CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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. 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 fără număr de înregistrare și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 14741/13.04.2018, formulată de ASOCIAȚIA ... SRL, compusă din societatea ... cu sediul în …, înregistrată în registrul societăților sub nr. 19685535, reprezentată de …, în calitate de Lider de asociere și ... SRL, cu sediul în …, cod fiscal …, reprezentată legal de împuternicitul …, în calitate de Asociat, Asociere reprezentată în mod legal de …, cetățean belgian, domiciliat în …, și convențional prin avocat … …, cu sediul ales pentru comunicare în …, împotriva documentației de atribuire a procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a acordului-cadru de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectarea și execuția lucrărilor componente ale sistemului de protecție costieră în vederea reducerii eroziunii costiere”, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, anunț de participare nr. ..., publicat în SEAP la data de 12.10.2016, s-a solicitat:

(i) Anularea adresei nr. 7258/11.04.2018, "rezultatul soluționării", prin care notificarea prealabilă formulată a fost respinsă;

(ii) Anularea procedurii de atribuire;

(iii) În subsidiar, în cazul în care primul capăt de cerere va fi respins, se solicită validarea ofertei transmisă pentru Loturile nr. 2 și nr. 5.

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 soluţioneze contestaţia formulată de ASOCIAȚIA ... SRL, în care s-a solicitat:

(i) Anularea adresei nr. 7258/11.04.2018, "rezultatul soluționării", prin care Notificarea prealabilă formulată a fost respinsă;

(ii) Anularea procedurii de atribuire, întrucât prin acordarea unui termen nerezonabil și inexplicabil de scurt, a fost lipsită de o șansă reală de încărcare pe platforma SEAP a unei oferte complete pentru cele 5 loturi, astfel încât consideră că accesul liber la procedura de licitație publică a fost obstrucționat prin stabilirea cu rea credință a unui termen din care mai puțin de 4 zile platforma SEAP a fost funcțională, în rest fiind în mentenanță, precizând că această chestiune era cunoscută de autoritatea contractantă. În acest sens, se arată că autoritatea contractantă nu a respectat termenul minim prevăzut de lege, dar mai ales nu a respectat nici principiile fundamentale ce guvernează achizițiile publice prin ignorarea intervalului de timp adecvat suficient, menționat în mod expres în art. 152 din Legea nr. 98/2016, necesar pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție care sunt solicitate prin documentele achiziției.

(iii) în subsidiar, în cazul în care primul capăt de cerere va fi respins, se solicită Consiliului să dispună validarea ofertei transmisă în cadrul procedurii privind atribuirea Lotului nr. 2 și nr. 5, având în vedere documentele încărcate pe platforma SEAP, fără criptarea și salvarea conformă a prețului din motive tehnice, însă observând că toate informațiile privind oferta tehnică și financiară, precum și garanția de participare sunt corect și complet încărcate și la dispoziția autorității contractante.

În opinia petentei, motivele pentru anularea procedurii de atribuire, respectiv factorii care au condus la obstrucționarea accesului la procedura de licitație sunt:

Procedura de atribuire a fost suspendată până la data de 27.03.2018, orele 15:30 pe site-ul SEAP, iar în perioada suspendării, niciun document nu putea fi încărcat în secțiunea *"Documente de calificare și propunere tehnică"*. După schimbarea stării procedurii din "*suspendată"* în *"procedură în desfășurare",* data stabilită pentru depunerea ofertelor a fost 03.04.2018, orele 16:00.

În acest sens, se arată că deși aparent sunt 6 zile (din care mai puțin de 4 zile platforma SEAP a fost funcțională), la data de 29.03.2018 a fost publicată pe site-ul *e-licitatie.ro* Clarificarea nr. 97, ce prevedea chestiuni tehnice, planuri și explicații de care ofertanții urmau să țină cont în oferta tehnică prezentată. Așadar, având în vedere complexitatea acestei clarificări, se consideră că autoritatea contractantă avea obligația să prelungească data de depunere a ofertelor în mod proporțional sau cel puțin cu 6 zile, începând de la data de 29.03.2018. În răspunsul la

notificarea prealabilă, nu se face nicio referire la Clarificarea sus menționată, apreciindu-se că operatorii au avut "peste 4 luni de zile" pentru obținerea informațiilor și pregătirea ofertelor. Însă, în Clarificarea nr. 97 din 29.03.2018, au fost publicate pentru prima dată planuri ale structurilor existente, reamintind că tipul contractului este de proiectare și execuție, deși în studiul de fezabilitate este specificată și operațiunea de "demolare/eliminare a structurilor existente". Din toată documentația publicată rezultă că operațiunea de demolare a structurilor existente este o parte importantă a proiectului, iar în formularul nr. 18 (formular de ofertă) pentru loturile nr. 2 și nr. 5, loturi la care s-a depus ofertă și garanție de participare, sunt rubrici speciale pentru estimarea acestor costuri. Se apreciază că astfel, ca o consecință, proiectul tehnic a trebuit să fie revizuit, în raport de noile planuri puse la dispoziție.

Contestatoarea arată că tot în Clarificare nr. 97 se menționează informații importante despre reciful artificial Oholas Dactylus. Astfel, în Marea Neagră aceste microorganisme nu sunt prezente. În mod obișnuit există celelalte două tipuri (*Cystoseria barbata* și *Zostera nolti*). În Documentație nu se preciza dacă în zonele unde urmează să fie construit reciful artificial preexistă microorganismele și dacă coexista acestea (având în vedere că unele sunt din mediul natural, iar celelalte sunt implantate). Prin Clarificarea 97 se menționează că toate aceste demersuri sunt lăsate de autoritate la alegerea ofertantului (antreprenorului) ceea ce conduce la riscul ca reciful artificial să nu fie creat în condiții optime. Așadar, se precizează că în raport de această clarificare, petenta a revizuit atât proiectul tehnic, cât și propunerea financiară, dată fiind importanța protejării mediului și a faunei maritime.

Față de aceste mențiuni, petenta susține că este nerealist să se considere că au fost 4 luni pentru pregătirea proiectului, deși chiar autoritatea a publicat planșe noi cu 2 zile lucrătoare anterior termenului pentru depunerea ofertelor cu atât mai mult cu cât lucrările ce urmează a fi contractate sunt de o importanță majoră pentru România. Mai mult, se precizează că într-o clarificare anterioară, momentului reluării licitației s-a prevăzut, expres, că termenul ce se va acorda va fi de cel puțin 5 zile lucrătoare pentru a se putea efectua formalitățile de depunere a garanției de participare (având în vedere durata obligatorie de valabilitatea a acesteia de 190 zile, conform documentației de atribuire). Ulterior încetării suspendării, termenul a fost efectiv de 4 zile lucrătoare, din cele 6 zile puse la dispoziție de autoritatea contractantă pentru încărcarea documentației, două zile și jumătate platforma SEAP a fost în mentenanță, respectiv inaccesibilă pentru încărcare sau utilizare. Astfel, conform informațiilor afișate pe site, ca urmare a schimbării platformei SEAP cu SICAP, sistemul a intrat în mentenanță si nu a mai putut fi utilizat de vineri, 30.03.2018 orele 18:00, până luni, 02.04.2018, orele 06:00. Prin urmare, după ultima clarificare, operatorii economici au avut la dispoziție un timp efectiv pentru încărcarea documentației pentru cele

5 loturi de luni, 02.04.3018 până marți, 03.04.2018, orele 16:00, practic o zi și jumătate.

Așadar, în contestație se precizează că se impunea prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu 6 zile, începând cu data de 29.03.2018, dată la care a fost publicată Clarificarea 97, cu impact asupra ofertei tehnice, pe care ofertanții aveau obligația să o pregătească. Tot din aceleași considerente, se apreciază că se impune anularea procedurii, întrucât petenta consideră că nu a avut o șansă reală de a se conforma cerințelor și a depune o ofertă completă pentru cele 5 loturi la care s-a înscris în procedură. De asemenea, consideră că autoritatea contractantă nu a respectat termenul minim prevăzut de lege și nu a respectat nici principiile fundamentale ce guvernează achizițiile publice, prin ignorarea intervalului de timp menționat în mod expres în art. 152 și art. 153 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește termenul acordat, contestatoarea este de părere că această chestiune a afectat desfășurarea procedurii, atât timp cât este de notorietate că în prezent nu există societăți exclusiv române care să poată îndeplini cerințele stipulate în caietul de sarcini, având în vedere experiența similară. Prin urmare, dacă autoritatea contractantă avea în vedere că anunțul de participare pentru această procedură a fost publicat încă din luna Octombrie 2017, însă a fost de mai multe ori modificat și clarificat prin cele peste 90 de clarificări, fiind astfel o procedură complexă, se apreciază că acordarea unui termen prin raportare la un interval de timp adecvat și suficient de cel puțin 5-6 zile lucrătoare, era atât în beneficiul autorității contractante cât și al operatorilor economici, pentru a se putea depăși inclusiv problemele tehnice generate de platforma SEAP și de noua platformă SICAP, în contextul în care este de notorietate că sunt multiple impedimentele tehnice și neconformitățile acestui sistem.

Acest aspect este adus în atenția Consiliului, deoarece se apreciază că vizează interesul autorității contractante și, de asemenea, interesul public și eficiența utilizării fondurilor publice, care se transpune prin acordarea unui timp adecvat și suficient pentru ca operatorii economici, care s-au pregătit pentru aceasta și au investit resurse considerabile în studii, planuri, identificarea soluțiilor tehnice, identificarea experților, utilajelor, colaborărilor etc., să poată încărca documentele de calificare corect și complet, depășind inclusiv chestiunile tehnice privind platforma SEAP și adaptarea ofertelor în raport de Clarificările publicate cu o zi înainte de data limita pentru depunerea ofertei. Astfel, se învederează că rolul autorității este să acorde termene corecte, și nu să creeze o economie de câteva zile care vor fi ulterior "plătite" de aparatul de stat fie prin întârzierea executării prloiectelor, ca urmare a contestării procedurii, fie prin declararea ca ofertă câștigătoare a unei oferte inferioare din punct de vedere calitativ.

