C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

I. Prin contestația nr. 5919/22.08.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 34132/22.08.2018, formulată de către asocierea ... - ...- ... - ..., prin liderul de asociere ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal de către dl. ... - administrator şi convenţional prin ... - Societate civilă de avocaţi, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ... - Societate civilă de avocaţi, cu adresa în ..., împotriva rezultatului parțial al procedurii, comunicat prin adresa nr. 580.1./14.08.2018, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Proiectare și execuție lucrări «CL4 – Reabilitarea Casetei și a sistemului său principal de drenare de pe partea stângă a Casetei (în sectoarele ...) – 2 loturi»”*, **Lot 1** (Reabilitarea Casetei și a sistemului său principal de drenare de pe partea stângă a Casetei în sectorul ...), s-a solicitat anularea comunicării nr. 580.1./14.08.2018 privind rezultatul parțial al procedurii de atribuire ca urmare a verificării DUAE, precum și obligarea autorității contractante să ia măsuri de remediere în sensul analizării ofertei Asocierii cu luarea în considerare a DUAE depus de subcontractantul ...

II. Prin contestația nr. 5920/22.08.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 34132/22.08.2018, formulată de către Asocierea ... - ...- ... - ..., prin liderul de asociere ..., împotriva rezultatului parțial al procedurii, comunicat prin adresa nr. 583.1./14.08.2018, emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri - **Lot 2** (Reabilitarea Casetei și a sistemului său principal de drenare de pe partea stângă a Casetei în sectorul ...), s-a solicitat anularea comunicării nr. 583.1./14.08.2018

privind rezultatul parțial al procedurii de atribuire ca urmare a verificării DUAE, precum și obligarea autorității contractante să ia măsuri de remediere în sensul analizării ofertei Asocierii cu luarea în considerare a DUAE depus de subcontractantul ...

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexând dosarele nr. 2690/2018 și nr. 2691/2018, contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 34132/22.08.2018 și cu nr. 34134/22.08.2018 urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. 2690/2018.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care Asocierea ... - ...- ... - ..., prin liderul de asociere ..., critică rezultatul parțial al procedurii, comunicat prin adresa nr. 580.1./14.08.2018, emisă de către ..., în cadrul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

De asemenea, Consiliul va soluționa și contestația nr. 5920/22.08.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 34132/22.08.2018, formulată de către Asocierea ... - ...- ... - ..., prin liderul de asociere ..., împotriva rezultatului parțial al procedurii, comunicat prin adresa nr. 583.1./14.08.2018, emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri - **Lot 2** (Reabilitarea Casetei și a sistemului său principal de drenare de pe partea stângă a Casetei în sectorul ...), prin care s-a solicitat anularea comunicării nr. 583.1./14.08.2018 privind rezultatul parțial al procedurii de atribuire ca urmare a verificării DUAE, precum și obligarea autorității contractante să ia măsuri de remediere în sensul analizării ofertei Asocierii cu luarea în considerare a DUAE depus de subcontractantul ...

Întrucât argumentația din cele două contestații este identică, Consiliul le va trata în mod unitar.

În fapt, contestatorul învederează că, prin comunicările menţionate, îi era adusă la cunoştinţă decizia Comisiei de evaluare care, în unanimitate, a hotărât că *„(...) oferta Asocierii ... - ...- ... - ... este respinsă ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) şi 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare coroborat cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare”*.

Se precizează că, în motivarea soluţiei adoptate, Comisia de evaluare a reţinut că *„(...) a fost în imposibilitatea accesării fişierului „DUAE ... Lot l.xml.p/s”, pe care ofertantul l-a încărcat în SEAP înainte de data limită de*

depunere a ofertelor”, situaţie în care s-a apreciat că, în conformitate cu dispoziţiile art. 60 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 şi art. 125 din acelaşi act normativ, *„culpa depunerii unui DUAE care nu poate fi vizualizat, cade în sarcina ofertantului şi, prin urmare, a considerat că oferta nu a inclus la data limită de depunere a ofertelor componenta DUAE, document obligatoriu, solicitat în Cap. III.2.1.A) din fişa de date”*.

Contestatorul consideră că soluţia adoptată de Comisia de evaluare este, pe de o parte, în contradicţie cu dispoziţiile legale aplicabile în materie şi principiile avute în vedere de legiuitor la momentul transpunerii DUAE în legislaţia naţională şi, pe de altă parte, excesivă prin raportare la sancţiunea aplicată, având în vedere că DUAE a cărui imposibilitate de vizualizare se afirmă aparţine unui subcontractant al Asocierii, context în care solicită C.N.S.C. să procedeze la anularea comunicării şi să dispună obligarea autorităţii contractante la restabilirea legalităţii prin reevaluarea ofertei Asocierii cu luarea în considerare a formularului DUAE aparţinând subcontractorului ..., transmis la data de 18.06.2018 şi retransmis în data de 23.07.2018.

Contestatorul arată că data limită pentru depunerea ofertelor de către operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire a fost 22.06.2018, ora 16.00, iar anterior expirării termenului menţionat, respectiv în data de 22.06.2018, Asocierea a depus, prin intermediul SEAP, toate documentele solicitate şi menţionate în Fişa de Date şi Caietul de Sarcini aferente procedurii de atribuire, inclusiv formularul DUAE al subcontractorului ..., semnat de reprezentantului acestuia, în data de 18.06.2018.

În data de 18.07.2018, autoritatea contractantă a transmis contestatoarei solicitarea de clarificări nr. 4231, prin care, printre altele, relativ la subcontractantul ..., i-a comunicat că, în virtutea atribuţiilor care îi revin în temeiul dispoziţiilor art. 127 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, Comisia de evaluare a fost în imposibilitatea de a accesa fişierul conţinând DUAE, urmare a etapelor tehnice parcurse fiind afişat următorul mesaj de eroare: *„Fişierul încărcat nu a putut fi citit. Este o cerere sau un răspuns DEAU valabil(ă)?”*.

Se precizează că, în acest context, autoritatea contractantă a pus în vedere Asocierii să depună documentele şi lămuririle solicitate, mai exact: „vă solicităm să clarificaţi aspectul anterior menţionat şi să ne prezentaţi etapele parcurse în accesarea electronică a documentului încărcat de dvs. în SEAP înainte de data depunerii ofertelor, inclusiv programele electronice utilizate”, prin încărcare în SEAP, până cel mai târziu la date de 23.07.2018.

Contestatorul învederează că a răspuns prin adresa nr. 712 din data de 23.07.2017, cu privire la DUAE aparţinând ..., respectiv:

„Referitor la solicitarea dumneavoastră privind subconlractantul S.C. ... vă comunicăm următoarele:

După completarea DUAE, s-a trecut la salvarea acestuia prin accesarea comenzii «Exporta» şi alegerea opţiunii «Save as». Documentul a fost salvat atât în format «PDF» cât şi în format «xml».

Ambele fişiere «PDF» şi «xml» au fost semnate cu semnătura electronică, parcurgându-se următoarele etape:
etapa 1 - Se deschide programul dedicat semnăturii electronice,
etapa 2- Se importă fişierul din locaţia în care a fost salvat,
etapa 3 - Se dă click pe semnătura electronică şi apare fereastra cu certificatul digital cu numele persoanei împuternicite să semneze,
etapa 4 - Se dă din nou click pe semnătura electronică şi în fereastra care apare se introduce codul pin,
etapa 5 - click pe tasta OK
etapa 6 - apare mesajul „documentul a fost semnat cu succes”.

Facem precizarea că documentul «xml» a fost semnat cu programul Trust Signer Viewer 2.

Mai jos vă prezentăm etapele parcurse în accesarea electronică a documentului încărcat:

etapa 1 - https://ec.europa.eu/tools/espd
etapa 2 - alegem opţiunea: română
etapa 3 - bifam opţiunea: sunt un operator economic
etapa 4 - bifăm opţiunea: importaţi DEAU
etapa 5 - încărcăm fişierul DUAE ... Lot 1.xml.pls”.

Contestatorul precizează că a retransmis autorităţii contractante formularul DUAE al societăţii ..., editat în data de 18.06.2018, înainte de depunerea ofertei, atât în format PDF cu semnătura iniţială a administratorului ..., cât şi în format XML, cele două formate fiind agreate prin Fişa de Date a achiziţiei, iar pe ambele documente s-a aplicat semnătura electronică extinsă a persoanei mandatate de subcontractor și împuternicite să semneze oferta, dl. .... Ulterior, autoritatea contractantă, fără a mai solicita şi alte lămuriri suplimentare, a decis respingerea ofertei Asocierii ca inacceptabilă, considerând, în mod eronat, că imposibilitatea vizionării de către membrii Comisiei de evaluare a DUAE echivalează cu nedepunerea acestuia, context în care devin aplicabile dispoziţiile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

... subliniază că dispoziţiile legale privind obligativitatea depunerii în cadrul unei proceduri de achiziţie publică a formularului DUAE au intervenit pe fondul transpunerii în legislaţia naţională a Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European şi a Consiliului privind achiziţiile publice şi de abrogare a Directivei 2004/18/CE. În expunerea de motive a Directivei, mai exact la punctul 2 din aceasta, entităţile cu atribuţii de legiferare la nivel european au conchis că, în contextul în care achiziţiile publice joacă un rol cheie în strategia Europa 2020 (prezentată în Comunicarea Comisiei din 3 martie 2010 intitulată „Europa 2020, O strategie europeană pentru o creştere inteligentă, ecologică şi favorabilă incluziunii”), este necesară o reformare a legislaţiei în domeniu, la nivelul fiecărui stat membru, reformare a cărui scop să fie acela de *„facilita participarea întreprinderilor mici şi mijlocii (IMM-uri) la achiziţiile publice şi a permite achizitorilor să utilizeze mai eficient achiziţiile publice în sprijinul unor obiective societale comune”*.

Contestatorul arată că, în contextul celor de mai sus, în cuprinsul punctului 84 din preambulul Directivei, se concluzionează în sensul că, în reglementarea domeniului achiziţiilor publice sub imperiul Direetivei 2004/18/CE, un obstacol major în calea participări operatorilor economici la achiziţiile publice îl reprezintă *„sarcinile administrative care decurg din necesitatea de a produce un număr semnificativ de certificate sau alte documente legate de criteriile de excludere şi de selecţie”*, propunându-se ca limitarea acestor cerinţe să se realizeze, în noul context legislativ, prin utilizarea documentului european de achiziţie unic (DEAU), un instrument ce ar putea conduce la o simplificare considerabilă în beneficiul atât al autorităţilor contractante, cât şi al operatorilor economici.

Se precizează că definiţia DUAE este menţionată la art. 59 din Directivă şi reluată la Anexa 1 - Instrucţiuni din Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei, din 5 ianuarie 2016, privind stabilirea formularului standard pentru documentul european de achiziţie unic, dispoziţiile legale statuând că acesta reprezintă o declaraţie oficială pe propria răspundere a operatorului economic şi care prezintă dovezi preliminare şi înlocuieşte certificatele eliberate de autorităţile publice sau de părţi terţe.

Contestatorul arată că în legislaţia internă, dispoziţiile vizând necesitatea depunerii DUAE şi modalitatea de interpretare şi analiză a acestuia se regăsesc la art. 20 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, care stabilesc că DUAE face parte din documentaţia de atribuire, nedepunerea acestuia şi necompletarea în conformitate cu cerinţele stabilite de autoritatea contractantă atrage sancţiunea prevăzută la art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, respectiv respingerea ofertei ca inacceptabilă. Cu alte cuvinte, din analiza prevederilor legale menţionate, rezultă că necesitatea introducerii DUAE a avut la bază raţiuni de eficientizare a procedurilor de atribuire, de facilitare, pe de o parte, a accesului operatorilor economici la astfel de proceduri şi, pe de altă parte, de uşurare a procesului de analiză a ofertelor întreprins de autoritatea contractantă.

Contestatorul invocă dispoziţiile art. 196 alin. (1) şi (3) din Legea nr. 98/2016 și precizează că, în speță, autoritatea contractantă, pe lângă împrejurarea că a declarat, în mod nelegal, oferta Asocierii ca inacceptabilă prin raportare la susţinerea că DUAE al subcontractorului nu a putut fi deschis, fiind în discuţie, cel mai probabil, o eroare de sistem tehnic, ar fi trebuit să solicite prezentarea documentelor din care să rezulte că ... întruneşte cerinţele prevăzute de dispoziţiile legale pentru a face parte din procedura de atribuire.

... apreciază că autoritatea contractantă a acţionat dincolo de limitele legale şi a interpretat şi aplicat dispoziţiile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 contrar scopului pentru care acestea au fost edictate. Mai exact, prevederile menţionate şi invocate şi de ... în susţinerea soluţiei din comunicare, prevăd că o ofertă este considerată inacceptabilă dacă „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a

completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă". Or, prin modalitatea de redactare, textul de lege îşi propune să sancţioneze neconformităţi de fond în completarea DUAE, iar nu erori, indiferent de natura acestora, şi cu privire la care autoritatea contractantă este obligată să solicite lămuririle necesare în funcţie de fiecare tip de eroare în parte.

Se precizează că, dincolo de faptul că situaţia în care s-a aflat Asocierea şi pentru care a fost exclusă din procedura de atribuire este departe de a putea fi considerată chiar şi o eroare de formă care să îi fie imputabilă, cele susţinute prin prezenta sunt confirmate şi de Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice care, prin Notificarea privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică, admite că în etapa de analiză a DUAE pot apărea inadvertenţe de formă, cu privire la care există posibilitatea de solicitare a clarificărilor şi inadvertenţe de fond, pentru lămurirea cărora nu pot fi solicitate clarificări.

