CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de Asocierea .... & ....SRL cu E- ....SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., reprezentată de ..., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 10460/28.12.2017 și a raportului procedurii nr. 10425/22.12.2017, emisă de către ....., cu sediul în .., Localitatea ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Execuție lucrări de construcții pentru asfaltare străzi în localitățile Săsar și Mocira, ... în cadrul proiectului "ASFALTARE STRĂZI ÎN LOCALITĂȚILE SĂSAR ȘI MOCIRA, ..." cod CPV: 45233120-6, s-a solicitat admiterea contestației și anularea rezultatului comunicat prin adresa nr. 10460/28.12.2017 și a raportului procedurii înregistrat sub nr. 10425/22.12.2017, anularea oricăror documente/înscrisuri ale comisiei de evaluare care au stat la baza emiterii adresei nr. 10460/28.12.2017 și anularea adresei nr. 68/04.01....., reprezentând refuzul de a adopta măsuri de remediere ca urmare a notificării prealabile nr. 2/03.01....., obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei desemnate câștigătoare și ulterior emiterea unui nou raport/..... al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile statuate în decizia ce se va pronunța, repunerea contestatorului în termenul de a motiva prezenta contestație având în vedere refuzul autorității contractante de a pune la dispoziție părți relevante din dosarul

achiziției și admiterea cererii de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate, fără a modifica contestația, într-un termen rezonabil, de minim 3 zile, după studierea dosarului achiziției, urmând a comunica aceasta detaliere tuturor părților implicate în procedura din fața Consiliului.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul arată că, autoritatea contractantă a demarat procedura de achiziție publică privind atribuirea contractului menționat mai sus, iar, de la momentul publicării documentației de atribuire, și până la data limită de depunere a ofertelor, posibili ofertanți au solicitat clarificări cu privire la documentație, autoritatea contractantă emițând răspunsuri cu privire la aspectele solicitate. După expirarea termenului de contestare a documentației de atribuire și după furnizarea răspunsurilor la clarificări formulate de către autoritatea contractantă, această documentație împreună cu clarificările furnizate, devin obligatorii atât pentru autoritatea contractantă cât si pentru ofertanți.

Contestatorul afirmă că, a depus o ofertă conformă și admisibilă, dar prin evaluarea efectuată s-a clasat pe locul 2, după oferta depusă de SC ...

Astfel, autoritatea contractantă a emis la data de 22.12.2017 raportul/rezultatul procedurii nr. 10425 comunicat prin adresa nr. 10460/28.12.2017. Deoarece prin modul de a efectua evaluarea i s-au creat mari prejudicii, contestatorul consideră că are un interes legitim în a formula contestația, respectând prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul precizează că, a notificat autoritatea contractantă, acesta precizând că nu va efectua remedieri.

Contestatorul subliniază că, ofertantul câștigător nu a corelat personalul din Formularul C7 din documentația de atribuire cu Formularul C7 depus, în sensul că nu a ofertat toate categoriile de personal solicitate.

În etapa de evaluare a ofertelor, respectiv a propunerii tehnice și financiare, autoritatea contractantă a constatat faptul că ofertantul nu a prevăzut în Formularul C7 toate categoriile de personal menționate în documentația de atribuire de către proiectant. Raportat la această neconformitate a ofertei, au fost solicitate clarificări ofertantului, dar, în opinia contestatorului, câștigătorul prin răspunsul comunicat nu a clarificat acest aspect, susținând faptul că raportat la propriile tehnologii, nu are/nu este necesar să dețină și să oferteze tot personalul menționat în Formularul C7. Acest răspuns este neconcludent deoarece posibilitatea utilizării normelor proprii de consum proprii de consum, nu acordă ofertanților posibilitatea eliminării unor categorii de personal menționat în mod expres în documentația de atribuire.

În cadrul Fișei de Date a Achiziției, pct. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice se precizează/solicită expres faptul că

„Propunerea tehnică va conține: 1. Prezentarea modului de realizare a lucrărilor (planul propus) (Formular nr. 7) care va descrie:

a) abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea lucrărilor;

b) resurse (personal și instalații/echipamente) (Formular nr.8)

2. Listele cu cantitățile de lucrări, fișele tehnice și formularele completate conform caietului de sarcini, inclusiv pentru organizarea de șantier.