Asocierea contestatoare menționează că a pregătit documentația de calificare pentru loturile la care s-a înscris, însă din motive obiective și

tehnice s-a aflat în imposibilitatea de a încărca efectiv toate aceste documente pe platforma SEAP. Totuși, pentru lotul nr. 2 s-a reușit încărcarea, în totalitatea a documentelor, inclusiv DUAE, garanția de participare, oferta tehnică și financiară, însă nu s-a reușit criptarea ofertei de preț și salvarea acesteia. Pentru lotul nr. 5 s-a înregistrat DUAE, garanția de participare și parte din documentele tehnice. Din cauza erorii de la lotul nr. 2, nu s-a reușit finalizarea încărcării lotului 5, până la expirarea termenului de la ora 16:00, deși contestatoarea susține că a sunat pe administratorul platformei SEAP, însă fără să raspundă nicio persoană, deoarece programul se termină la ora 15:00.

Aceasta are convingerea că toate aceste inconveniente reprezintă consecința acordării unui termen foarte scurt și total nerealist, având în vedere complexitatea procedurii și a ofertei. Totodată, este convinsă că odată cu analiza documentelor deja încărcate pe platforma SEAP, autoritatea contractantă va putea aprecia gradul înalt de profesionalism al ofertei depuse.

În ceea ce privește cererea subsidiară privind validarea ofertei depusă pentru lotul nr. 2 și nr. 5, se reiterează că au fost încărcate în SEAP documentele ce atestă îndeplinirea cerințelor menționate în documentația de atribuire, de ex. Propunere tehnică, metodologie, proiectare, experți, utilaje, DUAE pentru părțile asocierii și pentru subcontractanți, inclusiv terțul susținător privind capacitățile tehnice - experiența similară, garanția de participare, sub forma Poliței de Asigurare seria M nr. 000027175/03.04.2018, Formular de ofertă și de asemenea, oferta detaliată de preț, acestea din urma fiind criptate).

Având în vedere volumul foarte mare de documente tehnice, la ora 15.45 a fost finalizată încărcarea acestora, ajungându-se la etapa de menționare a sumei și criptare, în acest stadiu nu s-a putut efectua criptarea ofertei de preț și nici salvare ei. Termenul limită pentru depunerea ofertelor era ora 16:00, astfel că petenta a încercat contactarea telefonică a serviciului SEAP, dar nicio persoană nu a răspuns, având în vedere terminarea programului de lucru la ora 15.00, precizând că această chestiune contravine pct. 58 din Expunerea de motive a Directivei 2014/24/UE care menționează expres că *„Deși elementele esențiale ale unei proceduri de achiziții - cum ar fi documentele achiziției, solicitările de participare, confirmarea interesului și ofertele - ar trebui să se efectueze întotdeauna în scris, comunicarea verbală cu operatorii economici ar trebui să continue să fie posibilă”.* Prin urmare, se arată că fiecare mică neconcordanță (de ex. limitarea comunicării verbale cu o oră anterior orei limită pentru depunere a ofertelor) conduce, în final, la obstrucționarea accesului liber la procedura de licitație, inclusiv din cauza acestor chestiuni tehnice.

Operatorul economic are obligația să transmită oferta tehnică și de asemenea, oferta financiară conform documentației de atribuire, obligație pe care petenta consideră că a îndeplinit-o. Astfel, se precizează că din analizarea documentelor încărcate în SEAP se pot

identifica documentele relevante atât în ceea ce privește partea tehnică (inclusiv soluții, proiectare, studii, personal, grafic de execuție, utilaje etc.), dar și oferta economică expusă în formularul 18 și 18.1, în care se identifică atât valoarea totală în Ron, fără TVA, cât și detalierea sumelor conform modelului de formular pus la dispoziție de autoritatea contractantă. Formularele 18 și 18.1 fiind încărcate în SEAP la Rubrica "Formular de ofertă financiară" (aspect confirmat și prin utilizarea funcției suplimentare de validare a introducerii acestuia), în conformitate cu art. 133 din H.G. nr. 395/2016.

În opinia petentei, coroborând prevederile art. 63 cu art. 133 din HG nr. 395/2016, rezultă că esența licitației publice în forma electronică este ca ofertanții să poată transmite, până la data închiderii licitației, informațiile solicitate în documentația tehnică, într-un sistem electronic. Aceasta susține că a încărcat în SEAP toate documentele ce dovedesc propunerea tehnică și oferta de preț la rubrica "formular de ofertă financiară" așa încât apreciază că a îndeplinit criteriile pentru ca oferta să poată fi declarată conformă și, ulterior, analizată.

Referitor la motivele limitative și exprese privind ofertele inacceptabile sau neconforme, se arată că un alt aspect important se regăsește în art. 137 din HG nr. 395/2016, unde legiuitorul enumeră expres și limitativ motivele pentru care ofertele pot fi respinse ca inacceptabile (art. 137 alin. 2 lit. a-k) sau neconforme (art. 137 alin. 3 lit. a-e). Analizându-le punctual, petenta arată că nu se încadrează în niciunul dintre motivele enumerate, astfel încât solicită declararea ofertei sale ca fiind conformă.

În ceea ce privește principiul proporționalității, deși din rațiuni tehnice nu a reușit să cripteze și să salveze suma ce reprezintă oferta financiară, petenta precizează că totuși aceasta se regăsește atât în varianta detaliată, cât și ca sumă totală în cele două formulare 18 și 18.1, încărcate pe platforma SEAP la rubrica "Formular de ofertă financiară", astfel încât descalificarea sau neanalizarea în tot a ofertei sale, din această cauză, reprezintă o măsură neconformă și, de asemenea, contrară principiului proporționalității. Așadar, principiul proporționalității este un principiu fundamental al dreptului Uniunii Europene prevăzut în art. 5 din Tratatul Uniunii Europene și, de asemenea, în Protocolul nr. 2 privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității. Acest principiu este descris în „European Union Public Law", Damian Chalmers, ed. Cambridge University Press 2011, fiind consacrat în jurisprudența CJUE ca fiind un principiu general de drept pentru prima dată în anul 1970 în cauza 11/70.

În pct. 57 din Expunerea de motive din cadrul Directivei nr. 2014/24/UE, se menționează: *„Înainte de a specifica nivelul de securitate necesar pentru mijloacele de comunicare electronice care urmează să fie utilizate pe parcursul diverselor etape ale procedurii de atribuire, statele membre și autoritățile contractante ar trebui să evalueze proporționalitatea dintre, pe de o parte, cerințele menite să*

asigure identificarea corectă și fiabilă a expeditorilor comunicării în cauză, precum și integritatea conținutului pe de altă parte, riscul apariției unor probleme, de exemplu, în situații în care mesajele sunt trimise de un expeditor diferit de cel indicat".

În continuare se învederează că din analiza prezentei cauze, prin prisma principiului proporționalității, este evident că sancțiunea descalificării sau excluderii ofertei depuse exclusiv pe baza acestui criteriu (anume lipsa criptării electronice și salvării prețului, în condițiile anexării ofertei financiare) este excesivă, generatoare de prejudicii nu doar ei, ci și statului și autorității contractante prin privarea acesteia din urmă de servicii de înaltă performanță. Astfel, din lista experților încărcată în SEAP, dar și din propunerea tehnică și cea de reabilitare, se poate observa gradul de seriozitate și excepționalele performanțe ale experților, străini și români dovedite prin studiile, proiectele și publicațiile acestora.

În ceea ce privește principiul securității și aplicarea acestuia în platforma SEAP, conform Manualului de Utilizare publicat pe site-ul e-licitatie.ro, rezultă că Sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) este sistemul informatic utilizat în scopul efectuării de achiziții publice prin mijloace electronice. Acesta reprezintă o infrastructură informatică unitară care oferă instituțiilor publice din România posibilitatea achiziției de produse, bunuri și servicii prin mijloace electronice, având ca obiectiv asigurarea unui cadru de înaltă securitate și încredere pentru derularea activităților de gestionare a fondurilor publice. Prin urmare, se apreciază că înalta securitate și încrederea par a fi elemente esențiale în cadrul platformei pentru organizarea licitațiilor publice.

Referitor la posibilele remedii care putea fi utilizate, se precizează că s-a încercat atât ieșirea din sistem și accesarea lui prin reintroducerea numelui de utilizator și a parolei, dar și utilizarea unui alt browser (anume Mozilla, Firefox) pentru a putea finaliza procedura în mod corespunzător, fără a avea însă un rezultat pozitiv. În acest din urmă caz, deși potrivit indicațiilor tehnice furnizate accesul pe platforma ar fi trebuit să fie posibil, accesul în sistem nu a fost posibil, datorită unor particularități tehnice care limitau accesul utilizatorilor prin solicitarea unor anumite versiuni și a anumitor setări de ordin tehnic.

Platforma SEAP nu utilizează nici versiunile actuale ale browser-ului Mozilla Firefox (ulterioarei versiunii 52, în contextul în care în prezent se folosește versiunea 59) și nici programul Java actualizat, fiind menționată o versiune de tranziție de 32 biți, care urmează să fie scoasă din funcțiune din motive de lipsă de securitate (păstrarea setărilor mai vechi ale versiunilor anterioare ale browser-ului fiind considerate de dezvoltator ca fiind mai lente, mai puțin sigure și având o mai mare probabilitate de a eșua în desfășurarea unei operațiuni, conform dovezii de pe site-ul de suport). Cu toate acestea, platforma SEAP rulează doar pe versiuni mai vechi ale browser-ului Mozilla Firefox, ori cu păstrarea setărilor inițiale ale acestuia, iar în ipoteza în care un ofertant nu dispune

de aceste setări datorită faptului că nu îi coferă suficientă siguranță la utilizarea internetului (fiind excluse din motive de securitate a circuitului datelor), acesta este restrâns în a utiliza platforma SEAP doar pe Internet Explorer, nefiindu-i oferit un mijloc alternativ efectiv de a remedia chestiuni tehnice de natura celor menționate într-un timp util din momentul apariției erorii.

Contestatoarea este de părere că acest aspect nu este însă în concordanță cu scopul în care a fost conceput Sistemul, întrucât în Manualul Utilizatorului este menționat că acesta presupune „asigurarea unui cadru de înaltă securitate și încredere pentru derularea activităților de gestionare a fondurilor publice", ceea ce nu se poate spune în situația în care prin încercarea de soluții tehnice alternative, atât în cadrul aceluiași browser, cât și în browsere diferite, oferta de preț să nu poată fi criptată. Mai mult, tot în sursa citată este menționat că *„Sistemul Electronic de Achiziții Publice este un sistem integrat, construit într-o arhitectură de înaltă disponibilitate, asigură un înalt grad de securizare, sistemul fiind un mix de tehnologii proprietare și opensource, conform cu tendințele mondiale în proiectarea sistemelor informatice complexe*", ori în momentul în care este încercată accesarea acestuia din alte browsere, ori cu setări de securitate mai avansate, conținutul acestuia devine total indisponibil.

