere cele menţionate, comisia de evaluare nu a putut analiza oferta încărcată incomplet în SEAP de către SC ...SRL, motiv pentru care a declarat oferta acestuia ca fiind inacceptabilă (art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 143 alin. 2), lit. k) din HG nr. 394/2016) şi a procedat la respingerea ei (art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016), transmiţând în acest sens, prin fax, poştă şi mail, comunicarea nr. 660/3075/27.11.2017.

Urmare acestei comunicări, contestatorul a transmis autorităţii contrcactante două Notificări prealabile (înregistrate cu nr. 1786/ 29.11.2017 şi cu nr. 1793/04.12.2017), notificări la care a răspuns (actele nr. 660/3147/04.12.2017 şi nr. 660/3217/07.12.2017) prin care a comunicat contestatoarei că nu adoptă măsuri de remediere a pretinsei încălcări a legii, din următoarele considerente:

„SC ...SRL în asociere cu SC Rims Co SRL a depus o ofertă incompletă (îi lipseşte componenta financiară criptată, încărcată în SEAP), oferta nu se regăseşte în secţiunea „Detalii procedură – Evaluare - Licitaţie deschisă - listă participanţi" (dovada - pagina din SEAP aferentă anunţului de participare nr. 179586, secţiunea Detalii procedură – Evaluare - Licitaţie deschisă - listă participanţi), motiv pentru care nu pot fi evaluate nici DUAE şi nici propunerea tehnică pe care ofertantul le-a încărcat în secţiunea „Detalii procedură - Informaţii generale", de asemenea nu pot fi cerute clarificări vis-a-vis de documentele pe care le-aţi încărcat în SEAP, deoarece SC ...SRL în asociere cu SC … SRL nu se regăseşte în secţiunea „Detalii procedură – Evaluare - Licitaţie deschisă

-listă participanţi", secţiune unde apar operatorii economici care au depus oferte complete în SEAP."

Având în vedere cele menţionate de contestatoare în Notificarea prealabilă (înregistrată la SAP cu nr. 1786/29.11.2017), entitatea contractantă a solicitat Agenţiei Pentru Agenda Digitală a României (act SEAP nr. 660/3149/04.12.2017) transmiterea tuturor informaţiilor înregistrate în sistem, respectiv sumarul/desfăşurătorul achiziţiei sectoriale, cu toate accesările operatorilor economici la procedura de atribuire iniţiată prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr. 179583, precum şi să comunice dacă propunerea finaciară depusă de ofertant poate fi accesată/ luată în considerare în procesul de evaluare (respectiv dacă a fost criptată), sau dacă la data în care ofertantul a încercat să încarce în SEAP propunerea financiară criptată au existat motive tehnice imputabile operatorului SEAP, care au împiedicat operatorul economic de a încărca în SEAP propunerea financiară cripată.

După transmiterea răspunsului la cea de a doua Notificare prealabilă depusă de SC ...SRL, Agenţia pentru Agenda Digitală a României a transmis entităţii contractante actul nr. 111703/07.12.2017, înregistrat la SEAP cu nr. 1834/07.12.2017.

Conform răspunsului transmis de Agenţia pentru Agenda Digitală a României la actul SAP nr. 660/3149/04.12.2017:

„În cazul unei proceduri online, entitatea contractantă organizatoare de proceduri de achiziţie publică poate evalua numai acei operatori economici care şi-au depus cel puţin oferta financiară criptată şi salvată în câmpul special în aplicaţie (adică operatorii economici pe care entitatea contractanta îi găseşte în secţiunea "Evaluare" a procedurii online conform prevederilor art. 60 din HG nr. 395/2016). Operatorii economici particpnţi la procedura de atribuire online trebuie să se asigure că pe perioada de depunere a ofertelor au statusul "Aveți depusă oferta de preț" deasupra câmpului de ofertă din secţiunea "Detalii procedură". Oferta de preţ a unui operator economic introdusă în cadrul unei proceduri organizată integral prin mijloace electronice nu poate fi salvată dacă în prealabil nu a fost criptată. Documentele atașate în cadrul unei proceduri online de către un operator economic participant pot fi verificate de acesta în secţiunea "Documente de calificare și propunere tehnică" din secţiunea "Detalii procedură".

