CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ..../C../....
Data: ...

Prin contestația nr. 1226/24.10.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 45149/25.10.2017, formulată de SC ... SRL, cu sediul social în municipiul ..., având CUI RO ... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... - administrator, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresele nr. 7898/13.10.2017 (lot 1) și nr. 7899/13.10.2017 (lot 2), emise de autoritatea contractantă, ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii simplificate online - într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, divizat pe loturi, având ca obiect „Execuție lucrări pentru investiția Modernizarea rețelei de apă și extinderea rețelei de apă uzată în ... Lot 1 - Extinderea rețelei de canalizare a localității ..., ... Lot 2 - Reabilitarea rețelei de alimentare cu apă a localității ..., ...”, s-a solicitat Consiliului:

- admiterea, în tot, a contestației, așa cum a fost formulată;
- anularea adreselor de comunicare a rezultatului procedurii nr. 7898/13.10.2017 (lot 1) și nr. 7899/13.10.2017 (lot 2);
- anularea deciziei prin care oferta depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă;
- obligarea autorității contractante să accepte, ca măsură de remediere, retransmiterea DUAE al asociatului SC ... SRL, astfel cum acesta a fost comunicat în cadrul răspunsului de clarificare nr. 274/29.03.2017, pentru lot 1, și răspunsului de clarificare nr. 275/29.03.2017, pentru lot 2;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa primirii de către aceasta a răspunsului de clarificare nr. 274/29.03.2017, pentru lot 1, și răspunsului de

clarificare nr. 275/29.03.2017, pentru lot 2, în ceea ce privește verificarea admisibilității ofertei depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... SRL.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, critică rezultatul procedurii de atribuire, respectiv faptul că oferta sa a fost declarată inadmisibilă, apreciind ca netemeinică și nelegală decizia autorității contractante, motivat de:

1. Lipsa una dintre cele două componente, invocând-se prevederile art. 137 alin. (2) lit. k), prin raportare la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, având în vedere:

- obligația oricărui operator economic 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, făcând-se trimitere la prevederile art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016 ;

- depunerea unui DUAE care nu a putut fi vizualizat și punerea în sarcina asocierii a suportării riscurilor transmiterii ofertei, incluzând forța majoră și cazul fortuit, prin invocarea prevederilor art. 125 din HG nr. 395/2016;

- neluarea în considerare a răspunsului la clarificare nr. 274/29.03.2017 și a răspunsului la clarificare nr. 275/29.03.2017, întrucât *„ar reprezenta o încălcare a principiului tratamentului egal enunțat în cadrul art. 2 alin. (2) lit. b) din cadrul Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice”,* iar autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat, întrucât niciun alt ofertant nu se afla într-o situație similară, invocând-se prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

2. Clarificările/completările transmise de asociere prin răspunsul la clarificare nr. 274/29.03.2017 și răspunsul la clarificare nr. 275/29.03.2017 nu sunt concludente, invocând-se prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Cu privire la primul motiv invocat în motivarea respingerii ofertei sale, contestatoarea arată că asocierea al cărei lider este a depus, până la data și ora-limită de depunere a ofertelor, prevăzute în anunțul de participare, atât propunerea financiară, cât și propunerea tehnică, precum și formularele DUAE pentru ambii membri ai asocierii. Prin adresele nr. 7898/13.10.2017 (lot 1) și nr. 7899/13.10.2017 (lot 2), se reține, chiar de către autoritatea

contractantă, că documentele DUAE au fost încărcate în SEAP, ceea ce în mod logic echivalează cu depunerea acestora.

Or, în mod contradictoriu cu cele reținute inițial, comisia de evaluare a decis că oferta este inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016, prin raportare la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, întemeiată, pe răspunsul Agenției pentru Agenda Digitala a României, înregistrat sub nr. 5452/14.07.2017, respectiv: *„urmare a discuțiilor telefonice purtate de dumneavoastră cu unul din operatorii SEAP, a rezultat că documentul DUAE nu se poate deschide. Menționăm că operatorul SEAP nu este în măsura să intervină în conținutul și asupra integrității documentelor depuse în SEAP ”*.