3. Extrasele de resurse materiale, manopera, utilaj și transport;". Raportat la aceste solicitări/cerințe privind propunerea tehnică, ofertanții erau debitorii obligației de a prezenta în cadrul propunerii tehnice, tot personalul menționat în formularul C7 pe categorii de specialități precum și formularele completat corect cu aceste categorii de personal de execuție.

În acest sens contestatorul invocă Decizia CNSC nr. 1386/C7/1495/l 568/1577/09.05.2017, menținută prin Decizia Curții de Apel Cluj nr. 2449/2017, pronunțată în dosarul nr. 536/33/2017.

Contestatorul subliniază că, clarificarea la care face referire ofertanta desemnată câștigătoare, se referă la posibilitatea ofertării normelor de consum conform propriilor tehnologii și nu la posibilitatea neofertării anumitor categorii de personal de execuție. Ofertantul nu a prezentat rolul și responsabilitățile personalului de execuție și nu a prezentat detalierea personalului în concordanță cu formularul C7 - lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru - publicat în SEAP.

Ofertantul în cadrul organigramei a indicat doar „principalele categorii de muncitorii" și nu tot personalul, așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire. Ofertantul desemnat câștigător nu a prezentat extrasul de manoperă care să cuprindă toate categoriile de meserii menționate în cadrul documentației de atribuire. Acest aspect este recunoscut chiar de acesta, conform Raportului procedurii, pag. 54.

Propunerea tehnică depusă nu respectă cerința din fișa de date privind abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea lucrărilor, deoarece în propunerea tehnică depusă se menționează că va executa lucrări care nu se pot realiza în succesiunea prezentată. Astfel ofertantul precizează că va executa categoriile de lucrări - Amenajarea pentru protecția mediului și aducerea terenului la starea inițială, înainte de execuția tuturor fazelor de lucrări.

Această neconformitate a tehnologiei de execuție, duce la neconformitatea propunerii tehnice, așa cum a statuat Consiliul în practica constantă.

Propunerea tehnică depusă nu respectă cerința din Fișa de Date, deoarece a depus un Grafic Gantt și un Drum critic neconform. Ofertantul desemnat câștigător, prin răspunsul la solicitarea de clarificări privind categoriile de lucrări - Amenajarea pentru protecția mediului și aducerea terenului la starea inițială modifică atât programul de execuție,

cât și Drumul Critic depus inițial, fapt prohibit de legislația privind achizițiile publice.

Contestatorul susține că, deși i se aduce un avantaj prin acceptarea modificării graficului și a drumului critic, nici de această dată ofertantul nu reușește să întocmească corect graficul de execuție, durata cumulată a activităților aferente poziției 14 „Aducerea terenului la starea inițiala" fiind de 5+5=10 zile, iar durata totală trecută în grafic este de 8 zile.

Astfel, oferta depășește în fapt durata maximă admisă, fiind inadmisibilă și din acest punct de vedere.

Graficului Gantt și Drumul Critic prezentat in Propunerea Tehnică de către ofertant, conține abateri de la principiile generale, de baza și minimale, deoarece în cadrul acestor documente nu se regăsesc elementele ce stabilesc fluxul tehnologic, respectiv legăturile dintre activități (link-urile) care arată ordinea și legăturile clare dintre activități și subactivități.

Conform cerinței din Fișa de date, ofertantul are obligația să ilustreze în cadrul Graficul Gantt succesiunea tehnologică de realizare a lucrărilor, ordinea și derularea în timp a activităților pe care ofertantul propune să le îndeplinească pentru realizarea lucrărilor inclusiv efectuarea testelor conform legislației specifice corespunzătoare obiectului contractului.

Prin menționarea unor activități într-o altă succesiune decât cea prevăzută de tehnologia de execuție, Graficului Gantt și Drumul Critic depus inițial este neconform.

Contestatorul consideră, de asemenea că, propunerea tehnică depusă de ofertantul desemnat câștigător nu respectă cerința din Fișa de Date, deoarece acesta nu a prezentat Listele cu cantitățile de lucrări, fișele tehnice și formularele completate conform caietului de sarcini, inclusiv pentru organizarea de șantier. Ofertantul desemnat câștigător, nu răspunde concludent la prima solicitare de clarificări privind fișa tehnică pentru Mortar de reparații - în sensul că aceasta a depus o fișă tehnică neconformă cu solicitările autorității contractante.

Acest aspect duce la inacceptabilitatea ofertei depuse, conform prevederilor art. 134 alin. (5) din Hotărârea de Guvern nr. 395/2016.