La pct. 3) din acelaşi act al Agenţiei pentru Agenda Digitală a României se specifică următoarele:

„Faţă de cele prezentate anterior, operatorul economic SC ...SRL ONEŞTI nu a depus oferta de preţ criptată şi salvată la procedura de atribuire la care faceţi referire. Reamintim faptul că aplicaţia de criptare funcţionează local pe staţia de lucru a ofertantului, fiind o aplicaţie care rulează pe o platformă de tip Java şi nu ţine de serverele SEAP. Multitudinea sistemelor de operare şi a configuraţiilor/setărilor existente pe terminalele de lucru ale utilizatorilor, update-urile pe care Java le face în mod constant, toate aceste considerente trebuie luate în seamă de către utilizatori şi determină verificări constante din partea acestora în situaţia în care se doreşte o utilizare a platformei SEAP încheiată cu succes în cadrul procedurilor de atribuire organizate integral online. Faţă

de cele menţionate anterior, considerăm că perioada de depunere a ofertelor în cazul procedurii în speţă cuprinsă între 07.10.2017 şi 15.11.2017 reprezintă un interval de timp generos pentru ca orice participant interesat de această achiziţie publică să depăşească impedimente de orice natură care duc la o activitate defectoasă în cadrul unei proceduri de atribuire organizată integral prin mijloace electronice".

Cu adresa nr. 200/4517-C4, înregistrată la Consiliul sub nr. 834/08.10.2018, contestatoarea a solicitat emiterea unei adrese către A.A.D.R prin care Consiliul să solicite transmiterea unui jurnal electronic complet al operațiunilor și încercărilor de accesare a platformei SEAP de către asocierea sa.

Urmare studierii dosarului achiziției, contestatoarea a transmis adresa neînregistrată și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliu cu nr. 1238/10.01.2018, prin care solicită cele precizate prin contestație, menținându-și criticile și detaliind argumentele în susținerea acestora.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

…, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect *„Refacție totală linia CF ..., tronson …"*. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare (sectoriale) nr. …, valoarea estimată a procedurii de atribuire fiind de 32.590.390 lei, fără TVA, iar data de depunere a ofertelor 07.11.2017 ora 16:00, data stabilită ulterior prin erata nr. 114190 la anunțul de participare, la 15.11.2017 ora 16:00.

Ulterior etapei de vizualizare a ofertelor depuse, entitatea contractantă a comunicat contestatoarei decizia sa de respingere a ofertei depusă de Asocierea SC ...SRL - SC ... SRL.

Astfel, potrivit adresei nr. 660/3075/27.11.2017 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul constată că entitatea contractantă aduce la cunoștința contestatoarei următorul motiv de respingere a ofertei:

„Prin prezenta vă facem cunoscut că oferta d-voastră depusă incomplet în SEAP (lipsa propunere financiară) în cadrul procedurii de atribuire (...), a fost respinsă ca inacceptabilă (art. 228, alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 143, alin. (2) lit. k) din HG nr. 394/2016) și se va proceda la respingerea ei (art. 143, alin. (1) din HG nr. 394/2016) deoarece oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia.

(...)

Comisia de evaluare nu a regăsit la secțiunea «Detalii procedură – Evaliare – Licitație deschisă-listă participanți» oferta depusă de SC ...SRL pe motiv că acesta nu a încărcat în SEAP propunerea financiară criptată, potrivit dispozițiilor legale în vigoare (art. 67, alin. (2) din HG nr. 394/2016).

SC ...SRL a transmis propunerea financiară, aferentă procedurii de atribuire inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 179583/07.10.2017, prin mail în data de 16.11.2017, ora 15:41.

Având în vedere toate cele mai sus menționate, comisia de evaluare nu poate analiza oferta încărcată incomplet în SEAP de către SC ...SRL, motiv pentru care va declara oferta acestuia ca inacceptabilă (art. 228, alin. (4) din Lege a nr. 99/2016 coroborat cu art. 143, alin. (2), lit. k) din HG nr. 394/2016) deoarece oferta depusă de SC ...SRL nu înplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia și va proceda la respingerea ei (art. 143, alin. (1) din HG nr. 394/2016). (...)".

