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, +40218900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, lider al Asocierii SC ..... SRL & SC ..... SRL - SC ..... SRL, formulată împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, cuprinsă în adresa nr. 401657/28.08....., emisă de ....., cu sediul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru, având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP, la ....., s-a solicitat Consiliului .....

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă decizia nr. 401657/28.08..... emisă de către ....., în procedura de atribuire mai sus amintită, prin care a luat cunoștință că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, considerând că măsura aceasta este nelegală.

Contestatoarea susține că, în data de 08.08....., asocierea sa a depus o ofertă care respectă întocmai cerințele documentației de atribuire publicate în SEAP, iar în faza de evaluare a DUAE, prin adresa nr. 382432/10.08....., autoritatea contractantă i-a solicitat

clarificarea unor aspecte tehnice, legate de deschiderea DUAE, la care a răspuns în data de 18.08....., reatașând și DUAE aferent.

Astfel, contestatoarea arată că, urmare a solicitării autorității contractante de a-i indica modalitatea tehnică și/sau programul ce poate decripta documentul, a constatat că, deși a completat și a semnat electronic, în termenul limită de depunere a ofertelor, la deschiderea DUAE aferent SC ..... SRL, apărea eroare la decriptarea fișierului încărcat în SEAP.

Ținând cont de faptul că numai furnizorii de soluție de semnătură electronică pot indica modalitatea tehnică concretă și/sau programul ce poate decripa fișierele semnate cu semnătură electronică, coroborat cu dreptul autorității contractante de a solicita eventuale lămuri de la aceștia, chiar și de la SEAP, contestatoarea consideră că respectiva solicitare (a autorității contractante) trebuia să fie adresată către aceștia și nu către ea.

Cu toate acestea, contestatoarea susține că a răspuns solicitării autorității contractante, prin retrimiterea DUAE, semnat electronic, așa cum a fusese completat și semnat în termenul limită de depunere a ofertelor.

Pentru a evidenția faptul că este vorba despre o eroare a sistemului de criptare, contestatoarea arată că mărimea acestui fișier este ”zero”. Or, în speță este vorba de un fișier în format .xml, care, urcat, de către autoritatea contractantă în SEAP, chiar necompletat, are mărimea de 146 KB (150,185 bytes).

Or, un document cu 0 KB este un document GOL.

Astfel, contestatoarea susține că, și în cazul în care ar fi urcat un document DUAE necompletat și fără a-i fi schimbată denumirea, inclusiv nesemnat electronic, procesul ar fi dus, în mod implicit, la creșterea mărimii acestuia. Astfel, acesta ar fi trebuit să aibă minim 146 KB (150,185 bytes), însă asocierea sa a urcat un document completat, a cărei denumire a fost modificată, semnat cu semnătură electronică, deci cu o mărime, clar, mai mare decât 146 KB.

Având în vedere cele precizate, contestatoarea consideră că este vorba de o eroare generată de sistemul de criptare a documentului.

Mai mult decât atât, contestatoarea nu înțelege care ar fi fost motivul pentru care ..... ar fi dat un DUAE necompletat, în condițiile în care toate criteriile de calificare sunt îndeplinite de către asociatul .....

De asemenea, contestatoarea consideră că, prin retransmiterea formularului DUAE, existent deja în SEAP, nu se creează un avantaj față de restul ofertanților, la prezenta procedură, eroarea materială încadrându-se în categoria abaterilor tehnice minore, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (7) și (8) din HG nr. 395/2016, întrucât fondul problemei (respectiv încărcarea DUAE) a fost îndeplinit în termenul limită prevăzut de documentația de atribuire.

În mod corelativ, contestatoarea susține că asocierea sa a răspuns corect, concret, depunând documentele suport solicitate.

Astfel, având în vedere că documentul DUAE reprezintă, în fapt, o declarație pe proprie răspundere a ofertantului cu privire la îndeplinirea cerințelor impuse de către autoritatea contractantă, că acesta a fost încărcat în SEAP de asocierea sa în termenul limită de depunere a ofertelor, că eroarea tehnică apărută ca urmare a încercării de decriptare a unui fișier semnat cu semnătură electronică nu poate fi imputată sau solicitată beneficiarului semnăturii, ci furnizorului acesteia, contestatoarea susține că autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări, în conformitate cu prevederile art. 140 alin. (1) din HG nr. 395/2016, considerând că i-a respins oferta în mod eronat.

