CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în municipiul ....., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator ..., privind procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect ”.....”, cod CPV 48900000-7, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat: .....

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 soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă procesul-verbal al ședinței demonstrative a ofertelor tehnice nr. 11588/30.06....., ședința care a avut loc fără anunțarea prealabilă procedural corectă a societății sale și în cadrul căreia societatea sa, în calitate de participant la procedură, nu a fost în măsură să participe și să susțină sesiunea demonstrativă.

În fapt, contestatorul arată că a depus oferta valabilă în cadrul procedurii în cauză.

Potrivit caietului de sarcini, era prevăzută, ulterior depunerii ofertelor tehnice și financiare, susținerea unei sesiuni demonstrative, în vederea demonstrării îndeplinirii cerințelor minimale solicitate în cadrul caietului de sarcini. Societatea sa a detaliat toate aceste cerințe minimale în oferta tehnica depusă, în mod complet și atașând capturi de ecran pentru fiecare cerință.

În realitate însă, contestatorul precizează că modalitatea de comunicare a fost una total netransparentă și incompletă, în ceea ce privește invitația pentru susținerea sesiunii demonstrative, modalitatea de comunicare nefiind documentată în nicio secțiune a sistemului SEAP.

Astfel, contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă a încărcat într-o secțiune improprie a SEAP documentul de invitație și anume în secțiunea "Întrebări de clarificare", secțiune care are în fapt o cu totul altă definiție și semnificație decât obiectul invitației transmise.

În aceste condiții, societatea sa a fost pusă în situația de a nu avea cunoștință despre data și ora stabilită de autoritatea contractantă pentru susținerea sesiunii demonstrative.

Ulterior acestei sesiuni demonstrative, care s-a derulat numai cu prezentarea celuilalt ofertant, contestatorul arată că autoritatea contractantă a întocmit procesul verbal al ședinței demonstrative, care însă de aceasta dată a fost publicat în secțiunea corespunzătoare a SEAP.

În ceea ce privește parcurgerea procedurii notificării prealabile, contestatorul arată că, în termen legal, la data de 05.07....., a formulat către autoritatea contractantă notificare prealabilă prin care a arătat aceste neconformități și a solicitat acesteia să procedeze la luarea de măsuri de remediere în sensul reprogramării ședinței demonstrative cu informarea corespunzătoare prealabilă a societății sale pentru a-i fi dată posibilitatea de a susține sesiunea demonstrativă solicitată.

Prin adresa nr. 12207/10.07..... (comunicată prin e-mail la data de 11.07..... și prin fax la aceeași dată) autoritatea contractantă i-a comunicat răspunsul său la notificarea prealabilă, răspuns prin care a apreciat că nu există vreo încălcare a procedurii și că nu se impun niciun fel de măsuri de remediere.

Contestatorul arată că în procesul verbal al ședinței demonstrative a ofertelor tehnice nr. 11588/30.06....., publicat de către autoritatea contractantă în secțiunea "Procese verbale, declarații și rapoarte" a sistemului SEAP, s-a consemnat faptul că SC ..... nu s-a prezentat la această sesiune organizată în data de 30.06....., ora 12:00.

În continuare, contestatorul învederează faptul că societatea sa nu a primit invitația de a participa și nu a avut cunoștință de organizarea acestei sesiuni demonstrative, fapt care justifică neprezentarea sa.

După citirea procesului verbal al ședinței demonstrative a ofertelor tehnice nr. 11588/30.06....., contestatorul precizează că a căutat în toate secțiunile posibile ale sistemului SEAP, în cadrul procedurii în cauză și a descoperit, absolut întâmplător că invitația nr. 14450/28.06....., adresată societății ....., a fost încărcată de către autoritatea contractantă la secțiunea "Întrebări de clarificare".

Contestatorul apreciază că o atare stare de fapt nu poate fi conformă cu o corectă și transparentă derulare a procedurii, întrucât, așa cum rezultă din documentația de utilizare a sistemului SEAP, în secțiunea "Întrebări de clarificare" se pot publica doar întrebări de clarificare și răspunsuri la acestea, înainte de termenul limită de depunere a ofertelor.