În răspunsul transmis de autoritatea contractantă se menționează că *„o eventuală validare a documentelor depuse de dumneavoastră (dacă ar fi posibilă) ar încălca flagrant principiul nediscriminării și tratamentului egal, ținând cont că la această procedură s-au depus oferte în termenul limită stabilit de autoritatea contractantă”.*

Contestatoarea arată că nu a solicitat altceva decât validarea în raport de documentele deja încărcate pe platforma SEAP, apreciind răspunsul autorității ca fiind evaziv și neprofesional.

Prin urmare, față de considerentele expuse mai sus se solicită Consiliului să dispună anularea deciziei autorității contractante cu privire la respingerea notificării prealabile, pe fond, anularea procedurii de atribuire a contractului, iar în subsidiar se solicită validarea ofertei transmisă pentru atribuirea Lotului nr. 2 și 5, declararea ofertei ca fiind conformă și transmiterea spre analizarea ulterioară a ofertei în integralitate.

Prin adresa nr. 7829/CT/18.04.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 15748/18.04.2018, ... a formulat și depus punct de vedere față de contestația depusă, solicitând Consiliului să respingă contestația și să nu dispună anularea procedurii de atribuire.

Cu privire la motivul invocat de contestatoare privind imposibilitatea încărcării ofertelor, autoritatea contractantă specifică că în conformitate cu informațiile publicate de ANAP (http://sicap.e-licitatie.ro/pub/staticpages/FAQ), care pot fi consultate de orice operator interesat, inclusiv de contestatoare, procedurile de atribuire inițiate în

vechiul SEAP vor fi continuate în cadrul SEAP, până la atribuirea contractului.

Având în vedere că procedura de achiziție derulată de autoritatea contractantă a fost inițiată în vechiul SEAP încă din anul 2017, procedura va fi derulată și finalizată în cadrul acestui sistem, astfel că motivul invocat de ofertant în cadrul contestației formulate nu se susține.

Referitor la motivul invocat în contestație privind imposibilitatea finalizării la timp a demersurilor de constituire a garanției de participare se menționează că ofertanții au avut la dispoziție toate informațiile necesare pentru prezentarea garanției de participare la prezenta procedura, astfel încât demersurile pentru obținerea acestui document se puteau realiza din timp de către orice ofertant interesat, prevăzător și responsabil. În cadrul procedurii, autoritatea contractantă a stabilit termenele în strictă conformitate cu prevederile legislației aplicabile, acestea fiind validate și de ANAP.

Ca atare, se apreciază că a fost responsabilitatea fiecărui ofertant interesat să participe la procedură să se fi organizat de o asemenea manieră care să-i permită definitivarea demersurilor necesare pentru depunerea documentelor solicitate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, până la termenul limită.

Autoritatea contractantă a readus din suspendare procedura în data de 27.03.2018, dată la care a publicat și erata prin care a stabilit termenul pentru depunerea ofertelor în 6 zile de la data publicării eratei. Termenul pentru depunerea ofertelor și implicit a garanției de participare a fost suficient pentru orice ofertant care a fost interesat de depunerea ofertei la prezenta procedură, a început și a derulat pregătirea ofertei încă de la publicarea documentației de atribuire de către autoritatea contractantă.

În punctul de vedere transmis se arată că în condițiile în care anterior suspendării procedurii (20.02.2018), termenul de solicitare de clarificări din partea ofertanților era stabilit la 19.02.2018 și termenul pentru depunerea ofertelor era stabilit la 26.02.2018, rezultă că și la momentul respectiv ofertanții aveau la dispoziție un interval de timp egal cu intervalul de timp disponibil în prezent pentru depunerea ofertelor de la data publicării eratei. Totuși, la momentul respectiv nu au existat motive incluse în contestațiile depuse la CNSC sau solicitări din partea ofertanților interesați, cu privire la garanția de participare. Având în vedere că procedura a fost suspendată pentru o perioadă mai lungă de 1 lună de zile, autoritatea consideră că ofertanții au beneficiat de timp suplimentar suficient pentru derularea procesului de obținere a garanției de participare și intervalul de timp stabilit pentru depunerea ofertelor prin erată, după readucerea din suspendare, fiind timp suficient pentru închiderea demersurilor și obținerea garanției.

În consecință, apreciază că motivul invocat de operatorul economic în contestație nu se susține, reiterând că procedura a fost suspendată în data de 20.02.2018 ora 16:18, iar conform Anunțului de tip erată nr.

117658/14.12.2017, termenul limită stabilit pentru primirea ofertelor era de 26.02.2018 ora 16:00, rezultând că până la termenul limită de primire al ofertelor mai rămasese 5 zile.

Autoritatea contractantă a publicat Anunț de tip erată nr. 124275 în data de 28.03.2018, fixând ca termen limită de primire al ofertelor data de 03.04.2017, respectiv șase zile de la data publicării eratei. Prin urmare, termenul stabilit până la primirea ofertelor a fost considerat suficient, având în vedere data la care procedura a fost suspendată, comparativ cu termenul rămas până la depunerea ofertelor. Având în vedere data publicării anunțului de participare, autoritatea contractantă consideră că demersurile pentru emiterea instrumentelor de garantare necesitau a fi inițiate de operatorii economici interesați până la data suspendării procedurii de atribuire (20.02.2018).

În acest sens, precizează că art. 153 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 prevede că în situația în care informațiile transmise de autoritatea contractantă sunt nesemnificative în ceea ce privește elaborarea ofertelor, autoritatea contractantă nu are obligația de a prelungi perioada pentru depunerea a ofertelor. Având în vedere termenul prevăzut art. 153 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, referitor la durata prelungirii, la stabilirea termenului limită de depunere a ofertelor autoritatea contractantă a luat în considerare zilele libere legale stabilite conform legislației în vigoare din Romania și a stabilit termenul din secțiunea IV.3.4) din anunțul de participare, în funcție de complexitatea contractului de achiziție publică și de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor.

Referitor la obligația legală a autorității contractante de a decala data limită de depunere a ofertelor, reiterează că în conformitate cu prevederile art. 153 (4) *„În cazul în care informațiile transmise de Autoritatea Contractantă sunt nesemnificative în ceea ce privește elaborarea ofertelor, autoritatea contractantă nu are obligația de a prelungi perioada pentru depunerea ofertelor”.* În susținere, auroritatea menționează că a publicat răspunsurile la solicitările de clarificări respectând termenul prevăzut în legislația privind achizițiile publice, luând în considerare și complexitatea răspunsurilor ce trebuia a fi elaborate pentru a furniza informații precise de specialitate cu privire la natura aspectelor clarificate.

Având în vedere termenul prevăzut la art. 74 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv cel puțin 35 de zile în stabilirea termenului limită de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă a luat în considerare zilele libere legale stabilite conform legislației în vigoare din România și a stabilit termenul din secțiunea IV.3.4) din anunțul de participare în funcție de complexitatea contractului de achiziție publică și de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor.

Începând cu data publicării anunțului de participare, prin decalarea termenului limită de primire al ofertelor și suspendarea procedurii de atribuire, operatorii economici au beneficiat de un termen de 173 de zile reprezentând 5 luni și 3 săptămâni, până la împlinirea termenului limită de primire al ofertelor. Acest termen excede aproape de 5 ori termenul precizat prin legislația privind achizițiile publice din România, privind termenul necesar pentru pregătirea ofertelor în procedura de licitație deschisă, prin urmare nu se poate argumenta că operatorii economici nu au beneficiat de un termen suficient pentru pregătirea ofertelor.

Referitor la afirmațiile contestatoarei privind publicarea unor informații suplimentare prin clarificarea nr. 97 transmisă în data de 29.03.2018, autoritatea contractantă învederează Consiliului că operatorul economic acționează în mod discreționar și detractor la adresa sa. În acest sens, precizează că a pus din timp la dispoziția operatorilor economici interesați de procedură documentele (Acord de mediu nr. 20/11.11.2016) și informațiile necesare pentru elaborarea ofertelor. Planșele care au fost publicate ca anexă la clarificarea nr. 97 reprezintă detalii constructive ale unor structuri existente și sunt puse la dispoziția ofertanților pentru transparență și pentru a fi valorificate de ofertanți, prin informații suplimentare care oferă o imagine de ansamblu asupra viitorului proiect, dar nu constituie detalii constructive cuprinse în studiul de fezabilitate ce urmează a fi demolate, ele fiind obiectul investițiilor dintr-o etapă anterioară proiectului. Prezentul proiect prevede continuarea acestora, asigurând coerența în armonie a obiectivelor stabilite prin proiectul de importanță națională dezvoltat prin etape succesive. Așadar, autoritatea precizează că în cadrul lotului nr. 3 - Agigea nu se prevede demolarea structurii J1 (care a fost edificată în cadrul unui proiect anterior de protecție costieră în anul 2015), apreciind că scopul contestatoarei este acela de a induce în eroare Consiliul.

În detaliu, structura J1 despre care se face vorbire, este o structură de tip epiu, amplasată la extremitatea sudică a lucrărilor propuse prin noul proiect. Epiul J1 a fost construit într-o soluție clasică, din piatră brută, pe amplasamentul unei structuri existente, prin reabilitarea și extinderea acesteia, potrivit cu schema celulei de protecție costieră executată anterior, și nu face obiectul niciunei activități de demolare a acesteia.

Față de această situație, se apreciază că numai în baza informațiilor care se găsesc în documentația de atribuire, un Antreprenor cu experiență a putut evalua fără nicio dificultate, în lipsa proiectului structurii existente J1, modul în care aceasta se va conecta cu viitoarea biostructură proiectată de el însuși.

În aceste condiții, autoritatea consideră că nu a fost necesară revizuirea conceptului de proiectare al ofertantului, ca urmare a detalierilor legate de structura J1 și incluse în răspunsul la Clarificarea nr. 97, și că prin acest răspuns nu s-a modificat în niciun fel Documentația de Atribuire (nici măcar nesemnificativ).

Modalitatea de conectare a structurii existente cu structura ce urmează a fi proiectată face parte din obligațiile contractuale ale Antreprenorului căruia îi vor fi atribuite prin prezenta procedură și nu se solicită efectuarea investigațiilor necesare de la faza de ofertare. Antreprenorul va avea în sarcină dezvoltarea proiectului tehnic, mai apoi realizarea obiectivelor de investiție în baza studiilor și investigațiile necesare, având avizele și acordurile obținute cu respectarea întocmai a cerințelor și legislației în vigoare.

