CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, 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. ...../09.01....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../09.01....., formulată de ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., având CIF ..... și înregistrată în registrul comerțului cu nr. ....., reprezentată legal de ....., director general, împotriva adresei nr. ...../14.12.2017, emisă în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări având ca obiect „.....", cod CPV 45315600-4 – Instalații de joasă tensiune (Rev.2), de ..... SA - ...., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ....., s-a solicitat anularea adresei intitulată Comunicare ofertă inacceptabilă și neconformă nr. ...../14.12.2017, reluarea procedurii de la actul anulat, obligarea entității contractante la analizarea ofertei sale financiare și suspendarea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ...../09.01....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../09.01....., depusă de ....., cu sediul în ..... și înregistrată în registrul comerțului cu nr. J40/9082/2009, reprezentată legal de ....., vicepreședinte directorat, formulată împotriva procesului-verbal nr. .....04.01....., emis de entitatea contractantă în cadrul aceleiași proceduri simplificate, organizată de ..... SA - ....., contestatorul a solicitat stabilirea nerealității termenului acordat prin procesul-verbal antemenționat pentru clarificarea remediului (12.01.....), aceasta fiind ulterior termenului de evaluare (11.01.....), și anularea părții corespunzătoare din act, stabilirea faptului că, prin neimplicarea totală a entității în rezolvarea problemei corectitudinii prelucrării datelor, prin obținerea de informații de la operatorul SEAP, entitatea încalcă dispozițiile legale cu privire la

responsabilitatea utilizării mijloacelor electronice, reluarea procedurii cu evaluarea ofertei ..... SA, suspendarea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ……/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SA, cu datele menționate mai sus, formulată împotriva adresei nr. …../16.01..... emisă de entitatea contractantă în cadrul aceleiași proceduri simplificate, s-a solicitat constatarea refuzului entității contractante de a răspunde la notificarea prealabilă nr. ……/19.01....., respectiv constatarea faptului că solicitările nu au fost soluționate prin adresa nr. ……/22.01....., obligarea entității contractante să dispună măsurile de remediere solicitate prin notificarea prealabilă, respectiv entitatea să solicite operatorului SEAP comunicarea documentului pentru care nu a reușit decriptarea din secțiunea intermediară în care acesta se regăsește nealterat, precum și obligarea entității contractante să solicite retransmiterea, de către ..... SA, a documentului în cauză.

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cele trei contestații au fost conexate.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzelor 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 contestațiile formulate de ..... SA și ...., prin care s-au solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Prin contestația formulată de ofertantul ..... SA împotriva adresei nr. ……../14.12.2017, acesta reclamă faptul că oferta sa a fost descalificată deoarece comisia de evaluare a întâmpinat probleme în accesarea unuia dintre fișierele încărcate în format electronic pe platforma SEAP, în oferta sa, respectiv fișierul denumit "PropunereTehnicaPucioasa-semnat.pdf". La data de 19.12.2017, a formulat notificarea prin care a solicitat entității contractante adoptarea unor măsuri de remediere a pretinsei încălcări și revocarea adresei de comunicare a respingerii ofertei sale.

În 19.12.2017, entitatea achizitoare i-a transmis un punct de vedere prin care a solicitat ca ..... SA să asigure, până la data de 04.01....., prezența unui reprezentant la sediul acesteia, cu scopul de a decripta/vizualiza documentul care a făcut obiectul adresei nr. ……../14.12.2017 și a notificării.

..... SA susține că documentul intitulat „punct de vedere” nu a exprimat nicio opinie cu privire la revocarea actelor sau adoptarea unor măsuri de remediere, fiind doar o solicitare cu privire la asigurarea de către ..... SA, până la data de 04.01.2017, a prezenței unui reprezentant la sediul entității, cu scopul de a decripta/vizualiza documentul în cauză, urmând ca, ulterior acestei întâlniri/expertize,

entitatea contractantă să ia o decizie cu privire la revocarea actelor sau adoptarea eventualelor măsuri de remediere.

Societatea contestatoare a luat la cunoștință de poziția entității contractante, în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsurile de remediere solicitate, în 04.01....., acestea fiind consemnate în procesul-verbal nr. ……./04.01.....

Cu privire la anularea adresei nr. ……/14.12.2017- Comunicare ofertă inacceptabilă și neconformă și la reluarea procedurii de la actul anulat, contestatorul consideră că respingerea ofertei sale a fost nelegală, entitatea contractantă fiind în măsură să solicite remedierea ofertei prin retransmiterea documentului neaccesabil, fără a exista vreun risc de modificare a acestuia. Modalitatea în care a procedat aceasta prejudiciază, în mod nejustificat, competiția și șansele egale ale operatorilor economici, întrucât s-a dispus eliminarea din procedură a ofertei înaintate de ..... SA pe criterii pur formale, care puteau fi remediate fără niciun efect negativ asupra procedurii. În acest sens, contestatorul menționează prevederile art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu art. 58 din Legea nr. 101/2016, art. 12 din Codul de procedură civilă și art. 14 din Codul Civil, referitor la buna credință.