În continuare, contestatorul redă un extras din documentația de utilizare a SEAP:

"Întrebări de clarificare - acționarea butonului Întrebări are ca efect direcționarea utilizatorului în lista întrebărilor, care cuprinde atât solicitări de clarificare adresate de ofertantul curent, cât și întrebările altor participanți la procedură, la care AC-ul a oferit răspunsul. Butonul este disponibil tot timpul, însă doar ofertantului înscris în procedură.

Condiții pentru adresarea întrebărilor:

- *starea procedurii este "în desfășurare" sau "suspendată";*
- *dacă nu avem împărțire pe loturi starea curentă să fie "depunere ofertă" și să nu se fi depășit data limită de depunere a ofertei;*
- *dacă avem împărțire pe loturi să existe cel puțin un lot în "depunere oferta", neanulat, pentru care data limită de depunere oferta nu a fost depășită (lotul poate fi suspendat); (...)*

Se pot solicita clarificări până la termenul limită de depunere oferte."

Contestatorul arată că autoritatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă se prevalează de faptul că *"Manualul de utilizare al SEAP a fost editat ultima oară în anul 2013 și nu a mai fost actualizat în contextul în care legislația în materia achizițiilor publice s-a modificat în 2016".*

Astfel, autoritatea contractantă apreciază în mod unilateral că împrejurarea că SEAP nu a permis încărcarea respectivului document la o altă secțiune, nu este de natură să facă *"mai puțin publică"* invitația la sesiunea demonstrativă.

Ori, o asemenea poziție din partea autorității contractante nu poate fi primită, întrucât atare neajunsuri de actualizare și completare a documentației de utilizare a SEAP nu pot fi imputabile societății sale.

Ca și participant calificat la procedura organizată de autoritatea contractantă, contestatorul consideră că avea dreptul de a fi invitat și acceptat într-un mod corect, complet și transparent la susținerea sesiunii demonstrative.

Contestatorul apreciază că este destul de evidentă situația astfel creată care conduce la realizarea unui act în cadrul procedurii de achiziție pe fondul unei incorecte/nepermise vicieri a procedurii de comunicare/înștiințare, ceea ce face ca actul în sine, cel puțin în ceea ce privește partea potențial afectată, actul în cauză să fie considerat anulabil.

În atare cazuri vătămarea trebuie prezumată *ab initio,* fiind imposibil de apreciat că cineva poate să își execute obligații despre care nu a avut cunoștință în prealabil.

Având în vedere cele de mai sus rezultă faptul că societatea ....., în calitatea sa de participant la această procedură, a fost pusă în situația de a nu putea fi prezentă la premenționata sesiune demonstrativă, fapt care nu îi este imputabil dar care rezultă dintr-o greșită/eronată comunicare ce revine în exclusivitate autorității contractante prin procedura la care aceasta a recurs.

Contestatorul menționează că aceasta poate fi considerată o vătămare în sensul art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 și aduce atingere principiilor transparenței, tratamentului egal și nediscriminării prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatorul mai arată că este complet eronată poziția de final a autorității contractante potrivit cu care aplicarea remediilor solicitate ar conduce la favorizarea societății sale față de celălalt participant.

Totodată, contestatorul precizează că ne aflăm în situația unei defavorizări evidente a societății sale prin faptul ca față de societatea sa s-a derulat un act într-o procedură în condiții de evidentă viciere a comunicării și că prin aceasta poziția sa în cadrul acestei proceduri este vătămată și periclitată fiind pusă într-o situație de inferioritate. O potențială consecință a acestei stări de fapt poate fi chiar descalificarea din procedură a societății sale.

Față de aceasta, contestatorul consideră că nici nu poate fi vorba de un avantaj creat societății sale prin reprogramarea sesiunii demonstrative, întrucât oferta tehnică depusă de societatea sa a prezentat în detaliu modul de îndeplinire a tuturor cerințelor minimale din caietul de sarcini, atașând inclusiv capturi de ecran relevante pentru dovedirea acestor cerințe.