Prin urmare, planșele publicate nu sunt parte a documentației de atribuire, nu au implicație asupra elaborării ofertelor și au fost publicate pentru transparență, la solicitarea unui potențial ofertant.

Prin clarificarea nr. 97 transmisă în data de 29.03.2018, autoritatea contractantă subliniază că sarcina respectării Acordului de mediu nr. 20/11.11.2016 este a Antreprenorului, respectiv a operatorului economic a cărui ofertă va fi desemnată câștigătoare, iar toate informațiile necesare elaborării unei oferte competitive au fost publicate odată cu documentația de atribuire. Proiectarea recifului artificial, suport pentru organismele marine (*Pholas Dactylus*) și zonele de implantare cu specia *Cystoseira Barbata* și/sau *Zostera Noltii* este obligativitatea Anteprenorului prin proiectul tehnic care va fi elaborat în cadrul etapei de investiție, în baza studiilor și investigațiilor necesare ce vor fi agreate de organismele și instituțiile competente de Mediu.

Informațiile cu privire la reciful artificial *Pholas Dactylus* sunt puse la dispoziția ofertanților atât prin intermediul Acordului de Mediu nr. 20 din 11.11.2016, cât și prin conținutul planșei Zona Agigea - Plan general, număr plan A-PG-002 RO, prin indicarea poziției și a suprafeței acestuia, nu în clarificarea nr. 97, așa cum se afirmă în contestație. Prin intermediul solicitării de clarificare cu nr. 97, un operator economic a solicitat informații care se rezumă la detaliile constructive pentru reciful artificial *Pholas Dactylus*, detalii ce fac parte din obligațiile de proiectare ale viitorului Antreprenor.

În concluzie, prin clarificarea nr. 97 nu se modifică documentația de atribuire, autoritatea contractantă precizând că nu avea obligația prelungirii datei de depunere a ofertelor.

Referitor la cererea din subsidiar privind validarea ofertelor depuse de contestatoare pentru lotul nr. 2 și lotul nr. 5, se învederează Consiliului că unul din principiile care stau la baza achizițiilor publice este tratamentul egal. În acest context, se arată că toți ceilalți operatori economici care au participat la procedură au încărcat ofertele până la termenul limită stabilit pentru primirea ofertelor.

Cu referire la depunerea ofertelor, se menționează că toți ofertanții au fost informați (fișa de date secțiunea IV.4.3) că trebuie să ia toate măsurile astfel încât oferta să fie transmisă în SEAP până la data limită de depunere a ofertelor menționată în cadrul anunțului de participare conform prevederilor art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016. De asemenea, se menționează că Agenția pentru Agenda Digitală a

României, care gestionează sistemul SEAP, are publicate în subsolul paginii de referință https://www.e-licitatie.ro, informațiile privind cerințele minime tehnice pe care să le îndeplinească fiecare utilizator al platformei, astfel încât să poată fi exploatate toate opțiunile în bune condiții.

Având în vedere prevederile 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. Așadar, autoritatea contractantă consideră că nu se poate stabili vreo culpă în sarcina sa, aceasta neputând tehnic și legal să evalueze o ofertă a cărei propunere financiară nu a fost înregistrată în sistem (SEAP) în cadrul secțiunii special destinată, întrucât sistemul electronic este cel care, în mod automat, furnizează informații privind ofertele complet încărcate.

Referitor la capătul de cerere din contestație privind anularea procedurii de atribuire, apreciind că argumentele și alegațiile contestatoarei sunt lipsite de temei, bazate în principal pe interpretarea discreționară a legislației privind achizițiile publice din România, se subliniază importanța atribuirii la termen a contractelor aferente fiecărui lot din cadrul procedurii de atribuire.

În punctul de vedere transmis Consiliului se menționează că proiectul are importanță la nivel strategic național, este unic pe axa prioritară pentru care se încadrează Programul Operațional Infrastructura Mare (POIM), în conformitate cu Ghidul solicitantului publicat pentru axa prioritară 5, OS 5.1 perioada de eligibilitate a cheltuielilor în vederea finanțării și elaborării aplicațiilor de plată acordată implementării obiectivelor de investiție este 31.12.2023. Durata de execuție este stabilită la 36 de luni, conform secțiunii 11.3) din Anunțul de participare, la care se adaugă 36 de luni perioadă de notificare a defectelor apărute.

Prin urmare, orice amânare în atribuirea contractelor de lucrări are efect asupra scurtării termenului în care cheltuielile efectuate în scopul realizării obiectivelor de investiție din proiect pot fi decontate și încadrarea proiectului REDUCEREA EROZIUNII COSTIERE FAZA II, (2014-2020) în categoria acelor proiecte care contribuie la ineficiența utilizării fondurilor de coeziune alocate României de Uniunea Europeană.

Mai mult, referindu-se la importanța stategică națională, se arată că orice acțiune care determină eșecul în implementarea proiectului implică subminarea intereselor naționale ale României privind protejarea teritorului, a apelor teritoriale cât și dezvoltarea strategiei de turism la nivel de țară membră a Uniunii Europene.

Având în vedere toate aceste considerente, autoritatea contractantă solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să respingă contestația și să nu dispună anularea procedurii de atribuire ce se găsește la faza de evaluare a ofertelor depuse în data de 03.04.2018.

Prin adresa nr. 15741/1247-C4/18.04.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei să facă precizarea punctului (iii) din contestație, respectiv să indice actul atacat în raport cu care a adresat Consiliului respectiva

solicitare. De asemenea, au fost solicitate precizări referitoare la același punct din contestație, respectiv indicarea etapei procedurale avute în vedere atunci când s-a solicitat Consiliului *„validarea ofertei transmisă”,* la lotul nr. 2 și nr. 5, prin raportare la prevederile art. 11 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la CNSC sub nr. 16354/23.04.2018, contestatoarea a transmis documentul intitulat *„completare contestație și răspuns la adresa CNSC nr. 15741/247-C4/18.04.2018”*, prin care a precizat că actul atacat este răspunsul autorității contractante comunicat prin adresa nr. 7258/11.04.2018, "rezultatul soluționării", reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, în care Administrația Bazinală a menționat că nu poate valida oferta depusă pentru lotul nr. 2 și nr. 5 deoarece, în opinia sa, aceasta ar reprezenta o încălcare a principiului nediscriminării și tratamentului egal.

Referitor la solicitarea privind indicarea etapei procedurale avute în vedere atunci când s-a solicitat: „validarea ofertei transmisă” la lotul nr. 2 și 5, prin raportare la prevederile art. 11 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea precizează că a formulat această solicitare la *începutul fazei de deschidere și înaintea fazei de evaluare*.

În continuare, petenta a comunicat Consiliului o *„completare”* a motivelor Contestației formulate, cu precizarea că aceasta este o detaliere în raport de punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă și nu reprezintă motive noi.

Astfel, aceasta învederează că în confomitate cu art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, Documentația de atribuire trebuie să precizeze, printre altele, formatele de prezentare a documentelor, acestea trebuind să fie, în cazul de față, semnate cu semnătură electronică. Contestatoarea subliniază însă că nu este făcută nicio precizare referitoare la obligativitatea criptării unui anumit element din ceea ce presupune oferta, în speță prețul, ori că validitatea acesteia depinde exclusiv de o funcție a platformei, indiferent de documentele ce au fost, în prealabil, încărcate pe aceasta.

Mai mult, se precizează că nici autoritatea contractantă și nici autoritatea care se ocupă cu administrarea platformei nu au stabilit o măsură de remediere ori o modalitate alternativă de transmitere a ofertei, în ipoteza în care funcția de criptare a platformei nu ar fi funcțională. Ori în aceste condiții se arată că Documentația întocmită de autoritate nu a oferit o imagine clară și detaliată a modului în care este pusă în practică procedura de atribuire, prin raportare la funcția de criptare, în lipsa căreia o ofertă este declarată ca fiind invalidă.

În altă ordine de idei, se învederează că modelele impuse ofertanților nu au fost elaborate cu luarea în calcul a participanților provenind din alte state ale Uniunii Europene și că, prin urmare, din motive ale legislațiilor proprii respectivilor ofertanți, nu se pot supune în totalitate cerințelor din Documentația de atribuire. Astfel, unele dintre

formularele care trebuiau completate (formularele 19 și 20) solicitau date cu caracter personal, care în alte state sunt considerate ca având caracter confidențial (ex. codul numeric personal) care, ca regulă, nu este comunicat autorităților decât cu consimțământul persoanei, neexistând o obligație în acest sens [Danish Act on Processing of Personal Data - Legea Daneză privind prelucrarea datelor cu caracter personal, art. 6 alin. (1)], decât în cazuri prevăzute de lege. Spre exemplificare se precizează că în cazierele judiciare eliberate de autoritățile daneze nu există nicio mențiune privind numărul de identificare personală (asimilat CNP-ului).

Referitor la acest aspect, se arată că nu se poate susține că autoritatea contractantă ar considera aceste aspecte ca fiind nesemnificative, simpla înscriere a ofertantului în procedura de atribuire nefiind posibilă în lipsa acestora. În cadrul elaborării ofertei depusă în procedură, petenta precizează că a solicitat în numeroase rânduri să i se comunice aceste date de identificare personală și au existat numeroase discuții în care a trebuit să explice de ce legislația română prevede astfel de cerințe care sunt în totală contradicție cu legislația europeană privind protecția datelor.

Contestatoarea este de părere că poate, privit unitar, acest motiv nu este *per se* suficient pentru anularea licitației, însă în ansambu fiecare prevedere neconformă a documentației de atribuire și fiecare nouă precizare a condus la eforturi suplimentare și întârzieri care au îngreunat excesiv procedura.

Astfel, se reiterează că ulterior suspendării procedurii (20.02.2018 - 27.03.2018), numărul de zile acordate pentru încărcarea ofertelor pe platforma electronică nu a fost suficient pentru ca aceasta să se desfășoare, chiar și într-o fază avansată, cu respectarea principiilor de la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu s-a luat în considerare că zilele de 1, 2 și 3 aprilie au fost zile libere, oficial, pentru persoanele aparținând cultului religios catolic, respectiv protestant, fiind deci încălcat principiul nedicriminării și tratamentului egal față de participanții având o altă naționalitate, după cum sunt și membrii asocierii în participațiune de față, anume Rohde Nielsen A/S și ... S.R.L.

