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. 14 alin. (2) 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 datată 12.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 38401/13.09.2017, depusă de ..., cu sediul în ..., nr. ..., județul ..., având cod unic de înregistrare ... și număr de înregistrare în registrul comerţului ..., privind procedura de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, organizată de Județul ... - Consiliul Județean, cu sediul în ..., str. ... nr. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea, pe loturi, a contractului de *furnizare a produselor lactate și de panificație pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și privat, precum și pentru copiii preșcolari din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, pentru anul școlar 2017-2018, din Județul ...,* contestatoarea a solicitat revenirea la decizia luată prin comunicarea nr. 824/977/07.09.2017 și declararea ofertei sale acceptabilă și admisibilă.

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 38735/15.09.2017, depusă de ..., cu sediul în ..., Sediul ... nr. ..., județul ..., având cod unic de înregistrare ... și număr de înregistrare în registrul comerţului ..., privind aceeași procedură de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, organizată de Județul ... - Consiliul Județean, contestatoarea a solicitat anularea în tot a comunicării rezultatului procedurii nr. 8174/954/31.08.2017 și a adresei nr. R8530/985/12.09.2017, reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestaţiile care fac obiectele dosarelor nr. .../2017 și .../2017 au fost conexate, pentru a se pronunţa o soluţie unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiaşi proceduri de atribuire.

Cererea privind suspendarea procedurii de atribuire cuprinsă în contestaţia depusă de ... a fost respinsă ca nefondată prin Încheierea nr. ... din 18.09.2017.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cererii 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 contestaţiile formulate de ... și ....

În cuprinsul primei contestații, ... menționează că autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. 824/977/07.09.2017, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, în cuprinsul căreia a specificat că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu a existat semnătură electronică extinsă a unui document care reprezenta un răspuns la o solicitare de clarificări.

Contestatoarea precizează că răspunsul la clarificările solicitate de autoritatea contractantă a fost transmis în termen, însă nu a putut fi semnat cu semnătură electronică extinsă, întrucât furnizorul Certsign a întârziat livrarea coletului semnătura nefiind validă din 01.09.2017 până la 05.09.2017.

În opinia contestatoarei, documentul care trebuia semnat electronic nu era așa de important câtă vreme elementele prevăzute în formular au fost asumate prin DUAE.

Prin adresa nr. .../C9/14.09.2017, Consiliul a solicitat ... dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului acesteia, dacă există, cu menționarea datei primirii lui. Totodată, în cazul în care notificarea prealabilă nr. 120/12.09.2017 a fost transmisă autorității contractante în data de 12.09.2017, raportat la următoarele dispoziții din Legea nr. 101/2016: art. 6 alin. (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,* precum și art. 8 alin. (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,* Consiliul a pus în discuţie excepţia prematurității contestației, solicitând ca, în cadrul aceluiași termen, să transmită punctul de vedere privind excepţia invocată, copia actului atacat, adresa nr. ... 07.09.2017, lotul/loturile contestat/e, precum și dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 42395/09.10.2017, societatea contestatoare a transmis Cosiliului documentele din ofertă.

Prin adresa nr. 8678/1005/14.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 38700/14.09.2017, Județul ... - Consiliul Județean a transmis punctul de vedere referitor la fondul contestației formulată de ..., solicitând respingerea pe fond a contestației și arătând că ofertantei i-au fost solicitate clarificări prin adresa nr. ... 31.08.2017 cu termen de răspuns în data de 05.09.2017, ulterior contestatoarea a răspuns, în termen, și a încărcat în SEAP formularul A3 – declarație pe proprie răspundere, nesemnat cu semnătură electronică, mai mult nu a transmis DUAE revizuit.

Subliniază că ofertanta ... nu a încărcat răspunsul complet în termen, în SEAP, în format electronic cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, prin urmare comisia de evaluare a decis în unanimitate, în cadrul procesului - verbal de evaluare nr. 2/07.09.2017, că oferta este inacceptabilă.

Prin cea de-a doua contestație formulată în cadrul aceleiași proceduri, ... critică documentul intitulat comunicare nr. 8174/954/31.08.2017, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă. Citează prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și menționează că autoritatea contractantă susține că s-a aflat în imposibilitatea de a deschide documentele semnate, deși la verificarea acestor documente acestea pot fi vizualizate și atașează print-screenul respectiv.

Consideră că autoritatea contractantă nu a depus toate diligențele pentru a indentifica o soluție pe care orice furnizor de semnătură electronică și decriptare a documentelor semnate electronic ar fi comunicat-o chiar telefonic pentru vizualizarea documentelor respective, mai mult decât atât clarificarea a fost formulată cu rea-voință de către autoritatea contractantă probabil cu intenția de a elimina competitorii.

