CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 29691/20.07.2017, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva actului administrativ nr. 1150/05.07.2017, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emis de către JUDEŢUL ..., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ... ..., referitoare la procedura de licitaţie deschisă online, privind atribuirea acordului – cadru de lucrări având ca obiect „Întreţinere curentă şi periodică – plombări şi covoare bituminoase – pe drumurile judeţene, judeţul ...” – lot 3, s-a solicitat:
- anularea actului administrativ nr. 1150/05.07.2017,
- anularea răspunsului primit la notificarea prealabilă şi obligarea autorităţii contractante să procedeze la reluarea procedurii din etapa evaluării ofertelor cu consecinţa utilizării unei noi licitaţii electronice ca etapă finală a procedurii de atribuire, constatându-se că oferta SC ... SRL este conformă,
- obligarea autorităţii contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluţionării contestaţiei.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 29691/20.07.2017, SC ... SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică rezultatul procedurii de atribuire, conform căruia oferta sa a fost declarată incompletă conform art. 137 alin. (2) lit. d) din HG nr. 395/2016 şi inacceptabilă în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea arată că potrivit adresei antemenţionate, autoritatea contractantă i-a respins oferta ca inacceptabilă arătând, în esenţă, că, *„în*

cadrul propunerii tehnice nu există niciun document prin care să indicaţi că la elaborarea propunerii tehnice s-a ţinut cont de obligaţiile relevante în domeniul mediului, social şi al relaţiilor de muncă aşa cum a fost prevăzut în fişa de date la secţiunea IV 4.1 modul de prezentare a propunerii tehnice: în cadrul propunerii tehnice ofertantul are obligaţia să indice în cadrul ofertei faptul că la elaborarea acesteia a ţinut cont de obligaţiile relevante din domeniile mediuluisocial şi al relaţiilor de muncă".

Contestatoarea învederează că a întocmit oferta cu toate actele solicitate prin fişa de date. În urma întocmirii ofertei, a procedat la încărcarea tuturor documentelor cu semnătura electronică în sistemul SEAP, fără să există vreo eroare sau vreun mesaj de eroare în ceea ce priveşte încărcarea documentelor. Doar ulterior, cu ocazia comunicării adresei din partea autorităţii contractante a luat la cunoştinţă că anumite documente încărcate, nu puteau fi deschise de către autoritatea contractantă.

Chiar în conţinutul adresei comunicate se menţionează existenţa documentelor cu menţiunea că anumite documente nu puteau fi deschise - *"documentul propunerea tehnică 36-72 semnat pdf p7s nu poate fi deschis fiind afişat un mesaj de eroare conform căruia documentul este deteriorat. Astfel documentele care sunt indicate în opisul existent în propunerea tehnică 1- 20 semnat ca fiind conţinute în propunerea tehnică 36 - 72 semnat nu au putut fi deschise la citire de către autoritatea contractantă"* astfel contestatoarea apreciază că imposibilitatea deschiderii anumitor documente datorită unor probleme tehnice nu echivalează cu inexistenţa acestor documente.

De asemenea, trebuie avut în vedere că nu s-a semnalat vreun mesaj de eroare cu ocazia încărcării documentelor, în aceste condiţii, problemele tehnice apărute cu ocazia deschiderii nu pot fi imputate contestatoarei cu consecinţa sancţiunii de respingere a ofertei depuse în condiţiile legale şi astfel cum este prevăzut în fişa de date.

În această situaţie, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să uzeze de dreptul de a solicita clarificări, precizări şi îmbunătăţiri ale ofertelor finale.

Totodată reţinerea dispoziţiilor art. 137 alin. (2) lit. d) din HG 395/2016 *„nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condiţiile specifice de muncă şi de protecţie a muncii, atunci când aceasta cerinţă este formulată în condiţiile art. 51 alin. (2) din Lege"* pentru fundamentarea soluţiei de respingere este cu totul neîntemeiată şi nelegală în condiţiile în care în prezenta cauză nu se poate reţine vreo omisiune sau culpă în sarcina contestatoarei. Aşa cum rezultă din documentaţia depusă, şi aşa cum recunoaşte de altfel şi autoritatea contractantă în adresa comunicată, actele au fost întocmite, semnate electronic, transmise autorităţii contractante în termenele şi condiţiile prevăzute în fişa de date.