Având în vedere prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, care stipulează: *a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă,* contestatoarea arată că a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă, până la data limită prevăzută pentru depunerea ofertelor, fapt pentru care acest articol nu poate fi aplicabil, eroarea tehnică apărută la decriptarea acestui document încadrându-se în categoria abaterilor tehnice minore, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (7) și (8) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea susține că inclusiv instanțele judecătorești acționează în această direcție, *exempli gratia* fiind decizia nr. 387 din 16 februarie 2010, a Curții de Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, în care instanța a statuat că: "Autoritatea trebuia să facă aplicarea principiului privind eficiența utilizării fondurilor publice și să nu declare toate ofertele neconforme în baza unui formalism excesiv tendențios. Conform poziției exprimate de autoritate prin întâmpinare, solicitarea de lămuriri reprezintă un drept și nu o obligație pentru aceasta. [....] Astfel, reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind inacceptabilă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta [...]."

Deși apreciază maniera profesionistă în care se desfășoară procesul de evaluare, contestatoarea susține că nu poate fi de acord cu decizia autorității contractante de a declara oferta sa ca fiind inacceptabilă, din simplul motiv că nu a încălcat, în esență, nicio obligație fie ea consacrată de lege, ori chiar de autoritatea contractantă.

De asemenea, contestatoarea consideră că, prin acceptarea depunerii de către asocierea sa a DUAE, completat și semnat în termenul legal, nu aduce atingere principiului prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b), ba mai mult, consideră că această măsură va stimula concurența reală, în avantajul autorității contractante.

Pentru motivarea în drept a contestației, autoarea acesteia invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016, precum și orice alte dispoziții ale dreptului pozitiv aplicabil.

Prin adresa nr. 429946/14.09....., înregistrată la CNSC sub nr. 38691/14.09....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului, odată cu copii ale documentelor din dosarul achiziției publice, punctul de vedere la contestația înaintată de SC ..... SRL, solicitând respingerea ei, ca fiind neîntemeiată.

Autoritatea contractantă susține că, în conformitate cu prevederile art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ”În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE".

De asemenea, conform prevederilor fișei de date a achiziției, în cazul depunerii unei oferte în asociere, fiecare asociat avea obligația prezentării DUAE ca o dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, art. 165 și art. 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, în fișa de date, a solicitat ofertanților să facă dovada îndeplinirii unor criterii de calificare, precizând, la cap.VI.3) - „Alte informații", că "În vederea completării DUAE cu informațiile solicitate se va accesa următorul link: https://ec. europa. eu/growth/toolsdatabases/ espd/filter."

Autoritatea contractantă arată că, utilizând programul DigiSignerOne, comisia de evaluare a constatat că fișierul espd-response_EFI nu poate fi decriptat, acesta indicând mesaj de eroare, la extragerea acestui document, drept pentru care, prin adresa nr. 382432/10.08....., i-a solicitat asocierii contestatoare clarificări privind indicarea modalității tehnice și/sau programul ce poate decripta fișierul.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că, în termenul acordat de comisia de evaluare, asocierea de ofertanți din care face parte contestatoarea i-a răspuns, precizând faptul că ..... a respectat cerințele din fișa de date, întrucât a transmis documentul DUAE, denumit espd-response_EFI, semnat cu semnătură electronică extinsă, emisă de CertSign, prin programul clickSign și a anexat, totodată, răspunsului său, în plus față de solicitarea comisiei de evaluare, un document semnat electronic în format .xml, precum și în format pdf.

Urmare analizei răspunsului primit, comisia de evaluare a constatat că acesta este neconcludent, deoarece ofertantul nu a prezentat modalitatea tehnică și/sau programul ce poate decripta fișierul depus inițial, conform solicitării de clarificări.

Totodată, urmare a decriptării documentului semnat electronic în format xml, precum și în format pdf., anexat răspunsului la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a constatat că acesta nu reprezintă o retransmitere a documentului prezentat inițial, conform susținerilor din răspunsul la solicitarea de clarificări, fiind prezentat, de fapt, un nou document.

https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filterAstfel, autoritatea contractantă susține că, față de o mărime de 5 KB a documentului semnat electronic și de 0 KB a documentului rezultat în urma încercării de decriptare, documente prezentate inițial și care, la încercarea de deschidere, prin încărcare pe link-ul https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter, prezintă mesajul „Fisierul încărcat nu a putut fi citit. Este o cerere sau un răspuns DUAE valabil(ă)?", în urma solicitării de clarificări, au fost prezentate alte documente, reprezentând DUAE ....., fișierul semnat electronic în format xml. având o mărime de 167 KB (respectiv de 162 KB după decriptare), iar documentul în format pdf de 83 KB, respectiv de 79 KB decriptat.