Contestatorul învederează faptul că dispozițiile legale menționate permit, „*a fortiori*”, retransmiterea unui document dacă, din varii motive, acesta nu este accesabil. Situația de fapt expusă nu este asimilabilă netransmiterii documentului, cu atât mai puțin cu cât nu a fost parcursă nicio procedură tehnică destinată accesării fișierelor electronice, în afara încercărilor de accesare standard, acestea fiind încărcate în mod complet și la termen în platforma SEAP.

..... SA consideră că impedimentul apărut la nivelul entității contractante este unul cauzat, probabil, de insuficiența mijloacelor tehnice de care dispune platforma tehnică a SEAP.

Pe de altă parte, având în vedere că documentul denumit „PropunereTehnicaPucioasa- semnat.pdf” a fost transmis, dar limitările de ordin tehnic ale SEAP au făcut imposibilă vizualizarea lui, această situație poate fi asimilată și unui viciu de formă. În mod constant, practica judiciară a susținut că limitările de ordin tehnic ale SEAP nu pot conduce la inaplicabilitatea unei dispoziții legale și dă dreptul ofertantului la aplicarea dispozițiilor art. 135 din HG nr. 395/2016, respectiv la corectarea eventualelor vicii de formă, care constituie un drept izvorând din lege și nu poate fi înlăturat de inadvertențe de ordin tehnic privind programul informatic de derulare a procedurii de achiziție. Astfel, opinia entității contractante, în sensul în care imposibilitatea tehnică de a deschide un document ar atrage înlăturarea ofertantului din procedură, conduce la neaplicarea unui text de lege.

Indiferent de motivul pentru care nu s-a reușit accesarea fișierului individualizat anterior, măsura calificării ofertei drept inacceptabilă a fost disproporționată, din moment ce entitatea contractantă dispunea de

mijloacele legale necesare, și avea obligația să solicite remedierea acestor lipsuri într-un termen rezonabil. O asemenea măsură ar fi fost adecvată și ar fi menținut procedura în limitele unei competiții efective și transparente.

Potrivit art. IV.4.3 din fișa de date a achiziției se instituie, printre altele, obligația operatorilor economici ofertanți de a depune propunerea tehnică numerotată și însoțită de un opis al înscrisurilor care o compun. Un asemenea opis a fost depus prin SEAP, iar asupra acestui document electronic nu s-au ridicat probleme referitoare la posibilitatea de accesare. Acest opis cuprinde integral conținutul propunerii tehnice formulate, cât și numerotarea exactă a paginilor care o compun, împrejurare ce creează imposibilitatea efectuării oricăror modificări ale documentului, iar retransmiterea acestuia, drept urmare a unei solicitări formulate de entitatea contractantă, nu ar fi alterat în nicio modalitate procedura.

Fișierului denumit „PropunereTehnicaPucioasa-semnat.pdf” i-a fost atașată o semnătură electronică extinsă, iar alterarea acestuia nu este posibilă din punct de vedere tehnic, fără emisiunea unei noi semnături electronice care ar avea o dată diferită. Din punct de vedere juridic, potrivit art. 5 din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, înscrisul căruia i s-a încorporat sau atașat o semnătură electronică este asimilat unui înscris sub semnătură privată. Prevederile art. 4 din Legea nr. 455/2001 arată că orice tentativă de modificare ulterioară a înscrisului electronic, semnat în condițiile acestei legii, ar reprezenta un fals și ar fi pedepsită ca atare de legea penală. Astfel, există garanții adecvate că înscrisul ar fi fost pur și simplu reîncărcat în platforma specifică SEAP. Ceea ce înseamnă că, legal, și astăzi, înainte de evaluare, se poate depune, existând posibilitatea reală, tehnică și legală de verificare a acestuia.

Societatea contestatoare consideră că documentul a fost transmis în termen, iar imposibilitatea de accesare a acestuia reprezintă un viciu formal, ce poate fi remediat fără alterarea ofertei, din moment ce nici nu este posibilă modificarea documentului prin raportare la împrejurarea că, pe de o parte, posibilitățile tehnice de modificare a unui înscris semnat electronic cu semnătură electronică extinsă nu permit alterarea acestuia, deoarece, în cazul în care este efectuată orice intervenție asupra documentului, orice modificare este identificabilă, iar în asemenea cazuri ar trebui, în mod obligatoriu, emisă o nouă semnătură electronică, iar aceasta va purta în mod necesar o nouă dată, pe de altă parte, înscrisurile au fost numerotate și opisate ca atare, orice alterare a conținutului acestora putând fi ușor sesizat de comisia de evaluare.

Contestatorul își întemeiază contestația pe Legea nr. 99/2016, HG nr. 394/2016, Legea nr. 101/2006 și depune în susținere înscrisuri.