Contestatorul învederează că, faţă de situaţia de fapt reclamată, respectiv imposibilitatea tehnică de deschidere a DUAE, cele ce i-au fost cerute contestatoarei nu puteau duce la lămurirea situaţiei. Mai exact, în situaţia în care a fost vorba de o eroare de sistem în cadrul autorităţii contractante, menţionarea de către Asociere a paşilor pe care i-a urmat pentru încărcarea, respectiv vizualizarea documentului apare ca lipsită de relevanţă, fiind evident că nu parcurgerea etapelor tehnice era problema, ci sistemul în sine care funcţiona cu deficienţe la acel moment. De altfel, din argumentele utilizate în motivarea soluţiei de excludere din procedura de atribuire a Asocierii, pare că autoritatea contractantă nici nu a dorit în mod expres elucidarea situaţiei ivite, din moment ce i-a fost transmis acelaşi DUAE care fusese comunicat şi în luna iunie 2018, însă a refuzat să îl aibă în vedere la evaluarea ofertei cu explicaţia că acesta este în format PDF, iar nu XML (deşi ambele formate erau acceptate prin Fişa de date).

... precizează că, întrucât problema importanţei pe care DUAE o are într-o procedură de atribuire şi modalitatea de sancţionare a anumitor ncconformităţi ale acestuia au o abordare diferită, aceste chestiuni au făcut obiectul lucrărilor Seminarului „Probleme jurisprudenţiale în materia achiziţiilor publice" organizat de Curtea de Apel Bucureşti în colaborare cu Consiliul Naţional pentru Soluţionarea Contestaţiilor.

Contestatorul invocă concluziile acestui seminar, precizând că s-a concluzionat că dispoziţiile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 trebuie atent interpretate şi aplicate, astfel încât sancţiunea respingerii ca inacceptabilă a ofertei să nu apară ca excesivă prin raportare la motivele invocate.

... apreciază că, în situaţia de faţă, excluderea sa din procedura de atribuire, cu motivarea că formularul DUAE al unui subcontractant (care nu avea în cadrul ofertei niciun alt impact în analiza admisibilităţii şi conformităţii), nu a putut fi deschis din raţiuni tehnice, apare ca excesivă, în lipsa solicitării din partea autorităţii contractante a documentelor care să dovcdcască cerinţele pe care ... ar fi trebuit să le îndeplinească.

Se învederează că este criticabilă şi invocarea de către autoritatea contractantă a dispoziţiilor art. 125 din H.G. nr. 395/2016 potrivit cărora riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic. Mai exact, în contradicţie cu dispoziţiile de drept substanţial care reglementează cele doua instituţii avute în vedere de art. 125 din H.G. nr. 395/2016, Comisia de evaluare este de părere că imposibilitatea tehnică în care aceasta s-a aflat la momentul deschiderii ofertei Asocierii şi care a condus la neanalizarea formularului DUAE al ... reprezintă un caz de forţă majoră sau caz fortuit care trebuie pus în sarcina contestatorului.

Contestatorul arată că doctrina şi practica în domeniu se raportează la dispoziţiile dreptului comun, respectiv art. 1351 C. civ., care definește forța majoră și cazul fortuit și învederează că, deşi autoritatea contractantă nu detaliază în cuprinsul comunicării care dintre cele două concepte, ca regulă, exoneratoare de răspundere, sunt incidente în cauză, rezultă că singurul care ar putea fi aplicabil este cazul fortuit pentru reţinerea căruia, însă, este absolut necesară confirmarea din partea debitorului obligaţiei. Mai exact, în ceea ce priveşte imposibilitatea de vizualizare a documentului, aceasta trebuia a priori însuşită de contestatoare şi notificată autorităţii contractante care, la rândul său, ar fi fost în drept să invoce dispoziţiile derogatorii cuprinse în art. 125 din H.G. nr. 395/2016. Or, în speţă, Asocierea, pe lângă împrejurarea că nu are certitudinea celor susţinute de autoritatea contractantă, întrucât nicio dovadă în sensul celor susţinute nu a fost produsă, nu a invocat şi nici nu îşi însuşeşte vreo eroare de transmitere a DUAE de către subcontractantul ...

Contestatorul precizează că a retransmis autorităţii contractante formularul atât în format XML, cât şi în format PDF, ambele fiind respinse de la analiză cu motivări superficiale, aceasta considerând în mod greşit că, în speţă, împrejurarea imposibilităţii tehnice de vizualizare a DUAE se circumscrie unui caz fortuit ce trebuie suportat de către Asociere, context în care se impune anularea comunicării de excludere din procedura de atribuire.

Referitor la refuzul autorităţii contractante de a analiza formularele DUAE retransmise de către Asociere anexat răspunsului la clarificările solicitate în data de 23.07.2018, contestatorul precizează următoarele:

Urmare a clarificărilor ce se impuneau a fi făcute şi comunicate prin solicitarea din 18.07.2018, Asocierea a detaliat etapele tehnice parcurse atât pentru încărcarea documentului, cât şi pentru utilizarea semnăturii electronice.

Dată fiind situaţia expusă prin solicitare, cu privire la care ... nu avea alte mijloace de apărare decât să explice modalităţile în care s-a procedat, fără să aibă garanţia că măsura va fi suficientă pentru remedierea incidentului, pentru o mai mare acurateţe şi dorind să preîntâmpine un rezultat negativ cu ocazia evaluării ofertei sale, a retransmis autorităţii contractante formularul DUAE al ..., editat şi semnat de acesta în data de 18.06.2018, mai exact, acelaşi formular, depus iniţial în format XML şi pe

care Comisia de evaluare nu l-a putut deschide, transpus de această dată în format PDF şi semnat cu semnătură electronică de mandatarul subcontractorului ..., dl. ..., precum şi acelaşi formular DUAE al ..., editat în 18.06.2018, în format XML, semnat de această dată numai cu semnătura electronică a d-lui ..., mandatar al subcontractorului.

Se precizează că, indiferent de formatul în care a fost retransmis şi indiferent de semnătura care apare pe documente, acestea au acelaşi conţinut, astfel încât nu se poate susţine că prin luarea în considerare a oricăruia dintre formularele DUAE transmise ca urmare a solicitării, s-ar fi încălcat principiul tratamentului egal al operatorilor economici ofertanţi în procedura de atribuire.

... învederează că nu putea anticipa împrejurarea că autoritatea contractantă nu va putea accesa formularul DUAE în format XML, astfel încât acesta să fie depus şi în format PDF.

Contestatorul subliniază maniera tendenţioasă în care autoritatea contractantă îşi motivează refuzul, apreciind că formularul DUAE în format PDF a fost transmis voluntar, însă realitatea este că DUAE nu a fost transmis voluntar, ci ca urmare a solicitării ...de a lămuri chestiunea tehnică a imposibilităţii de vizualizare a documentului. Astfel, Asocierea a considerat oportun ca, în ipoteza în care lămuririle nu erau suficiente, să retransmită acelaşi document, cu acelaşi conţinut, astfel încât Comisia de evaluare să poată lua o decizie în ceea ce priveşte oferta, prin analiza tuturor elementelor sale.

... precizează că, în speţă, nu poate fi reţinută încălcarea principiului tratamentului egal al ofertanţilor prin luarea în considerare a formularului DUAE cu extensia PDF, având în vedere că este vorba de retransmiterea aceluiaşi document.

În ceea ce priveşte formularul DUAE transmis în format XML, se învederează că autoritatea contractantă a precizat: *„Fişierul DUAE încărcat în SEAP de către ofertant în urma solicitărilor de clarificări, diferă de cel urcat iniţial în SEAP, înainte de data limită de depunere. Fişierul furnizat comisiei ca răspuns la clarificări, este semnat de dl. ..., reperezentantul împuternicit al asocierii, în data de 20.07.2018, iar fişier ul iniţial depus înainte de data limită a ofertelor a fost semnat electronic de administratorul ..., ..., în data de 18.06.2018. Deşi ambele fişiere au o dimensiune de 177.983 biţi, ele diferă din punct de vedere al conţinutului pentru o serie de linii. Aceste aspecte demonstrează fără putere de tăgadă faptul că ofertantul a furnizat comisiei ca răspuns la solicitarea de clarificări, un alt fişier decât cel depus înainte de data limită de depunere a ofertelor, având alt conţinut şi semnatar diferit”.* Constatările sunt considerate criticabile şi bazate pe simple prezumţii, nedovedite.

Relativ la semnătura care apare pe DUAE, contestatorul precizează că aceasta nu are şi nu poate avea nicio influenţă asupra conţinutului documentului şi nici nu poate conduce la concluzia că o semnătură diferită echivalează cu un document diferit din perspectiva informaţiilor de fond pe care acesta le cuprinde, dovedindu-se, astfel, că şi în acest context,

autoritatea contractantă interpretează excesiv de formal aspecte vizând validitatea DUAE cu privire la care optica celor în drept este ca o sancţiune să intervină în contextul analizei atente a tuturor aspectelor implicate, pentru e evita o disproporţie între situaţia ce se impune a fi sancţionată şi sancţiunea în sine.

Referitor la lipsa semnăturii de pe formularul DUAE, contestatorul invocă seminarul antemenţionat, precizând că reprezentanţii Curţii de Apel Bucureşti şi ai Consiliului au concluzionat în sensul că *„semnătura electronică pe DUAE este o obligaţie pentru orice ofertant, dar lipsa ei trebuie analizată de la caz la caz, funcţie de complexitatea procedurii/ofertei şi de capabilitatea efectivă a celor implicaţi (autorităţi contractante; operatori economici), cel puţin pentru perioada imediată. Respingerea automată a unei astfel de oferte poate fi considerată excesiv de formală; Posibilitatea solicitării de clarificări în legătură cu lipsa unor informaţii din DUAE nu trebuie exclusă, de principiu, ci trebuie analizată în raport cu principiul proporţionalităţii.”*

În ceea ce priveşte aprecierea Comisiei de evaluare privind conţinutul diferit al formularului DUAE în format XML transmis la data de 23.07.2018, faţă de cel comunicat odată cu oferta, tot în format XML, la data de 22.06.2018, contestatorul precizează că este, pe cât de tendenţioasă, pe atât de surprinzătoare deoarece nu înţelege prin ce mijloace a ajuns autoritatea contractantă la această concluzie în condiţiile în care afirmă că formularul DUAE iniţial nu a putut fi deschis. Cu alte cuvinte, întrebarea care se pune este între conţinutul căror documente s-a făcut comparaţia de către Comisia de evaluare, câtă vreme elementul prin raportare la care trebuiau identificate diferenţele a rămas necunoscut.

... arată că toate documentele comunicate au acelaşi conţinut, împrejurare confirmată implicit chiar şi de autoritatea contractantă, care admite că dimensiunea fişierelor este identică, retransmiterea acestora neavând la bază decât raţiuni de prudenţă justificate pe o atitudine proactivă a Asocierii care, faţă de clarificările solicitate, a dorit evitarea unei soluţii de respingere a ofertei sale.

Contestatorul apreciază că soluţia adoptată de autoritatea contractantă prin Comisia de evaluare este una excesivă, dincolo de limitele de interpretare a legii, mai ales în contextul în care Contractul este unul de importanţă majoră pentru sistemul de canalizare a Municipiului Bucureşti, iar raţiunea edictării unor norme speciale în domeniul achiziţiilor publice este aceea de a asigura o concurenţă reală şi corectă între operatorii economici, context în care se impune anularea Comunicării şi obligarea acesteia la analizarea ofertei Asocierii în sensul celor solicitate.

Urmare celor antemenționate, ... solicită admiterea contestațiilor astfel cum au fost formulate. În temeiul dispoziţiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contesrtatorul solicită accesul la dosarul constituit la Consiliu.

Prin adresa nr. 643.1/27.08.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 34913/28.08.2018, ... a transmis punctul de vedere cu privire la cele două contestații (cu conținut identic) depuse de Asocierea ... - ...- ... - ..., prin

liderul de asociere ..., în care autoritatea contractantă precizează următoarele:

Contestaţiile depuse conţin o serie de acuze destul de grave aduse autorităţii contractante, acuze care îşi au originea în faptul că Asocierea nu are încă cunoştinţă de toate demersurile şi eforturile făcute de comisia de evaluare pentru deschiderea DUAE al subcontractantului ...

Se învederează că, la data de 27.06.2018, comisia de evaluare a descărcat şi deschis fişierele încărcate în SEAP de către ofertanţi prin intermediul aplicaţiei specializate de pe site-ul https://ec.europa.eu/ tools/espd/filter?lang=ro. Cu această ocazie, s-a constatat că două fişiere (DUAE ... Lot 1.xml şi DUAE ... Lot 2.xml) nu pot fi deschise, apărând mesajul de eroare *„Fişierul încărcat nu a putut fi citit. Este o cerere sau un răspuns DEAU valabil(ă)?”*.

Autoritatea contractantă precizează că, pentru a elimina riscul unei erori punctuale, s-a încercat deschiderea fişierelor pe toate computerele membrilor comisiei de evaluare şi ale experţilor cooptaţi (11 persoane) şi cu mai multe programe. Cu această ocazie s-a constatat că la încercarea de a deschide fişierele în Word (Microsoft Office) este afişat un mesaj care precizează că documentul nu poate fi deschis din cauza unui caracter invalid, fiind precizate linia şi coloana unde se regăseşte respectivul caracter. După cercetări suplimentare s-a constatat că respectivele caractere invalide sunt caractere neprintabile acolo unde ar fi trebuit să se regăsească diacritice sau alte caractere speciale (ş, ţ, bullet point, etc.) şi apostroful din numele membrului asocierii ... - ....

