CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ……../…./……..
Data: ……

Prin contestaţia nr. ……, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ……., formulată de .....SRL în calitate de lider al Asocierii .....SRL – SC .....SRL, cu sediul în sat ....., comuna ....., județul .....și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la Cabinet de ……., ……, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ……., având Cod Unic de Înregistrare 11068613, împotriva comunicării nr. ……., emisă de …… ..... (…….. .....), cu sediul în sat ....., comuna ....., județul ……, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„modernizare drumuri de interes local în comuna ....., județul ……”*, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat anularea comunicării nr. ……/16.07.2017 și a tuturor actelor subsecvente, precum și reevaluarea ofertei sale și declararea acesteia ca admisibilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestația formulată în cauză.

Prin aceasta .....SRL contestă comunicarea nr. ……../26.07.2017 prin care i s-a comunicat că oferta sa a fost respinsă în etapa de evaluare a DUAE.

Autoritatea contractantă a răspuns solicitării Consiliului prin adresa nr. ……/31.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. ……../01.09.2017, în sensul că adresa de e-mail ……nu mai este funcțională, administratorul care

gestinează contul susținând că mesajele și adresa de e-mail nu mai pot fi accesate.

Totodată, autoritatea a menționat că în data de 31.07.2017 nu a primit niciun fax de la numărul de telefon ……. și tehnic nu se mai poate obține raportul de fax aferent numărului ……. Din discuția telefonică cu operatorul de telefonie fixă, a rezultat că nu i se poate transmite un desfășurător al apelurilor primite, motiv pentru care s-a luat măsura solicitării scrise de la furnizorul de servicii telefonice a apelurilor primite în data de 31.07.2017.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

…… ..... (……. .....), în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura simplificată – într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„modernizare drumuri de interes local în comuna ....., județul ……”*, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ……../06.06.2017.

Cercetând cu întâietate, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepţia inadmisibilității contestaţiei în condiţiile în care, la momentul formulării contestației nu s-a făcut dovada notificării autorității contractante în termenul legal, se constată temeinicia acesteia.

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

De asemenea, Consiliul reţine că, potrivit prevederilor art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, *„(1) Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de: (...) b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;*

(...)

(10) Sesizarea Consiliului sau instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă."

Rezultă, aşadar, din prevederile citate, că urmare a primirii adresei nr……../26.07.2017 privind respingerea ofertei sale, contestatoarea a avut un termen legal de cinci zile calculat începând cu data de 26.07.2017, pentru a formula notificarea prealabilă.

Din conţinutul dispoziţiilor legale amintite rezultă că, sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma *„se poate face numai după"*, utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă.

Parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiţie de admisibilitate a contestaţiei.

În prezenta cauză, contestatorul a atașat contestației un mesaj e-mail datat 31 iulie 2017, de la adresa *thomas.iordache@paulopol.ro* la adresa *……* (adresă care se regăsește în anunțul de participare, ca fiind punct de contact al autorității contractante) având ca subiect „Notificare Prealabilă", precum și un raport de fax, cu mențiunea „ok", de la destinatarul numărului de fax *…..* la numărul *……..* (număr care se regăsește în anunțul de participare, ca fiind numărul de fax al autorității contractante), fără însă a atașa vreo confirmare de primire din partea autorității contractante.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a subliniat că nu a primit notificarea prealabilă, invocând faptul că adresa de e-mail *……..* nu mai este funcțională și că nu a primit niciun fax de la numărul ……..

Mai mult, Consiliul constată că punctul de vedere al autorității contractante, în care a subliniat că nu a primit notificarea prealabilă, nu a fost combătut de către .....SRL, deși acesta a fost cunoscut de către societatea contestatoare încă de la data de 23.08.2017, (conform e-mail existent la dosarul cauzei și a cărui primire a fost confirmată de către contestatoare).

În situația descrisă prezintă relevanță dispozițiile art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora *„toate notificările şi actele procedurale se transmit prin poştă, fax şi/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire."* În cauză, contestatoarea nu a reușit să prezinte Consiliului nicio confirmare de primire a notificării, de către autoritatea contractantă, la 31.07.2017. Confirmarea de primire constituie un document pe care îl emite cel care primeşte actul, iar nu cel care îl transmite.