Doar ca urmare a celei de-a două solicitări acesta răspunde la solicitarea de clarificări și redepune o Fișă tehnică conformă, dar, arată contestatorul, ofertantul desemnat câștigător nu a justificat costurile privind materialele, transporturile, manopera și utilajele, necesare în vederea realizării lucrărilor din cadrul contractului.

Contestatorul consideră că, cererea de a studia și ulterior a detalia contestația formulată se impune a fi admisă, iar completarea contestației astfel rezultată se impune a fi analizată pe fond în vederea soluționării prezentului litigiu, deoarece:

- se încadrează în prevederile din legislația națională: art. 11 din Legea nr. 101/2016, art. 1 alin. (1) din Codul civil (1)„ Sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului,

- art. 19 din Legea nr. 101/2016, principiul general de drept actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat, conform căruia normele juridice se interpretează în sensul în care ele produc efecte, iar nu în sensul în care ele n-ar produce nici un efect,
- art. 1268 alin. 3 din Codul civil „(3) Clauzele se interpretează în sensul în care pot produce efecte, iar nu în acela în care nu ar putea produce niciunul prevede acest principiu pentru interpretarea contractelor, dar, pentru identitate de rațiune, el este extins pentru interpretarea tuturor normelor de drept;

Raportat la prevederile legale de mai sus și la principiul general de drept *„actus interpretundus est potius ut valeat, quam ut pereat*", termenul de 3 zile acordat contestatoarei de către Instanță, pentru completarea conținutul contestației trebuie să curgă de la data la care i s-a permis studierea dosarului achiziției publice în totalitate.

Nu în ultimul rând, interpretarea de mai sus, este susținută și de jurisprudența europeană unanimă, cu caracter obligatoriu pentru statele membre și în acest sens, contestatorul amintește doar câteva decizii:

- Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din data de 2 martie 2010 în cauza T-70/05 EVROPAIKI DYNAMIKI/EMSA, pct. 84, 170.;
- Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din data de 25 februarie 2003 în cauza T- 183/00 Strabag Benelux/Consiliul, pct, 58.;
- Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din data de 25 februarie 2003 în cauza T- 4/01 Renco/Consiliul, pct. 96, .97.;
- Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din data de 12 noiembrie 2008 în cauza T- 406/06 Evropaiki Dynamiki/Comisia, pct. 50;
- Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Eujropene din data de 12 decembrie 2002 în cauza C-470/99 Universale-Bau AG împotriva Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH, pct 78.;
- Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din data de 27 februarie 2003 în cauza C-327/00 Santex SpA împotriva Unita Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, pct 55.;

La nivel național contestatorul invocă Decizia Curții de Apel Oradea nr. 3588/CA/2014-R/10.11.2014, Decizia Curții de Apel Timișoara nr. 3314/19.05.2014 și Decizia Civilă nr. 11514/2013, pronunțată de către Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. 1137/33/2013, pag. 48 din Decizie, unde s-a statuat care este momentul de la care curge termenul de formulare a criticilor în procedura achizițiilor publice, în sensul că acest moment este momentul luării la cunoștință despre această neconformitate, adică de la momentul studierii dosarului de achiziție.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 2670/ ..... - ...../18.01....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției și oferta financiară și tehnică a câștigătorului, precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul norma.

Prin adresa nr. 653/25.01....., înregistrată la CNSC cu nr. 3389/25.01....., autoritatea contractantă răspunde solicitării, transmițând actele solicitate și precizează că, contestația este tardivă deoarece nu a fost depusă și la autoritatea contractantă.

Consiliul a solicitat contestatorului, adresa nr. 2759/..... - ...../ 19.01....., dovada depunerii contestației la autoritatea contractantă și dovada primirii contestației de către autoritatea contractantă, certificată prin număr și dată de înregistrare la acesta, conform art. 182-184 CPC coroborat cu art. 68 și 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

....infrastructura@yahoo.comprimariarecea2000@yahoo.comContestatorul răspunde solicitării, prin adresa nr. 5/22.01.2018, înregistrată la CNSC cu nr. 3081/23.01.2018, precizând că: „(...) a transmis către autoritatea contractantă ..... contestația depusă la CNSC în data de 09.01.2018, prin e-mail de la adresa ... la adresa A.C. ..... menționată în documentația de atribuire, respectiv .. în data de 09.01.2018, ora 17,46.