În opinia contestatoarei, eroarea de deschidere a formularului DUAE, pentru membrul asocierii, SC ... SRL, nu poate echivala cu nedepunerea lui, așa cum în mod eronat a reținut comisia de evaluare, motiv pentru care apreciază că au fost respectate atât dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. k), cât cele și art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Privitor la aceste aspecte, contestatoarea susține că din adresa nr. 5263/07.07.2017 și din adresa nr. 5452/14.07.2017, emise de Agenția pentru Agenda Digitală a României, nu rezultă că nedeschiderea DUAE i-ar fi imputabilă, deși, prin adresele contestate, autoritatea contractantă a stabilit, în mod abuziv și nefondat că *„culpa depunerii DUAE care nu poate fi vizualizat este în sarcina Asocierii”*, menționând că și CNSC, prin decizia nr. ..., a făcut trimitere, în considerentele acesteia, asupra importantei stabilirii culpei depunerii unui DUAE care nu a putut fi vizualizat.

Totuși, precizează petenta, comisia de evaluare a decis că riscurile transmiterii ofertei cad în sarcina sa, conform dispozițiilor art. 125 din HG nr. 395/2016, deși prin răspunsul la clarificări nr. 274/29.03.2017 (lot 1) și nr. 275/29.03.2017 (lot1) i s-a adus la cunoștință faptul că, în urma verificărilor, toate variantele DUAE, aferent asociatului SC ... SRL, se deschid (DUAE.xml semnat cu semnătură extinsă, DUAE.xml și DUAE.pdf salvat ulterior completării), retransmițând toate variantele DUAE și sugerându-i acesteia că, pentru deschiderea primelor două variante (DUAE.xml semnat cu semnătură extinsă și DUAE.xml), să urmeze pașii de pe platforma dedicată https://ec.europa.eu/tools/espd.

Astfel, contestatoarea susține că membrii comisiei de evaluare din cadrul autorității contractante fac, așadar, voit sau nu, o confuzie între noțiunea de "culpă", astfel cum aceasta este definită de art. 16 alin. (3) Cod Civil, stabilită în mod arbitrar și abuziv în sarcina sa, cu noțiunea de "risc" (incluzând și forța majoră și cazul fortuit), reglementată de art. 125 din HG nr. 395/2016.

În această situație, contrar opiniei autorității contractante, contestatoarea afirmă că nu este de acord cu punctul de vedere exprimat de către autoritatea contractantă, în sensul că utilizarea DUAE, aferent SC ... SRL, transmis în cadrul răspunsurilor la solicitările de clarificări, nu poate fi acceptat ca o măsură de remediere, motivat de faptul că ar reprezenta o încălcare a principiului tratamentului egal sau că, prin această acceptare, s-ar crea un avantaj evident în favoarea asocierii, deoarece, prin situația de fapt, concretă, se încalcă principiul proporționalității, reglementat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea consideră că răspunsurile la solicitările de clarificări, ca măsuri de remediere, prin retransmiterea DUAE, erau singura soluție pentru a elimina orice dubii ce planau asupra îndeplinirii cerințelor de calificare, stabilite prin fișa de date a achiziției, și prin care avea posibilitatea să demonstreze că nu se încadrează în motivele de excludere, reglementate de Legea nr. 98/2016. în opinia sa, decizia de a respinge oferta, fără a accepta măsurile de remediere, este clar viciată de o eroare de apreciere din partea autorității contractante

În cazul de față, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat, respingând oferta, în loc să opteze pentru o atitudine diligentă, de acceptare a măsurilor de remediere, prin care s-ar fi putut evita adoptarea acestei măsuri disproporționate, în condițiile în care, ca urmare a solicitărilor de clarificări, a retransmis DUAE.

Având în vedere caracterul juridic al DUAE în procesul de evaluare a ofertelor, respectiv de declarația pe proprie răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, nu se poate retine că, prin deschiderea DUAE-urilor transmise în urma solicitărilor de clarificări s-ar fi încălcat principiul tratamentului egal, care presupune aplicarea, în mod nediscriminatoriu, a criteriilor de selecție și de atribuire a contractului de achiziție publică, pentru șanse egale în competiție.