Prin contestația nr. ……/09.01....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……/09.01....., formulată de ...., s-au solicitat cele menționate în preambulul prezentei decizii. Petentul precizează că motivul principal al

contestației l-a constituit remediul aplicat, și anume faptul că, prin modul de clarificare a situației din SEAP nu se respectă caracterului de responsabilitate totală pentru orice decizie privitoare la SEAP, prevăzut de dispozițiile art. 5 și următoarele din HG nr. 394/2016 și obligațiilor ce ar rezulta din aceasta.

Societatea contestatoare consideră că ar fi fost obligatoriu ca entitatea contractantă să solicite lămuriri la SEAP în legătură cu capacitățile tehnice ale acestuia, mai ales că ofertantul a făcut dovada realității încărcării corecte a documentului în cauză.

Faptul că s-a stabilit un termen care a fost după data evaluării din 11.01....., iar procedura nu a fost suspendată, denotă că, deși limitările de ordin tehnic ale SEAP nu pot conduce la neaplicarea unor dispoziții legale, totuși entitatea contractantă s-a comportat ca atare. Ceea ce contravine expres și obligației de bună credință care transpare din dispozițiile art. 12 din Codul de Procedură Civilă sau/și art. 14 din Codul Civil, aplicabile în baza art. 68 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. ……../17.01....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……/17.01....., ... SA a formulat un punct de vedere comun celor două contestații formulate de ..... SA și .....

Referitor la solicitările societății ..... SA, entitatea contractantă menționează că, după termenul limită de depunere a ofertelor în SEAP, 11.12.2017 ora 15:00, a reușit să decripteze o parte din documentele depuse în SEAP de ..... SA (cele care conțin partea de calificare, documente înscriere, DUAE, opis general), nefiind posibilă decriptarea fișierului „PropunereTehnicaPucioasa-semnat.pdf.p7s”. Drept urmare, entitatea contractantă a transmis ..... SA adresa nr. ……../14.12.2017 prin care i-a comunicat că oferta sa a fost considerată inacceptabilă și neconformă, explicând motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și temeiul legal, anexând și mesajele generate la încercările de deschidere a fișierului „PropunereTehnicaPucioasa- semnat.pdf.p7s".

Prin notificarea nr. ……../19.12.2017, ... SA a solicitat anularea adresei nr. ……/14.12.2017 privind calificarea ofertei depuse ca fiind inacceptabilă și neconformă, precum și reluarea procedurii de la actul anulat, eventual cu aplicarea art. 221 din Legea nr. 99/2016, în măsură în care documentele transmise în forma electronică nu pot fi accesate de comisia de evaluare, pentru a posta un alt fișier intitulat „PropunereTehnicaPucioasa- semnat.pdf.p7s".

Entitatea contractantă a transmis un răspuns la notificare, în 19.12.2017, în care a arătat că nu a putut fi decriptat documentul tehnic în aceleași condiții ca și celelalte documente postate în SEAP, dovada fiind cele atașate adresei nr. ……../14.12.2017. În acest fel, entitatea contractantă, s-a aflat în imposibilitatea analizării acestui document. Opisul general, la care contestatorul a făcut trimitere în notificarea nr. ……./19.12.2017, nu oferă informații concrete cu privire la oferta tehnică, documentul fiind doar un centralizator al documentelor ofertei.

În conformitate cu cerințele documentației de atribuire, ofertantul trebuia să asigure, până la data limită de depunere a ofertelor, toate informațiile privind oferta prezentată.

Lipsa informațiilor privind oferta tehnică, așa cum au fost solicitate prin caietul de sarcini, a constituit motiv de apreciere a acesteia în sensul prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016.

Entitatea contractantă a considerat că prin acțiunile sale în etapa de evaluare, ulterioară momentului de depunere a ofertelor, a respectat prevederile Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale de lucrări.

Având toată disponibilitatea pentru rezolvarea situației apărute, entitatea contractantă a solicitat societății ..... SA, prin același răspuns la notificare, ca, până la data de 04.01....., să asigure prezența unui reprezentant la sediul …… care să participe la decriptarea/vizualizarea documentului care a făcut obiectul notificării și să facă dovada că acest document a fost lizibil în forma în care a fost postat în SEAP până la data limită de depunere a ofertelor.

În data de 04.01....., în prezenta reprezentanților ....și SC ..... SA ....., s-a procedat la încercarea de decriptare a ofertei depuse în SEAP de către ..... SA, respectiv a documentul intitulat „Propunere tehnicaPucioasa-semnat.pdf.p7s”. Reprezentantul ..... SA a confirmat că acest document nu putea fi decriptat în aceleași condiții ca și celelalte documente postate în SEAP, entitatea contractantă fiind în continuare în imposibilitatea analizării acestui document. Considerațiile contestatorului, conform cărora reprezentantul ..... SA a arătat că, în varianta existentă la ofertant, documentul poate fi decriptat/deschis, nu au fost întemeiate, având în vedere că entitatea contractantă putea decripta/vizualiza în SEAP doar documentele din secțiunea pentru autoritățile contractante, nu și pe acelea din secțiunea rezervată operatorilor economici.