În încercarea de a stabili cauza care a generat apariţia acestor caractere invalide şi motivul pentru care prezenţa lor nu permite deschiderea fişierelor, comisia de evaluare a solicitat puncte de vedere de la:

- Direcţia Generală Piaţa Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri (structură specializată a Comisiei Europene care gestionează aplicaţia de depunere a DUAE);
- Agenţia pentru Agenda Digitală a României;
- AlfaTrust Certification S.A., furnizorul de servicii de semnătură electronică al ...,

iar din răspunsurile obţinute au rezultat următoarele:

- caracterele în discuţie sunt catalogate drept „invalide” întrucât sunt caractere UNICODE neprintabile ce nu puteau fi corect interpretate de aplicaţia online DEAU;
- caracterele invalide în discuţie sunt introduse în fişiere de către operatorul economic la momentul completării DUAE, cel mai probabil prin preluarea cu copy/paste a unor fragmente de text din alte fişiere;
- numai după înlocuirea manuală a tuturor caracterelor invalide cu unele valide („ş” neprintabil afişat pe ecran ca „E^:” înlocuit cu „ş” printabil, etc.) fişierele pot fi deschise corect pe https://ec.europa.eu/tools/espd/ filter? lang=ro.

Faţă de cele de mai sus şi având în vedere susţinerile contestatorului, autoritatea contractantă face următoarele aprecieri:

1. Consideraţiile introductive ale contestatoarei legate de scopul DEAU în cadrul legislaţiei comunitare şi româneşti sunt interesante dar fără legătură reală cu subiectul în discuţie. Autoritatea contractantă este obligată să respecte legislaţia în vigoare, respectiv să solicite depunerea DEAU în procedurile de achiziţii şi să verifice conţinutul acestuia. Imposibilitatea deschiderii DEAU echivalează cu lipsa acestuia, consecinţa fiind declararea ofertei ca inacceptabilă, practica C.N.S.C. şi a instanţelor fiind în general constantă în acest sens.

2. Art. 196 nu se aplică în speţă întrucât nu au existat informaţii ce necesitau verificări, informaţiile fiind completate într-un DEAU care nu a putut fi deschis.

3. Comisia de evaluare nu poate opera decât cu site-ul https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=ro şi nu are competenţa de a edita conţinutul fişierelor depuse de ofertanţi. Ca atare, chiar dacă a fost descoperită cauza erorii, comisia se afla în imposibilitatea de a face modificările necesare deschiderii fişierelor fără ca prin aceasta să încalce principiile de bază ale legislaţiei achiziţiilor publice.

4. Procedura urmată de comisia de evaluare, pentru deschiderea DUAE, este identică cu cea descrisă în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări transmis de Asociere prin adresa nr. 713/23.07.2018. Mai mult, comisia de evaluare a încercat fără succes deschiderea fişierelor atât pe ramura „autoritate contractantă”, cât şi pe ramura „operator economic”.

5. Comisia nu putea avea în vedere fişierele .xml şi .pdf transmise ulterior datei de deschidere a ofertelor deoarece fişierele iniţiale erau corupte şi deci nu poate exista siguranţa că cele transmise ulterior, la clarificări, sunt identice cu primele. Mai mult, identitatea între fişiere ar fi trebuit să ducă la „identitate de deznodământ”, adică nici fişierele transmise ulterior nu ar fi trebuit să se deschidă. Faptul că s-au deschis demonstrează că o diferenţă între fişiere există, şi cel mai probabil constă în dispariţia caracterelor invalide/neprintabile. Ca atare, comisia nu putea să ia în considerare un DUAE transmis după data de deschidere a ofertelor ştiind că respectivele fişiere diferă de cele depuse în termen.

6. Comisia nu a făcut trimitere la art. 125 din H.G. nr. 395/2016 pentru a încadra situaţia în discuţie ca forţă majoră sau caz fortuit. Toate afirmaţiile contestatoarei pe acest subiect se îndepărtează de la problema de bază. Textul legal afirmă că „riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”. Cu alte cuvinte, toate şi orice riscuri legate de transmiterea ofertei cad în sarcina operatorului economic. Prezenţa forţei majore şi a cazului fortuit în text este doar o subliniere a ideii de „totalitate”, cu scopul de a elimina posibile interpretări şi pentru a nu lăsa cale liberă „situaţiilor de excepţie” ce ar putea fi invocate de operatorii economici. Ca atare, pentru incidenţa dispoziţiilor textului legal nu este

necesară încadrarea unei situaţii particulare ca forţă majoră sau caz fortuit, ci este suficient să se materializeze orice risc legat de transmiterea ofertei.

7. Cu privire la afirmaţia că măsura luată de comisia de evaluare ar fi excesivă raportat la faptul că în discuţie se află DUAE al unui simplu subcontractant, autoritatea contractantă consideră că, în cadrul procedurilor de achiziţie publică nu are posibilitatea de a aplica măsuri graduale, cum probabil ar dori contestatoarea, în funcţie de gravitatea fiecărei situaţii particulare. O ofertă este acceptabilă sau inacceptabilă raportat la conţinutul ei, neexistând variante intermediare.

Faţă de toate cele de mai sus, ... consideră că a acţionat în limitele prevederilor legale în vigoare şi cu deplina respectare a competenţelor comisiei de evaluare.

Prin adresa nr. 5996/05.09.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 36267/05.09.2018, precum și prin adresa nr. 5997/05.09.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 36268/05.09.2018, contestatorul a transmis *„Note scrise”* în urma studierii dosarului cauzei la Consiliu, în care precizează următoarele:

Contestatorul apreciază efortul ...depus pentru clarificarea situaţiei de natură tehnică ivită cu ocazia analizei ofertei sale, dar critică soluţia finală adoptată, respectiv declararea ca inacceptabilă a ofertei, cu atât mai mult cu cât, din înscrisurile analizate nu rezultă o situaţie de fapt care să conducă la aplicarea dispoziţiilor art. 60 alin. (1) din Hotărârea de Guvern nr. 395/2016.

Astfel, prin punctul de vedere transmis de Municipiu în data de 27.08.2018, acesta aduce precizări suplimentare celor menţionate în cuprinsul comunicării nr. 580.1./14.08.2018 şi nr. 583.1./14.08.2018 privind rezultatul parţial al procedurii de atribuire ca urmare a verificării DUAE aferente fiecăruia dintre cele două loturi ale contractului relativ la imposibilitatea de a deschide DUAE aparţinând subcontractantului ..., susţinând că, după încercarea de deschidere a fişierului de către toţi membrii Comisiei de evaluare, a fost afişat un mesaj *„care precizează că documentul nu poate fi deschis din cauza unui caracter invalid, fiind precizate linia şi coloana unde se regăseşte respectivul caracter. După cercetări suplimentare s-a constatat că respectivele caractere invalide sunt caractere neprintabile acolo unde ar fi trebuit să se regăsească diacritice sau alte caractere speciale (ş, ţ, bullet point etc.) şi apostroful din numele asocierii ... - ...”*, rezultând și o posibilă cauză a imposibilităţii de analiză a DUAE ..., constând în aceea că documentul nu a putut fi deschis din cauza faptului că, la completarea acestuia, au fost folosite diacritice şi/sau alte caractere speciale.

Contestatorul precizează că, mergând pe teza caracterelor invalide (furnizată de ..., furnizorul de servicii de semnătură electronică al subcontractorului ..., singurul care, de altfel, a concluzionat în acest sens), în încercarea de a stabili cauza care a generat apariţia acestora, autoritatea contractantă a solicitat puncte de vedere către:

- Direcţia Generală Piaţă Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri, în calitate de structură specializată a Comisiei Europene care gestionează aplicaţia de depunere a DUAE;
- Agenţia pentru Agenda Digitală a României
- ..., furnizorul de servicii de semnătură electronică al ....

Se arată că, urmare a demersurilor efectuate, autoritatea contractantă susţine în punctul de vedere că, din răspunsurile obţinute (ataşate la dosarul achiziţiei) au rezultat următoarele:

- Caracterele în discuţie sunt catalogate drept invalide întrucât sunt caractere UNICODE neprintabile ce nu puteau fi corect interpretate de aplicaţia online DEAU – formulare considerată prezumţioasă, deoarece nicăieri în cuprinsul instrucţiunilor de completare a DUAE puse la dispoziţie de Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice nu se menţionează interdicţia de a folosi diacritice la editarea textului;
- Caracterele invalide în discuţie sunt introduse în fişiere de către operatorul economic la momentul completării DUAE, cel mai probabil prin preluarea cu copy/paste a unor fragmente de text din alte fişiere – formulare considerată inexactă de către Asociere, care precizează că nu a folosit diacritice în completarea DUAE, astfel cum rezultă din înscrisurile anexate, ci dimpotrivă, acestea au fost folosite de către autoritatea contractantă la completarea informațiilor din partea generală a formularului;
- Numai după înlocuirea manuală a tuturor caracterelor invalide cu unele valide („ş” neprintabile afişa pe ecran ca „E” înlocuit cu „ş” printabil, etc.) fişierele pot fi deschise corect pe https://tools/espd/niter?lang=ro – se înţelege, din exprimare, că autoritatea contractantă a reuşit, în cele din urmă, să vizualizeze formularul DUAE, dar a ales să nu îl aibă în vedere cu ocazia evaluării.

Contestatorul subliniază că niciuna dintre concluziile menţionate de autoritatea contractantă nu este susţinută probatoriu şi, nu în ultimul rând, nu îi poate fi imputată Asocierii.

Referitor la acţiunile întreprinse de ... în sensul celor de mai sus, contestatorul precizează următoarele:

La filele 199 - 235 din volumul 7 al dosarului achiziţiei se regăsesc adresele transmise de autoritatea contractantă către entităţile menţionate la punctul 1, mai exact:

a) În ceea ce priveşte solicitarea de clarificări adresata AADR, la data de 18.07.2018, prin adresa nr. 425.1., autoritatea contractantă a prezentat AADR problema cu care se confruntă în analiza DUAE ... şi a solicitat ca aceasta să clarifice dacă imposibilitatea de accesare a fişierului este cauzată de „o eroare a unui sistem informatic sau o incompatibilitate între două sisteme informatice” sau de „o eroare umană a ofertantului”. Totodată, în aceeaşi adresă, autoritatea contractantă menţionează că solicitările de clarificări au în vedere practica unitară a Consiliului şi a instanţelor în acord cu care Comisia de Evaluare trebuie să facă diligențele necesare pentru stabilirea cauzelor care au generat problema semnalată.

Răspunsul a fost comunicat ...prin e-mail, la data de 03.08.2018, în cuprinsul acestuia AADR menţionând următoarele:

„Ca urmare a solicitării dumneavoastră transmise către SEAP, vă transmitem faptul că SEAP nu verifică conţinutul şi integritatea documentelor depuse de operatorii economici la procedurile de atribuire.

(...)

Referitor la existența unei erori tehnice SEAP: considerăm că aceasta este exclusă deoarece link-ul pe care se completează DUAE nu aparţine SEAP ci Comisiei Europene".

Contestatorul învederează că, privit singular, răspunsul oferit de AADR nu a este de natură să conducă la ideea că a existat o eroare umană în completarea formularului DUAE şi care să fie imputabilă Asocierii, astfel încât să conducă la declararea ca inacceptabilă a ofertei sale, entitatea comunicând, în realitate, că nu poate verifica integritatea documentelor urcate în SEAP, iar aplicaţia nu aparţine SEAP, ci Comisiei Europene.

b) În ceea ce priveşte solicitarea de clarificări adresată Direcţiei Generale Piaţă Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri, contestatorul arată următoarele:

Având în vedere cele comunicate de AADR, la data de 24.07.2018, prin adresele nr. 446.1, respectiv nr. 447.1 - varianta în limba engleză, autoritatea contractantă a solicitat Direcţiei Generale Piaţă Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri să prezinte un punct de vedere asupra chestiunii vizând imposibilitatea de vizualizare a fişierului DUAE ..., cu aceeaşi cerinţă de a se menţiona în ce măsură poate fi vorba de o eroare a sistemului informatic sau de eroare umană. După o corespondenţă din care rezultă că, iniţial, autoritatea contractantă nu a transmis fişierele în format XML, deşi era singurul format în care fuseseră transmise de Asociere, aceasta a extras din conţinutul fişierelor exact secţiunile care cuprindeau erori, secţiuni care au fost comunicate spre analiză.

Prin corespondenţa electronică din data de 24.07.2018, ora 5.16 PM, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 731 din data de 25.07.2018, Direcţia Generală Piaţă Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri a transmis că fişierele nu pot fi deschise întrucât sunt invalide. În susţinerea celor comunicate, aceasta a menţionat că „pare a fi vorba despre nişte caractere invalide care ar fi cauzat eroarea".

Contestatorul concluzionează că nici răspunsul Direcţiei Generale Piaţă Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri nu este unul care să elucideze problema supusă analizei, întrucât, deşi prin e-mail-ul din data de 24.07.2018, ora 2.33 PM i se solicită să menţioneze în ciar dacă poate fi vorba de eroare umană sau una de sistem informatic, în e-mail-ul de răspuns nu există nicio menţiune în acest sens.

c) În ceea ce priveşte solicitarea de clarificări adresată ..., contestatorul arată următoarele:

Cele comunicate de ..., care este doar furnizorul serviciilor de semnătură electronică al subcontractorului ..., necesită o atenţie sporită în cercetare, fiind singurele care menţionează că acele caractere invalide

existente în document sunt, în realitate, diacriticele folosite la editarea textului.

