CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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 achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. 18E_04/110/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../ ....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului J40/18052/ 2004, reprezentată de domnul ..... - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de servicii de reparare și întreținere a autovehiculelor și a echipamentelor conexe în anul ....., lotul 4 – mașini tip buldoexcavator, cod CPV 50110000-9, cu data-limită de depunere a ofertelor ....., organizată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI …, număr de înregistrare în registrul comerțului …, reprezentată de doamna … - director general, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat, în esență, ...

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă decizia entității contractante SC ..... SA de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că a încărcat și verificat

documentele de participare la licitație, documente cu același același format și aceeași extensie.

După ce a finalizat cu succes verificarea DUAE, trecând la etapa de verificare tehnică, organizatoarea a decis respingerea ofertei întrucât nu a putut deschide fișierul „Propunere-tehnică-semnat.pdf.p7s”. Propunerea tehnică a fost depusă în termen, există fizic pe platforma SEAP, însă, din cauza unor motive care nu țin de culpa ofertantei, nu a putut fi consultată de către reprezentanții entității contractante.

Ținând seama că entitatea a verificat cu succes DUAE, care are același format cu propunerea tehnică, se poate prezuma că există anumite deficiențe pe canalul de comunicare, fie de la SC ..... SRL, fie de la entitate, fie de la platforma SEAP. Pe cale de consecință, este abuzivă declararea ofertei ca inacceptabilă pentru un motiv tehnic care poate fi remediat ulterior prin solicitarea de clarificări sau prin acordarea unui termen scurt pentru a încărca din nou, în SEAP, propunerea tehnică.

În punctul său de vedere nr. 5070/15.05..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 19555/15.05....., entitatea contractantă susține în apărare că, pentru evaluarea propunerii tehnice a contestatoarei, comisia abilitată a procedat la descărcarea din SEAP a fișierului RFQ0112334/053 - Propunere tehnică-semnat.pdf.p7s, din cadrul ofertei SC ..... SRL. Fișierul a fost dezarhivat cu 7-zip, iar comisia a constatat că are dimensiunea de 0 bytes, fiind imposibil de accesat. Același mesaj a fost primit pe mai multe terminale PC, după cum rezultă din capturile atașate: „Adobe Acrobat Reader could not open Propunere tehnică-semnat pdf because it is either not a supported file type or because the file has been damaged (for example, it was sent as an email attachament and wasn't correctly decoded).”

Referitor la propunerea de remedierea prin solicitarea de clarificări sau acordarea unui termen pentru a încărca în SEAP din nou propunerea tehnică, autoritatea declară că o eventuală solicitare de clarificări/acordare a unui nou termen ar crea premisele încălcării principiilor nediscriminării și tratamentului egal, prin avantajarea contestatoarei. În acest sens este indicată cazuistica judiciară.

Conform art. 131 din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016: „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.”

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul

de participare simplificat nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 28.03....., entitatea contractantă SC ..... SA a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de servicii de reparare și întreținere a autovehiculelor și a echipamentelor conexe, servicii estimate valoric la 207.500 lei, fără TVA, divizate în cinci loturi, între care și lotul denumit „4 – mașini tip buldoexcavator”. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 28.03....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură, pentru lotul 4, s-au prezentat doi operatori economici, respectiv SC … SRL și SC ..... SRL, iar oferta acestuia din urmă a fost respinsă de entitate ca inacceptabilă, întrucât fișierul conținând propunerea tehnică, denumit „Propunere-tehnică-semnat.pdf.p7s”, nu a putut fi deschis pentru a fi evaluat. Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a entității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă*, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal).

Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Pentru administrarea întregului probatoriu necesar, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac, Consiliul a solicitat Agenției pentru Agenda Digitală a României să îi comunice dacă fișierul aparținând SC ..... SRL, încărcat în SEAP cu denumirea „propunere tehnica-semnat.pdf.p7s” [RFQ0112334/053], poate fi deschis și vizualizat conținutul lui de către Agenție sau, după cum afirmă autoritatea contractantă, este imposibil de deschis.

Prin adresa nr. 27773/11.05....., înregistrată la Consiliu cu nr. 20151/21.05....., Agenția a răspuns că „SEAP nu verifică conținutul și integritatea documentelor. Conformitatea unui document/fișier atașat în cadrul procedurilor de atribuire cade strict în sarcina operatorilor economici și a autorităților contractante. Pe perioada de depunere a ofertei în cadrul procedurilor online operatorii economici participanți la procedură pot oricând să facă verificări asupra documentelor depuse în secțiunea documente de calificare și propunere tehnică.” Atașat adresei, Agenția a înaintat Consiliului, pe suport optic, fișierul electronic amintit.

De asemenea, și entitatea contractantă a furnizat Consiliului, pe suport optic, respectivul fișier.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, pentru început trebuie remarcat că niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește faptul că un fișier care, după denumire, apare a reprezenta propunerea tehnică a SC ..... SRL, a fost încărcat de acesta în SEAP. Din actele dosarului reiese că există postat în SEAP fișier „propunere tehnica-semnat.pdf.p7s” [RFQ0112334/053], fișier pe care compania achizitoare pretinde că nu a putut să îl acceseze. De partea cealaltă, contestatoarea nu a produs și furnizat Consiliului nicio dovadă în sensul că fișierul electronic antemenționat constituie un fișier care poate fi deschis pentru a fi vizualizat conținutul său.