Împotriva deciziei entității contractante de respingere a ofertei, cu respectarea procedurii de notificare prealabilă regelementată de art. 6 din Legea nr. 101/2016, SC ...SRL, în calitate de lider al Asocierii formată dintre SC ...SRL și SC ... SRL, a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze.

Cu privire la motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, entitatea contractantă a adus la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire care sunt condițiile obligatorii în sarcina acestora, respectiv:

„1) Având în vedere faptul că procedura se desfășoară prin mijloace electronice, în conformitate cu art. 67 din HG nr. 394/2016, operatorul economic are obligația de a transmite în SEAP, pe site-ul www.elicitație.ro, DUAE, oferta tehnică, oferta financiară și DUAE numai în format electronic și numai până la data și ora limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare. TOATE ACESTE DOCUMENTE VOR FI SEMNATE CU SEMNĂTURA ELECTRONICĂ EXTINSĂ, BAZATĂ PE UN CERTIFICAT CALIFICAT, ELIBERAT DE UN FURNIZOR DE SERVICII DE CERTIFICARE, ACREDITAT ÎN CONDIȚIILE LEGII, ÎNCĂRCATE ÎN SEAP ÎN SECȚIUNILE DISPONIBILE ÎN SISTEMUL INFORMATIC ȘI NUMAI DE CĂTRE OPERATORII ECONOMICI ÎNREGISTRAȚI.

Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră, cad în sarcina operatorului economic.

2) Ofertantul trebuie să ia toate măsurile necesare astfel încât oferta să fie transmisă în SEAP până la data limita de depunere a ofertelor, menționată în cadrul anunțului de participare. Oferta va cuprinde DUAE, propunerea tehnică și propunerea financiară conform art. 67, alin. 1 din HG 394/2016 coroborat cu art. 3, alin. 1, lit. ff) din Legea 99/2016.

Pentru participare la procedura vor fi prezentate 4 fișiere separate:

Fișier 1 – Documentele de înscriere;

Fișier 2 – Documentele de calificare – DUAE;

Odată cu DUAE se va depune declarația privind neîncadrarea în art. 73 din Legea nr. 99/2016, ce va fi completată de toți participanții ofertant/ofertant asociat/terț susținător/subcontractant propus.

Se vor depune, odată cu DUAE, dacă este cazul, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător/subcontractant propus.

Se vor depune, odată cu DUAE, dacă este cazul, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere.

Fișier 3 – Propunere tehnică

Fișier 4 – propunere financiară ".

Consiliul reține că prin contestația formulată este invocat faptul că în cuprinsul dispozițiilor art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016 au fost reglementate expres situațiile în care o ofertă este considerată inacceptabilă, iar în opinia sa, oferta sa nu se regăsește printre acestea.

În analiza criticii Consiliul reține că, în fapt, contestatoarea, cum de altfel și afirmă, nu a putut efectua criptarea din motive care în opinia sa nu îi sunt imputabile, arătând că, citățm: *„La criptarea prețului mi s-a afișat mecajul că această operațiune nu se poate realiza pe browserul de internet Google Crome (unde se desfășurase toată încărcarea corespunzătoare până în acel monet), deși în Ghidul de instalare a certificatului digital precum și în Manualul de utilizare SEAP această informație lipsește cu desăvârșire.*

Am urmat indicația platformei SEAP și am ieșit din platformă pentru a reveni la ea, prin intermediul singurului browser de internet care permite efectuarea criptării, Internet Explorer. Însă, în acel moment, platforma SEAP a eșuat în recunoașterea certificatului meu digital, deși acesta era valid (dovadă că anterior se încărcaseră documente prin autentificarea cu același certificat digital) și nu a mai permis logarea (reaccesarea platformei), ceea ce a împiedicat efectuarea pasului de criptare a ofertei de preț înainte de expirarea termenului de depunere".