Astfel, prin adresa nr. 448.1 din data de 24.07.2018, autoritatea contractantă solicită ... următoarele:

„Având în vedere practicile curente al C.N.S.C. şi ale instanţelor, precum şi menţionate mai sus, vă rugăm să ne clarificaţi dacă aceste caractere invalide care fac imposibilă deschiderea fişierului sunt datorate semnăturii electronice a fişierului cu certificatul digital calificat pentru semnătura electronică extinsă, respectiv AlfaSign Qualified S.A.”.

Se învederează că, în mod corect, autoritatea contractantă admite că, dată fiind calitatea de furnizor al serviciilor de semnătură extinsă, singurele clarificări pe care societatea le poate oferi sunt doar subsumate atribuţiilor acesteia, respectiv celor rezultate din deficienţe aferente semnăturii electronice. Drept urmare, acesta este şi motivul pentru care Municipiul nu solicită ... aceleaşi tipuri de clarificări pe care le-a transmis către AADR şi Direcţia Generală Piaţă Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri, în sensul că nu cere să fie identificate erorile de natură tehnică sau umană în completarea DUAE aferent ....

Contestatorul arată că ... comunică două tipuri de informaţii:

• unele privind deficienţe privind semnătura electronică şi singurele care, de altfel, i-au fost solicitate, şi

• unele privind deficienţe de conţinut ale fişierelor DUAE care nu i-au fost solicitate şi pe care nu avea competenţa să le furnizeze, dar pe care, însă, autoritatea contractantă înţelege să le valorifice, acestea fiind la baza soluţiei cuprinse în comunicare.

În ceea ce privește clarificările privind semnătura electronică și care ar putea constitui motivul imposibilităţii de vizualizare a conţinutului formularului DUAE, în data de 25.07.2018, ... a comunicat autorităţii contractante că „soflware-ul de semnare Trust Signer este în conformitate cu legislaţia actuală în vigoare”, prin corespondenţa transmisă în data de 26.07.2018 înţelegând să detalieze răspunsul furnizând informaţii dincolo de obiectul solicitării, mai exact:

„Considerăm că această eroare este datorată de caractere UNICODE neprintabile, care cel mai posibil au apărut prin copy/paste din alte documente. După eliminarea acestora, fişierul a fost corect validat în DUAE”.

Cu alte cuvinte, cu depăşirea competenţelor, dar şi a limitelor cerinţelor adresate de Municipiu, ... afirmă că eroarea se datorează unor caractere neprintabile, anexând în acest sens şi un document de cercetare.

Se arată că, în data de 26.07.2018, autoritatea contractantă revine cu o nouă solicitare către ..., în cuprinsul căreia insistă asupra neclarităţilor vizând semnătura electronică, menţionând următoarele:

„În cadrul clarificărilor ofertantul a menţionat că a semnat documentele cu Trust Signer Viewer 2. Verificările noastre asupra fişierului semnat au fost făcute cu Trust Signer Viewer 3, clickSIGN şi CertDigital.

Puteţi să ne transmiteţi kit-ul de instalare pentru trust Signer Viexver 2 să încercăm să facem şi aceste verificări cu soft-ul menţionat de aplicant ?"

În aceeaşi zi, ... a comunicat autorităţii contractante că soft-ul solicitat este o versiune mai veche a aplicaţiei Trust Signer Viewer şi că nu are nicio influenţă asupra fişierelor în discuţie, oferindu-se să transmită Municipiului documentul DUAE din cuprinsul căruia au fost înlăturate caracterele invalide şi care se putea deschide.

Contestatorul precizează că, în răspuns la cele de mai sus, autoritatea contractantă revine şi insistă asupra solicitării de transmitere a versiunii Trust Signer Viewer 2, menţionând că:

„Ne ajută şi ne este de ajutor punctul de vedere al specialiştilor dumneavoastră.

Totuşi ne-ar trebui versiunea 2 a softului pentru a reface paşii pe care ofertantul i-a menţionat în adresa de clarificare. Încercăm să nu lăsăm la voia întâmplării nicio verificare. Iar dacă documentul DUAE se deschide cu versiunea 2 a softului cu atât mai bine cu cât primăria poate să ia DUAE-ul în considerare dacă poate replica cele menţionate de ofertant cu versiunea 2.

Cum vă spuneam şi telefonic, comisia de evaluare încearcă să afle a cui este culpa deoarece potrivit practicii instanţelor şi a CNSC-ului dacă din motive tehnice ce nu ţin de culpa ofertantului, DUAE nu se deschide, atunci Comisia poate cere retransmiterea lui".

La noul e-mail, ..., prin dl. ..., a transmis ... că, din păcate, nu mai pot furniza alte date decât cele deja exprimate, moment în care corespondenţa dintre cele două părţi ia sfârşit, fără însă ca problema ridicată de autoritatea contractantă să fie elucidată. Mai exact, în ciuda schimbului amplu de mesaje, pe de o parte, nu se poate afirma cu certitudine că imposibilitatea de accesare a fişierelor DUAE aparţinând ... nu a fost cauzată de erori tehnice conexe aplicaţiei aferente semnăturii electronice şi, pe de altă parte, nu a relevat o eroare umană care să fie imputabilă contestatoarei.

Contestatorul precizează că, în ceea ce priveşte clarificările privind conţinutul fişierelor DUAE, acestea reprezintă a doua categorie de informaţii furnizate de ..., de altfel, singura entitate din cele contactate care a putut oferi o explicaţie de ordin tehnic, deşi în afara competenţelor sale. Anexat e-mail-ului din data de 26 iulie 2018, ora 11.37 AM, ... a transmis un document intitulat „Validare fişier semnat" în cuprinsul căruia a susţinut următoarele:

„În opinia noastră, fişierul XML nu a fost corect validat de DEAU/DUAE deoarece conţinea caractere UNICODE neprintabile ce nu puteau fi corect interpretate de aplicaţia online DEAU. După eliminarea manuală a acestor caractere neprintabile, fişierul a putut fi corect interpretat".

Se arată că, analizând coroborat Figura 5, intitulată „Caractere neprinlabile din fişierul XML" cu Figura 6 - „Caracterele UNICODE neprintabile au fost înlocuite manual" rezultă că, în situaţia în care imposibilitatea de deschidere a fişierelor a fost cauzată de modalitatea de editare, caracterele care nu au fost recunoscute de aplicaţie s-au aflat în

Partea I a formularelor DUAE, respectiv cea care cuprinde date despre autoritatea contractantă şi procedura de atribuire, cu o descriere sumară a obiectului contractului ce urmează a fi încheiat. Cele susţinute sunt confirmate de ilustraţiile din partea finală a documentului transmis de ... şi care prezintă un print screen al părţii de început a formularului DUAE din care rezultă că acesta a putut fi deschis după eliminarea caracterlor neprintabile.

Contestatorul învederează că, față de împrejurarea prezentată de ... şi însuşită de autoritatea contractantă prin soluţiile adoptate cu privire la ofertele Asocierii depuse pentru fiecare dintre loturile contractului, câteva aspecte se impun a fi subliniate:

Partea de început a oricărui formular DUAE este completată de autoritatea contractantă, iar nu de către operatorul economic participant la procedură. În susţinerea celor afirmate, contestatorul a anexat, cu titlu de exemplu, un extras dintr-un formular DUAE aferent unei alte proceduri de atribuire din care rezultă cu claritate că Partea 1 a acestuia este „precompletată” de către autoritatea contractantă, acestă parte fiind intitulată „Informaţii privind procedura de achiziţii publice şi autoritatea sau entitatea contractantă”, fiind destinată exclusiv acesteia din urmă, participanţii la procedură începând editarea la Partea a II-a destinată operatorului economic. Mai mult, din acelaşi extras depus cu titlu de exemplu rezultă că, în acel caz particular, autoritatea contractantă a procedat la completarea datelor solicitate fără a utiliza diacritice.

Contestatorul arată că partea de început a formularelor DUAE aparţinând ... a fost completată de autoritatea contractantă, aspect care rezultă dintr-un al doilea extras anexat notelor scrise, de această dată din formularul DUAE aparţinând procedurii de atribuire, înainte de completare. Se poate observa că autoritatea contractantă nu numai că procedat la completarea secţiunii aferente descrierii contractului ce urmează a fi atribuit, dar a fost cea care a utilizat şi diacritice în editare.

Se învederează că Asocierea nu a utilizat diacritice în editarea fişierelor ..., împrejurare care, de asemenea, rezultă dincolo de orice dubiu din imaginile de tip print-screen ale fişierelor DUAE aferente fiecărui lot, editate la data de 18.06.2018 şi transmise de către Asociere odată cu ofertele către autoritatea contractantă. Niciunde în cuprinsul documentelor, începând cu Partea a II-a destinată informaţiilor despre operatorul economic, nu se regăsește o scriere cu diacritice care să genereze eroarea tehnică ce a stat la baza imposibilităţii de vizualizare a fişierelor.

Drept urmare, în situaţia în care se acceptă ca veridică teza prezentată de ... şi valorificată de către autoritatea contractantă prin comunicările transmise Asocierii, cu atât mai mult se impune desfiinţarea soluţiilor adoptate, fiind cert că nu poate fi reţinută nicio culpă în sarcina contestatoarei relativ la imposibilitatea de vizualizare a fişierelor de către Comisia de evaluare, Municipiul fiind cel care a completat, utilizând diacritice, partea din documente care a generat eroarea.

Contestatorul concluzionează următoarele:

1) Din niciuna dintre corespondenţele pe care autoritatea contractantă le-a derulat în vederea clarificării imposibilităţii de vizualizare a fişierelor nu rezultă fără echivoc că a existat o eroare umană imputabilă Asocierii care a condus la invalidarea formularelor DUAE.

2) Câtă vreme există o incertitudine, autoritatea contractantă ar fi trebuit, astfel cum ea însăşi arată în e-mailul transmis către ..., fie să solicite retransmiterea DUAE, fie să accepte formularele DUAE retransmise în data de 23.07.2018 având în vedere următoarele:

• formularul DUAE transmis în format PDF, la dala de 23.07.2018, este identic sub toate aspectele cu cel pe care Comisia de evaluare nu l-a putut vizualiza, extensia de formă a documentului nefiind de natură să atragă modificări în cuprinsul acestuia;

• formularul DUAE transmis în formal XML, la dala de 23.07.2018, este acelaşi cu cel editat la data de 18.06.2018, împrejurarea că poartă altă semnătură impunându-se a fi eliminată câtă vreme există împuternicire valabil exprimată şi necontestată;

• luarea în considerare a oricăruia dintre cele două documente nu ar duce la încălcarea principiului tratamentului egal ce trebuie acordat participanţilor la procedura de atribuire întrucât, fiind vorba de acelaşi document cu acelaşi conţinut, nu are loc o modificare a statusului ofertei, dintr-una inacceptabilă într-una admisibilă.

3) Dacă aceste caractere UNICODE neprintabile sunt diacriticele, atunci acestea nu au fost completate de Asociere, ci de autoritatea contractantă în partea introductivă a formularelor DUAE, unde se regăseşte descrierea lucrărilor. Documentul numit „Validare fişier semnat”, transmis de ... şi care se regăseşte la pag. 209 din volumul 7 al dosarului achiziţiei, împreună cu documentele de la paginile 214 și 215 din acelaşi volum demonstrează că utilizarea caracterelor UNICODE nu poate fi imputată contestatoarei. Fişierele au devenit valide după corectarea manuală care s-a făcut pe secţiunea din DUAE completată de autoritatea contractantă.

4) Asocierea a proccdat la editarea formularelor DUAE începând cu Partea a II-a a acestora dedicată informaţiilor despre operatorul economic, fără diacritice, aspect, de asemenea, uşor de observat prin simpla lecturare a documentelor.

5) Toată corespondenţa s-a purtat după primirea răspunsurilor la clarificări transmise de către Asociere, moment la care autoritatea contractantă era în posesia unor formulare DUAE perfect valide pe care, în situaţia în care ar fi acceptat propunerea ..., le-ar fi putut compara cu cele iniţiale obţinute după înlăturarea caracterlor neprintabile. Procedând în acest mod, autoritatea contractantă ar fi înlăturat orice supoziţie privind eventualele diferenţe între fişiere şi, dacă acestea ar fi existat, soluţia de excludere din procedura de atribuire era una dincolo de orice critică.

6) Contestatorul subliniază opinia autorităţii contractante care în toată corespondenţa purtată este în sensul de a identifica vreo eroare umană în completarea formularului DUAE, recunoscând, astfel, practica instanţelor şi a Consiliului în acord cu care numai în atare situaţie poate fi sancţionat

operatorul economic. Mai mult, în cuprinsul e-mail-ului transmis către ..., autoritatea recunoaşte că „dacă din motive tehnice, ce nu ţin de culpa ofertantului, DUAE ne se deschide, atunci Comisia poate cere retransmiterea lui”, alegând totuşi să nu procedeze în sensul celor comunicate.

7) În oricare condiţii, subzistă obligaţia autorităţii contracatnte de a solicita documente justificative din partea Asocierii care să dovedească îndeplinirea condiţiilor menţionate în Fişa de date a procedurii de atribuire.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestaţiilor, anularea comunicărilor privind rezultatul parţial al procedurii de atribuire ca urmare a verificării DUAE şi obligarea autorităţii contractante să ia măsuri de remediere, în sensul analizării ofertei Asocierii cu luarea în considerare a formularelor DUAE depuse de subcontractantul ...