Astfel, se arată că deși autoritatea contractantă a luat în considerare zilele libere legale stabilite conform legislației în vigoare din România, aceasta a acționat în mod discriminatoriu prin raportare la participanții având o altă naționalitate, fără a respecta principiul egalității în mod firesc, după cum este arătat în mod constant și în jurisprudența CJUE, autoritatea contractantă fiind obligată să asigure, în fiecare fază a unei proceduri, respectarea principiului egalității de tratament și, în consecință, egalitatea de șanse a tuturor ofertanților. Principiul egalității de tratament între ofertanți, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții.

Așadar, susținerea petentei este că în prezenta cauză, deși autoritatea a fost sesizată prin mai multe clarificări asupra zilelor libere generate de sărbătorile pascale, răspunsul a fost unul discriminatoriu și fără considerație în raport de chestiuni ce țin de libertatea religioasă, având drept consecință discriminarea membrilor asocierii.

Contestatoarea reiterează că dat fiind faptul că zilele de 1, 2 și 3 aprilie au fost zile libere oficial, pentru persoanele aparținând cultului religios catolic, respectiv protestant, termenul avut în vedere de ... nu a fost respectat, deoarece în statele unde își au sediile respectivele societăți ziua de luni (02.04.2018) a fost declarată nelucrătoare. Autoritatea contractantă a acordat un număr de 7 zile efective, dintre care 5 zile lucrătoare și 2 zile nelucrătoare, în care nu a funcționat platforma SEAP, fără a ține seama că pentru participanții din alte state au fost 4 zile lucrătoare și 3 zile nelucrătoare, fiind astfel încălcat principiul tratamentului egal potrivit căruia trebuie să aibă loc orice procedură de atribuire. Consecința directă a fost, de exemplu, cu privire la obținerea garanției de participare, arătând că a fost nevoită să contracteze o garanție de participare printr-o societate de asigurări, deoarece altă modalitate ar fi fost pur și simplu imposibilă din punct de vedere al procedurii de obținere.

Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia demersurile pentru emiterea Instrumentelor de garantare necesitau a fi inițiate de operatorii economici interesați până la data suspendării procedurii de atribuire (20.02.2018), face precizarea că, dacă acestea ar fi fost făcute, având în vedere modalitatea în care a decurs procedura până în momentul suspendării, exista riscul ca acestea să piardă valabilitatea, care este de 190 de zile din momentul emiterii lor, iar oferta trebuie menținută valabilă pe o durată de 190 de zile.

Astfel, în ipoteza în care acestea ar fi fost făcute într-un moment inițial al procedurii, ar fi rămas valabile o perioadă suficientă ulterior închiderii procedurii și pe durata analizării ofertelor, lipsind astfel oferta de unul dintre cele mai importante elemente ale sale.

În acest sens, învederează și că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă, iar obligația autorităților contractante este de a asigura respectarea acestora. Coordonarea comunitară a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice urmărește, în special, să excludă atât riscul de a se acorda un tratament preferențial ofertanților naționali la atribuirea unui contract, cât și posibilitatea ca o autoritate contractantă publică să se lase ghidată de considerente străine contractului în cauză.

Tot cu privire la garanția ce trebuia integrată în ofertă de către fiecare participant la procedură, petenta precizează că, în ipoteza în care oferta Asocierii ... nu ar fi luată în considerare ca fiind validă, deși aceasta a constituit garanțiile solicitate prin Documentația de atribuire,

aceasta ar suferi un prejudiciu nejustificat în ciuda faptului că oferta sa îndeplinește toate condițiile cerute de lege, nu se încadrează în niciuna dintre situațiile expres și limitativ menționate în care oferta unui ofertant poate fi respinsă fără a fi analizată pe fond, în condițiile legii.

Față de afirmația autorității contractate din punctul de vedere, că în cadrul Lotului nr. 3 - Agigea nu se prevede demolarea structurii J1, apreciind că adevăratul scop al contestatoarei ar fi numai acela de a induce în eroare Consiliul, contestatoarea o apreciază ca fiind incorectă, dat fiind că prezenta contestație nu a făcut referire la Lotul nr. 3 – Agigea, ci doar la Loturile nr. 2, repectiv nr. 5, loturile menționate fiind, de altfel, singurele loturi în care trebuie efectuate lucrări de demolare.

În continuare, referitor la aceeași structura J1 cu privire la care au fost publicate planșe odată cu Clarificarea nr. 97, față de care autoritatea a precizat că nu au modificat în niciun fel documentația de atribuire, petenta este de părere că acestea ar fi trebuit publicate odată cu Documentația de atribuire și Caietele de sarcini, pentru păstrarea transparenței invocate, având în vedere că erau documente aflate la dispoziția autorității și nu documente publice. Dat fiind că acestea existau încă din momentul demarării procedurii, nu se poate reține autoritatea contractantă, a acționat în mod transparent, prin urmare nici că eventualele modificări ce ar surveni în baza acestora ar fi nesemnificative, această apreciere putând fi făcută doar de către fiecare ofertant în parte, întrucât propunerea tehnică aparține fiecărui ofertant, este elaborată la nivel intern, cu rubrică specială a costurilor demolării în formularul 18, autoritatea nefiind deci în măsura să aprecieze, în această fază, de ce anume are sau nu are nevoie un ofertant pentru a face o ofertă competitivă.

Argumentul autorității potrivit căruia, o eventuală validare a documentelor depuse ar încălca flagrant principiul nediscriminării și tratamentului egal, ținând cont că la această procedură s-au depus oferte în termenul limită, este apreciat de contestatoare ca fiind neîntemeiat, întrucât chiar nevalidarea ofertei este contrară principiului nediscriminării și tratamentului egal. Astfel, precizează că principiul egalității de tratament derivă din aplicarea coroborată a celorlalte principii incidente: obligația de transparență, principiul libertății de a presta servicii în cadrul UE și principiul liberei concurențe, astfel că el nu creează/dă naștere unor obligații noi.

Prin urmare, arată că invocarea și aplicarea ambelor principii în același timp este justificată, având în vedere că principiul egalității de tratament implică mult mai mult decât interdicția de discriminare pe motive de naționalitate. În acest sens, ofertanții, chiar potențiali, trebuie să se afle în general pe o poziție de egalitate și să dispună de aceleași șanse în legătură cu formularea termenilor cererilor lor de participare sau a ofertelor lor.

Mai mult decât atât, contestatoarea arată că potrivit jurisprudenței CJUE în materie de achiziții publice, principiul tratamentului egal poate

da naștere și la anumite obligații în sarcina autorității contractante, respectiv de a discrimina pozitiv anumiți ofertanți tocmai pentru a reface echilibrul între aceștia.

În concluzie, petenta învederează că nu se poate reține o culpă exclusivă a Asocierii, iar refuzul de a nu adopta niciun fel de măsură de remediere și, în speță, de a valida oferta, poate fi considerat ca fiind abuziv, mai ales că în cauză există o multitudine de aspecte neconcordanțe cu însăși scopul în vederea căruia a fost elaborată această documentație, dar cu modalitatea în care s-a desfășurat procedura de atribuire și care au condus la invalidarea ofertei din motive care nu se regăsesc în conținutul legii, apreciind ca fiind încălcate flagrant principiile pe care documentația de atribuire trebuia să le respecte conform art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 8732/CT/02.05.2018, înregistrat la CNSC sub nr. 17554/03.05.2018, autoritatea contractantă a formulat și depus punct de vedere față de completarea Contestației, solicitând Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să respingă toate completările astfel cum au fost formulate.

În adresa de completare a constestației, la solicitarea Consiliului, s-a precizat că actul atacat este răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, prin adresa nr. 7258/11.04.2018. Însă, autoritatea arată că prin notificarea prealabilă s-a solicitat anularea procedurii de atribuire și, în subsidiar, validarea ofertei contestatarului.

În acest context, autoritatea contractantă consideră că prin completarea contestației, se modifică capetele de cerere față de cele prezentate în notificarea prealabilă, motiv pentru care apreciază că actul invocat nu respectă prevederile Legii nr. 101/2016. De asemenea, cu privire la solicitarea de validare a ofertei transmise, respectiv cu privire la susținerea în ceea ce privește nereușita criptării prețului, autoritatea contractantă menționează că procedura se derulează online și că orice operator economic interesat de participarea la o procedură de achiziție publică are obligația de a se informa cu privire la prevederile legislației aplicabile. În acest sens, ofertanții au obligația de a cunoaște prevederile Legii nr. 98/2016 și ale normelor de aplicare ale acesteia aprobate prin HG nr. 395/2016.

Astfel, față de afirmația constestatoarei, respectiv interpretarea art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, în sensul că nu exista nicio precizare referitoare la obligativitatea criptării unui anumit element din ceea ce presupune oferta, autoritatea aduce în atenția Consiliului prevederile HG nr. 395/2016, respectiv ale art. 60 alin. (2), precizând că nu are competențe în ceea ce privește operarea platformei SEAP, operare care se asigură de către Agenția pentru Agenda Digitală a României, care publică și informează operatorii și autoritățile/entitățile contractante cu privire la modul de utilizare al platformei.

De asemenea, învederează și prevederile art. 125 din HG 395/2016, respectiv că riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră

sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă. Astfel, autoritatea consideră că nu poate fi ținută să răspundă pentru faptul că nu va putea să evalueze tehnic (platforma SEAP nu va permite acest lucru), în lipsa unui preț criptat, întrucât sistemul electronic este cel care, în mod automat, furnizează informații.

Referitor la includerea în contestație a unor aspecte/elemente care țin de documentația de atribuire (precum formularele 19 și 20), autoritatea menționează că legislația în vigoare, respectiv Legea nr. 101/2016, prevede un termen clar pentru posibilitatea de constestare a documentației de atribuire, contestarea acestor elemente ale documentației de atribuire după data de depunere a ofertelor, este apreciată ca fiind clar tardivă.

În ceea ce privește clarificarea nr. 97, se precizează că aceasta nu aduce informații suplimentare, necesare ofertanților pentru a-și întocmi o ofertă unitară și corectă. Documentația de atribuire, pusă la dispoziție încă din data de 12.10.2017, conținea toate elementele pe baza cărora orice ofertant interesat și responsabil a avut posibilitatea să-și întocmească a ofertă corectă și justificată. Astfel, se reiterează că prin această clarificare, autoritatea contractantă nu a adus modificări sau noțiuni de noutate în documentația de atribuire. Acea structură existentă, la care se face referire, nu face obiectul demolării, reiterând, de asemenea, că între lucrările de demolare aferente loturilor nr. 2 și nr. 5 și obiectul clarificării nr. 97, aferente numai lotului nr. 3 (Agigea) nu există nicio legătură, fiind loturi distincte.