Potrivit documentelor depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că din cele două documente *„Declarație privind operatorii economici participanți la procedura, conform art. 76 alin. (2) din Legea nr. 99/2016"* rezultă că entitatea contractantă a putut vizualiza ofertele depuse de către trei ofertanți, iar cu privire la contestatoare a consemnat:

- în Declarația nr. 660/2942/2017 *„Nota 2: Operatorul economic SC ...SRL ... (SC ...SRL – lider de asociere SI SC ... SRL – asociat, CU subcontractanți declarați: SC .... a depus o ofertă incompletă (îi lipsește componenta financiară) motiv pentru care oferta acestuia va fi declarată inacceptabilă și va fi respinsă, fără a i se analiza documentele încărcate în SEAP (Fișier 1 – Documente de înscriere, Fișier 2 Documente calificare DUAE partea 1, Fișier 2 Documente calificare DUAE partea 2, Fișier 3 – Propunere tehnică pag. 1-98, Fișier 3 – Propunere tehnică pag. 99-186)";*

- în Declarația nr. 660/2943/2017 *„Nota: Operatorul economic SC ...SRL ... (SC ...SRL – lider de asociere și SC RIMS CO SRL – asociat, cu subcontractanți declarați: SC ... a depus în SEAP o ofertă incompletă (îi lipsește componenta financiară) documentele încărcate în SEAP fiind următoarele: Fișier 1 – Documente de înscriere, Fișier 2 Documente calificare DUAE partea 1, Fișier 2 Documente calificare DUAE partea 2,*

Fișier 3 – propunerea tehnică pag. 1-98, Fișier 3 – Propunere tehnică pag. 99-186".

Astfel prin susținerile contestatoarei și situația de fapt consemnată în cele două documente emise de către comisia de evaluare la data vizualizării ofertelor depuse este confirmat faptul că într-adevăr Asocierea SC ...SRL - SC ... SRL nu a criptat și salvat propunerea financiară, din motive tehnice după cum afirmă, astfel încât entitatea contractantă a fost pusă în situația de a nu regăsi propunerea financiară, situație care, contrar susținerilor contestatoarei se încadrează în prevederile art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016, potrivit cărora *„În condițiile art. 228 alin. (4) din lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...)*

k) în cazul în care unei oferta îi lipsește una din cele două componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. ff) din Lege".

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. ff) din Legea nr. 99/2016*, „Ofertă – actul juridic prin care operatorul economc își manifestă voința de ase 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",* or, în prezenta procedură nu s-a făcut dovada depunerii prin criptare a propunerii financiare.

Așa cum s-a reținut anterior, contestatoarea nu a îndeplinit condițiile de fond aferente prezentării ofertei cum au fost stabilite de către entitatea contractantă prin fișa de date a achiziției, respectiv prezentarea celor 4 componente ale ofertei printre care și „Fișier 4 – Propunerea financiară", situația încadrându-se, fără echivoc, în prevederile art. 143 alin. (2) lit. k) din HG nr. 394/2016.

Mai mult, Consiliul reține că prin fișa de date a achiziției s-a precizat, în mod expres, faptul că *„Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră, cad în sarcina operatorului economic (...) 2) Ofertantul trebuie să ia toate măsurile necesare astfel încât oferta să fie transmisă în SEAP până la data limită de depunere a ofertelor, menționată în cadrul anunțului de participare",* prevederi care obligau operatorii economici să ia toate măsurile necesare transmiterii ofertei prin mijloacele și ora stabilită de către entitatea contractantă pentru toți potențialii ofertanți.

Consiliul va reține de asemenea în soluționare ca relevante și aplicabile în prezenta speță dispozițiile:

- art. 67 din HG nr. 394/2016, potrivit cărora „(1) Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE numai în format electonic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare. (2) Valoarea totală a propunerii financiare se scriptează în SEAP";

- art. 131 din HG nr. 394/2016, potrivit cărora „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă".

Faptul că ofertantul contestator a constatat încă de la momentul introducerii în SEAP a întregii oferte că nu a reușit criptarea propunerii financiare este confirmat de către aceasta și de afirmațiile din notificarea transmisă entității contractante, arătând că *„având în vedere că din*

cauza unei erori a programului SEAP, eroare care nu îi este imputabilă subscrisei, nu am reușit să realizăm criptarea Ofertei financiare și având în vedere că nu avem certitudinea că autoritatea contractantă poate vizualiza oferta transmisă de către subscrisa”, și cu toate acestea nu au fost depuse dovezi care să confirme că eroarea se datorează SEAP și nu îi este imputabilă.

