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: ...

Prin contestația nr. P202/19.02.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6749/19.02.2018, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., împotriva adresei nr. 1194/05.02.2018, de comunicare a rezultatului evaluării propunerilor tehnice, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „*Serviciu actualizare pachete software de securitate*”, se solicită anularea adresei nr. 1194/05.02.2018, de comunicare a rezultatului evaluării propunerilor tehnice și documentelor ulterioare, reluarea procedurii de atribuire din etapa de analiză a propunerilor tehnice, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la emiterea deciziei C.N.S.C. cu privire la contestația sa nr. P179/29.01.2018.

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 ... critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca neconformă, în urma etapei de evaluare a propunerilor tehnice.

... susține că la data de 17.01.2018, autoritatea contractantă a publicat în SEAP invitația de participare nr. ..., față de care societatea sa a criticat prevederile caietului de sarcini, prin contestația nr. P179/29.01.2017.

În continuare, contestatorul arată că la data de 05.02.2018, prin adresa nr. 1194, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că

propunerea sa tehnică a fost declarată neconformă, în baza art. 143 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 394/2016.

Din punctul său de vedere, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă încalcă legislația în vigoare, conform celor menționate în documentele: notificare prealabilă nr. P171/19.01.2018, contestația nr. P179/29.01.2018 și a faptului că decide excluderea unui candidat deși se încalcă prevederile art. 154 lit. s) din H.G. nr. 394/2016, pe care îl citează.

Totodată, contestatorul precizează că la data formulării notificării prealabile și implicit a contestației, nu există pe siteul http://www.cnsc.ro/ o soluție și o motivare a contestației ... nr. P179/29.01.2017.

Astfel contestatorul apreciază că autoritatea contractantă are obligația să aștepte soluția dată de C.N.S.C., pentru a nu elimina din procedura de atribuire, artificial, anumiți participanți.

Față de cele evocate, ... solicită C.N.S.C. anularea adresei nr. 1194/05.02.2018, de comunicare a rezultatului evaluării propunerilor tehnice și documentelor ulterioare, reluarea procedurii de atribuire din faza de analiză a propunerilor tehnice, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la emiterea deciziei C.N.S.C. cu privire la contestația sa nr. P179/29.01.2018.

Prin punctul de vedere nr. 96/21.02.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 7125/21.02.2018, ... solicită respingerea contestației ..., invocând, pe cale de excepție, tardivitatea acesteia, pentru netransmiterea contestației atât autorității contractante, cât și C.N.S.C., în termenul legal de contestare, conform prevederilor art. 16. alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă face precizarea că nu a primit un exemplar al contestației, luând la cunoștință despre depunerea acesteia în urma primirii adresei emise de către C.N.S.C. cu nr. 6877/532/ C7/20.02.2018, iar în dovedirea celor afirmate, anexează, în copie, adresele de e-mail unde, în data de 19.02.2017, ora 15:07, contestatorul a transmis următoarele: *„Caiet de sarcini ....pdf (579,7 KB), Notificare prea...E ...P171.pdf (278 KB), răspuns notificare.pdf (392,9 KB), Comunicare ....pdf (413,9 KB), P188 Notificare...NNOIRE L1CENTE.PDF (275 KB), Document.pdf (361,1 KB)”,* ca documente regăsite în atașamentul respectiv.

În aceste condiții, autoritatea contractantă consideră neîndeplinită obligația prevăzută de art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care solicită respingerea contestației ..., ca tardivă, conform dispozițiilor art. 26 alin. (1) și alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 7197/C7/532/21.02.2018, Consiliul a solicitat contestatorului, în considerarea prevederilor art. 15 alin. (1) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să transmită punctul de vedere referitor la excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 96/21.02.2018 și înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7125/21.02.2017, motivată de necomunicarea contestației către aceasta, prin raportare la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. P0204/22.02.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 7319/22.02.2018, ... răspunde solicitării acestuia, precizând faptul că în data de 19 februarie 2018 ora 15:08, prin intermediul e-mail, este trimisă, ca fișier atașat, contestația nr. P202. Din solicitarea Consiliului, se înțelege

că acest document a intrat în posesia destinatarilor, pe care, așa cum se observă și din anexă, sunt: ...

Totodată, contestatorul precizează că la data de 21 februarie 2018 ora 12:05, prin intermediul e-mail, a recepționat punctul de vedere nr. 96 din 21.02.2018 al autorității contractante, din care reiese că aceasta a primit în data de 19 februarie 2018 ora 15:07, prin intermediul e-mail, mesajul la care se face referire mai sus, însă din enumerarea documentelor pe care susține că le-a primit, lipsesc tocmai documentele semnate electronic (cele două documente care au extensia .p7s). Unul din aceste documente, mai exact, Contestație CE ...19.02.2018.pdf.p7s reprezintă contestația în sine, înregistrată la contestator cu nr. P202 și la C.N.S.C. cu nr.7125/21.02.2018.