Contestatoarea precizează că a formulat notificare către autoritatea contractantă, la care i s-a comunicat că nu vor fi luate măsuri de remediere.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă ar fi avut calea - chiar şi obligaţia legală - de a verifica fiecare ofertă înregistrată la invitaţia lansată, contestatoarea consideră că prin neverificarea unei documentaţii a

cărei existenţă nu se poate contesta, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 209 din legea achiziţiilor, care deşi asigură un drept autorităţii de a solicita clarificări, prin formularea alin. (1) este clar că acest drept este o diligenţă obligatorie, pentru asigurarea respectării principiilor de drepăt statuate prin legea specială. Per a contrario, ori prin eliminarea acestor principii reglementarea legală nu ar avea nici un rost, făcându-se loc unor achiziţii arbitrare sau achiziţii formale în a căror procedură eliminarea sub orice pretext al ofertanţilor este permisă.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei precum şi punctul său de vedere nr. 16756/26.07.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 30929/27.07.2017, în care solicită respingere contestaţiei ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă menţionează că după evaluarea modului de completare a DUAE, la care contestatoarea a fost declarată admisă, comisia a evaluat propunerea tehnică postată pe SEAP, aceasta fiind postată în trei fişiere disticte:

Fişier 1- [Propunerea tehnica pag.1-20/OP0020117/016] propunerea tehnica- 20-semnat.pdf.p7s

Fişier 2-[Propunerea tehnica pag. 21-36/OP0020117/017] propunerea tehnica 21-36-semnat.pdf.p7s

Fişier 3-[Propunerea tehnica pag. 36-72/OP0020117/018] propunerea tehnica 36-72-semnat.pdf.p7s.

Comisia de evaluare a procedat la deschiderea fişierelor. Fişierul 1 şi 2 fără semnătura electronică extinsă, având dimensiunea de 32,7 MB respectiv de 31,6 MB (Anexa 1 şi Anexa 2) au putut fi deschise şi documentele conţinute au fost vizualizate şi printate.

Fişierul 3 - „propunerea tehnica 36-72-semnat" nu a putut fi deschis, fiind afişat un mesaj de eroare conform căruia documentul este deteriorat. Dimensiunea lui fără semnătură electronică este de 5 byte, practic fiind gol. Astfel documentele indicate în opis ca fiind cuprinse în propunerea tehnică de la pag. 36 la pag 72, respectiv în Fişierul 3 lipsesc, propunerea tehnică postată în SEAP este incompletă.

În fişa de date, Secţiunea IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice s-a impus ca „în cadrul propunerii tehnice ofertantul are obligaţia să indice în cadrul ofertei faptul că la elaborarea acesteia a ţinut cont de obligaţiile relevante din domeniile mediului social şi al relaţiilor de muncă".

Referitor la această cerinţă, comisia de evaluare nu a identificat în cadrul propunerii tehnice depuse niciun document referitor la îndeplinirea acestei obligaţii, oferta a fost considerată inacceptabilă şi respinsă.

Autoritatea contractantă menţionează următoarele:

1. Având în vedere faptul că în fişa de date la Secţiunea IV.4.1 au fost indicate:

- instituţiile competente de la care operatorii economici pot obţine informaţii detaliate privind reglementările în domeniul mediului, social şi al relaţiilor de muncă,

- obligaţia ofertanţilor de a indica în cadrul ofertei faptul că la elaborarea acesteia au ţinut cont de obligaţiile relevante din domeniile mediului, social şi al relaţiilor de muncă;" rezultă că cerinţa respectării

reglementărilor obligatorii referitoare la condiţiile specifice de muncă şi de protecţie a muncii a fost formulată în condiţiile art. 51 din Legea 98/2016.

Conform art. 137 alin.(2) lit.d) din HG nr. 395/2016 oferta este considerată inacceptabilă dacă „nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condiţiile specifice de muncă şi de protecţie a muncii, atunci când această cerinţă este formulată în condiţiile art. 51 alin. (2) din Lege” şi conform art. 137 alin. (1) a fost respinsă.