Contestatorul precizează că susținerea sesiunii demonstrative și analiza ofertelor tehnice a ambilor ofertanți nu poate fi decât în beneficiul autorității contractante și a interesului public pe care aceasta trebui să-l urmărească în procedură și anume obținerea celei mai bune oferte tehnico-economice.

Date fiind cele antemenționtae, contestatorul consideră că se impun măsuri de remediere conform art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, sens în care solicită reprogramarea ședinței pentru susținerea sesiunii demonstrative de către ..... la o dată și ora stabilită care să fie comunicată corespunzător.

În concluzie, față de cele arătate și având în vedere argumentele de fapt și de drept expuse mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației în sensul celor solicitate.

Prin adresa nr. 12850/21.07..... înregistrată la Consiliu sub nr. 30198/24.07....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

În fapt, autoritatea contractantă precizează că procedura în cauză s-a desfășurat online, în modul cel mai transparent cu putință.

Astfel, autoritatea contractantă arată că în caietul de sarcini publicat în SEAP, s-a prevăzut faptul că autoritatea poate solicita ofertanților să participe la o ședință demonstrativă.

După depunerea ofertelor, s-au calificat următorii operatori economici: SC ..... SRL și ....

Ulterior, autoritatea contractantă precizează că a înaintat invitații de participare la ședința demonstrativă tuturor operatorilor economici ce au îndeplinit cerințele minime de calificare și selecție, aceste invitații fiind publicate în SEAP.

Astfel, autoritatea contractantă arată că societatea contestatoare a fost invitată la sesiunea demonstrativă prin adresa nr. 11450/28.06....., în același mod în care a fost invitată și societatea

care a verificat SEAP și a ales să participe la ședința demonstrativă, respectiv prin publicarea în SEAP a invitației de participare la secțiunea ÎNTREBĂRI (invitația nr. 11451/28.06.2016 - ...).

Cu toate acestea, la data de 30.06....., la ședința demonstrativă a participat doar ..., motiv pentru care în procesul verbal nr. 11588/30.06..... s-a consemnat în mod corect că SC ..... SRL nu a participat.

La data de 05.07....., contestatorul a formulat notificarea prealabilă înregistrată sub nr. 11885, prin care a solicitat autorității contractante reprogramarea ședinței demonstrative la o dată ce va fi comunicată acesteia în mod corespunzător.

La această notificare, autoritatea contractantă arată că a răspuns prin adresa nr. 12207/11.07....., comunicându-i contestatorului faptul că nu are la îndemână vreun temei legal prin care să procedeze în sensul dorit de către aceasta, fără ca în același timp să nu îl favorizeze în raport de ofertantul care a avut o conduită corectă în procedura desfășurată, respectiv a verificat SEAP și a participat în termenul stabilit la ședința demonstrativă.

Nemulțumit de răspunsul primit, SC ..... SRL a formulat contestația înregistrată sub nr. 12578 din data de .....

În ceea ce privește netemeinicia contestației formulată de SC ..... SRL, autoritatea contractantă susține că toate invitațiile de participare la ședința demonstrativă au fost încărcate în SEAP la secțiunea Întrebări, întrucât sistemul a permis încărcarea acestui document numai la acea secțiune.

Autoritatea contractantă menționează că documentul a fost încărcat în SEAP, devenind astfel public și accesibil tuturor participanților la procedură care s-au calificat, respectându-se astfel dispozițiile legale referitoare la comunicarea informațiilor și transparență, dar și egalitate de tratament.

Împrejurarea că SEAP nu a permis încărcarea respectivului document la o altă secțiune, nu este de natură a face *„mai puțin publică”* invitația la ședința demonstrativă și nici nu se poate vorbi de o modalitate de comunicare „total" netransparentă, astfel cum susține contestatorul.

Autoritatea contractantă precizează că în același mod a fost înștiințată și ..., care a participat la ședința demonstrativă, astfel cum se poate observa verificând datele din SEAP.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă menționează că sistemul SEAP transmite automat e-mail ofertanților ori de câte ori se publică documente cu privire la o procedură în derulare la care participă, astfel încât nu se poate susține decât într-o manieră tendențioasă că SC ..... SRL nu a avut cunoștință de documentul în discuție.