Cu privire la cel de al doilea motiv invocat de autoritatea contractantă în sprijinul declarării inacceptabile a ofertei asocierii, contestatoarea învederează că prin răspunsurile la clarificări nr. 274 (lot 1) și nr. 275 (lot 2) din 29.03.2017, a comunicat autorității contractante faptul că *„presupunem că în momentul decriptării fișierului DUAE de către dv. s-a produs o eroare de salvare drept pentru care v-a apărut Fișierul încărcat nu a putut fi citit. Este un răspuns DEAU valabil? În urma verificării DUAE aferent asociatului nostru SC ... SRL, pentru care ne-ați cerut clarificări, toate variantele se deschid (DUAE.xml semnat cu semnătură extinsă, DUAE.xml și DUAE.PDF salvat ulterior completării). Drept urmare, vă retransmitem toate variantele sus-menționate, iar pentru*

deschiderea primelor două variante se vor urmări pașii pe https://ec.europa.eu/tools/espd".

Contrar punctului de vedere al comisiei de evaluare, faptul că *„informațiile cuprinse în documentul transmis sunt neconcludente, deoarece nu sunt relevante pentru soluționarea erorii semnalate la momentul încărcării DUAE în aplicația https://ec.europa.eu/tools/espdrespectiv nu s-a deschis DUAE"*, contestatoarea apreciază că, din conținutul răspunsurilor de clarificare nr. 274 și nr. 275 din 29.03.2017, rezultă în mod evident că a îndeplinit cerințele din solicitările de clarificări nr. 2323 și nr. 2338 din 27.03.2017, nefiind o altă soluție, decât retransmiterea DUAE.

Prin punctul de vedere nr. 8532/01.11.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 46442/01.11.2017, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, având în vedere următoarele aspecte:

I. În aplicarea deciziei CNSC nr. ..., referitor la ofertantul asocierea SC ... SRL – SC ... SRL, comisia de evaluare a solicitat clarificări Agenției pentru Agenda Digitala a României, în ceea ce privește *„cauza datorită căreia prin accesarea DUAE aferent unui participant la procedură prin intermediul https://ec.europa.eu/tools/espd a apărut eroarea: Fișierul încărcat nu a putut fi citit Este un răspuns DEAU valabil?",* și *„în sarcina cui se poate reține culpa depunerii unui DUAE, care nu poate fi vizualizat?",* răspunsurile acesteia fiind că *„SEAP nu verifică integritatea sau conținutul documentelor încărcate la nivelul procedurii de atribuire în secțiunea Documente de calificare și propunere tehnică. De asemenea SEAP nu verifică dacă documentele au fost sau nu semnate electronic"* și că *„operatorul SEAP nu este în măsura să intervină în conținutul și asupra integrității documentelor depuse în SEAP".*

Astfel, comisia de evaluare a decis, în unanimitate, faptul că, culpa depunerii DUAE care nu poate fi vizualizat, cade în sarcina ofertantului, conform dispozițiilor art. 60 alin. (1) și art. 125 din HG nr. 395/2016, și, drept urmare, a considerat că oferta nu a inclus la data limită de depunere a ofertelor DUAE, document solicitat prin documentația de atribuire, cap. II.2.1.a) din fișa de date a achiziției.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că utilizarea DUAE aferent SC ... SRL, transmis în cadrul răspunsurilor înregistrate cu nr. 2323R și 2338R din 30.03.2017, nu poate fi acceptată ca o măsură de remediere, deoarece ar reprezenta o încălcare a principiului tratamentului egal, enunțat în cadrul art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, și în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (2) din același act normativ, întrucât niciun alt ofertant nu se află într-o situație similară, toți ofertanții

depunând DUAE, la data limită de depunere a ofertelor, care au putut fi accesate și vizualizate de către comisia de evaluare, culpa depunerii DUAE, care nu poate fi vizualizat, cade în sarcina ofertantului.

Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare decide, în unanimitate, că oferta este inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016.