Reprezentantul ..... SA a fost de acord cu concluzia entității contractante cu privire la imposibilitatea decriptării și implicit a analizării documentului susmenționat. Totodată, reprezentantul ..... SA a solicitat entității contractante un termen până la care să obțină o clarificare din partea reprezentanților SEAP, cu privire la corectitudinea prelucrării documentelor postate în secțiunile SEAP (Administrare documente și atașarea acestora la procedura aferentă), fapt consemnat în procesul verbal nr……../04.01.....

Afirmația societății ...., conform căreia entitatea contractantă nu s-a implicat total în rezolvarea problemei corectitudinii prelucrării datelor, prin obținerea de informații de la operatorul SEAP, este neîntemeiată, având în vedere art. 129 și art. 131 din HG nr. 394/2016.

Astfel, după cum a reieșit și din adresa nr. ……../15.01....., transmisă de …….. (……..) către ..... SA și comunicată de ..... SA, spre știință, și entității contractante, responsabilitatea încărcării și semnării cu semnătură electronică a documentelor de către autoritățile

contractante sau operatorii economici cade strict în sarcina acestora. De asemenea, conformitatea unui document/fișier atașat în cadrul procedurilor de atribuire cade strict în sarcina operatorilor economici și a autorităților contractante. S-a menționat faptul că SEAP a funcționat la parametrii tehnici optimi și nu au existat impedimente de ordin tehnic care să perturbe activitatea operatorilor economici și autorităților contractante.

Referitor la susținerile societăților contestatoare privind stabilirea termenului de 12.01....., care ar depăși termenul de evaluare a ofertelor stabilit la publicarea documentației de atribuire în SEAP, respectiv 11.01....., entitatea contractantă menționează că a prelungit perioada de evaluare a ofertelor prin adresa nr. ……../10.01..... postată în SEAP în data de 10.01....., până la data de 28.02....., prelungirea efectivă a termenului de evaluare fiind operată în SEAP în data de 12.01..... Se mai precizează că perioada de evaluare putea fi prelungită numai după expirarea primului termen de evaluare, respectiv 11.01....., ora 24:00.

Față de cele menționate anterior, entitatea contractantă solicită respingerea contestațiilor ca fiind neîntemeiate.

Cu adresa nr. ……/19.01....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……/19.01....., ... SA formulează cerere de suspendare a procedurii de soluționare a contestației sale, în temeiul art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea contestației formulată de .....

..... SA precizează că, în cadrul contestației nr. …../09.01....., ... a criticat ineficiența măsurii de remediere adoptată de entitatea contractantă prin procesul verbal nr. ……/04.01....., prin raportare la termenul fixat, respectiv de 12.01....., care este ulterior momentului în care era stabilită evaluarea ofertelor, precum și prin raportare la împrejurarea că efectuarea verificărilor la SEAP au fost trasate exclusiv în sarcina operatorului economic, deși entitatea contractantă era direct responsabilă de menținerea unei concurențe reale și s-ar fi impus să efectueze ea însăși aceste verificări.

Prin contestația nr. ……/....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., formulată de ..... SA, s-au solicitat cele menționate în preambulul prezentei decizii, dar s-au reiterat și motivele de respingere a ofertei sale, cuprinse în contestația nr. ……../09.01.....

Astfel, în urma întâlnirii din 04.01..... dintre reprezentanții ..... și cei ai entității, a fost încheiat procesul-verbal nr. ……../04.01....., prin care, drept consecință a împrejurării că fișierul nu a putut fi accesat, s-a convenit asupra unei măsuri de remediere, respectiv fixarea datei de 12.01..... până la care operatorul economic trebuie să efectueze demersuri pe lângă …… (……), cu scopul de a identifica motivul pentru care fișierul denumit „PropunereTehnicaPucioasa-semnat.pdf" nu putea fi accesat.

Ca urmare a demersurilor efectuate la ……., a ..... că documentele transmise către SEAP sunt salvate într-o secțiune intermediară, înainte de a fi translatate la nivelul procedurii și că acestea sunt stocate în cel puțin două surse distincte. În acest sens ……., prin adresa nr. ……/15.01.2017, a comunicat că „în vederea salvării unui document în cadrul procedurii online, operatorul economic înscris trebuie să folosească secțiunea intermediară de salvare documente care este disponibilă după logarea în sistem, în meniul Administrare-Documente. Conținutul și formatul documentelor sunt păstrate întocmai cum au fost încărcate în această secțiune și nu sunt alterate prin translatarea acestora la nivelul procedurii".

Contestatorul a transmis o nouă adresă către ...., înregistrată sub nr. ……./15.01....., prin care a solicitat ca documentul salvat în secțiunea intermediară să fie comunicat către entitatea contractantă, din moment ce acesta a fost accesabil. Prin adresa nr. ……./16.01....., ... a informat societatea contestatoare că nu va da curs solicitării din pricina faptului că nu poate interveni în procesul de achiziții publice. Totodată, ... a comunicat că dezacordul ar putea fi aplanat și pe cale amiabilă, printr-o solicitare de clarificări pe care entitatea contractantă o poate comunica operatorului economic în vederea retransmiterii documentului inaccesabil.