Prin urmare, pentru toate motivele arătate în punctul de vedere inițial precum și în prezentul punct de vedere, ... solicită Consiliului să respingă contestația formulată de Asocierea ....

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectarea și execuția lucrărilor componente ale sistemului de protecție costieră în vederea reducerii eroziunii costiere”, coduri CPV 45243000-2 - Lucrări de apărare de coastă (Rev.2), 71322000-1 - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), 71328000-3 - Servicii de verificare a proiectelor de structuri portante (Rev.2), 71335000-5 - Studii tehnice (Rev.2), 71356200-0 - Servicii de asistență tehnică (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 179736/12.10.2017.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului este de 707.761.710 lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire și a răspunsurilor la solicitările de clarificări au fost formulate mai multe contestații, fiind emise deciziile nr. 91/C4/4618, 4620/11.01.2018, nr. 729/C4/474/20.03.2018 și nr. 913/C4/1068, 1108/10.04.2018, toate contestațiile fiind respinse.

Prin contestația depusă, contestatoarea solicită anularea procedurii de atribuire, pe motiv că termenul de depunere a ofertelor (03.04.2018) este prea scurt, ca urmare a reluării procedurii după suspendare, din data de 27.03.2018.

Înainte de a trece la dezbaterea pe fond a cauzei, Consiliul reține că procedura în cauză are importanță la nivel strategic național, fiind finanțată din Programul Operațional Infrastructura Mare (POIM), în conformitate cu Ghidul solicitantului publicat pentru axa prioritară 5, OS 5.1 perioada de eligibilitate a cheltuielilor în vederea finanțării și elaborării aplicațiilor de plată acordată implementării obiectivelor de investiție este 31.12.2023, durata de execuție a lucrărilor fiind de 36 luni, termenul fiind important pentru existența întregului proiect. Așa cum s-a arătat, contestațiile depuse până în prezent au fost respinse, deci nu au existat motive pentru decalarea suplimentară a datei de depunere a ofertelor. În acest sens, Consiliul a reținut în ultima sa decizie, următoarele:

,,Consiliul reține că procedura de atribuire a fost suspendată, în urma emiterii Încheierii nr. 106/C4/474 din 19.02.2018, în perioada 20.02.2018 ora 16:18 - 27.03.2018 ora 15:17.

Referitor la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, Consiliul reține că aceasta este reglementată de prevederile art. 153 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă prelungeşte perioada stabilită în anunţul de participare sau în documentele achiziţiei pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare, în următoarele cazuri:

a) în cazul în care, din orice motiv, informaţiile suplimentare sau răspunsul autorităţii contractante la solicitarea de clarificări nu sunt transmise în termenele prevăzute la art. 161, deşi clarificările sau informaţiile suplimentare au fost solicitate de operatorul economic în timp util, ţinând seama de termenul de răspuns al autorităţii contractante prevăzut la art. 160 alin. (2);

b) în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziţiei.

(4) În cazul în care informaţiile suplimentare nu au fost transmise în timp util sau informaţiile transmise de autoritatea contractantă sunt nesemnificative în ceea ce priveşte elaborarea ofertelor, autoritatea contractantă nu are obligaţia de a prelungi perioada pentru depunerea ofertelor".

Consiliul constată că în cauză nu este incident niciunul dintre cele două cazuri pentru care perioada de depunere a ofertelor poate fi prelungită: nu a fost cazul unui răspuns la clarificări și nici nu au fost modificate în niciun fel documentele achiziției, contestația care a făcut obiectul Încheierii nr. 106/C4/474 din 19.02.2018 și a Deciziei Consiliului nr. 729/C4/474 din 20.03.2018 fiind respinsă ca nefondată. Mai mult, pe perioada suspendării procedurii, operatorii economici au avut timp suficient pentru elaborarea ofertelor, motivul prezentat de contestatoare, respectiv timpul pentru obținerea garanției de participare, este unul nefondat. Consiliul mai reține că de la data publicării anunțului de participare până la data deschiderii ofertelor au trecut aproape 6 luni de zile, astfel că niciun ofertant nu poate invoca insuficiența timpului de depunere a ofertelor.

În ceea ce privește critica referitoare la impedimentul de a depune oferta în SEAP, din cauza modificării interfeței acestei platforme electronice, Consiliul constată că aceasta nu poate fi reținută, întrucât cele două sisteme (SEAP și SICAP) au funcționat în paralel, astfel că deși operatorii economici nu erau familiarizați cu noul sistem, aveau oricând la îndemână vechiul sistem pentru încărcarea documentelor solicitate de autoritatea contractantă''.

Din conținutul notificării prealabile se desprinde concluzia că asocierea contestatoare este nemulțumită de stabilirea unui termen prea scurt pentru depunerea ofertelor, termen care nu i-a permis să depună ofertele. Mai arată că în data de 30.03.2017, a apărut în SEAP o clarificare cu date tehnice și planuri, de care ofertanții trebuiau să țină seama în elaborarea ofertelor, aspect care trebuia să determine autoritatea contractantă la decalarea datei de depunere a ofertelor.

Deși din conținutul contestației și al completărilor la contestație nu rezultă *expressis verbis* care, anume, este actul atacat, din conținutul informațiilor cuprinse în respectivele acte se deduce că, în primul rând, este atacată erata publicată în SEAP în data de 28.03.2017, dar și inacțiunea autorității contractante, care, odată cu publicarea în SEAP a clarificării nr. 97/29.03.2018, ar fi trebuit să decaleze data de depunere a ofertelor.

Consiliul reține că notificarea prealabilă, contestația și completările la contestație vizează doar aparent întreaga procedură, contestatoarea arătând că termenul scurt nu i-a permis participarea cu oferte pentru toate loturile, dar la pagina 5 din completările depuse la Consiliu cu nr. 16354/23.04.2017, paragraful 2, se precizează expres că prezenta contestație vizează doar loturile 2 și 5.

În raport cu prezenta precizare, Consiliul reține că se solicită anularea procedurii în partea dedicată loturilor 2 și 5.

În raport cu acest capăt de cerere, Consiliul reține că asocierea contestatoare menționează că prin informațiile prezentate în Răspunsul la clarificarea nr. 97/NE/29.03.2018 s-au adus informații noi referitoare la demolarea structurilor existente. De asemenea, s-ar fi adus informații importante despre reciful artificial Pholas Dactylus, în condițiile în care în Marea Neagră aceste microorganisme nu sunt prezente, ci două tipuri, *Cystoseria barbata* și *Zostera nolti*. În Documentație nu se precizează dacă în zonele unde urmează să fie construit reciful artificial preexista microorganismele și dacă coexista acestea (având în vedere că unele sunt din mediul natural, iar celelalte sunt implantate). Prin Clarificarea 97 se menționează că toate aceste demersuri sunt lăsate de autoritate la alegerea ofertantului (antreprenorului), aspect apreciat drept un risc ca reciful artificial să nu fie creat în condiții optime. Contestatoarea consideră că, în raport de această clarificare, a revizuit atât proiectul tehnic, dar și propunerea financiară, dată fiind importanța protejării mediului și a faunei maritime.

Verificând conținutul Răspunsulului la clarificarea nr. 97/NE/ 29.03.2018, Consiliul reține că susținerile contestatoarei sunt nereale, neexistând informații noi, de natură să atragă modificarea propunerii tehnice. În ceea ce privește planurile structurilor publicate în SEAP, ele nu se referă la structurile care ar trebui demolate, așa cum în mod greșit susține contestatoarea, ci se referă la planurile structurii existente de care trebuie să se conecteze executantul în actuala etapă de execuție, aceste construcții fiind realizate în Etapa J1, pentru lotul 3 Agigea, or,

așa cum susține însăși contestatoarea în precizările la contestație, contestația sa nu se referă la acest lot.

De altfel, contractul fiind unul de proiectare și execuție, autoritatea contractantă nici nu avea obligația să publice respectivele informații în etapa documentației de atribuire, ele fiind utile ofertantului câștigător în etapa realizării proiectului.

În ceea ce privește ,,noile informații'' referitoare la reciful artificial, Consiliul reține ca fiind relevante următoarele răspunsuri la solicitările de clarificări din actul nr. 97/NE/ 29.03.2018, considerat de contestatoare a fi de natură a modifica substanțial documentația de atribuire:

Întrebare: Vă rugăm să ne specificați detaliile constructive, din care enumerăm, fără a fi exhaustivi, tip și caracteristici material, pozare, strat fundare, pentru reciful artificial Pholas Dactylus (Acord mediu nr. 20/11.11.2016, pag. 5).

Răspuns: Proiectarea recifului artificial neexhaustiv vorbind (tip și caracteristici material, pozare, strat fundare), este obligatorie cu privire la proiectare pentru viitorul antreprenor.

Antreprenorul are obligația de a executa lucrările cu respectarea în totalitate a condițiilor/impunerilor/restricțiilor din Acordul de mediu aferent proiectului, așa cum are obligația de a considera și cota corespunzător în oferta pe care o va depune (în calitate de ofertant), a întocmirii studiilor de specialitate necesare, pe care le va supune spre aprobare, autorității de reglementare și obținerea tuturor aprobărilor, în conformitate cu legislația în vigoare. Așadar, în mod evident detalierea soluțiilor constructive este o obligație de proiectare pentru viitorul antreprenor.

Întrebare: Pentru zonele de implantare Cystoseria barbata și Zostera noltii, vă rugăm să ne indicați numărul de indivizi și tipul de substrat (Acord mediu nr. 20/11.11.2016, pag. 5).

Răspuns: Cât privește zonele de implantare cu specia Cystoseria barbata și/sau Zostera noltii, autoritatea contractantă menționează că se are în vedere acoperirea suprafețelor indicare în Actul de reglementare emis de autoritatea competentă, suprafață ce trebuie acoperită pe întreaga perioadă de execuție a proiectului.

Autoritatea contractantă indică, neexhaustiv vorbind, răspunsul la clarificarea 45, publicată cu nr. 25115/12.12.2017

Astfel, viitorul antreprenor va respecta cerințele din acordul de mediu, ca și act de reglementare emis de Autoritatea competentă. Va fi necesar ca viitorul antreprenor să întocmească studii de specialitate, pe care le supune spre aprobare autorității competente. Așadar, în mod evident detalierea soluțiilor constructive este o obligație de proiectare pentru viitorul antreprenor''.