Comisia de evaluare a postat în SEAP la secţiunea „întrebări" comunicarea nr. 1150/05.07.2017 privind respingerea ofertei, având următorul cuprins:

Având în vedere următoarele:

Referitor la procedura de achiziţie publică pentru atribuirea unui Acord-cadru „întreţinere curentă şi periodică - plombări şi covoare bituminoase - pe drumurile judeţene - judeţul ..., pentru perioada 2017-2020" vă transmitem următoarele:

În cadrul ofertei depuse de dvs. pentru Lotul 3, Propunerea tehnică încărcată în SEAP este alcătuită din următoarele trei documente în format PDF, semnate cu semnătură electronică extinsă:

- *propunerea tehnical-20-semnat*
- *propunerea tehnica21-36-semnat*
- *propunerea tehnica36-72-semnat*

Documentul „propunerea tehnica36-72-semnat" nu poate fi deschis, fiind afişat un mesaj de eroare conform căruia documentul este deteriorat Astfel, documentele care sunt indicate în opisul existent în „propunerea tehnical-20- semnat" ca fiind conţinute în „propunerea tehnica 36-72-semnat" nu au putut fi deschise la citire de către autoritatea contractantă.

Deoarece în cadrul propunerii tehnice depuse în SEAP nu se regăseşte niciun document prin care să indicaţi că la elaborarea propunerii tehnice s-a ţinut cont de obligaţiile relevante din domeniile mediului, social şi al relaţiilor de muncă, aşa cum a fost prevăzut în fişa de date la Secţiunea IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice:

- *„În cadrul propunerii tehnice ofertantul are obligaţia să indice în cadrul ofertei faptul că la elaborarea acesteia a ţinut cont de obligaţiile relevante din domeniile mediului, social şi al relaţiilor de muncă"*

Conform art. 137 alin. (2) lit. d) oferta tehnică depusă de ... SRL este declarată inacceptabilă şi conform art. 137 alin. (1) este respinsă.

Autoritatea contractantă menţionează că ofertantul nu a transmis toate documentele solicitate aşa cum greşit afirmă, din documentele transmise în propunerea tehnică lipseşte documentul prin care *ofertantul are obligaţia să indice în cadrul ofertei faptul ca la elaborarea acesteia a ţinut cont de obligaţiile relevante din domeniile mediului social si al relaţiilor de muncă.*

Conform 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."* Astfel, riscul ca un fişier să fie încărcat greşit, şi în consecinţă să nu poată fi deschis, cade în sarcina operatorului. Pentru a preîntâmpina acest risc, el ar fi trebuit să verifice după încărcare

dacă toate a fişierele conţinând documentele solicitate au fost încărcate corect în SEAP.

Faptul că un fişier nu a putut fi deschis, se datorează unor erori la încărcare imputabile contestatoarei, aceste erori au generat ştergerea documentelor presupus a fi conţinute şi postarea pe SEAP a unui fişier gol. Pentru a preîntâmpina acest risc contestatoarea ar fi trebuit să ia toate măsurile necesare pentru ca fişierele conţinând documentele solicitate să fie încărcate corect în SEAP.

Documentele care au fost solicitate, dar lipsesc din propunerea tehnică, nu pot fi transmise de ofertant ulterior în urma unor solicitări de clarificări. Acceptarea transmiterii ulterioare a documentelor duce la încălcarea principiului tratamentului egal faţă de ofertanţii care au postat corect în SEAP toate documentele solicitate prin documentaţia de atribuire.

Autoritatea contractantă a considerat că motivele respingerii au fost suficient de clar explicate în documentul de respingere a ofertei, postat în SEAP, şi nu a revenit asupra lor.

Cu notă justificativă privind necesitatea prelungirii perioadei de evaluare a ofertelor cu nr. 16925/21.07.2015, termenul de evaluare a ofertelor a fost prelungit până la data 15.09.2017. Data limită a termenului de evaluare a fost introdusă în SEAP.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

JUDEŢUL ..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online, privind atribuirea acordului – cadru de lucrări având ca obiect „Întreţinere curentă şi periodică – plombări şi covoare bituminoase – pe drumurile judeţene, judeţul ...”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. 175573/23.05.2017, valoarea estimată a procedurii fiind situată între 5.342.738,13 lei și 30.093.348,41 lei.

În cadrul procedurii, au depus oferte pentru lotul 3, trei ofertanți, printre care și contestatoarea. După evaluarea formularelor DUAE, autoritatea contractantă a trecut la evaluarea propunerilor tehnice, ocazie cu care a constatat că propunerea tehnică a contestatoarei a fost separată în 3 fișiere disticte, după cum urmează:

Fişier 1- [Propunerea tehnica pag.1-20/OP0020117/016] propunerea tehnica- 20-semnat.pdf.p7s

Fişier 2-[Propunerea tehnica pag. 21-36/OP0020117/017] propunerea tehnica 21-36-semnat.pdf.p7s

Fişier 3-[Propunerea tehnica pag. 36-72/OP0020117/018] propunerea tehnica 36-72-semnat.pdf.p7s.

