



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. 6392/09.08.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41416/09.08.2021, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI .., împotriva documentației de atribuire emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, divizat pe loturi, având ca obiect „Achiziție consumabile medicale”, se solicită, pentru lotul 23, admiterea contestației, remedierea caietului de sarcini, prin prisma clarificării mențiunilor prezentate la pct. 1 și a înlăturării cerințelor redactate la pct. 2 din contestație.

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

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 ... critică documentația de atribuire, respectiv aspecte referitoare la cerințele solicitate pentru lotul 23 de la pag. 21-22 din caietul de sarcini, constatând, pe de o parte, lipsa caracterului complet/corect/precis al documentației de atribuire pusă la dispoziție, iar pe de altă parte, impunerea unor cerințe tehnice care afectează principiul concurenței loiale.

Prin adresa nr. 33692/12.08.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 42174/12.08.2021, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de ..., solicitând respingerea acesteia ca tardiv formulată, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 6398/12.08.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 42333/12.08.2021, ... transmite Precizări referitoare la considerentele punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă.

Astfel, potrivit susținerilor autorității contractante, aceasta solicită respingerea contestației ca tardivă, întrucât demersul s-ar fi realizat cu depășirea termenului legal de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr.101/2016, respectiv comunicarea contestației către autoritatea contractantă s-ar fi efectuat la data de 10.08.2021 (ulterior datei de 09.08.2021 - ultima zi de formulare/comunicare a contestației prin raportare la data publicării documentației de atribuire, respectiv 28.07.2021).

În acest sens, contestatorul face precizarea că a acționat cu respectarea dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr.101/2016, comunicând contestația atât C.N.S.C. (prin intermediul Serviciului Registratură), cât și autorității contractante (prin e-mail) la data de 09.08.2021.

Având în vedere lipsa primirii vreunei confirmări din partea autorității contractante referitoare la primirea documentului său, contestatorul susține că a constatat existența unei cauze obiective care a condus la necomunicarea contestației, respectiv survenirea unei nefuncționalități a serviciului de e-mail utilizat în perioada 09.08.2021-10.08.2021, deficiența fiind remediată la finalul zilei de 10.08.2021.

În acest sens, contestatorul arată că a procedat la recomunicarea cererii sale către autoritatea contractantă prin intermediul e-mail-ului din data de 10.08.2021. De altfel, autoritatea contractantă a confirmat primirea contestației prin e-mail-ul din data de 11.08.2021.

În aceste condiții, contestatorul apreciază că a acționat în cadrul legal, cauza care a condus la imposibilitatea transmiterii către autoritatea contractantă a contestației fiind de natură obiectivă, dincolo de limita diligențelor sale - motiv pentru care solicită respingerea susținerilor autorității contractante referitoare la constatarea caracterului tardiv al respectivului demers.

Având în vedere aspectele redată în cuprinsul contestației, cât și cele ce fac obiectul prezentelor precizări, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației și pronunțarea unei decizii care să conducă la remedierea caietului de sarcini aferent procedurii de achiziție publică, în ceea ce privește cerințele aferente lotului 23 și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 6399/12.08.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 42360/13.08.2021, ... transmite Completare la precizarea sa anterioară, prin care înaintează dovada nefuncționalității serviciului de e-mail din perioada 09.08.2021 - 10.08.2021, conform celor reținute în cuprinsul precizărilor referitoare la considerentele punctului de vedere al autorității contractante.

Cercetând cu înțâietate, excepția tardivității contestației, invocată de către autoritatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare,

Consiliul constată temeinicia acesteia, având în vedere argumentele ce vor fi detaliate în cele ce urmează.

Prin urmare, potrivit rolului activ al Consiliului, acesta trebuie să verifice dacă a fost legal investit 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 aprecierea acestei finalități au fost avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căreia *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”*

De asemenea, Consiliul reține că, potrivit prevederilor art. 8 din același act normativ, cu modificările și completările ulterioare: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante 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: ... a) 10 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/sectorială sau de concesiune este mai mare sau egală 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”, iar potrivit art. 5 alin. (1) din același act normativ: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului”.*

Totodată, art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prevede faptul că *„(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul*

electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

De asemenea, potrivit prevederilor 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.*

Examinând materialul probator administrat la dosarul cauzei, Consiliul observă că actul administrativ contestat este caietul de sarcini, parte integrantă a documentației de atribuire, a cărui remediere se solicită.