În absența confirmărilor de primire, mesajele e-mail relevate prin capturi de ecran sau rapoartele generate de aparatele fax, constituie cel mult dovezi ale unor încercări de transmitere, și nu confirmări de primire ale mesajelor aferente.

Relevantă, în acest sens, este și decizia civilă nr. …… din 16 ianuarie 2017, în care Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a apreciat că, în cazul transmiterii notificării prealabile prin e-mail, este necesară confirmarea de primire din partea

autorității contractante destinatare, nefiind suficientă prezentarea unei capturi de ecran de către expeditoarea notificării:

La solicitarea Consiliului de a prezenta dovada primirii de către autoritatea contractantă a notificării transmise prin poșta electronică petenta a precizat că a depus, la dosar, dovada transmiterii notificării către autoritatea contractantă, iar în cazul în care aceasta insistă să afirme că nu a primit-o, înțelege să solicite efectuarea unei expertize care să confirme recepționarea corespondenței electronice de către autoritate.

Față de acest răspuns și raportat la dovezile administrate, Consiliul a apreciat că, în cauză, contestatoarea nu a făcut dovada recepționării notificării sale de către autoritatea contractantă, iar captura de ecran din care rezultă că în data de 03.10.2016 a transmis autorității, prin poșta electronică (e-mail), o corespondență având atașată și notificarea în discuție face doar dovada transmiterii în acest mod a respectivei corespondențe, însă nu asigură dovedirea recepționării acesteia de către destinatar.

Cum corect a observat Consiliul, particularitatea corespondenței de orice fel, inclusiv cea electronică, cu confirmare de primire, constă în dovada prezentată de expeditor privind primirea trimiterii de corespondență confirmată în scris de către destinatar. Această concluzie nu poate fi negată cu succes de către petentă, căci textul art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 este clar în această privință, respectiv impune cerința unei transmiteri speciale, și anume cu confirmare de primire: „toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire". Or, este bine-cunoscut faptul că dovada constând în confirmarea de primire este restituită expeditorului actului de procedură care a efectuat transmiterea acestuia către destinatar. Așadar, dacă legea impune efectuarea unei comunicări cu confirmare de primire, atunci este cert că expeditorul actului de procedură are a prezenta atât dovada transmiterii actului, cât și dovada confirmării de primire a respectivului act de către destinatarul său.

Deși apărările petentei au fost centrate în esență pe argumentul că art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 ar prevedea sancțiunea inadmisibilității contestației doar în ipoteza neformulării, netransmiterii, unei notificări prealabile, iar nu și pentru ipoteza în care nu este prezentată dovada confirmării de primire a acestei notificări de către autoritatea contractantă (deși persoana vătămată susține, afirmă, transmiterea notificării), Curtea arată petentei că în construcția argumentației sale juridice aceasta a omis a avea în vedere concluzia unei proceduri de comunicare legal efectuată, îndeplinită. Cu alte cuvinte, ***ceea ce subliniază Curtea este faptul că atunci când norma juridică incidentă pretinde efectuarea unei comunicări a actului de procedură cu confirmare de primire (indiferent de modalitatea de transmitere a actului, poștă, fax, email) atunci procedura de comunicare a actului în cauză este privită ca legal îndeplinită, efectuată, doar atunci când partea ce invocă, susține, efectuarea actului de procedură prezintă atât dovada transmiterii, cât și dovada confirmării de primire a actului de către destinatarul său. În cazul contrar, al neprezentării cumulate a celor două dovezi, concluzia este a neefectuării actului de procedură.*** *Așadar, în cazul petentei, excepția inadmisibilității contestației sale a fost una legală, tocmai pentru că ceea ce a reținut Consiliul a fost lipsa notificării prealabile. Lipsa notificării prealabile din partea petentei, înainte de sesizarea Consiliului cu contestația sa, a fost concluzia organismului jurisdicțional bazată pe probele prezentate de petenta contestatoare, aceasta din urmă nedepunând dovada confirmării de primire solicitată de art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016. Or, în atare situație, concluzia juridică legală este cea a neefectuării actului de procedură, atât timp cât dovezile privind comunicarea legală (dovada transmiterii și dovada confirmării de primire) a acestuia nu au fost prezentate de autorul actului de procedură în discuție.*

Corect a arătat Consiliul și faptul că parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiție de admisibilitate a contestației în fața organului de jurisdicție specială.