Având în vedere datele comunicate de ...., contestatorul a solicitat entității contractante, prin adresa nr. ……/16.01....., să dispună măsurile de remediere corespunzătoare. Față de cererea sa, entitatea nu a adoptat nicio poziție. Raportat la inacțiunea entității, ofertantul a formulat o notificare prealabilă, în termenul legal de cinci zile. ..... SA consideră că măsurile de remediere solicitate se impun pentru readucerea procedurii în cadrul legal fixat pentru derularea achiziției.

Contestatorul consideră că adresele ...., prin care s-a confirmat împrejurarea că documentele sunt salvate în două surse distincte, sunt în măsură să prefigureze o soluție pentru actuala situație, prin intermediul căreia entitatea contractantă poate afecta caracterul concurențial al procedurii prin calificarea ofertei ca fiind inacceptabilă, deși în sarcina sa nu se poate reține nicio culpă.

Societatea contestatoare a procedat la încărcarea tuturor documentelor în platformă, dar din anumite motive doar documentul „PropunereTehnicaPucioasa-semnat.pdf" nu poate fi accesat de reprezentanții entității contractante.

Totuși, în măsura în care documentele sunt stocate în două surse distincte la nivelul platformei online SEAP, contestatorul consideră că se impune efectuarea unei solicitări pentru comunicarea aceluiași document din secțiunea intermediară. De altfel, contestatorul a solicitat .... să procedeze în această manieră prin adresa nr. …./15.01....., dar prin adresa nr. ……../16.01..... i-a fost respinsă de entitate pe motiv că operatorul SEAP nu poate interveni în procedură. Odată recomunicat,

documentul va putea fi accesat de către entitatea contractantă și procedura va fi definitiv remediată.

Pe de altă parte, chiar și în măsura în care .... nu va dispune comunicarea documentului stocat în secțiunea intermediară a platformei SEAP, contestatorul consideră că procedura poate fi remediată luând în considerare indicațiile transmise de către operatorul SEAP, care a recomandat entității contractante să dispună recomunicarea documentului prin intermediul unei solicitări de clarificare.

Documentul pe care entitatea contractantă nu îl poate deschide nu poate fi alterat fără modificarea semnăturii electronice atașate, dar recomunicarea acestuia nu afectează în niciun fel procedura. Fișierului denumit „PropunereTehmcaPucioasa-semnat.pdf" i-a fost atașată o semnătură electronică extinsă, iar alterarea acestuia nu este posibilă, din punct de vedere tehnic, fără emisiunea unei noi semnături electronice care ar avea o dată diferită.

Din punct de vedere juridic, potrivit art. 5 din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, înscrisul căruia i s-a încorporat sau atașat o semnătură electronică este asimilat unui înscris sub semnătură privată. Prin urmare, orice tentativă de modificare ulterioară a înscrisului electronic, semnat în condițiile acestei legi, ar reprezenta un fals și ar fi pedepsit ca atare de legea penală, sens în care există garanții adecvate că înscrisul ar fi fost pur și simplu reîncărcat în platforma specifică SEAP, ți pentru ca entitatea contractantă să aibă posibilitatea să îi acceseze.

Prin adresa nr. …../30.01....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……./30.01....., ... SA, a formulat un punct de vedere față de contestația secundă depusă de ..... SA, precizând următoarele:

Solicitarea ofertantului de a se constata „refuzul nejustificat de a răspunde la notificarea prealabilă înregistrată sub nr. ……./19.01.....” este nejustificată și netemeinică, având în vedere faptul că a fost formulat un răspuns la notificare prin adresa nr. ……./22.01....., exprimând un punct de vedere concis și legal.

Entitatea contractantă consideră că invocarea de către ..... SA a adresei .... nr. ……../16.01....., pentru ca entitatea contractantă să respecte instrucțiunile ...., este nejustificată, din moment ce însăși ...., în adresă, a precizat că punctul de vedere prezentat nu este oficial și obligatoriu de urmat, neavând competențe în a oferi puncte de vedere legislative și că entitatea contractantă este singura în măsură să decidă asupra acțiunilor legate de organizarea și desfășurarea procedurii de atribuire.

Menționând prevederile Legii nr. 101/2016, entitatea contractantă apreciază ca inadmisibilă solicitarea contestatorului privind obligarea de a aplica măsura remedierii, ce constă în încercarea de decriptare a documentului respectiv prin apelarea la ..... Această instituție a precizat clar că este responsabilitatea exclusivă a entității contractante ori a participanților în ce privește documentele postate în SEAP.