La rândul ei AC nu a mai transmis dovada luării la cunoștință a contestației, drept urmare am considerat că am depus contestația la AC în conformitate cu art. 182-184 Cod proc. Civil. Fără a mai fi nevoie de a lua act de înregistrare a contestației de către AC”.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Execuție lucrări de construcții pentru asfaltare străzi în localitățile Săsar și Mocira, ... în cadrul proiectului «ASFALTARE STRĂZI ÎN LOCALITĂȚILE SĂSAR ȘI MOCIRA, ...»” cod CPV: 45233120-6, în acest sens, elaborând documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../....., potrivit căruia valoarea estimată fără TVA, este 3.996.802,83 lei, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”.

Contestatorul contestă adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 10460/28.12.2017 și solicită anularea acesteia.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității depunerii contestației Asocierea .... & ....SRL cu E- ....SRL.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze, înainte de toate, excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea în fond a contestației.

Nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege. Prin constatarea decăderii,

dispare cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție, astfel încât admiterea acestei excepții exclude analizarea celorlalte aspecte invocate.

Excepțiile absolute (privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părți sau de Consiliu din oficiu în orice moment al soluționării contestației.

Asocierea .... & ....SRL cu E-....SRL contestă adresa nr. 10460/28.12.2017, de comunicare a rezultatului procedurii, contestația fiind transmisă la Consiliu, prin e-mail, în data de 09.01..... și înregistrată sub nr. ...../....., iar, potrivit susținerilor contestatorului, la autoritatea contractantă, a fost transmisă prin e-mail, în aceiași dată.

În data de 03.01....., contestatorul transmite autorității contractante notificarea prealabilă, la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 68/04.01..... Având în vedere că, termenul curge de la data primirii răspunsului, respectiv data de 04.01....., potrivit art. 8 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) lit. a) și art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestatorul poate sesiza Consiliul în 5 zile, termenul de depunere a contestației se îndeplinea în data de 09.01.....

În speță sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează **atât Consiliului, cât și autorității contractante**, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”*;
- art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, *„Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 5 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială 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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz”*;
- art. 8 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, *„Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează: (...) a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere*”;

- art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: *„Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există,* ***dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă****, copia actului atacat, după caz, precum și mijloacele de probă de care dispune*.”;

Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că societatea contestatoare a ales să nu îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației către autoritatea contractantă în termenul legal de contestare prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016; obligație stabilită în sarcina sa potrivit prevederilor art. 16 alin. (1) din legea antemenționată, contestatorul neputând invoca în apărarea sa necunoașterea legii potrivit principiul de drept *„nemo ignorare legem censetur*”.

Constatând astfel, că una din condițiile de recunoaștere a valabilității unei contestații, transmiterea ei în condițiile impuse de lege către autoritatea contractantă, nu a fost acoperită de către contestator, Consiliul consideră că a fost afectat dreptul la apărare al autorității contractante. Prin impunerea transmiterii contestației părții adverse legiuitorul a urmărit respectarea întocmai a principiilor celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare, enumerate la art. 15 din Legea nr. 101/2016, în cadrul procedurii de soluționare a unei contestații.

.....Astfel, Consiliul reține faptul că Asocierea .... & ....SRL cu E- ....SRL nu a făcut dovada îndeplinirii obligației legale prevăzută la art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, de a transmite contestația în termenul legal către autoritatea contractantă. Afirmația contestatorului din adresa nr. 5/22.01....., înregistrată la CNSC cu nr. 3081/23.01....., că: „atașăm prezentei prezentei următoarele documente, print screen din căsuța de e-mail ....infrastructura@yahoo.com ca dovadă a transmiterii respectiv a depunerii prin e-mail a contestației la AC”, nu poate fi reținută deoarece printscreen-ul căsuței e-mail nu este dovadă de primire de autoritatea contractantă, ci dovadă de transmitere către autoritatea contractantă.

În acest sens s-au pronunțat anterior și Curțile de Apel București, Brașov, Constanța, Galați și Oradea în următoarele decizii civile:

- Decizia nr. 98 din 16 ianuarie 2017 (*„la solicitarea CNSC, bazată pe dispozițiile art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, realizată prin adresa nr. (...), de a depune dovada primirii de către autoritatea contractantă a notificării transmise prin poșta electronică și a contestației, prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. (...), 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 autoritatea contractantă.*

Față de acest răspuns al contestatoarei și raportat la dovezile administrate, CNSC 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 contractante, 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 asigura dovedirea recepționării acesteia de către destinatar.

Curtea a găsit nefondată plângerea petentei (...) validând așadar raționamentul juridic al CNSC.