II. Comisia de evaluare a decis în unanimitate că oferta asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, pentru lotul 1 și 2, este inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece, în urma solicitărilor de clarificări nr. 2323 și 2328 din 27.03.2017, de a prezenta modalitatea concretă, respectiv a pașilor de urmat pentru a se putea deschide DUAE aferent SC ... SRL, ofertantul a transmis răspunsurile înregistrate cu nr. 2323R și 2338R din 30.03.32017, însă informațiile cuprinse în acestea sunt neconcludente, nefiind relevante pentru soluționarea erorii semnalate la momentul încărcării DUAE în aplicația https://ec.europa.eu/tools/espd, respectiv nu s-a putut deschide DUAE, respingând-o, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură simplificată online - într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, divizat pe loturi, având ca obiect „Execuție lucrări pentru investiția Modernizarea rețelei de apă și extinderea rețelei de apă uzată în ... Lot 1 - Extinderea rețelei de canalizare a localității ..., ... Lot 2 - Reabilitarea rețelei de alimentare cu apă a localității ..., ...”, Clasificare CPV: 45231300-8 Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. .... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de 5.949.331,44 lei, fără TVA.

În cadrul procedurii s-a emis decizia nr. ..., prin care Consiliul a respins contestațiile formulate de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SA, și decizia nr. ..., prin care s-au admis contestațiile formulate de SC ... SRL și contestația depusă de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, s-au anulat actele autorității contractante privind ofertele contestatoarelor, depuse pentru loturile 1 și 2, Consiliul obligând autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze ofertele contestatoarelor, pentru loturile 1 și 2, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în considerente.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire, în urma punerii în executare a deciziei Consiliului nr. ..., i-a fost comunicată asocierii SC ... SRL – SC ... SRL prin adresele nr. 7898 din 13.10.2017 (lot 1) și nr. 7899 din 13.10.2017 (lot 2), în care se arată că ofertele acestei societăți, depuse pentru loturile 1 și 2, au fost respinse ca inacceptabile, potrivit art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016, pentru motivele evocate în cuprinsul adreselor. Este de menționat că motivele de fapt, pentru care ofertele depuse pentru cele două loturi au fost respinse, sunt aceleași.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

- admiterea, în tot, a contestației, așa cum a fost formulată;
- anularea adreselor de comunicare a rezultatului procedurii nr. 7898/13.10.2017 (lot 1) și nr. 7899/13.10.2017 (lot 2);
- anularea deciziei prin care oferta depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă;
- obligarea autorității contractante să accepte, ca măsură de remediere, retransmiterea DUAE al asociatului SC ... SRL, astfel cum acesta a fost comunicat în cadrul răspunsului de clarificare nr. 274/29.03.2017, pentru lot 1, și răspunsului de clarificare nr. 275/29.03.2017, pentru lot 2;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa primirii de către aceasta a răspunsului de clarificare nr. 274/29.03.2017, pentru lot 1, și răspunsului de clarificare nr. 275/29.03.2017, pentru lot 2, în ceea ce privește verificarea admisibilității ofertei depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... SRL.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge ofertele asocierii menționate, depuse pentru loturile 1 și 2, Consiliul reține că, în motivarea deciziei sale anterioare nr. ..., a stabilit următoarele:

««Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire pentru loturile 1 și 2 i-a fost comunicată asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, prin adresele nr. 3815 din 15.05.2017 (lot 1) și nr. 3814 din 15.05.2017 (lot 2), în care se arată că ofertele acestei asocieri, depuse pentru loturile 1 și 2, au fost respinse ca inacceptabile, în baza art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016. Pe scurt, motivul de respingere a acestor oferte a constat în faptul că DUAE corespunzător membrului de asociere SC ... SRL nu a putut fi deschis, astfel încât autoritatea contractantă a echivalat situația cu aceea a nedepunerii acestui document pentru SC ... SRL. De asemenea, în adresă se arată că DUAE transmis ca urmare a solicitării de clarificări a autorității contractante, nu a putut fi primit spre analiză, deoarece ar fi condus la încălcarea principiului tratamentului egal (consacrat la art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016), deoarece niciun alt ofertant nu s-a aflat într-o situație similară.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SRL, în calitate de lider al Asocierii, a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

- anularea adreselor nr. 3815/15.05.2017 (lot 1) și nr. 3814/15.05.2017 (lot 2), precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora;

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de Asocierea SC ... SRL – SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității ofertei Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL.