De asemenea, există o bogată jurisprudență în sensul că nici raportul fax nu este suficient pentru dovedirea primirii unui document, respectiv nu are valoare de confirmare de primire:

– decizia nr. 278/CA din 10 martie 2008 (prezentare ca dovadă a transmiterii copiei contestației către autoritate a unui raport al aparatului fax. Raportul fax nu face dovada conținutului documentului transmis autorității contractante, în contextul în care autoritatea susține că nu a primit nicio copie a contestației), Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 3842/R din 20 septembrie 2012 (comisia de evaluare este ținută să se asigure că adresele de clarificări pe care le transmite sunt primite de către ofertanți. Raportul aparatului fax are valoare de confirmare de transmitere, nu de primire a adreselor), Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. 2707 din 8 decembrie 2008 (solicitare de clarificare a ofertei transmisă de autoritate prin fax. Negarea primirii solicitării de către ofertantă. Raportul aparatului fax nu face dovada primirii solicitării de către ofertantă. Respingere nelegală a ofertei pentru lipsa unui răspuns la solicitarea de clarificare), nr. 573 din 14 martie 2011 (obligația dovedirii confirmării primirii documentelor transmise revine celui care o invocă, ***nefiind suficientă expresia „result ok" pe raportul aparatului de fax****), nr. 1152 din 20 mai 2011 (autoritatea contractantă are obligația de a se asigura că documentele transmise ofertanților sunt recepționate de aceștia) și nr. 1777 din 19 aprilie 2013 (nu poate fi respinsă o ofertă pentru lipsa răspunsului la o solicitare de clarificări transmisă pe fax, în condițiile în care raportul fax nu probează comunicarea efectivă către ofertantă a solicitării de clarificări), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;*

– decizia civilă nr. 2455 din 3 noiembrie 2008 (raportul de transmitere prin fax, depus la dosarul cauzei, nu a putut fi reținut de Consiliu ca reprezentând dovada primirii solicitării de către contestatoare, deoarece respectivul raport face doar dovada transmiterii, iar nu a primirii unui document), Curtea de Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 15/CA din 23 ianuarie 2014 (raportul aparatului fax nu constituie o dovadă a conținutului adresei transmise prin fax. Oferta nu poate fi respinsă, în condițiile în care autoritatea nu face dovada confirmării de primire a adresei cu respectivul conținut. Se impunea ca autoritatea să solicite destinatarului să confirme primirea corespondenței atât din punct de vedere cantitativ, cât și al conținutului), Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 3516 din 24 iulie 2013 (raportul aparatului fax nu constituie o confirmare a primirii de către destinatar a adresei transmise prin fax. Oferta nu poate fi respinsă ca neconformă pentru lipsa unui răspuns la adresa autorității, în condițiile în care autoritatea nu face dovada confirmării de primire a adresei), Curtea de Apel Galați, Secția de contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. 2966/CA/2012-R din 21 august 2012 (raportul fax nu face dovada primirii documentului de către adresant) și nr. 3565/CA/2012-R din 10 octombrie 2012 (raportul fax nu face dovada primirii documentului de către adresant), Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Totodată, în decizia nr. ….. din 14 martie 2017 a Curții de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, s-a reținut că notificarea prealabilă trebuie comunicată cu confirmare de primire. Când comunicarea se realizează prin fax, sunt aplicabile prevederile art. 154 alin. (5) C. proc. civ., nefiind suficient raportul fax cu mențiunea „OK".

Transpuse la datele speței, cele de mai sus conduc la concluzia că .....SRL nu a respectat normele art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, neînaintând valabil notificarea prealabilă şi autorității contractante (cu confirmare de primire), care neagă primirea vreunei notificări la data de

31.07.2017, situație în care devine aplicabilă sancțiunea prevăzută la art. 6 alin. (1) teza inițială din actul normativ menționat, contestația de față urmând a fi respinsă ca inadmisibilă.

Respingerea contestației ca inadmisibilă împiedică cercetarea ei pe fond, având în vedere dispozițiile exprese ale art. 26 alin. (1) din lege.

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

În temeiul art. 6 alin. (1) coroborat cu art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca inadmisibilă contestaţia formulată de .....SRL, în contradictoriu cu ……. ..... (….. .....).

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

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

Fără a se pronunţa asupra altor excepţii ori a fondului cauzei.

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

Redactată în …….. exemplare, conţine …….. pagini