În opinia sa, contestatorul precizează, ca ofertant specializat de pachete software de securitate, că dacă se adeverește că autoritatea contractantă nu recepționează pe e-mail fișierele cu extensia p7s, adică documente semnate electronic, acest lucru se datorează tocmai pachetului software de securitate pe care îl utilizează. Mai mult, se dovedește faptul că soluția existentă de securitate nu răspunde tuturor cerințelor de securitate de care autoritatea contractantă are nevoie și, în plus, eficiența acesteia este departe de ceea ce autoritatea contractantă are nevoie.

Astfel, contestatorul susține că va trimite acest punct de vedere și autorității contractante, ca fișier cu extensia p7s, atașat mesajului e-mail și va solicita confirmare de primire.

Pe cale de consecință, ... apreciază că și-a îndeplinit obligația de a înainta contestația atât Consiliului, cât și autorității contractante, în termen, invocarea excepției tardivității fiind nefondată.

Prin adresa transmisă prin e-mail de către autoritatea contractantă, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7370/22.02.2018, aceasta precizează *„confirmăm că am recepționat e-mailul, dar menționăm că atașul nu conține niciun fișier/document*”.

Procedând la soluționarea contestației, prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform 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*”, motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției tardivității contestației, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, excepție invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 96/21.02.2018.

Prin urmare, potrivit rolului activ al Consiliului, acesta trebuie să verifice dacă a fost legal învestit cu soluționarea contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze înainte de toate excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea pe fond a contestației.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că 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 (ce 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.

În acest sens, în vederea soluționării contestației formulate de ... nr. P202/19.02.2018, Consiliul a solicitat contestatorului să facă dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă.

Consiliul constată că ... nu a făcut dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă, având în vedere considerentele mai jos expuse:

... a transmis contestația nr. P202/19.02.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 6749/19.02.2018, prin e-mail-ul din data de 19.02.2018 ora 15:07, transmis de pe adresa ... către autoritatea contractantă, pe adresele ...

Din conținutul e-mail-ului-document existent la dosarul cauzei-reiese fără putere de tăgadă că acesta avea atașate următoarele documente: *Caiet de sarcini ....pdf (579,7 KB), Notificare prea...E ...P171.pdf (278 KB), răspuns notificare.pdf (392,9 KB), Comunicare ....pdf (413,9 KB), P188 Notificare...NNOIRE L1CENTE.PDF (275 KB), Document.pdf (361,1 KB)".*

Totodată, se are în vedere faptul că ... a transmis și răspunsul său la solicitarea Consiliului, către autoritatea contractantă, de pe adresa de e-mail ..., din data de 22.02.2018, ora 11:19 AM, către adresele ... și ..., având ca subiect „*Ca fișiere atașate prezentului mesaj, vă transmitem răspunsul nostru la solicitarea Consiliului și anexa invocată. Adresăm autorității contractante, prin reprezentanții ei evidențiați în câmpul de destinatar, să confirme de primire și, mai ales, să confirme primirea documentelor atașate*", la care aceasta a răspuns „*Confirmăm că am recepționat e-mailul, dar menționăm că atașul nu conține niciun fișier/document*".

Consiliul constată că, din print-screen-ul primit de la contestator și transmis de autoritatea contractantă la data de 22.02.2018, ora 15:20, către C.N.S.C., se poate observa că respectivul e-mail nu conține niciun fișier atașat.

Potrivit dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care prevăd că "*Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de:*

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție 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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii. (...)", și a celor ale alin. (10) al aceluiași articol conform cărora „*(10) Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă*".

Consiliul constată că ... a notificat autoritatea contractantă prin adresa nr. P188/12.02.1018, existentă la dosarul cauzei, la care autoritatea contractantă a răspuns în data de 15.02.2018, prin adresa nr. 1422/15.02.2018.

La data de 19.02.2018, ora 15:07, ... a transmis contestația la Consiliu, prin e-mail (de la adresa ...), astfel cum reiese din actele existente la dosarul cauzei, iar către autoritatea contractantă (la adresele ... și ...), a transmis, prin e-mail (la aceeași dată și oră) informarea potrivit căreia „*Regăsiți anexate contestațiile și documentele justificative*".

Consiliul constată că la informarea către autoritatea contractantă, menționată anterior, se regăsesc anexate următoarele documente: „*Caiet de sarcini ....pdf (579,7 KB), Notificare prea...E ...P171.pdf (278 KB), răspuns notificare.pdf (392,9 KB), Comunicare ....pdf (413,9 KB), P188 Notificare...NNOIRE L1CENTE.PDF (275 KB), Document.pdf (361,1 KB)".*

Din conținutul acestui document rezultă fără putință de tăgadă faptul că ... a informat autoritatea contractantă despre transmiterea unei contestații, fără însă a-i transmite și conținutul acesteia.

Potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016:

"Art. 8. - (1) 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.

(2) 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;

b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns;

c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere."

Totodată, potrivit art. 16 alin. (1) din lege, „*sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare*".