Față de cele menționate anterior solicită respingerea contestației ca fiind neîntemeiată.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..... SA (abreviată …….), în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări, având ca obiect „.....”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../..... Valoarea estimată a contractului este de 7.508.357,92 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Prin adresa nr. ……/14.12.2017 entitatea contractantă a comunicat ofertantului ..... SA respingerea ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă.

Împotriva respingerii ofertei și a adresei precitate, cu argumentele evocate mai sus, ... SA a formulat o notificare prealabilă, față de care entitatea a adoptat, în 04.01....., o măsură de remediere, pe care ofertantul a apreciat-o ca nemulțumitoare.

Față de această măsură de remediere, ... SA a învestit Consiliul, în 09.01....., cu soluționarea contestației.

De asemenea, raportat la aceeași măsură de remediere adoptată de SDEE MN, în temeiul art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016, a depus contestație și ...., în 09.01.....

Prin cele două contestații, ... SA și .... au solicitat și suspendarea procedurii de atribuire în cauză, până la soluționarea pe fond a contestațiilor. Cererile de suspendare a procedurii de atribuire au fost respinse, ca nefondate, prin Încheierea nr. ……/...../....., …….. din 10.01.....

În 19.01....., ... SA a înaintat entității contractante cea de a doua notificare prealabilă (nr. ……../19.01.....), prin care a solicitat adoptarea măsurilor de remediere, în sensul clarificării, prin intermediul operatorului SEAP (....), a modului de încărcare a propunerii tehnice.

Întrucât entitatea nu a adoptat măsura de remediere menționată de ofertant acesta a depus, în ....., cea de a doua contestație a sa.

În soluționarea primei contestații depusă de ..... SA în 09.01....., Consiliul reține următoarele:

- în fișa de date a achiziției, la secțiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, s-a menționat:

Ofertele vor fi depuse on-line folosind facilitatile oferite in acest sens de SEAP, în sectiunile respective, atasat prezentei proceduri de achizitie pe site-ul www.e-licitatie.ro. Ofertantii vor trebui sa fie inregistrati in SEAP , iar **documentele transmise sa fie semnate cu semnatura electronica extinsa**, conform art. 67, alin.4 din HG 394/ 2016, bazata pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat in conditiile legii. Toate documentele care fac parte din oferta candidatilor vor purta in mod obligatoriu semnatura electronica extinsa, conform art. 67, alin.4 din HG 394/ 2016. O**fertantul trebuie sa ia toate masurile astfel incat oferta sa fie transmisa in SEAP pana la data limita de depunere a ofertelor**, mentionata in cadrul anuntului de participare. Oferta va cuprinde 4 fisiere

separate: Fisier 1 -Documentele de inscriere; Fisier 2 - documentele de calificare; ofertantul are obligatia de a prezenta la data limita de depunere a ofertei DUAE. Documentele justificative prin care demonstreaza indeplinirea cerintelor de calificare se vor prezenta la solicitarea entitatii contractante de catre ofertantul situate pe primul loc in clasamentul intermediar dupa aplicarea criteriului de atribuire; Fisier 3 -Propunerea tehnica; Fisier 4 - Propunerea financiara. **Ofertantul va anexa in fisierul 1 un opis al tuturor documentelor prezentate in oferta, din care sa rezulte documentele cuprinse in fiecare fisier.**

- în adresa de comunicare a respingerii ofertei depusă de ..... SA s-a menționat: «în urma deschiderii ofertei tehnice […] s-a constatat că fișierul intitulat „Fișier 3 Propunere tehnica Pucioasa” nu poate fi deschis în vederea vizualizării ofertei tehnice depuse»;
- ca urmare a notificării prealabile formulată de ..... SA, entitatea a invitat ofertantul la sediul său, pentru 04.01.....; în urma întâlnirii din 04.01....., dintre reprezentanți ai ofertantului și de la ……, se confirmă că documentul în cauză nu a putut fi decriptat în aceleași condiții ca și celelalte documente postate în SEAP, fapt consemnat în procesul-verbal nr. ……/04.01.....; entitatea adoptă, ca măsură de remediere, acordarea unui termen de clarificare, cu ...., până în 12.01....., a modului de încărcare a propunerii tehnice;
- în urma solicitării unui punct de vedere de la .... de către ofertant, acesta a primit adresa nr. ……./15.01....., în care se menționează următoarele:

«SEAP nu are competențe de verificare a conținutului documentelor, a integrității documentelor și nici a semnăturii electronice. Responsabilitatea încărcării și semnarea cu semnătură electronică a documentelor de către autoritățile contractante sau a operatorilor economici cade strict în sarcina acestora.
Conformitatea unui document/fișier atașat în cadrul procedurilor de atribuire cade strict în sarcina operatorilor economici și a autorităților contractante (după caz). Documentele atașate în cadrul unei proceduri online de către un operator economic participant pot fi verificate de către acesta în secțiunea „Documente de calificare și propunere tehnică" din secțiunea „Detalii procedură", pe toată perioada de derulare a procedurii de atribuire.
Reamintim faptul că, **în vederea salvării unui document în cadrul procedurii online, operatorul economic înscris trebuie să folosească secțiunea intermediară de salvare documente care este disponibilă după logarea în sistem, în meniul Administrare-Documente**. Conținutul și formatul documentelor sunt păstrate întocmai cum au fost încărcate în această secțiune și nu sunt alterate prin translatarea acestora la nivelul procedurii.
Menționăm faptul că SEAP a funcționat la parametrii tehnici optimi și nu au existat impedimente de ordin tehnic care să perturbe activitatea operatorilor economici și autorităților contractante.»