În drept, Curtea reține la rândul său conținutul prevederilor art. 16 alin. (5) 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, prevederi potrivit cărora toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire.

Curtea observă că și în fața instanței de contencios competentă, petenta (...) a adoptat aceeași poziție procesuală cu cea din fața organismului jurisdicțional, CNSC, în concret faptul că ei îi revine doar sarcina probării formulării și transmiterii notificării prealabile către autoritatea contractantă, iar nu și dovada confirmării de primire de către aceasta din urmă a actului procedural reprezentat de notificarea prealabilă. A mai susținut petenta, în justificarea temeiniciei demersului judiciar promovat, că normele speciale incidente din Legea nr. 101/2016 prevăd sancțiunea inadmisibilității doar pentru ipoteza neformulării notificării prealabile către autoritatea contractantă, norma legală nereferindu-se și la ipoteza neprimirii de către autoritate a acestei notificări, prin ipoteza formulată și adresată de persoana ce se consideră vătămată. A afirmat petenta că nu-i revine sarcina probei cu privire la confirmarea de primire a actului de procedură, ci doar sarcina efectuării actului de procedură.

Curtea nu a primit aceste critici de nelegalitate formulate de petenta (...) pe calea plângerii împotriva deciziei CNSC.

Așa cum corect a observat CNSC, 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 binecunoscut 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, dar 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 CNSC a fost lipsa notificării sale prealabile. Lipsa notificării prealabile din partea petentei, înainte de sesizarea CNSC 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, atâta 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**")*, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

- Decizia nr. 3842/R din 20 septembrie 2012 („*autoritatea contractantă a solicitat contestatorului clarificări prin adresa nr. .... din ....., din raportul fax, rezultând că transmiterea s-a făcut în data de ..... ora 1:56 PM, acesta fiind numai o confirmare de transmitere, fără a exista o confirmare de primire (...), Comisia de evaluare fiind ținută să se asigure că adresa a fost primită de către ofertant*"), Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile 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, caz în care obligația legală nu poate fi considerată ca îndeplinită*”), nr. 1152 din 20 mai 2011 („*Raportul fax invocat de autoritatea contractantă nu poate fi reținut deoarece acesta face dovada transmiterii documentului nu și recepționarea acestuia*”) și nr. 1777 din 19 aprilie 2013 („*În condițiile în care autoritatea contractantă a ales să procedeze la solicitarea de clarificări prin fax raportul de transmitere trebuia să fie însoțit de dovada documentului transmis pe această cale (imaginea documentului) și confirmarea de primire a acestui document (...) curtea reține că în mod greșit a procedat autoritatea contractantă, respingând oferta intimatei A_____ _____/PFA P____ V_____ G_____ ca inacceptabilă pentru lipsa răspunsului la o solicitare pe care autoritatea contractantă nu dovedește că a comunicat-o efectiv intimatei*”), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– Decizia civilă nr. 15/CA din 23 ianuarie 2014 („*Curtea apreciază că raportul fax depus de către petentul autoritate contractantă face doar dovada efectuării unei transmisii cantitative de înscrisuri prin copie faxibil, fără însă a face și dovada conținutului documentelor transmise. (...) Se impunea ca autoritatea contractantă să solicite destinatarului comunicării să confirme primirea corespondenței atât din punct de vedere cantitativ cât și ce privește conținutul*”), Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– Decizia nr. 3516 din 24 iulie 2013 („*Transmiterea fax, invocată de către autoritatea contractantă, este una dintre modalitățile permise de lege, dar raportul automat generat de aparatul fax poate constitui cel mult o dovadă a transmiterii documentelor și nicidecum o dovadă/confirmare a primiri acestora de către destinatar, deoarece, din varii motive de ordii tehnic (erori de sistem, lipsă toner, lipsă hârtie, resetarea aparaturii în fluctuații de curent etc.), se poate întâmpla ca documentul transmis să nu ajungă la destinatar sau chiar dacă ajunge, conținutul acestuia poate fi alterat, fiind posibilă rularea, la destinatar, chiar a unor pagini albe. Confirmarea de primire a documentelor transmise prin modalitatea „fax” ar fi constat, fie în retransmiterea documentului înregistrat la destinatar, fie în transmiterea unui document separat prin care acesta să fi confirmat explicit primirea documentului transmis. În situația în care autoritatea contractantă nu a constituit dovada comunicării (...) a adresei nr. 1236/30.01.2013, prin care a solicitat prelungirea (...), sancționarea petentei cu respingerea ofertei pentru neremiterea unui răspuns până la data de (...), ora 13.00, este netemeinică, societatea contestatoare nefiind culpabilă pentru netransmiterea unui răspuns la o solicitare pentru a cărei comunicare autoritatea contractantă nu constituie dovada confirmării de primire*”), Curtea de Apel Galați, Secția de contencios administrativ și fiscal;