În soluționarea cauzei Consiliul constată că entitatea contractantă a solicitat Agenției pentru Agenda Digitală a României, cu adresa nr. 660/3149/04.12.2017, informații referitoare la modul de derulare a procedurii de atribuire, la care, acesta a răspuns prin adresa nr. 111703/07.12.2017 prin care se arată următoarele:

„1. În cazul unei proceduri online, autoritatea contractantă organizatoare de procedură de achiziție publică poate evalua numai acei operatori economici care și-au depus cel puțin oferta financiară criptată și salvată în câmpul special din aplicație (adică operatorii economici pe care autoritatea contractantă îi găsește în secțiunea «Evaluare» a procedurii online conform prevederilor art. 60 din HG 395/2016). Operatorii economici participanți la procedura de atribuire online trebuie să se asigure că pe perioada de depunere a ofertelor au statusul «Aveți depusă oferta de preț» desupra câmpului de ofertă din secțiunea «Detalii procedură». Oferta de preț a unui operator economic introdusă în cadrul unei proceduri organizată integral prin mijloace electronice nu poate fi salvată dacă în prealabil nu a fost criptată. Documentele atașate în cadrul unei proceduri online de către un operator economic participant pot fi verificate de aceasta în secțiunea «Documente de calificare și propunere tehnică» din secțiunea «Detalii procedură»”, la punctul 2 prezintă *„Jurnalul cu acțiuni din perioada de depunere a ofertelor: (...)”,* și punctul *„3. Față de cele prezentate anterior, operatorul economic SC ...SRL ONEȘTI nu a depus ofertă de preț criptată și salvată la procedura de atribuire la care faceți referire. Reamintim faptul că aplicația de criptare funcționează local pe stația de lucru a ofertantului, fiind o aplicație care rulează pe o platformă de tip Java și nu ține de serverele SEAP. Multitudinea sistemelor de operare și a configurațiilor/setărilor extinse pe terminalele de lucru ale utilizatorilor, update-urile pe care Java le face în mod constant, toate aceste considerente trebuie luate în semană de către utilizatori și determină verificări constante din partea acestora în situația în care se dorește o utilizare a platformei SEAP încheiată cu succes în cadrul procedurilor de atribuire organizate integral online. Față de cele menționate anterior, considerăm că perioada de depunere a ofertelor în cazul procedurii în speță cuprinsă între 07.10.2017 și 15.11.2017 reprezintă un interval de timp generos penru ca orice participant interesat de această achiziție publică să depășească impedimente de orice natură care duc la o activitate defectoasă în cadrul unei proceduri de atribuire organizată integral prin mijloace electronice”.*

Prin urmare, din susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, rezultă că Asocierea contestatoare nu a criptat propunerea financiară, astfel entitatea contractantă a fost pusă în situația de a vizualiza oferta incompletă, respectiv în lipsa propunerii financiare,

situație față de care Consiliul constată că decizia entității contractante de a respinge oferta ca inacceptabilă este legală, criticile aduse sub aspectul neîncadrării acesteai în prevederile art. 137 alin. (2) lit. k) dovedindu-se nefondate.

Neexistând propunere financiară, înseamnă că Asocierea SC ...SRL - SC … SRL nu are calitatea de ofertant în cadrul procedurii de atribuire.

Consiliul va respinge, ca nefondate, și criticile contestatoarei potrivit cărora, aceasta apreciază că sunt aplicabile dispozițiile art. 140 și 141 din HG nr. 394/2016, și, prin urmare criptarea ofertei nu este o condiție de acceptabilitate a ofertei, aceasta fiind, în opinia sa, o condiție de formă ce poate și trebuie să fie corectată de către entitatea contractantă prin solicitarea unor clarificări, demers pe care aceasta din urmă nu l-a făcut.