Comisia de evaluare, procedând la deschiderea fişierelor, a constatat că Fişierul 1 şi 2 fără semnătura electronică extinsă, având dimensiunea de 32,7 MB respectiv de 31,6 MB (Anexa 1 şi Anexa 2) au putut fi deschise şi documentele conţinute au fost vizualizate şi printate, iar în ceea ce privește fişierul 3 - „propunerea tehnica 36-72-semnat" nu a putut fi deschis, fiind afişat un mesaj de eroare conform căruia documentul este deteriorat.

În dovedirea acestei stări de fapt, autoritatea contractantă depune la dosar print-screenuri din SEAP, din care mai rezultă mesajul de eroare primit la încercarea de deschidere a fișierului, după cum rezultă și

dimensiunea fişierul 3 fără semnătură electronică, aceasta fiind de 5 byte, fapt ce determină concluzia că acesta nu are conținut. Prin urmare, autoritatea contractantă a concluzionat că documentele indicate în opis ca fiind cuprinse în propunerea tehnică de la pag. 36 la pag 72, respectiv în Fişierul 3 lipsesc, propunerea tehnică postată în SEAP fiind incompletă.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să îi solicite clarificări, mai cu seamă că nu se poate reține în sarcina sa vreo culpă.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat corect respingând oferta contestatoarei. Este cert că, și în situația în care nu există vreo culpă evidentă a contestatoarei, având în vedere că sistemul electronic SEAP nu a primit fișierul respectiv în format valid, pentru a putea fi deschis, riscul îi aparține ofertantului. În același timp, contestatoarea nu poate proba că nu a primit un mesaj de eroare la încărcare, așa cum susține aceasta, în condițiile în care nu se poate proba un fapt negativ. Potrivit dispozițiilor 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." Astfel, riscul ca un fişier să fie încărcat greşit, şi în consecinţă, să nu poată fi deschis, cade în sarcina operatorului, după cum tot în sarcina operatorului este și riscul de a se pierde oferta transmisă prin poștă, prin curier, oferta ajunsă cu întârziere și alte asemenea. În același timp, nu poate fi reținută vreo eroare în descărcarea fișierului, print-screenul din SEAP fiind clar în sensul în care documentul are 5 byte, chiar și o filă document format A4 având 9 byte.

În același timp, o astfel de eroare nu poate fi remediată prin solicitarea clarificărilor, deoarece nu este permisă depunerea ofertei sau a unor părți ale acesteia după data și ora limită de depunere a ofertelor, dispozițiile art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016 stabilind că ,,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''. Chiar dacă operatorul a avut intenția să încarce propunerea tehnică, în totalitatea ei, în SEAP, în fapt, acest lucru nu s-a produs, așa cum s-a arătat, fișierul 3 fiind lipsit de conținut, iar riscul transmiterii integrale a ofertei aparține, așa cum s-a arătat, operatorului economic. Prin urmare, nu există nicio modalitate legală de a remedia o atare situație.

De altfel, prevederile legale invocate sunt judicioase, fiind stabilite tocmai pentru respectarea principiului transparenței și al egalității între ofertanți, în situația în care s-ar crea o astfel de breșă există riscul ca operatori de rea credință să încarce deliberat viciat anumite documente, pentru a obține timp în vederea elaborării ofertei.

În același sens s-a pronunțat Consiliul și în alte spețe similare (de exemplu Decizia nr. 1800/C5/2056/18.07.2017) reținând ca relevante informațiile comunicate de Agenția pentru Agenda Digitală a României în adresa nr. 28944/17.07.2017, potrivit cărora „conformitatea unui document/fișier atașat în cadrul procedurilor de atribuire cade strict în sarcina operatorilor economici și autorităților contractante (după caz). **Pe perioada de depunere a ofertei în cadrul procedurilor online operatorii economici participanți la procedură pot oricând să facă**

verificări asupra documentelor depuse în Secțiunea Documente de calificare și propunere tehnică”, rezultând astfel că operatorul putea să verifice dacă propriile documente încărcate în SEAP pot sau nu să fie deschise sau au fost încărcate corect. O asemenea verificare ar fi eliminat riscul respingerii ofertei din cauza imposibilității de deschidere a documentelor care o compun.

Având în vedere că acest motiv de respingere a ofertei este întemeiat, Consiliul nu va mai analiza și referirile la lipsa unor documente din cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii.

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 contestaţia formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu JUDEŢUL ....

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 7 (șapte) pagini.