În examinarea situației din prezenta speță, Consiliul reține că, prin adresele nr. 2323 din 27.03.2017 (lot 1) și nr. 2338 din 27.03.2017 (lot 2), autoritatea contractantă a cerut asocierii să prezinte modalitatea concretă, respectiv a pașilor de urmat, pentru a se putea deschide DUAE aferent membrului de asociere SC ... SRL, având în vedere că, la accesarea electronică, a apărut eroarea „Fișierul încărcat nu a putut fi citit Este un răspuns DEAU valabil?"

Asocierea a răspuns prin adresele nr. 274 din 29.03.2017 (lot 1) și nr. 275 din 29.03.2017 (lot 2) în care presupune că la momentul decriptării fișierului DUAE s-a produs o eroare de salvare care a condus la apariția mesajului citat de autoritate. Ofertanta mai arată că, în urma verificării DUAE corespunzător SC ... SRL, toate variantele se deschid (DUAE xml semnat cu semnătură extinsă, DUAE xml și DUAE PDF salvat ulterior completării). Drept urmare, arată asocierea în răspuns, transmite autorității toate variantele sus menționate, iar pentru deschiderea primelor două variante arată că sunt de urmat pașii pe https://ec.europa.eu/tools/espd.

Autoritatea contractantă a solicitat clarificări privind situația ivită și SC ... SA, prin adresa nr. 3248 din 27.04.2017, cerând acesteia să îi comunice dacă este posibil ca în momentul decriptării din formatul specific unui document semnat cu semnătură electronic extinsă să se producă o eroare de salvare care să determine apariția erorii „Fișierul încărcata nu a putut fi citit Este un răspuns DEAU valabil?".

SC ... SA a răspuns prin adresa nr. CS1713 din 05.05.2017 arătând că nu deține informații cu privire la mecanismul de criptare specific DUAE și nu deține cunoștințe cu privire la aspectele tehnice prin care ofertantul a efectuat operațiunea de criptare a documentului prin accesarea serviciului on-line dedicat analizării DUAE. În concluzie, SC ... SA arată că nu se poate pronunța asupra erorilor survenite și că nu a identificat ca operațiunea de criptare să fi fost realizată cu aplicații proprietatea ....

Concluzia autorității contractante a fost cea expusă în adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Față de cele prezentate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a încercat să clarifice situația DUAE a membrului de asociere SC ... SRL, prin solicitarea unui punct de vedere din partea SC ... SA. Însă, așa cum rezultă din răspunsul acesteia, s-a adresat unei entități care nu are competențe în verificarea mecanismului de criptare specific DUAE și care, mai mult, nu a fost implicată în operațiunea de criptare, realizată cu o aplicație care nu s-a dovedit a fi proprietatea ....

Drept urmare, văzând că nu a obținut informația care să îi clarifice situația cu care se confruntă, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă avea posibilitatea de a se adresa Agenției pentru Agenda Digitală a României, entitatea care gestionează SEAP și care putea să îi furnizeze informațiile cu privire la utilizarea sistemului de către operatorii economici implicați.

Drept urmare, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă nu a finalizat evaluarea situației DUAE pentru asocierea contestatoare, corespunzătoare loturilor 1 și 2, astfel încât urmează a continua procedurile pentru a se verifica în sarcina cui se poate reține culpa depunerii unui DUAE care nu poate fi vizualizat, atât în format xml, cât și în format pdf.

Cât despre acceptarea sau neacceptarea DUAE-ului depus de ofertantă prin răspunsurile la clarificări, Consiliul stabilește că pronunțarea cu privire la o asemenea posibilitate este prematură, de vreme ce nu s-a stabilit, încă, în sarcina cui cade imposibilitatea vizualizării DUAE în discuție, pentru a se putea stabili dacă depunerea într-o altă modalitate a DUAE reprezintă o măsură de remediere ce poate fi acceptată sau nu.»»