Singura variantă posibilă în care SC ..... SRL nu avut acces la invitația amintită ar fi aceea în care acesta nu a verificat sistemul, situație în care culpa îi aparține în exclusivitate.

Chiar dacă, prin absurd, invitația ar fi putut fi publicată la o altă secțiune, autoritatea contractantă consideră că argumentele invocate de către contestator potrivit cărora nu a avut cunoștință de aceasta, nu pot fi

primite câtă vreme suntem în prezența unei proceduri desfășurate exclusiv online.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, nu numai că era de datoria contestatorului de a verifica secțiunea SEAP cu privire la procedura la care a ales să participe, dar era și interesul său să verifice nu doar secțiunea întrebări, ci orice secțiune privind această procedură.

În sprijinul celor afirmate mai sus, autoritatea contractantă înțelege să invoce prevederile legale incidente în speță, care au fost pe deplin respectate:

- conform art. 104 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă aplică procedura simplificată prin mijloace electronice;
- potrivit art. 64 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „*Orice comunicare, solicitare, informare, notificare și altele asemenea, prevăzute de prezenta lege, sunt transmise în scris, prin mijloace electronice de comunicare sau, ca excepție, prin alte mijloace decât cele electronice";*
- în continuare, alin. (2) dispune că "*Instrumentele și dispozitivele utilizate pentru comunicarea prin mijloace electronice, precum și caracteristicile tehnice ale acestora trebuie să fie nediscriminatorii, disponibile cu caracter general, trebuie să asigure interoperabilitatea cu produsele de uz general în domeniul tehnologiei informației și comunicațiilor și să nu limiteze accesul operatorilor economici la procedura de atribuire*";
- art. 3 pct. 32 ff) din Legea nr. 98/2016 definește mijloacele electronice ca fiind echipamente electronice de procesare, inclusiv compresie digitală și stocare a datelor emise, transmise și recepționate prin cablu, radio, mijloace optice sau prin alte mijloace electromagnetice;
- în continuare, art. 3 pct. 40 nn) din Legea nr. 98/2016 dispune că Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP - desemnează sistemul informatic de utilitate publică, accesibil prin internet la o adresă dedicată, utilizat în scopul aplicării prin mijloace electronice a procedurilor de atribuire și în scopul publicării anunțurilor la nivel național;
- nu în ultimul rând, pct. 41 oo) al art. 3 din Legea nr. 98/2016 arată că prin scris(â) sau în scris se înțelege orice ansamblu de cuvinte sau cifre care poate fi citit, reprodus și comunicat ulterior, inclusiv informații transmise și stocate prin mijloace electronice.

Așadar, din moment ce invitația nr. 11450 (formulată în scris și utilizând mijloace electronice), a fost publicată în SEAP la data de 28.06....., orele 14.10, aceasta fiind accesibilă și societății contestatoare, autoritatea contractantă consideră că a asigurat respectarea principiului transparenței și egalității de tratament.

Împrejurarea că SC ..... SRL nu a verificat sistemul electronic pentru a urmări procedura este o culpă ce îi aparține acestuia în mod exclusiv și care nu poate fi imputată autorității contractante.

Față de cele antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de către SC ..... SRL ca fiind neîntemeiată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „.....”, cod CPV 48900000-7. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În procesul-verbal al ședinței demonstrative a ofertelor tehnice nr. 11588/30.06....., s-a consemnat participarea la ședința demonstrativă a reprezentaților ..., precum și neprezentarea reprezentaților SC ..... SRL la data și termenul stabilit pentru desfășurarea ședinței demonstrative așa cum s-a specificat în caietul de sarcini și în invitația nr. 14450/28.06.....

Împotriva procesului-verbal al ședinței demonstrative a ofertelor tehnice nr. 11588/30.06....., SC ..... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../....., prin care susține că nu a primit invitație din partea autorității contractante pentru a participa la sesiunea demonstrativă și solicită reprogramarea sesiunii demonstrative.