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

... a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Proiectare și execuție lucrări «CL4 – Reabilitarea Casetei și a sistemului său principal de drenare de pe partea stângă a Casetei (în sectoarele ...) – 2 loturi»”*, coduri CPV 45000000-7 – Lucrări de construcții (Rev. 2), 45232452-5 – Lucrări de drenaj (Rev. 2), 45332000-3 – Lucrări de instalații de apă și canalizare și de conducte de evacuare (Rev. 2), 71322000-1 – Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....

Potrivit anunțului de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea totală estimată a contractului de lucrări este de 292.477.357 RON, fără TVA.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale (...)”.*

Având în vedere cele mai sus reţinute şi dispoziţiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea asocierii ... - ...- ... - ... de studiere a dosarului cauzei, aceasta prezentându-se la sedul Consilului și depunând concluzii scrise.

În conformitate cu dispoziţiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluţionare a contestaţiilor se desfăşoară cu respectarea principiilor legalităţii, celerităţii, contradictorialităţii, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecinţă, Consiliul va lua în considerare

apărările şi argumentele aduse de petenţi formulate şi înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Consiliul reține că la procedura în dscuție, asocierea ... - ...- ... - ... a participat cu ofertă la ambele loturi, iar autoritatea contractantă, prin adresele nr. 580.1./14.08.2018 și nr. 583.1./14.08.2018, a comunicat următoarele:

„În urma analizării şi verificării formularelor DUAE prezentate în oferta Asocierii ... - ...- ... şi a documentelor ce o însoţesc, comisia de evaluare a constatat că ofertantul reprezentat de Asocierea S.C. ..., S.C. ...și ... - Compagnie Generale de Travaux d Hydraulique nu aduce nicio probă în susţinerea posibilităţii de deschidere a DUAE ..., cum ar fi capturi de ecran cu etapele parcurse în accesarea electronică a respectivului document, ori altele asemenea şi nu se menţionează modalitatea concretă de urmat de comisie în vederea deschiderii fişierului prin mijoace electronice oficiale / uzuale. Or, este ştiut că cel care face o susţinere trebuie să o dovedească (art. 249 din Codul de procedură civilă), astfel încât, în lipsa probelor evidente că imposibilitatea deschiderii DUAE poate fi imputată autorităţii contractante, culpa și riscul transmiterii ofertei sale reţinându-se în sarcina ofertantului. Aşa cum reiese din prevederea art. 125 din H.G. nr. 395/2016, riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă, înţelegând prin aceasta că riscul e suportat indiferent de forma de vinovăţie, dacă incidenţă în speţă este o situaţie care implică o astfel de latură subiectivă a faptei, ori indiferent dacă intervine un caz de forţă majoră sau un caz fortuit.

În cadrul etapelor parcurse descrise pentru deschiderea DUAE ofertantul menţionează că pe site-ul https://ec.europa.eu/tools/espd se poate urca varianta semnată electronic (.P7S). Administratorul site-ului anterior menţionat, din cadrul Comisiei Europene - Direcţia Generală Piaţa internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri, a precizat în mod clar că platforma https://ec.europa.eu/tools/espd permite doar încărcarea fişierelor de tip DUAE cu terminaţia .XML în vederea vizualizării conţinutului.

Este important de observat decizia C.N.S.C. nr. B02017_2813, pagina 35, disponibilă la adresa de internet http://portal.cnsc.ro/sivadoc/ download.aspx?docUID = MTYzZDA3YTktMWU4M COOMWYxLWIzMTct QDM4MTYzMDZiOGZI&pdfa1 = ZmFsc2U = &filename = Qk8vMDE3Xzl 4MTMucGRm&action=aW5saW5l din care citǎm „Aşadar, din cele redate anterior, reiese fără putere de tăgadă că singura modalitate de vizualizare a DUAE de către autoritatea contractantă se realizează prin utilizarea serviciului dedicat disponibil pe adresa accesarea linkului https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter" în care se precizează în mod clar şi fără echivoc că vizualizarea informaţiilor din cadrul DUAE în format .XML trebuie făcută de membrii comisiei de evaluare doar prin intermediul site-ului h ttps://ec.europa.eu/orowth/ tools~databases/espd/filter. Totodată, se arată că „AGENŢIA PENTRU AGENDA DIGITALĂ A ROMÂNIEI nu a indicat o anumită modalitate tehnică de vizualizare a DUAE depuse de ofertanţi în cadrul unei proceduri, pe care autoritatea contractantă ar fi fost obligată să o utilizeze (browser de internet sau programul Microsoft Word sau Notepad, cum susţin contestatorii Asocierea ... - ... şi...)." Fişierul DUAE încărcat în SEAP de către ofertant în urma solicitărilor de clarificări, diferă de cel urcat iniţial în SEAP, înainte de data limită de depunere. Fişierul furnizat comisiei ca răspuns la clarificări, este semnat de Cătălin Bichir, reprezentantul împuternicit al asocierii, în data de 20.07.2018, iar fişierul iniţial depus înainte de data limită a ofertelor a fost semnat electronic de administratorul ..., ..., în data de 18.06.2018. Deşi ambele fişiere au o dimensiune de 177.983 biţi, ele diferă din punct de vedere al conţinutului pentru o serie de linii. Aceste aspecte demonstrează fără putere de tăgadă faptul că ofertantul a furnizat comisiei ca răspuns la solicitarea de clarificări, un alt fişier decât cel depus înainte de data limită de depunere a ofertelor, având alt conţinut şi semnatar diferit.

Eliminarea erorilor de redactare ar conduce la modificarea ofertei depusă de asociere prin tranformarea acesteia dintr-o oferta inacceptabilă într-una admisibilă, contrar prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat). În conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, în condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentara de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă;

De asemenea, reţinem prevederile art. 60 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, 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.

Comisia de evaluare nu poate accepta varianta în format .PDF transmisă voluntar de ofertant în cadrul răspunsului la solicitările de clarificări, întrucât această diligență se putea realiza până la data limită de depunere a ofertelor, opţiunea fiind clar permisă de autoritatea contractantă prin precizarea expresă din Fişa de date a achiziţiei Secţiunea IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei: „Înainte de depunerea ofertei în SEAP, operatorii economici vor depune toate diligențele pentru asigurarea accesibilității și funcționalității pentru toate componentele acesteia (DUAE in format .xml/.odf. propunerea tehnică, propunerea financiară, garanţia de participare) pentru a facilita accesul comisiei de evaluare la ofertă, în integralitatea ei." Acceptarea de către comisie a unei astfel de conduite, ar reprezenta o încălcare a principiului tratamentului egal stipulat în art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, iar Comisia de evaluare nu are atribuții de intervenție/modificare ale documentelor ofertei şi totodată nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate, să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant, întrucât niciun alt ofertant nu se află într-o situaţie similară, conform prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. La data limită de depunere a ofertelor, toţi ceilalţi ofertanţi au depus DUAE completate corespunzător, care au putut fi accesate şi vizualizate de către comisia de evaluare.

Nedeschiderea DUAE (Documentul Unic de Achiziţie European) este asimilată cu lipsa unei părţi componente a ofertei la data limită de depunere a ofertei şi prin urmare oferta Asocierii ... - ...- ... va fi respinsă ca inacceptabilă, conform art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 cu modificările şi completările aplicabile la momentul iniţierii prezentei proceduri de atribuire.

La această dată, comisia nu poate solicita înlocuirea subcontractantului a cărui DUAE nu se deschide, chiar dacă asocierea din care acest subcontractant face parte nu se bazează pe experienţa sa similară privind capacitatea tehnică şi/sau profesională, DUAE având rolul de a declara pe propria răspundere că nu se află în condiţiile de excludere impuse de art. 164, 165 și 167 din Lege. O decizie în acest sens se regăseste în jurisprudența C.N.S.C., având nr. B02017_3617.

Relevante în prezenta speţă sunt următoarele prevederi legale:

- art. 60 din H.G. nr. 395/2016:

„(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.

(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. 123 din H.G. nr. 395/2016:

„(2) Operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfăşoară prin intermediul SEAP.

(3) Documentele prevăzute la alin. (2) se semnează cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, reprezentând documente originale."

- art. 125 din H.G. nr 395/2016:

„Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă."

- art. 215 din Legea nr. 98/2016:

„(4) Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, precum şi cerinţele de calificare şi selecţie prevăzute în documentele achiziţiei.”

Reţinem cerinţele fişei de date de la capitolul cap. III.2.1 .a), faţă de care nici un ofertant nu a formulat obiecţii înainte de data limita de depunere a ofertelor: „Notă: Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor/ cerinţelor de calificare ofertanţii vor demonstra îndeplinirea cerinţelor prin completarea DUAE cu informaţiile aferente. DUAE se va încarcă în SEAP cu semnătură electronică extinsă. DUAE va fi completat obligatoriu de către toți ofertanții/candidații (inclusiv pentru Asociați/terți sustinători/ subcontractanți) ca primă dovadă a neîncadrării în situaţiile de excludere și a îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea.

Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susţinător nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute de art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice
1. neîncadrarea în situațiile prevăzute de dispoziţiile art. 164 din Legea nr. 98/2016 - pentru Ofertant/ofertant asociat/terțul susținător/subcontractant
2. neîncadrarea în situațiile prevăzute de dispoziţiile art. 165 din Legea nr. 98/2016 - pentru Ofertant/ofertant asociat/terțul susținător/subcontractant
3. neîncadrarea în situațiile prevăzute de dispoziţiile art. 167 din Legea nr. 98/2016 - pentru Ofertant/ofertant asociat/terțul susținător/subcontractant
4. neîncadrarea în situațiile prevăzute de dispoziţiile art. 59 și 60 (conflict de interese) din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea de îndeplinire: se completează DUAE. Ofertanţii, terții susţinători și subcontractorii nu trebuie să se afle în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Nedepunerea DUAE odată cu oferta (inclusiv pentru asociat/subcontractant/terț susţinător dacă e cazul) atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă."

De asemenea, reţinem cerinţele fişei de date de la cap. IV.4.3) Modul de prezentare ai ofertei faţă de care nici un ofertant nu a formulat obiecţii înainte de data limită de depunere a ofertelor: „1. Înainte de depunerea ofertei în SEAP, operatorii economici vor depune toate diligențele pentru asigurarea accesibilităţii și funcționalității pentru toate componentele acesteia (DUAE în format.xml/.pdf, propunerea tehnică, propunerea financiară, garanţia de participare) pentru a facilita accesul comisiei de evaluare la ofertă, în integralitatea ei. Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră, cad în sarcina operatorului economic."

Încercarea de a vizualiza conţinutul fişierului „DUAE ... Lot 1.xml" s-a realizat de către toţi membrii comisiei, în mod individual, asupra documentelor încărcate de Asocierea S.C. ..., S.C. ...și ... - ..., în SEAP, înainte de data limită de depunere a ofertelor, conform paşilor indicaţi de ofertant în răspunsul la solicitarea de clarificări. Comisia de evaluare a decis, în unanimitate că, în conformitate cu dispoziţiile art. 60 alin. (1) şi art. 125 din H.G. nr. 395/2016, culpa depunerii unui DUAE care nu poate fi vizualizat, cade în sarcina ofertantului şi, prin urmare, a considerat că oferta nu a inclus la data limită de depunere a ofertelor componenta DUAE, document obligatoriu, solicitat în Cap. III.2.1.a) din fişa de date a achiziţiei.

Comisia de evaluare a fost în imposibilitatea accesării fişierului „DUAE ... Lot l.xml.p7s", pe care ofertantul l-a încărcat în SEAP înainte de data limită de depunere a ofertelor. După desemnarea electronică cu un program software dedicat decriptării specific furnizorului de semnătură extinsă (aferentă fişierului, având extensia .P7S), DUAE nu a putut fi vizualizat pe site-ul dedicat https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=ro, fiind afişat următorul mesaj de eroare: „Fişierul încărcat nu a putut fi citit Este un răspuns DEAU valabil?" sau pe ramura operatorilor economici: „Fişierul încărcat nu a putut fi citit Este o cerere sau un răspuns DEAU valabil(ă)?".

Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare decide, în unanimitate, că oferta Asocierii S.C. ..., S.C. ...și ... - ... este respinsă ca fiind inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) şi 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare coroborat cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare."

Întrucât criticile formulate sunt identice pentru cele două loturi și motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de asocierea ... - ...- ... - ... sunt identice, Consiliul va anzaliza în mod unitar contestațiile formulate.

Din actele dosarului reiese că există postat în SEAP de către asocierea ... - ...- ... - ... două fișiere - DUAE *... Lot 1.xml şi DUAE ... Lot 2.xml,* fișiere pe care autoritatea pretinde că nu a putut să le acceseze. S-a adăugat că membrii comisiei *nu puteau avea în vedere fişierele .xml şi .pdf transmise ulterior datei de deschidere a ofertelor pentru simplul motiv că fişierele iniţiale erau corupte şi deci nu poate exista siguranţa că cele transmise ulterior, la clarificări, sunt identice cu primele.*

De partea cealaltă, contestatoarea, susține că în mod eronat achizitoarea a respins oferta depusă de acesta, asocierea menționează că *formularul DUAE, în format PDF retransmis în data de 23.07.2018 este acelaşi cu cel editat în data de 18.06.2018, el purtând semnătura*

administratorului ... şi fiind încarcat în SEAP cu semnătura electronică a dlui. ..., în calitate de mandatar al subcontractorului".