Consiliul reține că în același sens sunt și următoarele 4 răspunsuri la solicitările de clarificări, respectiv că stanilirea modalității de proiectare a recifului este obligația proiectantului, după întocmirea studiilor de specialitate. Prin urmare, este neavenită susținerea contestatoarei

potrivit căreia ,,prin Clarificarea 97 toate aceste demersuri sunt lăsate de autoritate la alegerea ofertantului (antreprenorului)'', aspect apreciat drept un risc ca reciful artificial să nu fie creat în condiții optime, fapt ce a determinat revizuirea atât proiectul tehnic, dar și a propunerea financiară, dată fiind importanța protejării mediului și a faunei maritime. Este cert că, fiind un contract de proiectare și execuție, operatorul este cel care își alege soluțiile, în ceea ce privește reciful prevederile documentației fiind clare, aceleași pentru toți ofertanții. Este relevantă, astfel, susținerea autorității contractante potrivit căreia informațiile cu privire la reciful artificial *Pholas Dactylus* sunt puse la dispoziția ofertanților atât prin intermediul Acordului de Mediu nr. 20 din 11.11.2016, publicat în documentația de atribuire, cât și prin conținutul planșei Zona Agigea - Plan general, număr plan A-PG-002 RO, prin indicarea poziției și a suprafeței acestuia, nu în clarificarea nr. 97, așa cum se afirmă în contestație. Prin urmare, nu se poate introduce, în acest moment, o contestație împotriva acestor așanumite ,,informații noi'', în condițiile în care se știa încă de la data publicării documentației, că antreprenorul va proiecta reciful și va stabili soluțiile de execuție.

Prin urmare, clarificarea respectivă nu a modificat cu nimic informațiile existente inițial. De asemenea, Consiliul reține că informațiile prezentate de autoritate au fost aceleași pentru toți ofertanții, deci contestatoarea nu se poate plânge de o eventuală discriminare.

Consiliul consideră nefondate și susținerile contestatoarei potrivit cărora termenul este prea scurt și prin prisma stabilirii datei de depunere a ofertelor în preajma sărbătorilor pascale pentru catolici și protestanți, în condițiile în care sărbătorile legale din România se stabilesc potrivit legii române. Motivele invocate de contestatoare sunt pur speculative, fiind clar că nu poate fi stabilit un calendar al procedurii în funcție de religiile tuturor popoarelor, în condițiile în care, fiind o procedură deschisă, pot participa firme din toată lumea. Stabilirea datei de depunere a ofertelor nu are nimic în comun cu calendarul religios al potențialilor participanți. Legea procedurii este legea română, or potrivit legii române, religia majoritară este cea ortodoxă. Argumentul contestatoarei potrivit căruia în România nu există firme care să îndeplinească singure criteriile de calificare, prin urmare, autoritatea contractantă trebuia să țină seama de calendarul catolic, nu poate fi reținut ca relevant, fiind cert că și în țările în care religia majoritară este cea catolică, nu se ține seama în calendarul procedurii de Paștele ortodox. Situația expusă nu poate fi încadrată, în niciun fel, ca o discriminare la adresa operatorilor economici din țări cu religie catolică sau protestantă, din moment ce autoritățile publice din România își desfășoară activitățile potrivit regulilor acestei țări.

Consiliul mai consideră nefondate și criticile contestatoarei referitoare la timpul prea scurt pentru obținerea garanțiilor de participare, în condițiile în care există, totuși, ofertanți care au reușit să

le depună, chiar contestatoarea susținând că le-a constituit și depus pentru loturile 2 și 5.

Similar, Consiliul reține că, în condițiile în care contestatoarea recunoaște că și-a întocmit oferte pentru loturile 2 și 5, înseamnă că a existat timp suficient pentru întocmirea ofertelor, fiind valabile aceleași argumente ca cele expuse în Decizia nr. 913/1068, 1108/10.04.2018, citate mai sus, neexistând niciun motiv pentru anularea procedurii de atribuire.

Consiliul mai reține că argumentele expuse de contestatoare referitoare la lipsa specificațiilor structurilor a căror demolare se solicită în studiul de fezabilitate nu pot fi luate în considerare, din moment ce aceasta nu a formulat solicitări de clarificări în timp util, nu a depus notificare prealabilă și contestație prin raportare la data publicării documentației de atribuire, criticând lipsa specificațiilor respective.

Așa cum s-a arătat mai sus, structurile ale căror specificații sunt publicate în clarificarea 97 nu se referă la cele a căror demolare se solicită, cu privire la acestea neexistând solicitări de clarificări sau răspunsuriclarificări. De asemenea, Consiliul reține că nu poate fi vorba de o lipsă de transparență a autorității contractante, fiind clar că aceasta a publicat toate informațiile disponibile, iar lipsa informațiilor referitoare la structurile existente nu au împiedicat-o pe contestatoare să își întocmească oferta, ea însăși declarând că a întocmit ofertă pentru loturile 2 și 5. Fiind un contract de proiectare și execuție, este firesc să nu existe planuri și soluții pentru orice parte a viitoarei lucrări, soluțiile urmând a fi stabilite în etapa de proiectare.

În ceea ce privește capătul de cerere subsidiar formulat de contestatoare, respectiv validarea ofertei transmisă pentru Loturile nr. 2 și nr. 5, Consiliul a pus în discuția contestatoarei precizarea actului atacat prin acest capăt de cerere și precizarea etapei procedurae pe care a avut-o în vedere. În răspunsul său, contestatoarea arată că a formulat cererea ,,la începutul fazei de deschidere și înaintea fazei de evaluare''.

Potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ,,Pentru a se asigura pronunţarea unei soluţii unitare, contestaţiile formulate în cadrul aceleiaşi proceduri de atribuire se soluţionează astfel:

a) în etapa de până la data deschiderii ofertelor, sunt soluţionate de acelaşi complet;

b) în etapa de după data deschiderii ofertelor, sunt soluţionate de acelaşi complet, altul decât cel prevăzut la lit. a)''.

Prin urmare, textul de lege stabilește că în interiorul Consiliului, competența de soluționare a contestațiilor se stabilește după următoarele reguli: un complet soluționează toate contestațiile referitoare la documentația de atribuire și clarificările aferente, un alt complet soluționează toate contestațiile împotriva actelor emise de autoritatea contractantă după deschiderea ofertelor.

Pentru a stabili competența de soluționare a capătului subsidiar de cerere, Completul de soluționare are în vedere următoarele:

-stabilirea calității de ofertant a contestatoarei;

-argumentele prezentate vizează sau nu un act emis de autoritatea contractantă după depunerea ofertelor.

Consiliul observă că din conținutul notificării prealabile, contestației depuse și completărilor la contestație, rezultă neîndoielnic că asocierea contestatoare recunoaște că nu a criptat oferta de preț și salvarea acesteia pentru lotul 2, iar pentru lotul nr. 5, s-a înregistrat DUAE, garanția de participare și parte din documentele tehnice. Contestatoarea consideră că din cauza erorii de la lotul nr. 2, nu s-a reușit finalizarea încărcării lotului 5, până la expirarea termenului de la ora 16:00, deși contestatoarea susține că a sunat pe administratorul platformei SEAP, însă fără să raspundă nicio persoană, deoarece programul se termina la ora 15:00.

Argumentele expuse de contestatoare conduc la concluzia că aceasta nu are calitatea de ofertant nici pentru lotul 2, nici pentru lotul 5, din moment ce nu a criptat și salvat oferta de preț. De asemenea, în argumentația sa, contestatoarea critică modul de funcționare al sitemului SEAP, atât prin prisma browserului folosit și facilităților constructive, cât și prin prisma programului de funcționare al serviciilor suport, invocând și faptul că în ziua depunerii ofertelor, sistemul SICAP nu a funcționat. Mai arată contestatoarea că autoritatea contractantă și SEAP ar fi trebuit să prevadă modalități alternative de depunere a ofertelor, pentru situația în care acestea nu pot fi depuse din cauza unor defecțiuni tehnice.

După cum rezultă din notificarea prealabilă, contestația depusă și completările la contestație, actul atacat nu îl reprezintă procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, nefiind menționat în niciunul dintre documentele contestatoarei. De altfel, nefiind ofertant, contestatoarea nu a avut acces în SEAP la procesul-verbal nr. 6963/04.04.2018, aceasta luând cunoștință despre conținutul său abia după comunicarea punctului de vedere al autorității contractante. Deci, la data de 04.04.2018, când a formulat notificarea prealabilă, contestatoarea nu putea contesta procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, în care se consemnează ofertanții, nefiind consemnată și oferta sa, din moment ce nu a fost criptată și salvată. Prin urmare, capătul de cerere nr. 2 nu este îndreptat împotriva unui act al autorității contractante, din moment ce nu cunoștea niciun act emis de autoritatea contractantă în etapa de după depunerea ofertelor, ci vizează modul de funcționare al sistemului SEAP și previzibila neluare în considerare a ofertei sale, în condițiile în care nu a criptat și nu a salvat oferta sa financiară. Prin urmare, cel de-al doilea capăt de cerere nevizând modul de evaluare a ofertei sale, în condițiile în care nu are calitatea de ofertant, completul învestit cu cererea principală are competență de a se pronunța și asupra capătului de cerere subsidiar.

Pentru stabilirea acestei soluții, Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 123 din codul de procedură civilă, care stabilește următoarele:

,,(1) Cererile accesorii, adiţionale, precum şi cele incidentale se judecă de instanţa competentă pentru cererea principală, chiar dacă ar fi de competenţa materială sau teritorială a altei instanţe judecătoreşti, cu excepţia cererilor prevăzute la art. 120.

(2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică şi atunci când competenţa de soluţionare a cererii principale este stabilită de lege în favoarea unei secţii specializate sau a unui complet specializat''.

Prin urmare, Consiliul va reține pentru soluționare și capătul de cerere subsidiar, în competența Completului nr. 4, învestit cu soluționarea contestațiilor până la data deschiderii ofertelor.

Pe fondul solicitărilor contestatoarei, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții legale din HG nr. 395/2016:

Art. 58. - (1) Autoritatea contractantă aplică procedura de licitaţie deschisă prin mijloace electronice, completând în SEAP anunţul de participare prevăzut la art. 142 din Lege, situaţie în care numai operatorii economici înregistraţi în SEAP pot depune ofertă.