Sunt citate, în continuare prevederile art. 6 alin. (1) și 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și se afirmă că decizia de respingere a ofertei sale motivat de faptul că nu a încărcat informația în timp util este abuzivă, deoarece existau suficiente informații pe care comisia de evaluare și personalul tehnic puteau să le acceseze.

Prin adresa nr. .../18.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 39465/18.09.2017, Județul ... - Consiliul Județean a transmis punctul său de vedere asupra contestației, în care a arătat că, în data de 25.08.2017, în cadrul procesului-verbal de vizualizare a documentelor depuse în SEAP, a constatat că respectivele documente nu pot fi deschise, prin urmare prin adresa nr. 8001/924/25.08.2017, a solicitat ofertantei să clarifice pașii de urmat pentru a putea deschide documentele încărcate și semnate electronic. Sunt descriși pașii urmați.

Susține că operatorul economic nu a încărcat răspunsul în termen, în SEAP, în format electronic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat. Prin urmare, oferta a fost respinsă ca inacceptabilă.

S-a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

Dosarul achiziției publice și documentele necesare soluționării contestațiilor au fost atașate punctului de vedere.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

Județul ... - Consiliul Județean a iniţiat procedura de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, pentru atribuirea, pe loturi, a contractului de *furnizare a produselor lactate și de panificație pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și privat, precum și pentru copiii preșcolari din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, pentru anul școlar 2017-2018, din Județul ...,* prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 177228/19.07.2017. Din informaţiile anunțului de participare, Consiliul a reţinut că valoarea estimată a contractului de furnizare ce urmează a se atribui este de 8.724.361 lei, fără TVA.

Nemulţumită de decizia autorității contractante de a respinge ofertele lor ca inacceptabile, ... și ... au înaintat contestaţiile de faţă.

Trecând la soluționarea contestației formulate de ..., Consiliul reține că, prin adresa nr. .../C9/14.09.2017, Consiliul a solicitat ..., în temeiul art. 11 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului acesteia, cu menționarea datei primirii lui. De asemenea, copia actului atacat, lotul/lotuirle contestat/contestate, dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă, precum și punctul de vedere asupra excepției prematurității contestației.

Adresa amintită a fost transmisă prin e-mail, la adresa: anutapitiritean@yahoo.ro, la data de 14.09.2017, ora 14:39.

Autoarea contestaţiei nu s-a conformat obligaţiei impuse în sensul completării contestaţiei prin indicarea elementelor precizate în adresă, în termenul acordat, deși a primit, în data de 14.09.2017, solicitarea Consiliului de completare a contestației.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 42395/09.10.2017, societatea contestatoare a transmis anumite documente din ofertă. Separat de faptul că răspunsul a fost transmis peste termenul acordat (trei zile de la primirea adresei nr. 38646/3287C9/14.09.2017), acesta nu a cuprins dovada notificării prealabile și copia răspunsului primit, lotul/loturile contestate, copia actului atacat și nici punctul de vedere asupra excepției prematurității contestației. Societatea contestatoare a invocat transmiterea cu întârziere a răspunsului pentru ”probleme tehnice datorate condițiilor meteo și altor factori”, însă, pe de o parte, aceste susțineri nu au fost dovedite, iar pe de altă parte, nu au fost transmise documentele cerute.

În considerarea celor ce preced, Consiliul va face aplicarea prevederilor art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora în situația în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu contestația va fi anulată.

Trecând la soluționarea celei de-a doua contestații, formulate în cadrul procedurii de ..., Consiliul constată că oferta acestei societăți a fost respinsă, deoarece în urma solicitării de clarificări nr. 8001/924/”25.08.2014” transmisă de autoritatea contractantă prin postarea acesteia în SEAP în data de 25.08.2017, nu a transmis răspuns în termenul acordat, respectiv până la data de 30.08.2017.

Prin adresa nr. 8001/924/25.08.2017, autoritatea contractantă a solicitat ... ca, referitor la documentele încărcate în SEAP pentru lotul 5, să clarifice pașii de urmat pentru a putea deschide documentele încărcate și semnate electronic.

În procesul-verbal nr. 950/31.08.2017, s-a consemnat că operatorul economic nu a răspuns în termen, prin urmare oferta este declarată inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și respinsă, în baza art. 137 alin. (1) din același act normativ.

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a prezentat atașat punctului de vedere pașii pe care i-a urmat. S-a reținut că fișierele încărcate în SEAP de către operatorul economic au prezentat extensia *.p7s, extensie care se aplică după semnarea documentelor cu un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat. După salvarea fișierelor și eliminarea semnăturii electronice, s-a constatat, la detaliul ”Size (=mărime)”, că fișierele cu semnătura coruptă au conținutul 0 (zero) KB, cu excepția fișierelor a căror semnătură electronică nu este coruptă. Mesajul dat de aplicația Adobe Acrobat Reader pentru aceste fișiere a fost: Adobe Acrobat Reader could not open ”declarație D2- semnat.PDF” because it is either not a supported file type or because the file has been damaged (for exemple, it was sent as an email attachment and wasn’t correctly decoded).