Așadar problema care se impune a fi dezlegată de Consiliu vizează aspecte cu privire la modul în care asocierea ofertantă a depus formularul DUAE și dacă achizitoarea a putut vizualiza formularele încărcate de asocierea în cauză.

Se are în vedere că pe parcursul derulării procesului de evaluare, cu adresele nr. 423.1/18.07.2018 și nr. 424.1/18.07.2018, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului clarificări pentru cele două loturi, astfel:

„În urma analizei şi verificării DUAE din cadrul ofertei dumneavoastră, în conformitate cu prevederile art. 209 alin.(1) din Legea 98/2016, privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, respectiv ale art. 133, alin (1) şi (2) si ale art. 134 alin. (1) si (3) din H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/ acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, comisia de evaluare a decis să vă solicite următoarele clarificări/completări:

Secţiunea din Fişa de date a achiziţiei	*Lider /Asociat Terţ /Subcontractant*	*Solicitări de clarificări*
Fisa de date a » achiziţiei, Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională	*Membrul asocierii: ...- ...*	*Vă solicităm să prezentaţi un DUAE revizuit în care să precizaţi în Partea IV: Criteriile de selecţie la capitolul C: Capacitatea tehnică şi profesională în partea de Descriere: lucrările executate strict/exclusiv asupra colectorului în corespondenţă cu cerinţa nr. 1 din Fisa de date - secţiunea III.2.3.a, respectiv "lucrări de reabilitare structurala, ce includ cel puţin lucrări de consolidare, etanşeizare, lucrări de proiecţie a suprafeţelor din beton".*
Secţiunea III.2.1.a) Situaţia personală a Ofertantului	*Subcontractant ...*	*Vă solicităm retransmiterea Formularului nr. 16 - Declaraţie privind neîncadrarea în situaţia prevăzută la art. 59 din Legea 98/2016, completat conform anunţului erată nr. 127638/13.06.2018.*
Secţiunea III.2.1.a) Situaţia personală a Ofertantului	*Subcontractant ...*	*Vă solicităm retransmiterea Formularului nr. 16 - Declaraţie privind neîncadrarea în situaţia prevăzută la art. 59 din Legea 98/2016, completat conform anunţului erată nr. 127638/13.06.2018.*

Secţiunea III.2.1.a) Situaţia personală a Ofertantului	*Subcontractant S.C. ... S.A*	*în exercitarea atribuţiilor prevăzute de art. 127, alin. 1 din HG nr. 395/2016, cu modificările şi completările în vigoare la momentul iniţierii procedurii de atribuire, comisia de evaluarea a fost în imposibilitatea accesării Fişierului „DUAE ... Lot 1.xml.p7s" pe care l-aţi încărcat în SEAP. După descărcarea din încapsularea .P7S, cu un program software dedicat semnăturii electronice extinse (Trust Signer Viewer 3.2 - din suita folosită la semnarea fişierului), DUAE nu a putut fi vizualizat/accesat pe site-ul https://ec.europa.eu/tools/esDd/filter?lanq=ro, fiind afişat următorul mesaj de eroare: „Fişierul încărcat nu a putut fi citit.*
		Este o cerere sau un răspuns DEAU valabil(ă)?". în conformitate cu prevederile art. 193-195 din Legea nr.98/2016 şi în baza Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică/sectoriale emisă de ANAP (http://anap.qov.ro/web/wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdf), vă
		solicităm să clarificaţi aspectul anterior menţionat şi să ne prezentaţi etapele parcurse în accesarea electronică a documentului, încărcat de dvs, în SEAP înainte de data depunerii ofertelor, inclusiv programele informatice utilizate.

Răspunsul dumneavoastră şi documentele cu rol de clarificare a aspectelor semnalate mai sus, vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă bazate pe un certificat calificat emis de un furnizor acreditat de servicii de certificare şi vor fi încărcate în SEAP până la data de luni, 23.07.2018."

Asocierea ... - ...- ... - ... a răspuns prin adresele nr. 712/23.07.2018 și 713/23.07.2018, precizând următoarele:

„Referitor la solicitarea dumneavoastră privind membrul asocierii ...-... vă transmitem ataşat DUAE revizuit, precum și documentele doveditoare.

Referitor la solicitarea dumneavoastră privind subcontractantul ... va transmitem ataşat Formularul nr. 16 solicitat, completat conform anunţului erată nr. 127638/13.06.2018.

Referitor la solicitarea dumneavoastră privind subcontractantul ... vă transmitem ataşat Formularul nr. 16 solicitat, completat conform anunţului erată nr. 127638/13.06.2018.

Referitor la solicitarea dumneavoastră privind subcontractantul S.C. ... vă comunicăm următoarele:

- După completarea DUAE, s-a trecut la salvarea acestuia prin accesarea comenzii «Exporta» și alegerea opţiunii «Save as». Documentul a fost salvat atât în format «PDF» cât și în format «xml».

Ambele fişiere «PDF» și «xml» au fost semnate cu semnătură electronică, parcurgându-se următoarele etape:

etapa 1 - Se deschide programul dedicat semnăturii electronice,

etapa 2 - Se importă fişierul din locaţia în care a fost salvat,

etapa 3 - Se dă click pe semnătură electronică și apare fereastra cu certificatul digital cu numele persoanei împuternicite să semneze

etapa 4 - Se dă din nou click pe semnătură electronică și în fereastra care apare se introduce codul pin

etapa 5 - click pe tasta OK

etapa 6 - apare mesajul „documentul a fost semnat cu succes”.

Facem precizarea că documentul «xml» a fost semnat cu programul Trust Signer Viewer 2.

Mai jos vă prezentăm etapele parcurse în accesarea electronică a documentului încărcat

etapa 1 - https://ec.europa.eu/tools/espd

etapa 2 - alegem opţiunea: română

etapa 3 - bifăm opţiunea: sunt un operator economic

etapa 4 - bifăm opţiunea: importaţi DEAU

etapa 5 - încărcăm fişierul DUAE ... Lot 1.xml.p7s.

Vă rugăm deasemenea să regăsiţi ataşat documentul în format «pdf» semnat cu semnătură electronică înainte de data depunerii ofertelor”.

Răspunsul furnizat de asocierea contestatoare a fost analizat de membrii comisiei de evaluare în cadrul ședinței din 14.08.2018 fiind elaborat Procesul-verbal nr. 89/14.08.2018, în cadrul căruia s-au menționat următoarele, în referire la ofertele depuse de asocierea S.C. ...-S.C. ... S.R.L.-...-...:

”(...)

Fişierul DUAE încărcat în SEAP de către ofertant în urma solicitărilor de clarificări, diferă de cel urcat iniţial în SEAP, înainte de data limită de depunere. Fişierul furnizat comisiei ca răspuns la clarificări, este semnat de Cătălin Bichir, reprezentantul împuternicit al asocierii, în data de 20.07.2018, iar fişierul iniţial depus înainte de data limită a ofertelor a fost semnat electronic de administratorul ..., ..., în data de 18.06.2018. Deşi ambele fişiere au o dimensiune de fix 177.983 biţi ele diferă din punct de vedere al seriei de linii aşa cum se poate observa în tabelul de mai jos. Aceste aspecte demonstrează fără putere de tăgadă faptul că ofertantul a furnizat comisiei ca răspuns la solicitarea de clarificări, un alt fişier decât cel depus înainte de data limită de depunere a ofertelor, având alt conţinut şi semnatar diferit.”

(...)

Încercarea de a vizualiza conţinutului fişierelor "DUAE ... Lot 1.xml" şi "DUAE ... Lot 2.xml s-a realizat de către toţi membrii comisiei, în mod individual, asupra documentelor încărcate de Asocierea SC ... SRL, SC ... SRL si ... - ..., în SEAP, înainte de data limită de depunere a ofertelor, conform paşilor indicaţi de ofertant în răspunsul la solicitarea de clarificări. Comisia de evaluare a decis, în unanimitate că, în conformitate cu dispoziţiile art. 60 alin. (1) şi art. 125 din HG nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare, culpa depunerii unui DUAE pentru ... SA care nu poate fi vizualizat, cade în sarcina ofertantului şi, prin urmare, a considerat că oferta asocierii nu a inclus la data limită de depunere a ofertelor componenta DUAE pentru subcontractantul ... SA, document obligatoriu, solicitat in Cap. Ill.2.1.a) din fişa de date a achiziţiei. Ccvnisia de evaluare a fost în imposibilitatea accesării fişierelor „DUAE ... Lot 1.xml.p7â respectiv „DUAE ... Lot 2.xml.p7s", pe care ofertantul le-a încărcat în SEAP înainte d^ data limită de depunere a ofertelor. După desemnarea electronică cu un program software dedicat decriptării specific furnizorului de semnătură extinsă (aferentă fişierului, având extensia .P7S), DUAE nu a putut fi vizualizat pe site-ul dedicat https://ec. e uropa.e u/to ol s/e sp d/filter ?!ana =ro, fiind afişat următorul mesaj de eroare: „Fişierul încărcat nu a putut fi citit Este un răspuns DEAU valabil?" sau pe ramura operatorilor economici: „Fişierul încărcat nu a putut fi citit Este o cerere sau un răspuns DEAU valabil(ă)?". Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare decide, în unanimitate, că oferta Asocierii SC ... SRL, SC ... SRL si ... - ... va fi respinsă ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare coroborat cu art. 215 alin. (Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare, pentru ambele loturi.*

Având în vedere cele de mai sus, în urma analizei documentelor DUAE şi documentele suport ataşate de ofertanţi pentru ambele loturi precum şi răspunsurile la clarificări transmise de ofertanţi, Comisia de evaluare a hotărât următoarele: Lot 1

Asocierea SC ... SA - ... RO SRL - oferta admisibilă în faza de verificare DUAE.

... S.A. - ofertă admisibilă în faza de verificare DUAE.

Asocierea SC ... SRL, SC ... SRL si ... - ... - ofertă respinsă ca fiind inacceptabilă în faza de verificare DUAE în temeiul prevederilor art. 137 alin. (2) Ut. b) şi k) din HG nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare."

Sunt important de reținut în soluționare mențiunile din cadrul documentației de atribuire vizavi de modul de depunere al DUAE-ului, respectiv:

- *I*II.2.1 .a)Situatia personala a candidatului sau ofertantului:

"Nota: Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor/ cerinţelor de calificare ofertanţii vor demonstra îndeplinirea cerinţelor prin completarea DUAE cu informaţiile aferente.

DUAE se va incarca in SEAP cu semnătură electronica extinsa. DUAE va fi completat obligatoriu de către toti ofertantii/candidatii (inclusiv pentru Asociati/terti sustinatori/subcontractanti) ca prima dovada a neincadrarii in situaţiile de excludere si a indeplinirii cerinţelor privind capacitatea.

Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul susţinător nu trebuie sa se regaseasca in situaţiile prevăzute de art. art.164, 165, 167 din Legea nr.98/2016 privind achiziţiile publice

1. neincadrarea in situaţiile prevăzute de dispoziţiile art.164 din Legea nr.98/2016 - pentru Ofertant/ofertant asociat/tertul sustinator/subcontractant;

2. neincadrarea in situaţiile prevăzute de dispoziţiile art.165 din Legea nr. 98/2016 - pentru Ofertant/ofertant asociat/tertul sustinator/subcontractant;

3. neincadrarea in situaţiile prevăzute de dispoziţiile art. 167 din Legea nr. 98/2016 - pentru Ofertant/ofertant asociat/tertul sustinator/subcontractant;

4. neincadrarea in situaţiile prevăzute de dispoziţiile art.59 si 60 (conflict de interese) din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea de îndeplinire: se completează DUAE. Ofertanţii, tertii susţinători si subcontractorii nu trebuie sa se afle in situaţiile de excludere prevăzute la art.164, 165, 167 din Legea nr.98/2016. ***Nedepunerea DUAE odata cu oferta (inclusiv pentru asociat/subcontractant/ tert susţinător daca e cazul) atrage respingerea acesteia ca inacceptabila."***

- IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei :

"Oferta trebuie sa contina urmatoarele documente, completate în mod corespunzator:

(i) Documente care insotesc oferta:

- Împuternicire (de ofertare/participare cu oferta) (Formular nr.1, Capitol 0, Sectiunea 2)

- Garantia de participare (Formular nr.2, Capitol 0, Sectiunea2)

(ii) Pentru participarea la procedura, cu privire la sectiunea III.2) Conditii de participare, ofertantii prezinta DUAE (Document Unic de Achizitii

European) completat in conformitate cu SECTIUNEA a 8-a din Legea nr.98/2016. ***Pentru generarea DUAE ofertantul va accesa https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter si va urma intructiunile din Notificarea ANAP nr. 240/2016.*** *Inainte de a fi declarat castigator, sau dupa caz – pe parcursul evaluarii, la cererea autoritatii contractante, ofertantul clasat pe primul loc va prezenta toate documentele suport actualizate solicitate prin FDA si asumate prin DUAE.*

(...).

Note:

1. Inainte de depunerea ofertei in SEAP, ***operatorii economici vor depune toate diligentele pentru asigurarea accesibilitatii si functionalitatii pentru toate componentele acesteia (DUAE in format.xml/.pdf, propunerea tehnica, propunerea financiara, garantia de participare) pentru a facilita accesul comisiei de evaluare la oferta, in integralitatea ei. Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forta majora, cad în sarcina operatorului economic.***

(...)"

Potrivit Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, DUAE reprezintă o declarație pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție (elaborat pe baza unui formular standard aprobat de Comisia Europeană), dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritate în conformitate cu prevederile legii amintite.

Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 dispun, în cazul procedurilor de licitație deschisă și a celor simplificate [art. 104 alin. (1)], la art. 65:

(1) Comisia de evaluare **analizează DUAE** în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege.