Examinând prima contestație depusă de ..... SA, punctul de vedere aferent, emis de entitatea contractantă, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul o va respinge ca nefondată, pentru următoarele argumente:

În conformitate cu prevederile art. 72 din HG nr. 394/2016:

(1) Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. V secțiunea a 7-a din Lege.

(2) **Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse**, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.
(3) **În urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare** prevăzute la alin. (1) și (2), **entitatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii,** iar celorlalți li se aduce la cunoștință faptul că se trece la etapa următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. V secțiunea a 13-a din Lege.
(4) **Comisia de evaluare are obligația, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare** prevăzute la alin. (1) și (2), **să introducă în SEAP rezultatul admis/respins**, **să comunice motivele de respingere ofertanților respinși,** să deschisă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum și să acorde un termen de răspuns.

Aflându-se în imposibilitatea de a deschide propunerea tehnică a ofertantului ..... SA, comisia de evaluare nu a avut cum să parcurgă etapa de verificare a elementelor tehnice ale acestuia. În consecință, entitatea s-a aflat în situația de a respinge oferta în cauză, așa cum dispun prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016:
(4) 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.

Prin contestație, petentul a solicitat reluarea procedurii, cu eventuala solicitare de clarificări, conform art. 221 din Legea nr. 99/2016: „Autoritatea Contractantă […] să solicite remedierea ofertei prin retransmiterea documentului care din motive tehnice nu a putut fi accesat, fără niciun risc de modificare a acestuia". Consiliul nu poate reține ca pertinente aceste afirmații ale ofertantului ..... SA, întrucât o astfel de cerere i-ar crea ofertantului un avantaj evident, fiind, în fapt, o permisiune de a adăuga la ofertă, respectiv a aduce propunerea tehnică, după termenul limită stabilit în anunțul de participare, ceea ce ar reprezenta o încălcare a prevederile 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 dreptul 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.

Acceptarea completării cu propunerea tehnică, în actuala fază a procedurii, reprezintă o modificare substanțială a ofertei, cu încălcarea principiilor ce guvernează achizițiile sectoriale, statuate de art. 2 alin. (2) lit. a), b) și d) din Legea nr. 99/2016, respectiv principiul nediscriminării, al tratamentului egal și al transparenței.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), în hotărârea sa din 14.09.2017, cauza C-223/16, Casertana Costruzioni Srl împotriva Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, pct.35: ***Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență se opun***

oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant *în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu,* ***o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului****.*

Astfel, neîncărcarea corectă în SEAP a propunerii tehnice, așa cum s-a solicitat în documentația de atribuire, reprezintă o culpă exclusivă a ofertantului, iar nu a autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către participanți a prescripțiilor documentației. Conform art. 131 din Legea nr. 99/2016, riscul depunerii ofertei în SEAP trebuie asumat doar de ofertant [Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.].

Mai mult decât atât, legiuitorul a prevăzut, la art. 143 alin. (2) lit. k) din HG nr. 394/2016, o sancțiune distinctă pentru lipsa propunerii tehnice sau financiare*: "În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: […] k) în cazul în care* ***unei oferte îi lipsește una din cele două componente****, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. ff) din Lege." [ofertă - actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se 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;]*

De asemenea, Consiliul nu poate considera ca valide justificările ofertantului precum că "limitările de ordin tehnic ale SEAP au făcut imposibilă vizualizarea lui, această situație poate fi asimilată și unui viciu de formă.", întrucât ...., prin adresa nr. ……/15.01....., a răspuns ofertantului că SEAP a funcționat la parametrii tehnici optimi, fără să afecteze activitatea participanților la procedura de atribuire.

Nu poate fi considerat viciu atât timp cât 143 alin. (2) lit. k) din HG nr. 394/2016 impune respingerea ofertei din cauza lipsei propunerii tehnice. Dacă s-ar accepta retransmiterea documentului în cauză, așa cum solicită ofertantul în contestație, s-ar încălca principiile din legislația achizițiilor sectoriale, respectiv principiul nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței, dar și prevederile art. 141 din HG nr. 394/2016:

(1) În condițiile art. 221 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată neconformă.

(3) 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.**

În susținerea cererii sale de retransmitere a fișierului afectat, ofertantul menționează în contestație faptul că, în SEAP, a fost încărcat un opis cu conținutul întregii propuneri tehnice. O astfel de argumentare

Consiliul nu o poate aprecia ca pertinentă, deoarece în opis [pag. 478-480 din dosarul achiziției] sunt incluse denumiri ale părților componente ale propunerii tehnice, pe baza cărora comisia de evaluare nu poate stabili conformitatea ofertei tehnice cu cea a cerințelor din caietul de sarcini.