În luarea deciziei de respingere a criticilor, ca nefondate, Consiliul reține că procedura de criptare a propunerii financiare este necesară pentru vizualizarea acesteia de către entitatea contractantă. Oferta depusă prin mijloace electronice nu poate fi salvată dacă în prealabil nu a fost criptată. În situația analizată, practic, propunerea financiară nu există pentru entitatea contractantă de vreme ce aceasta, prin necriptare, nu se află în secțiunea „Evaluare”.

În acest context, Consiliul constată că, în speță, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 140 și 141 din HG nr. 394/2016, în ceea ce privește existența unor vicii de formă.

Consiliul stabilește astfel, având în vedere că potrivit dispozițiilor art. 141 alin. (1) din HG nr. 394/2016, *„În condițiile art. 221 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu prvire la oferta acestuia”.*

Conform art. 221 din Legea nr. 99/2016 *„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dretul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.*

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

Consiliul va reține însă, că, potrivit dispozițiilor art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016, *„În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.*

Or, în prezenta cauză Consiliul constată că nu a fost criptată propunerea financiară, lipsind astfel, propunerea financiară, una din componentele obligatorii ale oricărei oferte, conform definiției dată de

art. 3 alin. (1) lit. ff) din Legea nr. 99/2016, situație în care nu poate fi invocat un viciu de formă.

Contestatoarea critică decizia entității contractante apreciind-o ca fiind excesivă prin raportare la „scopul procedurii de criptare”, invocând faptul că procedura de criptare nu s-a realizat din motive care nu îi sunt imputabile asocierii sale, situație în care consideră că deveneau aplicabile dispozițiile art. 70 din HG nr. 394/2016 potrivit cărora entitatea contractantă avea obligația de a ține cont de oferta transmisă prin alte mijloace decât prin intermediul SEAP.

Consiliul va respinge critica și constată că potrivit dispozițiilor art. 70 din HG nr. 394/2016, *„În cazul în care, din motive tehnice nu este posibilă transmiterea anumitor documente în format electronic prin intermediul SEAP, documentele respective se transmit entității contractante în forma și utilizându-se modalitatea de comunicare solicitate de aceasta, cu respectarea prevederilor privind regulile de comunicare și transmitere a datelor”.*

Consiliul constată însă că, deși contestatoarea invocă motive tehnice care au împiedicat-o să cripteze propunerea financiară nu prezintă nicio dovadă în acest sens, în condițiile în care sarcina probei îi revenea, potrivit art. 249 din Noul Cod Civil care stabilește că *„Cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.*

Solicitarea adresată Consiliului de a cere Agenției pentru Agenda Digitală a României un *„jurnal electronic complet al operațiunilor și încercărilor de accesare a platformei SEAP de către subscrisa”* va fi respinsă de către Consiliu, nefiind utilă cauzei, având în vedere că, probele depuse la dosarul cauzei de către entitatea contractantă, respectiv corespondența cu instituția în discuție fiind suficiente și edificatoare în luarea unei decizii cu privire la contestația formulată, iar, „încercările” contestatoarei nu prezintă relevanță în cauză.

Un alt aspect criticat este acela că declarația nr. 660/2942/2017 și Declarația nr. 660/2943/2017 sunt nemotivate, fiind încălcate, în opinia contestatoarei dispozițiile 228, alin. (2) din Legea nr. 99/2016 motiv pentru care se impune a fi anulate.

Cu privire la aceste două documente, Consiliul constată că, deși acestea nu reprezintă documente privind informarea ofertanților în sensul prevederilor art. 228 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, care stabilesc că *„Entitatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordul-cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 5 zile de la emiterea deciziilor respective”,* ci sunt documente emise de către comisia de evaluare în procedura de verificare/evaluare a ofertelor depuse, în conținutul lor se regăsesc informații care au devenit ulterior motive de respingere a ofertei.

Documentul emis de către entitatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 228 din Legea nr. 99/2016 este adresa de comunicare a rezultatului cu privire la oferta depusă de către asocierea contestatoare, respectiv adresa nr. 660/3075/27.11.2018, act subsecvent a cărui anulare se solicită atât prin notificările prealabile cât și prin contestație șiîn conținutul căreia se regăsesc informații detaliate care se regăsesc sub altă formă și în cele două documente.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

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

Redactată în patru exemplare, conţine 22 (douăzecișidouă) pagini.