În speță, esențial de reținut este că fișierul încărcat în SEAP nu a putut fi accesat de specialiștii Companiei Regionale de Apă ..... pentru a fi consultat conținutul său, fiind fără succes încercările de accesare realizate pe mai multe echipamente PC [mesajul de eroare primit a fost: „Adobe Acrobat Reader could not open Propunere tehnică-semnat pdf because it is either not a supported file type or because the file has been damaged (for example, it was sent as an email attachament and wasn't correctly decoded).”].

Nici măcar autoarea contestației nu afirmă că documentul postat în SEAP ar putea fi deschis și, cu atât mai puțin, nu face vreo

dovadă în acest sens, deși soluția în actualul litigiu depinde de o asemenea dovadă.

Agenția pentru Agenda Digitală a României, în răspunsul amintit, a evidențiat că ține de răspunderea operatorilor economici conformitatea fișierelor atașate în cadrul procedurilor de atribuire. Mai mult, pe perioada de depunere a ofertei, în cadrul procedurilor online, cum este și aceasta organizată de ..... SA, participanții pot oricând să facă verificări asupra documentelor depuse. Cu alte cuvinte, SC ..... SRL și/sau SC … SRL puteau să verifice dacă propriile documente încărcate în SEAP pot sau nu să fie deschise. O asemenea verificare ar fi eliminat riscul respingerii ofertei din cauza imposibilității de deschidere a documentelor care o compun, ar fi prevenit o asemenea respingere.

În speță, propunerea tehnică pentru fiecare dintre cei doi ofertanți era și este deopotrivă de importantă în etapa de evaluare tehnică a ofertei. Practic, aceasta din urmă nu poate exista în absența propunerii tehnice, fiind componentă capitală a acesteia (însuși legiuitorul a definit oferta drept actul juridic prin care operatorul economic îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziţie publică și care cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum şi alte documente stabilite prin documentaţia de atribuire).

Pentru specificațiile de ordin tehnic din cele 12 pagini ale caietului de sarcini entitatea a menționat, la pct. IV.4.1) - *Modul de prezentare a propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției, ca modalitate de demonstrare a îndeplinirii, între altele:

Propunerea tehnica si documentele ce o însotesc trebuie transmise în SEAP in format electronic, semnate cu semnatura electronica. Propunerea tehnica va fi elaborata astfel incat sa se asigure posibilitatea verificarii corespondentei cu cerintele prevazute in caietul de sarcini. Ofertantul va raspunde in propunerea sa fiecarui punct din caietul de sarcini, in ordinea in care acestea sunt enumerate. Propunerea tehnica trebuie sa corespunda cerintelor minime prevazute in caietul de sarcini, nerespectarea acestora ducand la respingerea ofertei ca fiind neconforma. Propunerea tehnica va cuprinde documentele suport ce dovedesc indeplinirea conditiilor specificate in caietul de sarcini, precum si orice alte informatii considerate semnificative de catre ofertant. [...]

Conformitatea nu a putut fi stabilită în privința reclamantei din cauză că fișierul indicat nu a putut fi deschis.

Având de judecat o cauză asemănătoare, în decizia sa nr. 735/ C3/812/06.04.2017, Consiliul a consemnat:

Totodată, Agenția pentru Agenda Digitală a României precizează că documentele atașate de SC [...] SRL prezintă extensia p7e, însă, la deschiderea fiecăruia dintre documente, apare mesajul: „Adobe Acrobat Reader could not open … because it is either not a supported file type or because the file has been damaged (for example, it was sent as an email attachament and wasn’t correctly decoded)”, iar conținutul acestora nu poate fi vizionat.

Având în vedere aspectele mai sus evocate, Consiliul constată că susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate. Astfel, Consiliul apreciază ca relevante în speță susținerile administratorului platformei electronice SEAP, Agenția pentru Agenda Digitală a României, care arată, în adresa de răspuns la solicitările CNSC, referitor la cele 6 documente prezentate/depuse de operatorul economic SC [...] SRL că: *conținutul*

acestora nu poate fi vizionat, ceea ce este în deplină concordanță cu constatările comisiei de evaluare, din cuprinsul punctului de vedere la contestație.

Chiar dacă în adresa nr. 38618/10.03.2017, de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a menționat, ca motiv al respingerii ofertei depuse de SC [...] SRL, că documentele ofertei nu au fost depuse sub semnătură electronică extinsă ci în format pdf, important este faptul că aceste documente nu au putut fi vizualizate nici de specialiștii din cadrul Agenției pentru Agenda Digitală a României, administrator al platformei electronice SEAP, motivarea fiind aceeași cu cea primită de autoritatea contractantă, respectiv că: „Adobe Acrobat Reader could not open … because it is either not a supported file type or because the file has been damaged (for example, it was sent as an email attachament and wasn't correctly decoded)".