Autoritatea contractantă menționează că, potrivit prevederilor art. 104 alin. (3), coroborat cu cele ale art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare”.

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă susține că membrii comisiei de evaluare au declarat ofertele depuse de Asocierea ..... SRL - ..... SRL - ..... SRL, pentru loturile 1 și 2, ca fiind inacceptabile, atât în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG 395/2016, întrucât clarificările transmise nu sunt concludente, cât și ale prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b), teza a ll-a din HG nr. 395/2016, deoarece fișierul încărcat de aceasta în SEAP, până la data și ora-limită de depunere a ofertelor, prevăzute în anunțul de participare, prezentat ca fiind DUAE pentru liderul asocierii, respectiv ..... SRL nu a putut fi decriptat și nici nu s-a prezentat modalitatea tehnică și/sau programul prin care acesta se poate decripta, în urma solicitării de clarificări, motiv pentru care ofertele depuse pentru Loturile 1 și 2 au fost respinse, potrivit prevederilor art. 137 alin. (1) din același act normativ.

Autoritatea contractantă susține că, în luarea deciziei de respingere, s-a avut în vedere și faptul că fișierul depus inițial nu poate conține nicio informație, aspect adus la cunoștință ofertantului, în cadrul comunicării rezultatului evaluării DUAE, având în vedere că mărimea acestuia este "zero", astfel cum recunoaște și contestatoarea.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei conform căreia autoritatea contractantă trebuia să solicite lămuriri de la furnizorii de semnătură electronică și chiar de la SEAP, autoritatea contractantă consideră că aceste solicitări trebuiau formulate de către ofertant, în conformitate cu prevederile contractului încheiat de acesta cu furnizorul

de semnătură electronică, urmând ca, pe baza răspunsului primit, să ofere un răspuns la solicitările comisiei de evaluare.

Totodată, comisia de evaluare nu putea imputa furnizorului de semnătură electronică eroarea tehnică apărută, ca urmare a încercării de decriptare a unui fișier semnat cu semnătură electronică extinsă, conform susținerilor contestatoarei, în condițiile în care prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016 stabilesc că riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.

Autoritatea contractantă consideră că ofertantul trebuia să verifice înainte de încărcarea documentelor în SEAP dacă acestea întrunesc condițiile tehnice pentru a putea fi decriptate și, astfel, ar fi eliminat riscul de a transmite un fișier fără conținut.

De asemenea, comisia de evaluare nu putea încadra această situație în categoria abaterilor tehnice minore, deoarece nu sunt întrunite condițiile prevăzute la art. 134 alin. (8) din HG nr. 395/2016, respectiv: "Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte”

Autoritatea contractantă susține că o eventuală solicitare de prezentare a unui nou DUAE sau acceptarea DUAE transmis de către ofertant, ar fi constituit un avantaj evident în favoarea acestuia, avantaj constând în transformarea ofertelor sale inacceptabile în oferte acceptabile, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

Având în vedere cele prezentate, precum și prevederile art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016, prevederile art. 37 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cap. IV.4.3) din fișa de date - Modul de prezentare a ofertei, prevederile art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016, prevederile art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016, prevederile art. 37 alin. (2) din HG nr. 395/2016, prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016, pe care le citează, autoritatea contractantă apreciază că au fost respectate dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, motiv pentru care se impune respingerea contestației depusă de SC ..... SRL, ca fiind neîntemeiată.

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

Pentru încheierea unui acord-cadru având ca obiect „.....”, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....., la ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva deciziei nr. 401657/28.08..... privind respingerea ofertei asocierii sale, ca inacceptabilă, pentru loturile 1 și 2, SC .....

SRL a înaintat prezenta contestație (după îndeplinirea procedurii notificării prealabile, stabilite la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând Consiliului cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Consiliul constată că părțile se află în dispută, exclusiv, asupra dreptului autorității contractante de a accepta, fără încălcarea unor dispoziții exprese a legii sau a principiilor din domeniu, retransmiterea Documentului Unic European pentru Achiziții Publice (DUAE), motivat de faptul că exemplarul postat în SEAP odată cu oferta nu se deschide.