(2) ***Prin excepţie de la alin. (1) şi în aplicarea art. 208 din Lege, autoritatea contractantă poate, după publicarea anunţului de participare, să nu utilizeze mijloacele electronice pentru derularea procedurii de atribuire atunci când acest lucru nu este posibil din motive tehnice imputabile operatorului SEAP, situaţie în care evaluarea conformităţii ofertelor cu specificaţiile tehnice şi celelalte cerinţe prevăzute în documentele achiziţiei şi aplicarea criteriului de atribuire se realizează anterior verificării îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie.***

Art. 59. - (1) În cazul în care autoritatea contractantă solicită îndeplinirea de către candidaţi a unor criterii de calificare, aceasta are obligaţia de a introduce în SEAP informaţii referitoare la forma şi condiţiile în care se demonstrează îndeplinirea de către operatorii economici a acestor criterii, precum şi termenul în care estimează că va finaliza verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să solicite modificarea, iar operatorul SEAP nu are dreptul să modifice informaţiile de natură să afecteze funcţionarea sistemului informatic şi/sau desfăşurarea procedurii.

(3) În situaţia în care se constată erori sau omisiuni cu privire la informaţiile prevăzute la alin. (2), autoritatea contractantă are obligaţia de a dispune anularea procedurii de atribuire, considerându-se, implicit, că se îndeplinesc condiţiile prevăzute la art. 212 alin. (1) lit. c) din Lege.

Art. 60. - (1) Operatorul economic are obligaţia de a transmite oferta şi DUAE în format electronic şi numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare.

(2) Valoarea totală a propunerii financiare se criptează în SEAP.

(3) Toate documentele de fundamentare a valorii prevăzute la alin. (2) se depun prin mijloace electronice, fiind încărcate într-o secţiune dedicată a portalului SEAP, iar conţinutul acestora este vizibil comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare.

(4) Documentele prevăzute la alin. (1) vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condiţiile legii şi încărcate în SEAP în secţiunile specifice disponibile în sistemul informatic şi numai de către operatorii economici înregistraţi.

Art. 61. - În cazul prevăzut la art. 58 alin. (2), operatorii economici vor depune oferta şi documentele însoţitoare ale acesteia la adresa prevăzută în anunţul de participare până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor.

Consiliul reține că nu au fost raportate defecțiuni ale sistemului SEAP în perioada respectivă, ci doar ale sistemului SICAP, în condițiile în care procedura de față se desfășoară prin SEAP. Procedura desfășurându-se în SEAP, operatorii aveau obligația criptării și salvării ofertelor în cadrul acestui sistem, și nu a noului SICAP, care, într-adevăr, a funcționat defectuos la data depunerii ofertelor (03.04.2018), în condițiile în care a fost inaugurat cu o zi înainte. Funcționând platforma SEAP, nu exista niciun motiv de decalare a datei de depunere a ofertelor sau de indicare a unui alt loc în care să fie depuse ofertele.

Potrivit Manualului de utilizare pentru ofertanți, aflat în cadrul platformei SEAP, oferta se depune prin parcurgerea următorilor pași:

,,Depunerea ofertei.

*Pentru depunerea ofertei se va actiona butonul **Oferta de pret**. Veți fi directionat către pagina din figura de mai jos.(..)*

*Depunerea ofertei constă în furnizarea ofertei de preț și completarea raspunsului la criteriile de calificare și factorilor de evaluare (dacă există). **Este obligatoriu introducerea ofertei de preț în sistem. În caz contrar, nu se va face evaluarea ofertei dvs. și nu puteți fi luat în calculul câștigatorului achiziției**. Completarea în sistem a celorlalte elemente ale ofertei (criterii de calificare și factori de evaluare) este optionala. **Prima sectiune a ofertei se refera la oferta de pret. În cazul în care oferta de pret nu a fost depusă, un mesaj de informare care specifică acest lucru este afișat în pagină**. **Oferta de preț reprezintă valoarea întregii achiziții, și nu valoarea pentru un anumit produs din pachet sau un preț unitar. Pentru introducerea ofertei de preț se completeaza câmpul din secțiunea cu acelasi nume și se acționează butonul Criptează. Înainte de a fi salvată în sistem, oferta de preț trebuie mai întâi criptată**. Dacă prețul nu este o valoare întreagă, utilizați punctul ca separator zecimal. Se va declanșa procesul de criptare a ofertei de preț.*

***La finalul procesului, sistemul va afișa un mesaj de confirmare a finalizării criptării ofertei**.*

Pentru salvarea ofertei de preț actionați butonul SALVEAZĂ.

Atentie! Criptarea ofertei de preț și salvarea acesteia în sistem sunt doua acțiuni diferite. Procesul de criptare nu face și salvarea ofertei de preț. Dacă salvarea ofertei s-a realizat cu succes, sistemul va afișa un mesaj de confirmare.

Intrucât oferta de preț este criptată, aceasta nu poate fi afișată utilizatorului. ***Mesajul de informare "Aveți depusă oferta de preț" certifică faptul ca oferta de preț a fost introdusă în sistem.*** *În cazul în care nu sunteți sigur de prețul salvat, puteți reintroduce oferta. Oferta de preț poate fi modificată până la termenul limită de depunere al ofertelor".*

În contestația sa, argumentele contestatoarei vizează, în majoritatea lor, modul de funcționare al sistemului SEAP, or sub acest aspect, contestația este inadmisibilă, întrucât nu este atacat un act al autorității contractante.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 101/2016, ,,(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim **printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri** poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi".

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. a) din același act normativ, ,,act al autorităţii contractante - orice act administrativ, orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii".

Facilitățile SEAP-ului nu reprezintă acte ale autorității contractante, iar refuzul autorității contractante de a valida oferta contestatoarei, nu este întemeiat pe dispoziții legale, din moment ce dispozițiile citate mai sus prevăd obigativitatea criptării și salvării ofertei.

Asocierea contestatoare menționează că a pregătit documentația de calificare pentru loturile la care s-a înscris, însă din motive obiective și tehnice s-a aflat în imposibilitatea de a încărca efectiv toate aceste documente pe platforma SEAP. Totuși, pentru lotul nr. 2 s-a reușit încărcarea, în totalitate a documentelor, inclusiv DUAE, garanția de participare, oferta tehnică și financiară, însă nu s-a reușit criptarea ofertei de preț și salvarea acesteia. Pentru lotul nr. 5 s-a înregistrat DUAE, garanția de participare și parte din documentele tehnice. Aceasta are convingerea că toate aceste inconveniente reprezintă consecința acordării unui termen foarte scurt și total nerealist, având în vedere

complexitatea procedurii și a ofertei. Totodată, este convinsă că odată cu analiza documentelor deja încărcate pe platforma SEAP, autoritatea contractantă va putea aprecia gradul înalt de profesionalism al ofertei depuse.

Deci, așa cum se arată mai sus, pentru lotul 5 nici măcar nu s-a încărcat toată propunerea tehnică, iar propunerea financiară nu s-a încărcat deloc. Cu toate acestea, ofertanta solicită validarea respectivelor oferte, deși potrivit art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016, ,,ofertă - actul juridic prin care operatorul economic îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziţie publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum şi alte documente stabilite prin documentaţia de atribuire''.

Consiliul apreciază că, în condițiile în care în urma solicitărilor de clarificări și a contestațiilor depuse documentația de atribuire nu a suferit modificări substanțiale, ci doar unele minore, ofertanții nu se pot plânge de existența unui termen foarte scurt pentru elaborarea ofertelor. În același timp, Consiliul reține că nu exista niciun motiv pentru care operatorii economici să aștepte încărcarea tuturor documentelor chiar în momentul de final al procedurii, în condițiile în care operatorii aveau cunoștință despre faptul că documentația este una stufoasă, existând posibilitatea încărcării pe rând a documentelor, chiar de la momentul ridicării suspendării, pe măsura elaborării lor. Este cert că de la momentul ridicării suspendării până în data de 03.04.2018 era imposibilă redactarea tuturor ofertelor pentru toate loturile și încărcarea lor atentă, dar un operator diligent avea timp suficient încă de la data publicării anunțului de participare să își pregătească părți din oferta tehnică și financiară, pentru a le depune în condiții de siguranță, și nu în ultimele minute. În acest sens, sunt relevante următoarele dispoziții ale art. 125 din HG nr. 395/2016: ,,Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă''.

De asemenea, sunt inaplicabile cauzei expuse dispozițiile legale invocate de contestatoare, respectiv art. 133 și art. 137 din HG nr. 395/2016, întrucât acestea se referă la evaluarea ofertelor, or, așa cum s-a arătat, contestatoarea nu are calitatea de ofertant, deci nu se pune problema descalificării ofertei sale, asa cum își fundamentează aceasta contestația.

Nu vor fi luate în considerare nici criticile contestatoarei referitoare la neutilizarea de către platforma SEAP a versiunilor actuale ale browser-ului Mozilla Firefox (ulterioarei versiunii 52, în contextul în care în prezent se folosește versiunea 59) și a programului Java actualizat, și utilizarea doar a Internet Explorer, nefiindu-i oferit un mijloc alternativ efectiv de a remedia chestiuni tehnice de natura celor menționate într-un timp util din momentul apariției erorii, deoarece, așa cum s-a arătat mai sus, orice operator diligent trebuia să cunoască tipul de browser încă

dinaintea începerii încărcării ofertei, și nu să afle în ultimele minute că nu are browser-ul necesar.

Contestatoarea mai critică și răspunsul transmis de autoritatea contractantă la notificarea prealabilă, în care se menționează că *„o eventuală validare a documentelor depuse de dumneavoastră (dacă ar fi posibilă) ar încălca flagrant principiul nediscriminării și tratamentului egal, ținând cont că la această procedură s-au depus oferte în termenul limită stabilit de autoritatea contractantă”,* arătând că nu a solicitat altceva decât validarea în raport de documentele deja încărcate pe platforma SEAP, apreciind răspunsul autorității ca fiind evaziv și neprofesional.

Consiliul reține că dispozițiile legale sunt clare în sensul că operatorii trebuie să cripteze și să salveze propunerile lor financiare, până la data și ora limită de depunere a ofertelor, deci încălcându-se această normă de bază, operatorul respectiv ar fi fost favorizat.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ASOCIEREA ... SRL în contradictoriu cu ....

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 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestaţia formulată de ASOCIEREA ... SRL în contradictoriu cu ....

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 31 (treizeci și una) pagini.