Așa cum a menționat și autoritatea contractantă în punctul său de vedere, conform art. 125 din HG nr. 395/2016: *Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.* Astfel, imposibilitatea deschiderii ofertei contestatoarei nu se datorează autorității contractante, iar excluderea ei din competiție reprezintă un motiv întemeiat.

Având în vedere aspectele mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul va respinge contestația [...], ca nefondată.

Cu privire la încărcarea în SEAP a unor fișiere ce nu pot fi deschise de autoritate, relevante sunt și:

- decizia civilă nr. 5784 din 4 iulie 2014 a Curții de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal (Întrucât fișierul electronic conținând propunerea tehnică a petentei nu a putut fi deschis, în mod legal i-a fost respinsă oferta ca neconformă. Imposibilitatea deschiderii fișierului echivalează cu lipsa ofertei.);

- decizia nr. 3585/CA/2014-R din 7 noiembrie 2014 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal (Încărcarea în SEAP a unui fișier ce nu poate fi deschis atrage respingerea ofertei ca neconformă. Nu este acceptabilă retransmiterea ulterioară a fișierului direct autorității contractante.).

În prezenta cauză, o eventuală solicitare de clarificare din partea companiei regionale pe marginea deschiderii fișierului nu ar schimba cu nimic soarta ofertei contestatoarei, întrucât aceasta nu a probat faptul că fișierul său din SEAP poate fi deschis. Nici Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, prin propriile mijloace, nu a putut deschide fișierul electronic pus la dispoziție de Agenție și de organizatoare, același mesaj de eroare fiind primit.

Este evident că nici SC ..... SRL și nici SC … SRL nu pot posta în SEAP alte fișiere de propunere tehnică ulterior momentului limită de depunere a ofertelor, sens în care dispune și art. 67 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016: „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." Nici art. 221 din Legea nr. 99/2016 și nici art. 139 și 140 din normele Hotărârii Guvernului nr. 934/2016 nu pot fi interpretate în

sensul derogării de la art. 67 alin. (1), respectiv pentru a permite ofertanților să prezinte propunerile tehnice ulterior datei și orei-limită fixate în anunțul de participare, în caz contrar fiind distorsionată concurența prin crearea unui avantaj respectivilor ofertanți. Mai mult, nu se poate deroga pe calea unor clarificări de la textul expres art. 143 alin. (2) lit. k) din norme, conform căruia oferta este considerată inacceptabilă în cazul în care unei oferte îi lipseşte una din cele două componente, astfel cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. ff) din lege, iar una dintre componente este propunerea tehnică.

Practic, reclamanta își invocă propria culpă, constând în lipsa de diligență manifestată pe parcursul derulării procedurii de atribuire. Nimic nu a oprit societatea să verifice temeinic integritatea fișierului antereferit și să încarce în SEAP, înaintea datei-limită, un alt fișier care să poată fi deschis. 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.

Similar, Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora. Și decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în

fundamentarea concluziei de mai sus – „Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia.”

Fiind pusă în situația de a nu putea vizualiza conținutul propunerii tehnice aparținând SC ..... SRL, comisia evaluatorie, desemnată de ..... SA, nu a putut să își îndeplinească atribuția prescrisă de art. 139 alin. (1) din normele amintite mai sus, conform căreia: „Comisia de evaluare are obligaţia de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse [...].”, precum și aceea de la art. 133 alin. (1) lit. f): „Comisia de evaluare are următoare atribuţii: [...] f) verificarea conformităţii propunerilor tehnice ale ofertanţilor cu prevederile caietului de sarcini;”.

Elocvente, ca argument suplimentar, sunt și considerentele Curții de Apel ....., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, din recenta decizie definitivă nr. 231 din 21 februarie 2017:

Conform susținerilor Agenția pentru Agenda Digitală a României cuprinse în adresa nr. [...]/29.12.2016, **verificarea integrității fișierelor cade în responsabilitatea strică a operatorilor economici care încarcă în SEAP, aceștia având posibilitatea ca pe întreaga perioadă de depunere a ofertelor să verifice dacă documentele depuse sunt corecte atât din punct de vedere al atașării cât și al conținutului**.

Față de situația de fapt reținută în precedent, Curtea de apel reține ca fiind relevante în cauză următoarele dispoziții legale: art. 125 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 [...]: „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.” și art. 125 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: „Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției.”

Curtea de apel apreciază, similar autorității contractante și Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor, că **operatorul economic este chemat să își asume riscul transmiterii ofertei sale și că imposibilitatea deschiderii documentelor încărcate în SEAP 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 acesteia**.

Astfel fiind, Consiliul determină că în mod legal autoritatea achizitoare a respins oferta SC ..... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea procesului-verbal prin care a fost respinsă oferta contestatoarei și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei. În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. 18E_04/110/....., în contradictoriu cu SC ..... SA.

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

Respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. 18E_04/110/....., în contradictoriu cu SC ..... SA.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.