Din verificarea înscrisurilor existente la dosar, se reține că la cap. IX din caietul de sarcini se arată că: *„se va proceda la susținerea unei sesiuni demonstrative ce are drept scop demonstrarea realizării de către ofertanți a cerințelor din caietul de sarcini”.*

Desfășurarea sesiunii demonstrative a fost anunțată de autoritatea contractantă prin intermediul invitației nr. 11450/28.06..... pe care aceasta a publicat-o în SEAP, în aceiași dată. Dar, cu toate acestea, la ședința demonstrativă anunțată, ce s-a desfășurat în 30.06....., S.C. ..... S.R.L. nu s-a prezentat, fiind de față numai celălalt participant ....

Acest fapt a fost consemnat în documentul intitulat „Proces verbal al ședinței demonstrative” elaborat de autoritatea contractantă și publicat în 30.06..... în SEAP: „reprezentanții contestatorului S.C. ..... S.R.L. „nu au fost prezenți la data și termenul stabilit pentru desfășurarea ședinței demonstrative așa cum s-a specificat în caietul de sarcini și în invitația nr. 14450/28.06.....”.

Contestatorul S.C. ..... S.R.L. motivează neparticiparea sa la data stabilită prin faptul că nu a primit invitația nr. 11450, iar aceasta a fost publicată de autoritate la rubrica din SEAP intitulată „întrebări și clarificări”.

În opinia contestatorului, această rubrică nu este specifică invitațiilor, ci numai solicitărilor de clarificare și răspunsurilor la acestea și așa se explică faptul că nu a văzut invitația respectivă.

Față de aspectele expuse anterior, Consiliul apreciază că din momentul în care invitația pentru participare la ședința demonstrativă a fost postată pe SEAP, aceasta a devenit publică și accesibilă tuturor ofertanților, iar publicarea sa în secțiunea amintită nu este de natură a face această postare mai puțin transparentă raportat la cei interesați. Mai mult, se reține că prin aceiași modalitate a fost înștiințat și ..., care a văzut invitația și a participat la ședința demonstrativă.

De asemenea, se reține că potrivit Manualului privind funcționarea SEAP, sistemul transmite în mod automat notificări ofertanților sub formă

de e-mail, ori de câte ori sunt postate documente cu privire la o procedură în derulare la care aceștia participă (a se vedea cap. 9, Notificări din manual).

Astfel, contestatorul nu poate invoca faptul că nu a avut cunoștință de invitația nr. 11450/28.06....., singura variantă fiind aceea în care acesta nu a verificat sistemul în perioada respectivă, deși era interesat de procedura online aflată în derulare, situație în care culpa îi aparține în mod exclusiv.

Prin urmare, din moment ce invitația nr. 11450 a fost publicată în SEAP la data de 28.06....., aceasta fiind accesibilă și contestatatorului, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a asigurat respectarea principiilor transparenței și egalității de tratament consacrate la art. 2 alin. (2) din din Legea nr. 98/2016 precum și dispozițiile art. 64 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „Orice comunicare, solicitare, informare, notificare şi altele asemenea, prevăzute de prezenta lege, sunt transmise în scris, prin mijloace electronice de comunicare sau, ca excepţie, prin alte mijloace decât cele electronice. (2) Instrumentele şi dispozitivele utilizate pentru comunicarea prin mijloace electronice, precum şi caracteristicile tehnice ale acestora trebuie să fie nediscriminatorii, disponibile cu caracter general, trebuie să asigure interoperabilitatea cu produsele de uz general în domeniul tehnologiei informaţiei şi comunicaţiilor şi să nu limiteze accesul operatorilor economici la procedura de atribuire”.

Împrejurarea că SC ..... SRL nu a verificat sistemul electronic pentru a urmări procedura este o culpă ce îi aparține acestuia în mod exclusiv și care nu poate fi imputată autorității contractante.

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că în mod corect autoritatea contractantă a elaborat Procesul verbal al ședinței demonstrative din 30.06..... în SEAP unde a precizat că reprezentanții contestatorului S.C. ..... S.R.L. „nu au fost prezenți la data și termenul stabilit pentru desfășurarea ședinței demonstrative așa cum s-a specificat în caietul de sarcini și în invitația nr. 14450/28.06.....”, criticile contestatorului fiind neîntemeiate.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

...