Totodată, este de reținut că, din print screen-urile cuprinzând pașii parcurși, rezultă că DUAE-ul a fost semnat cu semnătură electronică extinsă, pentru celelalte documente, mesajul fiind că semnătura electronică nu este validă sau a fost coruptă.

De asemenea, la dosarul cauzei, au fost transmise, de către contestatoare, print screen-uri din care rezultă posibilitatea deschiderii fișierelor cu aplicația DigiSiner, furnizorul certificatului digital.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 42604/10.10.2017, Agenția pentru Agenda Digitală a României a transmis în format electronic documentele depuse în SEAP, pentru lotul 5, de ....

Verificând documentele transmise, utilizând mai multe programe, Consiliul a constatat, astfel cum a reținut și autoritatea contractantă, că documentele care au mărimea (size) mai mică de 6 KB nu se deschid. Astfel, au putut fi deschise doar DUAE-ul și formularul de ofertă financiară.

Rezultatele obținute, ca și în cazul verificărilor efectuate de achizitoare, au fost: *signed by: not available* sau *Adobe Acrobat Reader could not open ”declarație D2- semnat.PDF” because it is either not a*

supported file type or because the file has been damaged (for exemple, it was sent as an email attachment and wasn't correctly decoded).
- la utilizarea DIGISIGNER ONE s-a obținut rezultatul că semnătura este validă, certificatul este valid, valabil până la data de 21.07.2018.

Relevante în prezenta speță sunt următoarele prevederi legale:

- art. 60 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

„(1) *Operatorul economic are obligaţia de a transmite oferta și DUAE în format electronic și numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare.*
(4) Documentele prevăzute la alin. (1) vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condiţiile legii şi încărcate în SEAP în secţiunile specifice disponibile în sistemul informatic și numai de către operatorii economici înregistraţi."

- art. 123 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

„(2) *Operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfăşoară prin intermediul SEAP.*
(3) Documentele prevăzute la alin. (2) se semnează cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, reprezentând documente originale."

- art. 125 din HG nr. 395/2016:

„*Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă*."

- art. 215 din Legea nr. 98/2016:

„(4) *Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, precum şi cerinţele de calificare şi selecţie prevăzute în documentele achiziţiei*."

Verificarea integrității fișierelor încărcate în SEAP cade în responsabilitatea operatorului economic care le-a încărcat, acesta fiind chemat să își asume riscul transmiterii ofertei sale și fiind responsabil pentru impedimentele cauzate de propriile disfuncționalități tehnice. Imposibilitatea deschiderii documentelor, în vederea vizualizării și evaluării de către autoritatea contractantă, poate fi asimilată situației în care oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării ei.

În acest sens au statuat și Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrative prin decizia nr. 231 din 21 februarie 2017, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal prin decizia civilă nr. 5784 din 4 iulie 2014.

În această situație, autoritatea contractantă nu poate fi ținută responsabilă pentru lipsa de diligență a ofertantei în postarea în SEAP a tuturor documentelor, în condițiile în care legislația corespunzătoare conduce către asumarea, de către ofertant, a modului în care acesta

gestionează prezentarea ofertei și a documentelor însoțitoare ale acesteia, cu respectarea condițiilor legale și a celor de desfășurare a procedurii, expuse în documentația de atribuire.

De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției:

- deciziile nr. 2427 din 30 septembrie 2015 și nr. 881 din 26 mai 2016 (*particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei*), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;
- decizia nr. 691 din 13 iunie 2016 (*Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă din moment ce autoritatea contractantă trebuie să se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare*.), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Totodată, se reține că, petenta nu a răspuns în termen la solicitarea de clarificare a modului de deschidere a documentelor, după cum a și recunoscut.

Deși din toate documentele aflate la dosarul cauzei, rezultă că societatea contestatoare deține un certificat valid, documentele au fost prezentate cu terminația .p7s, câtă vreme acestea nu se deschideau sau nu aveau niciun conținut și contestatoarea nu a răspuns în termen la solicitarea achizitoarei, singura măsură care putea fi luată era cea de respingere a ofertei.

Astfel fiind, Consiliul determină că în mod legal autoritatea achizitoare a respins oferta ..., neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost respinsă oferta contestatoarei și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ei.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge ca nefondată contestația ....

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

În temeiul art. 11 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, anulează contestația formulată de ....

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația ..., în contradictoriu cu Județul ... – Consiliul Județean.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

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