Luând în considerare data de 19.02.2018, data transmiterii contestației la Consiliu și ținând seama de data la care societatea contestatoare a luat la cunoștință răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, transmis de ... la data de 15.02.2018, având în vedere valoarea estimată a contractului de servicii (66.600 RON) și calculând termenul legal în care ... putea înainta contestația, având în vedere dispozițiile art. 8 alin. (1) și alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016 (ante menționate), se constată că, în speță, contestația a fost transmisă, la Consiliu, în termenul legal prevăzut de legislația în vigoare, însă contestatorul nu a făcut dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă, astfel cum prevăd dispozițiile art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

... avea obligația de a transmite contestația în termenul legal, atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă.

Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de depunere a contestației care să înceapă să curgă de la altă dată, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat în cadrul actului normativ în domeniu, în vigoare, nici o excepție de la modalitatea de calcul a acestui termen, iar unde legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul și/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*".

Consiliul consideră că acest termen, fiind un termen legal, potrivit prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2006, nimeni nu se poate prevala de necunoașterea legii potrivit principiului de drept „*nemo censetur ignorare legem".*

Prin raportare la cadrul juridic aferent, Consiliul apreciază că una din condițiile de recunoaștere a valabilității unei contestații este și transmiterea acesteia în condițiile impuse de lege, către autoritatea contractantă, condiție care însă nu a fost acoperită de către contestator.

Față de acest aspect, Consiliul consideră că a fost afectat dreptul la apărare al autorității contractante, în condițiile în care, prin impunerea transmiterii contestației părții adverse, legiuitorul a urmărit respectarea întocmai a principiilor celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare, în cadrul procedurii de soluționare a unei contestații.

Analizând înscrisurile depuse la dosarul cauzei raportat la prevederile legale exprese și imperative, respectiv art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 care dispun, în mod expres, faptul că *"Toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire*", Consiliul nu poate reține ca fiind concludent și pertinent raportul de e-mail prezentat de către contestator, deoarece acest document nu poate face dovada primirii contestației, ci doar transmiterea unui document, cu un conținut oarecare la adresa de e – mail: ...și ...

Raționamentul juridic este susținut și de practica instanțelor, elocventă în acest sens, fiind și Decizia civilă nr. 2161/22 mai 2014, pronunțată de Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în care aceasta a reținut, între altele: „*Contrar susținerilor petiționarei, aceasta era ținută să facă dovada conținutului corespondenței cu AR transmise autorității contractante, căci autoritatea nu putea face dovada pretinsă de petiționară, respectiv dovada că nu a primit*

contestația (întrucât nu este admisibilă și nu se poate face dovada unui fapt negativ – că nu a primit contestația), o astfel de dovadă făcându-se doar prin probarea faptului pozitiv contrar, fapt care trebuia dovedit de petiționară".

De asemenea, potrivit art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu prevederile art. 249 Cod procedură civilă *„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege".*

De reținut este și faptul că, în cazul litigiilor aflate pe rolul instanțelor de judecată este permisă comunicarea actelor de procedură prin mijloace electronice, însă în anumite condiții, respectiv cu condiția confirmării primirii acestora, potrivit dispozițiilor art. 154 alin. (6) din Cod procedură civilă *„Comunicarea citațiilor și a altor acte de procedură se poate face de grefa instanței și prin telefax, poștă electronică sau prin alte mijloace ce asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia, dacă partea a indicat instanței datele corespunzătoare în acest scop. În vederea confirmării, instanța, odată cu actul de procedură, va comunica un formular care va conține: denumirea instanței, data comunicării, numele grefierului care asigură comunicarea și indicarea actelor comunicate; formularul va fi completat de către destinatar cu data primirii, numele în clar și semnătura persoanei însărcinate cu primirea corespondenței și va fi expediat instanței prin telefax, poștă electronică sau prin alte mijloace".*

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul reține faptul că societatea contestatoare nu a făcut dovada primirii/recepționării, la data de 19.02.2018, de către autoritatea contractantă, a contestației nr. P202, în condițiile în care legiuitorul *„expressis verbis"* a precizat, la art. 16 alin. (1) din lege: *„sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare".*

Prin urmare, Consiliul constată că, deși contestatorul a depus la Consiliu în termen contestația care formează obiectul cauzei deduse judecății, nu a transmis în același termen legal și imperativ și autorității contractante un exemplar al contestației în cauză.

Consiliul reține în soluționare argumentația autorității contractante potrivit căreia a fost informată că în data de 19.02.2018, ... a transmis Consiliului contestația nr. P202, însă nu a primit conținutul acesteia.

Așadar, în speța de față, prin netransmiterea contestației la autoritatea contractantă, prin raportare la data de la care curge termenul de contestare (20.02.2018), se constată că ... nu și-a respectat obligația legală, de transmitere, în termen, a contestației către autoritatea contractantă, sub sancțiunea respingerii contestației ca fiind tardiv introdusă.

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) din Legea nr. 101/2006, potrivit cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*", precum și ale art. 26 alin. (6) din același act normativ, contestația introdusă de ... este tardiv formulată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației formulate de ..., invocată de ...

Respinge, ca tardivă, contestația formulată de către ..., cu sediul 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 de la comunicare.

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

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.