(2) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

(3) În urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și (2), autoritatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalți faptul că se trece la faza următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. IV secțiunea a 13-a din Lege.

(4) Comisia de evaluare are obligația, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și (2), să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanților respinși, să deschidă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum și să acorde un termen de răspuns.

Relevante, din punctul de vedere al etapizării evaluării, sunt și următoarele prevederi:

-art. 60 din H.G. nr. 395/2016:

,,{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.

(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. 123 din H.G. nr. 395/2016:

„(2) Operatorul economic depune oferta, DUAE, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfăşoară prin intermediul SEAP.

(3) Documentele prevăzute la alin. (2) se semnează cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, reprezentând documente originale."

- art. 125 din H.G. nr. 395/2016:

„Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă."

Art. 132. - (1) În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte **prin analizarea conținutului DUAE**.

-art. 133. din H.G. nr. 395/2016:

(1) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

(3) Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Lege.”

- art. 215 din Legea nr. 98/2016:

„(4) Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, precum şi cerinţele de calificare şi selecţie prevăzute în documentele achiziţiei.”

Din economia celor mai sus reținute, reiese importanța pe care legiuitorul a acordat o modulului de elaborare a DUAE-ului și modalității de transmitere a acestuia.

Se are în vedere că achizitoarea a pus la dispoziția operatorilor economici toate informațiile vizavi de modalitatea de încărcare a DUAE-ului, potrivit dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016: *”Autoritatea contracatntă are obigația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorlor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”*

În speță este de reținut că urmare a încercării deschiderii fișierelor în cauză de către Consiliu (atât pe ramura autoritate contractantă cât și pe ramura operator economic) DUAE-urile aparținând ... - ...- ... - ... încărcate în SEAP (DUAE *... Lot 1.xml şi DUAE ... Lot 2.xml)*, nu au putut fi accesate pentru a fi vizualizat conținutul lor, mesajul de eroare afișat a fost: *„Fișierul încărcat nu a putut fi citit. Este o cerere sau un răspuns DEAU valabil(ă)?”.*

În aceeași direcție sunt și mențiunile achizitoarei din punctul de vedere formulat:

”La data de 27.06.2018 comisia de evaluare a purces la descărcarea şi deschiderea fişierelor încărcate în SEAP de către ofertanţi prin intermediul aplicaţiei specializate de pe site-ul https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=ro. Cu această ocazie s-a constatat că două fişiere (DUAE ... Lot l.xml şi DUAE ... Lot 2.xml) nu pot fi deschise, apărând mesajul de eroare „Fişierul încărcat nu a putut fi citit. Este o cerere sau un răspuns DEAU valabil(ă)?".

Pentru a elimina riscul unei erori punctuale, s-a încercat deschiderea fişierelor pe toate computerele membrilor comisiei de evaluare şi ale experţilor cooptaţi (11 persoane) şi cu mai multe programe. Cu această ocazie s-a constatat că la încercarea de a deschide fişierele în Word {Microsoft Office) este afişat un mesaj care precizează că documentul nu poate fi deschis din cauza unui caracter invalid, fiind precizate linia şi coloana unde se regăseşte respectivul caracter.

După cercetări suplimentare s-a constatat că respectivele caractere invalide sunt caractere neprintabile acolo unde ar fi trebuit să se regăsească diacritice sau alte caractere speciale (ş, ţ, bullet point, etc.) şi apostroful din numele membrului asocierii ... - ....”

Se are în vedere că achizitoarea a avut un rol activ și a solicitat puncte de vedere următoarelor instituții abilitate care pot furniza informații:

- Direcţia Generală Piaţa Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri (structură specializată a Comisiei Europene care gestionează aplicaţia de depunere a DUAE);
- Agenţia pentru Agenda Digitală a României;
- AlfaTrust Certification SA, furnizorul de servicii de semnătură electronică al ...,

Corespondența amintită se regăsește la dosarul achiziţiei, vol. 7, filele 197-235.

Din răspunsurile obţinute ataşate la dosarul achiziţiei, la filele amintite au rezultat următoarele aspecte, astfel cum rezultă din concluziile comisiei de evaluare consemnate în cadrul Procesului-verbal de evaluare nr. 989/14.08.2018:

”Prin adresa nr. 425.1/18.07.2018 a fost solicitat punct de vedere cu privire la fişierele DUAE încarcate de SC ... SA de la Agenţia pentru Agenda Digitală a României (AADR). Comisia de evaluare a făcut o revenire la adresa din data de 18.07.2018 înregistrată la PMB cu nr. 505.1/01.08.2018 prin care se cere urgentarea redactări punctului de vedere al AADR. Echipa SEAP din cadrul AADR a transmis un răspuns în data de 03.08.2018, înregistrat în data de 06.08.2018 la DGAP cu nr. 813, cu următorul conţinut: "Ca urmare a solicitării dumneavoastra va transmitem faptul ca SEAP nu verifica continutul sau integritatea documentelor ataşate de către operatorii economici la procedurile de atribuire. Precizam ca, dupa logarea in sistem, operatorii economici sunt informaţi in ceea ce priveşte completarea răspunsului la DUAE. De altfel, sistemul pune la dispoziţia utilizatorilor si versiunea DEMO prin intermediul careia pot simula acţiuni de raspuns/atasare a DUAE. Dorim sa precizam ca este exclusa existenta unei erori tehnice a SEAP deoarece linkul prin intermediul caruia care se completeaza informaţiile DUAE aparţine Comisiei Europene nicidecum SEAP.".

Prin adresa nr. 446.1/24.07.2018 (varianta în limba română), respectiv nr. 447.1/24.07.2018 (varianta în limba engleză) a fost solicitat un punct de vedere cu privire la fişierele DUA* încărcate de SC ... SA de la Direcţia Generală Piaţa Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri din cadrul Comisiei Europene, institutia pe site-ul căreia se completează si de unde sunt descărcate de operatori fişierele .XML sau .PDF cu informaţiile din DUAE.

Echipa ESPD (European Single Procurement Document) care se ocupă de suportul aplicaţiei pentru DUAE din cadrul Direcţiei Generală Piaţa Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri a Comisiei Europene a răspuns în 2 rânduri:

- în primul răspuns înregistrat la DGAP cu nr. 730/25.07.2018 la încărcarea fişierelor cu terminaţia .P7S pentru DUAE ... pe ambele loturi se răspunde că "Numai fişiere .XML valabile pot fi încărcate pe site-ul ESPD. Fişierele pe care le-aţi ataşat nu sunt fişiere XML.". După retransmiterea fişierelor scoase din încapsularea .P7S aşa cum au fost ele încărcate în SEAP înainte de data limită de depunere a ofertelor, deci în format .XML, s-a primit clarificarea: "Nu putem încărca ambele fişiere pe site-ul ESPD, ceea ce înseamnă că acestea sunt probabil deteriorate.";
- în al doilea răspuns înregistrat la DGAP cu nr. 731/25.07.2018, primit în urma solicitării comisiei de evaluare a unei verificări mai atente/aprofundate a probelor puse la dispoziţia echipei ESPD din cadrul DG GROW, în conţinutul căreia s-a solicitat un punct de vedere cu privire la cauzele CARE AU GENERAT nedeschiderea DUAE a subcontractantului ..., se răspunde: "Fişierele XML nu sunt complete, prin urmare nu sunt valide şi nu pot fi importate. Se pare că există unele caractere nevalide care ar fi putut provoca o eroare atunci când au fost generate".

Prin adresa nr. 448.1/24.07.2018 a fost solicitat punct de vedere cu privire la fişierele DUAE încarcate de SC ... SA de la AlfaTrust Certification SA, compania/furnizorul acreditat de servicii de certificare privind semnătură electronică utilizată de SC ... SA.

Alfatrust Certification SA răspunde în trei rânduri astfel:

- în primul răspuns înregistrat la DGAP cu nr. 742/25.07.2018: "Putem confirma faptul că software-ul de semnare Trust Signer este în conformitate cu legislaţia actuală în vigoare... Formatul semnăturii electronice trebuie să corespundă prevederilor legale în domeniu - PKCS#7 Standard de sintaxă al mesajelor criptate";
- în al doilea răspuns înregistrat la DGAP cu nr. 749/26.07.2018 Alfatrust Certification SA revine cu 2 documente printre care o adresă de răspuns de o pagină semnată electronic) şi un alt document în format PDF de 8 pagini, de asemenea, semnat electronic. Documentul de 8 pagini conţine explicaţii şi capturi de ecran precum şi opinia experţilor companiei de certificare: "în opinia noastră, fişierul .XML nu a fost corect validat în DEAU/DUAE deoarece conţinea caractere UNICODE neprintabile, ce nu puteau fi corect interpretate de aplicaţia online DEAU. Dupa eliminarea manuala a acestor caractere neprintabile, fişierul .XML a putut fi corect interpretat. Probabil acele caractere s-au propagat prin copy-paste din alte documente spefice activităţi." în adresa de răspuns se concluzionează:

"1. Semnatarul documentelor transmise - ... - a dispus de un certificat digital calificat VALID in momentul semnării documentelor; o 2. imposibilitatea deschiderii fişierului mentionat nu este datorata de semnarea electronica cu certificatul digital calificat pentru semnătură electronica extinsa emis de AlfaSign Qualified CA. o 3. Va atasatam acestei adrese opinia noastra - Validare Fişier Semnat DUAE.".

- în al treilea răspuns înregistrat la DGAP cu nr. 783/01.08.2018 Alfatrust Certification SA i răspunde la încercarea comisiei de a obţine versiunea 2 a softului (menţionată de ofertant în clarificări) folosit de către ... SA pentru semnarea DUAE-urilor pe cele 2 J loturi, astfel: "Indiferent de verisiunea de soft care a efectuat semnarea la dumneavoastra a ajuns un document semnat electronic corect cu un certificat digital calificat valid. V-am transmis de asemenea si opinia noastra vizavi de cauza imposibilităţii deschiderii acelui document si inclusiv rezultatele utilizării aplicaţiei dezvoltata de competitorii noştri.".

Comisia de Evaluare reţine că ofertantul reprezentat de Asocierea SC ACVATOT SRL, SC DIMAR SRL si ... - Compagriie Generale de Travaux d Hydraulique nu aduce nicio probă în susţinerea posibilităţii de deschidere a DUAE ..., cum ar fi capturi de ecran cu etapele parcurse în accesarea electronică a respectivului document, ori altele asemenea şi nu se menţionează modalitatea concretă. Or, este ştiut că cel care face o susţinere trebuie să o dovedească (art. 249 din Codul de procedură civilă), astfel încât, în lipsa probelor evidente din partea ofertantului imposibilitatea deschiderii DUAE nu poate fi imputată autorităţii contractante, şi se reţine în sarcina ofertantului riscul transmiterii ofertei sale. Aşa cum reiese din prevederea art. 125 din HG nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare, riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă, înţelegând prin aceasta că riscul e suportat indiferent de forma de vinovăţie, dacă incidenţă în speţă este o situaţie care implică o astfel de latură subiectivă a faptei, ori indiferent dacă intervine un caz de forţă majoră sau un caz fortuit, în cadrul etapelor parcurse descrise pentru deschiderea DUAE ofertantul menţionează că pe site-ul https://ec.europa.eu/tools/espd se poate urca varianta semnată electronic (P7S). Administratorul site-lui anterior menţionat, din cadrul Comisiei Europene -Direcţia Generală Piaţa Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri, a precizat în mod clar că

platforma https://ec.europa.eu/tools/espd permite doar încărcarea fişierelor de tip DUAE cu terminaţia .XML în vederea vizualizării conţinutului (a se vedea răspunsul DG GROW-ESPD al Comisiei Europene, înregistrat cu nr. 730/25.07.2018 şi ataşat prezentei)."

Din economia celor menționate în cadrul analizei efectuate și consemnate în cadrul procesului–verbal și a tuturor informațiilor furnizate de instituțiile mai sus amintite urmare a demersurilor achizitoarei, rezultă următoarele aspecte care au condus la imposibilitatea vizualizării DUAE-urilor:

- caracterele în discuţie sunt catalogate drept *„invalide*" întrucât sunt caractere UNICODE neprintabile ce nu puteau fi corect interpretate de aplicaţia online DEAU;
- caracterele invalide în discuţie sunt introduse în fişiere de către operatorul economic la momentul completării DUAE, cel mai probabil prin preluarea cu copy/paste a unor fragmente de text din alte fişiere;
- numai după înlocuirea manuală a tuturor caracterelor invalide cu unele valide („ş" neprintabil afişat pe ecran ca „E?:" înlocuit cu „ş" printabil, etc.) fişierele pot fi deschise corect pe *https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter*

Urmare a analizării informațiilor furnizate de cele trei instituții la solicitările adresate, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertelor depuse de asocierea S.C. ... - S.C. ...- ... - ... pentru cele 2 loturi, motivat de următoarele aspecte:

"Eliminarea erorilor de redactare ar conduce la modificarea ofertei depusă de asociere prin tranformarea acesteia dintr-o oferta inacceptabilă într-una admisibilă, contrar prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat). în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, în condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă:

De asemenea, reţinem prevederile art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016, 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

(...)

Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare decide, în unanimitate, că oferta Asocierii S.C. ..., S.C. ...și ... - ... este respinsă ca fiind inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) şi 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare coroborat cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare."

Consiliul se aliniază la opinia achizitoarei vizavi de motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertelor depuse de asocierea S.C. ...,

S.C. ...și ... - ... pentru cele 2 loturi, respectiv imposibilitatea accesării conținutului DUAE-urilor.