Pentru argumentele de mai sus, Consiliul apreciază că, în mod corect, entitatea contractantă a respins oferta ca neconformă, în temeiul art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016.

În ce privește capătul de cerere referitor la obligarea entității contractante la analizarea ofertei sale financiare, Consiliul îl consideră neîntemeiat, deoarece comisia de evaluare nu poate trece la etapa de analiză financiară, dacă oferta nu a fost admisă la etapa tehnică, conform prevederilor art. 72 alin. (2) și (3) din HG nr. 394/2016.

În acest context, Consiliul urmează să respingă contestația formulată de ..... SA, ca nefondată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la cererea ..... SA din 19.01....., de suspendare a procedurii de soluționare a contestației, Consiliul o va respinge ca nefondată, nefiind aplicabile dispozițiile art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 [Consiliul, prin încheiere, poate suspenda procedura de soluționare a contestației: a) în situația în care aceasta depinde în tot sau în parte de existența ori inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăți]. Având în vedere prevederile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a conexat cele trei contestații, pentru a asigura pronunțarea unei soluții unitare.

În contestația secundă depusă de ..... SA, ofertantul critică inacțiunea entității contractante de a solicita clarificări de la ...., în sensul de a cere ca operatorul SEAP să comunice către ....documentul/fișierul afectat, cel pentru care nu s-a reușit decriptarea.

Având în vedere argumentele de mai sus, din soluția dată la prima contestație formulată de ..... SA, prin care s-a arătat că transmiterea ofertei este o sarcină exclusiv a ofertantului și că, în mod corect, entitatea a respins oferta acestuia ca neconformă, Consiliul urmează să respingă și această contestație ca nefondată.

Referitor la contestația formulată de ...., Consiliul o va respinge, după cum urmează:

O primă critică se referă la termenul de răspuns (12.01.....), care a fost stabilit prin procesul-verbal din 04.01....., ca urmare a măsurii de remediere adoptată față de prima notificare a ofertantului ..... SA.

Nemulțumită de acest termen de răspuns, stabilit pentru 12.01....., ... l-a contestat, menționând că această dată este ulterioară celei limită de evaluare a ofertelor-11.01....., prevăzută în anunțul de participare simplificat al procedurii (față de acest termen entitatea contractantă este obligată să finalizeze analizarea ofertelor, dacă nu modifică, în anunț, data respectivă).

Petentul critică stabilirea nerealității acestui termen, acordat prin procesul-verbal antemenționat și solicită anularea părții corespunzătoare din acel înscris.

Consiliul ia act că entitatea a prelungit perioada de evaluare a ofertelor, până la data de 28.02....., prin adresa nr. F385/10.01..... postată în SEAP, în data de 10.01..... În asemenea condiții, acest capăt de cerere va fi respins de Consiliu ca rămas fără de obiect, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la capătul de cerere privind reluarea procedurii cu evaluare a ofertei ..... SA, Consiliul îl va respinge ca nefondat, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, deoarece oferta în cauză a fost declarată, în mod corect, ca neconformă, așa cum s-a motivat, anterior, în soluțiile date pentru contestațiile formulate de ..... SA.

Referitor la critica privind stabilirea neimplicării entității în rezolvarea problemei corectitudinii prelucrării datelor, Consiliul o va respinge ca nefondată, având în vedere faptul că .... a comunicat prin adresa nr. ……../15.01..... funcționarea la parametrii optimi a platformei SEAP, nefiind vorba de o inacțiune a …….. Potrivit dispozițiilor art. 131 din Legea nr. 99/2016, neîncărcarea corectă a întregii oferte aparține ofertantului. Față de acest aspect, entitatea are doar rolul de a verifica respectarea întocmai de către toți participanți a prescripțiilor documentației, respectiv elaborarea ofertei în conformitate cu cerințele documentației de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

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 respinge, ca nefondate, contestațiile nr. ……/09.01..... și nr. ……/....., formulate de ..... SA, în contradictoriu cu ..... SA - …….

În temeiul dispozițiilor art. 25 din Legea nr. 101/2016, Consiliu respinge ca nefondată cererea de suspendare a procedurii de soluționare a contestației, formulată de ..... SA, în contradictoriu cu ..... SA - ……..

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge contestația formulată de ...., în contradictoriu cu ..... SA- ……., după cum urmează:

- ca nefondate capetele de cerere referitoare la reluarea procedurii cu evaluarea ofertei ..... SA și la stabilirea neimplicării entității în rezolvarea problemei corectitudinii prelucrării datelor;

- ca rămas fără obiect capătul de cerere privind stabilirea nerealității termenului de răspuns.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……	**……**	**……**

Redactat în ……. exemplare, conține ……. pagini.