Or, în concordanță cu dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, pot fi solicitate și acceptate clarificări și chiar completări a unor documente incomplete sau eronate: *În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei.*

Consiliul reține că, în fapt, documentul cu pricina aparține unuia dintre asociații ce au depus ofertă, adică liderului acestei asocieri.

Prin urmare, autoritatea contractantă deținea, inclusiv înainte de solicitarea sa de clarificare a ofertei, un document care ar putea să confirme conținutul relevant (în raport cu capacitățile și nivelul de implicare a ofertanților asociați) al acelui DUAE ce nu putea fi accesat.

Astfel, chiar pe fondul disputei, nu doar sub aspect formal, un nou document, având conținut similar celui ce a fost inițial postat în SEAP, nu ar putea crea un avantaj incorect aparținătorului său, în raport cu ceilalți participanți la procedură.

Contrar susținerilor autorității contractante, că o eventuală solicitare de prezentare a unui nou DUAE sau acceptarea DUAE transmis de către ofertant, ar fi constituit un avantaj evident în favoarea acestuia, avantaj constând în transformarea ofertelor sale inacceptabile în oferte acceptabile, Consiliul consideră că nici solicitarea de clarificare și nici acceptarea noului DUAE nu ar fi condus, obligatoriu, la încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

Pe de o parte, dacă ofertele ar fi fost deja inacceptabile, o solicitare de clarificare, precum cea emisă de autoritatea contractantă, nu mai era utilă și nici întemeiată.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă nu a făcut o comparație a conținutului documentelor primite succesiv, pentru a constata acel, eventual, avantaj incorect ce ar fi acordat acestui ofertant. Simpla comparare a mărimii documentelor electronice (0 KB/167 KB) nu relevă, cu certitudine, că noul conținut al DUAE transmis prin răspunsul de

clarificare ar conduce la schimbarea condițiilor de ofertare, inițial avute în vedere, de același ofertant.

De altfel, dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și economică, precum și a respectării condițiilor de participare, prin înlăturarea motivelor de excludere, nu se face prin prezentarea DUAE, ci prin documentele de calificare. În același timp, văzând și implicarea asociatului din prezenta speță, ce ar susține, prin propriile capacități, întreaga asociere, pretinsa avantajare a ofertelor este un pretext nefondat al comisiei de evaluare a ofertelor.

Consiliul consideră că lipsa formei adecvate a DUAE, pentru liderul asocierii de față, nu reprezintă un motiv suficient pentru excluderea din procedură, ci doar un aspect formal ce poate fi complinit de operatorul economic în cauză, prin solicitarea și acceptarea unui document cu același statut, care să fie concordant și cu documentul similar al asociatului (ce a putut fi accesat de autoritatea contractantă).

Cât privește susținerea contestatoarei că, în fapt, solicitarea informațiilor tehnice ar fi trebuit îndreptată către furnizorii de servicii informatice (SEAP și furnizorul semnăturii electronice), Consiliul constată că este tardivă. În cazul în care s-ar fi considerat vătămată de solicitarea autorității contractante, trebuia să conteste demersul respectiv.

Consiliul consideră că, prin excluderea ofertei contestatoarei, care nu ar fi răspuns, totuși, la cererea de a transmite informații privind modalitatea tehnică de accesare a documentului electronic inutilizabil, autoritatea contractantă a luat o măsură disproporționată, față de interesul său de a avea o concurență a ofertelor.

În același timp, aprecierea că acceptarea noului document ar reprezenta un avantaj incorect, motiv pentru care a respins oferta, înainte de a analiza, efectiv, conținutul acelui nou document, este considerată de Consiliu o eronată aplicare a dispozițiilor legale, mai sus amintite, aplicabile în astfel de situații.

Considerând că autoritatea contractantă a dispus eronat respingerea ofertei contestatoarei, pentru motivele analizate, Consiliul va admite contestația și va obliga la reevaluarea ofertei, în termen de 11 zile, de la primirea deciziei prezente, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în procedura inițiată cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la .....

Anulează decizia de respingere a ofertei aparținând asocierii conduse de SC ..... SRL, pentru loturile 1 și 2, și obligă autoritatea

contractantă la reevaluarea ei, în 11 zile de la primirea prezentei, conform motivării precedente.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

.....