În stabilirea acestei finalități, argumentul decisiv adus de Consiliu vizează faptul că achizitoarea nu a putut vizualiza fișierele conținând DUAE-urile amintite, aspect confirmat si de Direcţia Generală Piaţa Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM-uri (structură specializată a Comisiei Europene care gestionează aplicaţia de depunere a DUAE), care cu ocazia solicitărilor adresate de autoritatea contractantă în referire la imposibilitatea vizualizării DUAE –urilor a furnizat următorul răspuns (se are în vedere că achizitoarea a derulat o corespondență destul de amplă cu această instituție) în data de 24.07.2018. ora 5.16 PM, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 731 din data de 25.07.2018, aspect reținut și de autoarea contestațiilor, cu ocazia formulării Notelor scrise (în urma studiului dosarului achiziției) respectiv:

”Direcţia Generală Piaţă Internă, Industrie, Antreprenoriat şi IMM - uri a transmis că în susţinerea celor comunicate, aceasta a menţionat că fişierele nu pot fi deschise întrucât sunt invalide „pare a fi vorba despre nişte caractere invalide care ar fi cauzat eroarea" {n.n. traducere din limba engleză a e-mail ului aflat la pagina 218 din volumul 7 al dosarului de achiziţie).”

Agenția pentru Agenda Digitală a României, prin e-mail, la data de 03.08.2018 a furnizat următorul răspuns:

"Ca urmare a solicitării dumneavoastra va transmitem faptul ca SEAP nu verifica continutul sau integritatea documentelor ataşate de către operatorii economici la procedurile de atribuire. Precizam ca, dupa logarea in sistem, operatorii economici sunt informaţi in ceea ce priveşte completarea răspunsului la DUAE. De altfel, sistemul pune la dispoziţia utilizatorilor si versiunea DEMO prin intermediul careia pot simula acţiuni de raspuns/atasare a DUAE. Dorim sa precizam ca este exclusa existenta unei erori tehnice a SEAP deoarece linkul prin intermediul caruia care se completeaza informaţiile DUAE aparţine Comisiei Europene nicidecum SEAP.".

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

În speță, DUAE pentru subcontractul nominalizat pentru cele două loturi era și este deopotrivă de important în etapa de evaluare preliminară a îndeplinirii cerințelor de calificare. Pentru numeroase cerințe de calificare autoritatea a menționat, ca modalitate de demonstrare a îndeplinirii,

obligativitatea completării DUAE de către fiecare dintre operatorii economici și subcontractanții nominalizați, îndeplinire care nu poate fi verificată în privința asocierii din cauză că DUAE-urile subontractantului nominalizat ... pentru cele 2 loturi, nu au putut fi deschise.

Argumentul adus de achizitoarea în favoarea respingerii ofertelor depuse de S.C. ..., S.C. ...și ... - ... constă în aceea că, *comisia de evaluare nu poate opera decât cu site-ul https: //ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter şi nu are competenţa de a edita conţinutul fişierelor depuse de ofertanţi. Ca atare, chiar dacă a fost descoperită cauza erorii, comisia se afla în imposibilitatea de a face modificările necesare deschiderii fişierelor fără ca prin aceasta să încalce principiile de bază ale legislaţiei achiziţiilor publice.*

Consiliul reține că achizitarea a menționat în cadrul fișei de date, așa cum a fost mai sus reținut că: *"Pentru generarea DUAE ofertantul va accesa https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter si va urma intructiunile din Notificarea ANAP nr. 240/2016."*

Notificarea ANAP nr. 240/2016 menționează modul de utlizare DUAE atât de autoriățile contractante, cât și de operatorii economici fiind relevante următoarele aspecte:

DUAE (Document Unic de Achizitiet European) este un instrument care facilitează participarea operatorilor economici la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale și reduce sarcinile administrative pentru autoritățile/entitățile contractante, fiind instituit la nivelul Uniunii Europene prin Regulamentul C.E. nr. 7/2016. Conform legislației naționale (Legea nr. 98/2016 și Legea nr. 99/2016), acesta este obligatoriu a fi utilizat atât de către autoritățile contractante/entitățile contractante, cât și de către operatorii economici participanți la procedurile de atribuire (în funcție de calitatea pe care o au în respectiva procedură de atribuire – candidat, ofertant, terț susținător, subcontractant) începând cu intrarea in vigoare a acesteia.

Versiunea electronică a DUAE (eDUAE) este pusă la dispoziție ca și formular on-line de către Comisia Europeană, la adresa de internet dedicată - https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter.

(...)

Serviciul dedicat, pus la dispozitie de Comisia Europenă, permite autorităților/entităților contractante să creeze un DUAE în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/sectorial (sau să reutilizeze un model folosit în cadrul unei achiziții precedente), iar operatorilor economici interesați de participarea la respectiva procedură de atribuire să completeze informațiile solicitate."

În cadrul documentului amintit sunt specificate toate etapele aferente elaborării și descărcării unui DUAE.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul constată că prin înlocuirea erorilor de redactare care constau în înlocuirea manuală a tuturor caracterelor invalide cu unele valide, se încalcă prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (*Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin*

clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat).

Potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, în condiţiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:

(...)

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă:

De asemenea, sunt incidente și prevederile art. 60 alin. (1) din H..G nr. 395/2016, potrivit cărora *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.*

Având de soluționat o cauză asemănătoare, în Decizia nr. 735/C3/812/06.04.2017, Consiliul a consemnat următoarele aspecte:

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

Având în vedere aspectele mai sus evocate, Consiliul constată că susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate. Astfel, Consiliul apreciază ca relevante în speță susținerile administratorului platformei electronice SEAP, Agenția pentru Agenda Digitală a României, care arată, în adresa de răspuns la solicitările CNSC, referitor la cele 6 documente prezentate/depuse de operatorul economic SC [...] SRL că: *conținutul acestora nu poate fi vizionat*, ceea ce este în deplină concordanță cu constatările comisiei de evaluare, din cuprinsul punctului de vedere la contestație.

Chiar dacă în adresa nr. 3861810.03.2017, de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a menționat, ca motiv al respingerii ofertei depuse de SC [...] SRL, că documentele ofertei nu au fost depuse sub semnătură electronică extinsă ci în format pdf, important este faptul că aceste documente nu au putut fi vizualizate nici de specialiștii din cadrul Agenției pentru Agenda Digitală a României, administrator al platformei electronice SEAP, motivarea fiind aceeași cu cea primită de autoritatea contractantă, respectiv că: „Adobe Acrobat Reader could not open … because it is either not a supported file type or because the file has been damaged (for example, it was sent as an email attachament and wasn't correctly decoded)".

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

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

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

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

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

Practic, reclamanta își invocă propria culpă, constând în lipsa de diligență manifestată pe parcursul derulării procedurii de atribuire. Nimic nu a oprit asocierea în discuție să verifice integritatea fișierelor amintite și să încarce în SEAP, înaintea datei-limită, alte fișiere DUAE care să poată fi deschise. De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției:

- Deciziile nr. 2427 din 30 septembrie 2015 și nr. 881 din 26 mai 2016 (particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- Decizia nr. 691 din 13 iunie 2016 (Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă din moment ce autoritatea contractantă trebuie să se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare.), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Similar, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în Decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora. Și decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus – *„Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia.”*

Fiind pusă în situația de a nu putea vizualiza conținutul DUAE aparținând subcontractantului ... S.R.L. pentru cele două loturi, comisia de evaluare nu a putut să își îndeplinească atribuția prescrisă de art. 132 alin. (1) din normele amintite mai sus, conform căreia: *„În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor*

criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE."

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

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

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

Curtea de apel apreciază, similar autorității contractante și Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor, că **operatorul economic este chemat să își asume riscul transmiterii ofertei sale și că imposibilitatea deschiderii documentelor încărcate în SEAP în vederea vizualizării și evaluării de către autoritatea contractantă poate fi asimilată situației în care oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia**."

Susținerile autoarei contestațiilor, vizavi de faptul că:

- *formularul DUAE transmis în format PDF, la dala de 23.07.2018, este identic sub toate aspectele cu cel pe care Comisia de Evaluare nu l-a putut vizualiza, extensia de formă a documentului nefiind de natură să atragă modificări în cuprinsul acestuia;*
- *formularul DUAE transmis în formal XML, la dala de 23.07.2018, este acelaşi cu cel editat la data de 18.06.2018, împrejurarea că poartă altă semnătură impunându- se a fi eliminată câtă vreme există împuternicire valabil exprimată şi necontestată; şi*
- *luarea în considerare a oricăruia dintre cele două documente nu ar duce la încălcarea principiului tratamentului egal ce trebuie acordat participanţilor la Procedura de Atribuire întrucât, fiind vorba de acelaşi document cu acelaşi conţinut, nu are loc o modificare a statusului ofertei, dintr-una inacceptabilă într-una admisibilă,*

nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare. În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere că în prezenta cauză, achizitoarea a făcut o analiză comparativă între DUAE-ul inițial care a fost deschis urmare a înlocuirii manuale a tuturor caracterelor invalide cu unele valide și DUAE-ul transmis la solicitarea de clarificare, în format*«pdf»* și a identificat neconcordanțe între aceste două documente.

Explicațiile achizitoarei vizavi de analiza efectuată vizează faptul că *"Comisia nu putea avea în vedere fişierele .xml şi .pdf transmise ulterior datei de deschidere a ofertelor pentru simplul motiv că fişierele iniţiale erau corupte şi deci nu poate exista siguranţa că cele transmise ulterior, la clarificări, sunt identice cu primele. Mai mult, este de domeniul evidenţei că identitatea între fişiere ar fi trebuit să ducă la „identitate de deznodământ",*

adică nici fişierele transmise ulterior nu ar fi trebuit să se deschidă. Faptul că s-au deschis demonstrează că o diferenţă între fişiere există, şi cel mai probabil constă în dispariţia caracterelor invalide/neprintabile. Ca atare, comisia nu putea să ia în considerare un DUAE transmis după data de deschidere a ofertelor ştiind că respectivele fişiere diferă de cele depuse în termen (a se vedea comparaţia fişierelor făcută de Comisia de Evaluare în procesul verbal 89/14.08.2018, Voi. 8, pagina 42-44).”

Important în soluționare este faptul că asocierea nici cu ocazia răspunsului la clarificarea solicitată nu a putut proba faptul că fișierele inițial încărcate în SEAP pot fi deschise. Este evident că asocierea nu poate posta în SEAP alte DUAE-uri, ulterior momentului limită de depunere a ofertelor, sens în care dispune și art. 60 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare*.” Nici art. 209 din Legea nr. 98/2016 și nici art. 134 și 135 din normele Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 nu pot fi interpretate în sensul derogării de la art. 60 alin. (1), respectiv pentru a permite ofertanților să prezinte DUAE ulterior datei și orei-limită fixate în anunțul de participare.

În ceea ce privește raționamentul conturat de autoarea contestațiilor potrivit căruia nu poate fi reţinută nicio culpă în sarcina contestatoare relativ la imposibilitatea de vizualizare a fişierelor de către comisia de evaluare, autoritatea contractantă fiind cea care a completat, utilizând diacritice, partea din documente care a generat eroarea, asocierea menționează că nu a utilizat diacritice în editarea fişierelor ..., nu va fi reținut de Consiliul în soluționare din considerentele prezentate în continuare.

Dacă existau obiecţiuni vizavi de modul în care achizitoarea a completat, astfel cum susține autoarea contestațiilor - *partea de început a formularelor DUAE a fost completată de autoritatea contractantă cu diacritice* (asocierea nu a folosit diacritice) operatorii economici trebuiau să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aştepte rezultatul procedurii pentru a îi reclama nelegalitatea. Prin întocmirea şi depunerea propriei oferte în baza documentaţiei primite de la autoritate, petenta a acceptat tacit şi a dat eficienţă tuturor clauzelor din respectiva documentaţie, inclusiv a celor referitoare la competarea DUAE, iar invocarea la această dată a nelegalităţii respingerii ofertei depuse (motivat de imosibilitatea vizualizării DUAE) evidenţiază o conduită procesuală greșită din partea ofertantei, fundamentată pe neexercitarea dreptului de a ataca prin contestaţie actele considerate nelegale.

Pasivitatea ofertantului contestator în aşteptarea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, care în fapt echivalează cu atitudinea culpabilă a acesteia, nu poate justifica iniţierea acum a unui demers judiciar pentru criticarea modului în care autoritatea contractantă a completat partea de început a DUE-ului. Nu este permis ca, ofertantul să rămână în expectativă pe durata intervalului cuprins între data punerii la dispoziție de

achizitoare a DUAE-ului şi data comunicării rezultatului procedurii, iar după aflarea rezultatului să reclame nelegalitatea utilizării diacriticilor de autoritatea contractantă în partea din documente care a generat eroarea.

Aşadar, raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării aspectului mai sus amintit.

Astfel fiind, Consiliul determină că în mod legal autoritatea achizitoare a respins oferta asocierii ... - ...- ... - ..., neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea Procesul-verbal nr. 89/14.08.2018 cu privire la verificarea DUAE prin care au fost respinse ofertele asocierii contestatoare și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse de asocierea ... - ...- ... - ... pentru cele două loturi.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de asocierea ... - ...- ... - ..., în contradictoriu cu ....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondate contestațiile formulate de către asocierea ... - ...- ... - ..., prin liderul de asociere ..., reprezentată convențional prin ... - Societate civilă de avocaţi, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

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

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 39 (treizecișinouă) file.