Punând în aplicare decizia Consiliului, autoritatea contractantă a realizat o serie de demersuri către Agenția pentru Agenda Digitală a României (adresa nr. 5208 din 06.07.2017, adresa nr. 5421 din 12.07.2017), către Agenția Națională pentru Achiziții Publice (adresa nr. 6743 din 01.09.2017), corespondență electronică cu cele două autorități, având drept rezultat imposibilitatea stabilirii părții căreia îi aparține culpa în nedeschiderea DUAE al membrului de asociere SC ... SRL.

Relevante în prezenta speță sunt următoarele prevederi legale:

- art. 60 din HG nr. 395/2016:

„(1) Operatorul economic are obligaţia de a transmite oferta și DUAE în format electronic și 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 și numai de către operatorii economici înregistraţi.”

- art. 123 din HG 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 HG 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.”

Verificarea integrității fișierelor încărcate în SEAP cade în responsabilitatea operatorului economic care le-a încărcat, acesta fiind chemat să își asume riscul transmiterii ofertei sale și fiind responsabil pentru impedimentele cauzate de propriile disfuncționalități tehnice. Imposibilitatea deschiderii documentelor, 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 ei.

În acest sens au statuat și Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrative prin decizia nr. ..., Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal prin decizia civilă nr. ....

În această situație, autoritatea contractantă nu poate fi ținută responsabilă pentru lipsa de diligență a ofertantei în postarea în SEAP a DUAE aparținând membrului de asociere SC ... SRL, în condițiile în care legislația corespunzătoare conduce către asumarea, de către ofertant, a modului în care acesta gestionează prezentarea ofertei și a documentelor însoțitoare ale acesteia, cu respectarea condițiilor legale și a celor de desfășurare a procedurii, expuse în documentația de atribuire.

Practic, contestatoarea își invocă propria culpă, constând în lipsa de diligență manifestată pe parcursul derulării procedurii de atribuire, în condițiile în care nimic nu a oprit-o să revină în SEAP și să încarce DUAE, anterior datei limită de depunere a ofertei, într-o manieră care să permită accesarea acestuia de către autoritatea contractantă. De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției:

- deciziile nr. ... și nr. 881 din ... (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 ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. ... (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 ..., Secția de contencios administrativ și fiscal.

Mai mult, Consiliul reține că autoarea contestației nu aduce nicio probă în susținerea posibilității de deschidere a documentului în discuție, cum ar fi capturi de ecran cu etapele parcurse în accesarea electronică a respectivului document, ori altele asemenea. Or, este știut că cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească (art. 249 din Codul de procedură civilă), astfel încât, în lipsa probelor evidente că imposibilitatea deschiderii DUAE poate fi imputată autorității contractante, se reține în sarcina ofertantei riscul transmiterii ofertei sale.

Cât privește susținerea contestatoarei că neacceptarea de către autoritatea contractantă, spre examinare, a DUAE depus în formă tipărită, cu ocazia clarificărilor aduse prin adresele nr. 274 din 29.03.2017 și nr. 275 din 29.03.2017, constituie o încălcare a principiului proporționalității, reglementat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că nu poate fi primită în soluționare, deoarece, așa cum reiese din prevederea art. 125 din HG nr. 395/2016, riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă, înțelegând prin aceasta că riscul e suportat indiferent de forma de vinovăție, dacă incidentă în speță este o situație care implică o astfel de latura subiectivă a faptei, ori indiferent dacă intervine un caz forţă majoră sau un caz fortuit.

În condițiile în care legiuitorul a prevăzut în mod expres că riscurile transmiterii ofertei cad în sarcina operatorului economic, un demers realizat în baza art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 *(„În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei.”),* având ca scop înlăturarea suportării unui astfel de risc, reprezintă o conduită de natură să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, fapt interzis prin prevederea de la 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.").

Astfel fiind, Consiliul determină că, în mod legal, autoritatea achizitoare a respins oferta asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ei.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL.

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

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

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

Redactată în .. exemplare, conține ... pagini.