– Deciziile nr. 2966/CA/2012-R din 21 august 2012 („*în condițiile în care intimata contestatoarea a contestat primirea faxului, rapoartele de transmisie fax din data de 02. 02. 2012, depuse la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă fac dovada, așa cum a reținut și Consiliul, doar că linia de comunicație dintre cele două posturi telefonice a fost deschisă și că s-a transmis un document de o pagină, fără însă a se face dovada conținutului acelui document și a primirii acestuia de către intimată, cauzele posibilei nerecepționări putând fi multiple - lipsa hârtiei sau a tonerului din aparat, intervenția unui terț, etc. - , cauze ce nu sunt semnalate în mod obligatoriu în raportul transmisiunii*") și nr. 3565/CA/2012-R din 10 octombrie 2012 („*Pentru a face dovada transmiterii cererii de clarificări, autoritatea contractantă se prevalează de raportul de activitate al faxului si de factura telefonică detaliată, care în opinia acesteia, fac dovada transmiterii în data de 09.07.2012 a cererii de clarificări. De asemenea, o dovada în plus a realizării respectivei transmiteri o constituie si faptul că petenta a intrat în posesia tuturor celorlalte documente ce i-au fost transmise de comisia de evaluare la același nr. de fax. Contrar susținerilor autorității contractante și celor reținute de Consiliu, instanța apreciază că nici unul dintre aceste elemente nu este de natură să facă dovada incontestabilă a faptului că petenta ar fi intrat în posesia cererii de clarificări transmisă de autoritatea contractantă în data de 09.07.2012 (...) în măsura în care se apelează la acest mod de comunicare, persoana interesată trebuie să manifeste diligență si să se asigure ca destinatarul a intrat efectiv în posesia fax-ului. Si aceasta pentru ca există situații în care deși expeditorul primește confirmarea transmiterii faxului, în realitate destinatarul nu a intrat în posesia lui, deoarece aparatul nu avea de pildă asigurată hârtie sau toner. Pe de altă parte, pe baza raportului de fax si a facturii telefonice detaliate se poate stabili cel mult faptul că linia de comunicație dintre cele două posturi telefonice a fost deschisă, fără însă a se face dovada conținutului documentului transmis și a primirii acestuia de către petentă*"), Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Astfel, având în vedere că până la data prezentei decizii, contestatorul nu a depus documentele solicitate, respectiv dovada primirii de către autoritatea contractantă, în termenul legal, a contestației depusă la CNSC, Consiliul nu va ține seama de acest printscreen după căsuța e-mail, reținând că autoritatea contractantă nu a primit, în termenul legal, un exemplar al contestației cu care a fost investit Consiliul, astfel încât, este evident că operatorul economic contestatar, nu și-a îndeplinit obligația de a înainta contestația atât Consiliului cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 8 în speță fiind incidente dispozițiile art. 16 coroborat cu art. 11 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel încât excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă este întemeiată.

Consiliul constată că, deși contestatorul a depus la Consiliu în termen contestația care formează obiectul cauzei deduse judecății, a fost voința deplină a acestuia de a alege mail-ul ca modalitate de transmitere către autoritatea contractantă a contestației și pe cale de consecință, contestatorul și-a asumat implicit și riscurile aferente căii de transmitere alese, cu atât mai mult cu cât prevederile art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 sunt exprese și imperative „***toate*** *notificările și* ***actele procedurale se transmit*** *prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu* ***confirmare de primire***".

Prin alegerea de a transmite doar pe e-mail, fără a verifica primirea înscrisurilor transmise, contestatorul a acționat fără diligențele necesare unui bun administrator de afaceri, diligențe care se grefau pe o conduită în vederea conservării efective a dreptului la contestație în marja de timp prevăzută de lege.

Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

Față de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei", în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ: „Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației", Consiliul respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de Asocierea .... & ....SRL cu E- ....SRL în contradictoriu cu .....

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Consiliul admite excepția invocată de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință va respinge ca tardivă contestația depusă de Asocierea .... & ....SRL cu ..- ....SRL, în contradictoriu cu .....

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor

în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.