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, raportat la data publicării documentației de atribuire în SEAP, respectiv **28.07.2021**, la tipul de contract supus procedurii de atribuire (furnizare) și la valoarea estimată a acestuia (40.003.620 lei, fără TVA, prevăzută în anunțul de participare nr. ...), mai mare decât pragul valoric în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, și la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și la data transmiterii contestației de 09.08.2021 -prin e-mail la ora 15:44 și înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 41424/09.08.2021 și prin registratură cu nr. 41416/09.08.2021, ultima zi a termenului de depunere a contestației la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și la autoritatea contractantă a fost **09.08.2021**, inclusiv.

Așadar, contrar susținerilor contestatorului ..., exprimate prin intermediul adreselor nr. 6398/12.08.2021 și nr. 6399/12.08.2021, înregistrate la Consiliu cu nr. 42333/12.08.2021 și nr. 42360/13.08.2021, prin care susține că a transmis contestația și către autoritatea contractantă la aceeași dată, dar nu a funcționat serviciul de e-mail în perioada 09.08.2021-10.08.2021, astfel că a *“retransmis”* contestația prin e-mail la data de 10.08.2021 ora 07:23 PM, motiv pentru care apreciază că aceasta a fost formulată înăuntrul termenului legal, Consiliul constată că, în fapt, data la care contestația a fost transmisă autorității contractante a fost **10.08.2021**.

Argumentul adus de societatea contestatoare în favoarea faptului că a transmis contestația la data de 09.08.2021 prin e-mail se bazează pe următoarele aspecte:

- *având în vedere lipsa primirii vreunei confirmări din partea autorității contractante referitoare la primirea documentului nostru, subscrisa am constatat existența unei cauze obiective care a condus la necomunicarea contestației, respectiv survenirea unei nefuncționalități a serviciului de e-mail utilizat în perioada 09.08.2021-10.08.2021, deficiența fiind remediată la finalul zilei de 10.08.2021.*

- *în acest sens, subscrisa am procedat la recomunicarea cererii noastre către ... prin intermediul e-mail-ului din data de 10.08.2021. De altfel, autoritatea contractantă a confirmat primirea contestației prin e-mail-ul din data de 11.08.2021.*

Atașează un print-screen intitulat *“Probleme la primitul unui e-mail”* care conține o corespondență vizavi de casuța de e-mail.

Culpa/riscul pentru netransmiterea și neprimirea contestației de către în termenul legal cade exclusiv în sarcina reclamantei. Este lipsit de relevanță aspectul invocat de ..., respectiv *nefuncționalitatea serviciului de e-mail utilizat în perioada 09.08.2021-10.08.2021*, câtă vreme obligația sa era de a respecta termenul legal incident, iar riscul nerespectării acestui termen revine în exclusivitate acestuia.

Mai mult, susținerile autoarei contestației, din adresa nr. 6398/12.08.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 42333/12.08.2021, prin care susține că *„a constatat existența unei cauze obiective care a condus la necomunicarea contestației, respectiv survenirea unei nefuncționalități a serviciului de e-mail utilizat în perioada 09.08.2021-10.08.2021, deficiența fiind remediată la finalul zilei de 10.08.2021”* nu sunt judicioase în cauză, atâta vreme cât, din examinarea înscrisurilor aflate la dosarul cauzei se constată faptul că ... a transmis contestația nr. 6392/09.08.2021 prin serviciul de e-mail către C.N.S.C. la data de 09.08.2021 ora 15:44, acesta fiind funcțional la data de **09.08.2021**, contrar afirmațiilor contestatorului din adresa nr. 6398/12.08.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 42333/12.08.2021, prin care susține că *„a constatat existența unei cauze obiective care a condus la necomunicarea contestației, respectiv survenirea unei nefuncționalități a serviciului de e-mail utilizat în perioada 09.08.2021-10.08.2021, deficiența fiind remediată la finalul zilei de 10.08.2021”*.

Consiliul reține că sarcina probei revine contestatoarei, aceasta fiind obligată să dovedească nu numai că a transmis contestația, dar și că aceasta a fost recepționată de autoritatea contractantă. Din probele administrate la dosarul cauzei, nu rezultă că autoarea contestației a făcut dovada nici a transmiterii contestației și nici dovada recepționării de către autoritatea contractantă a contestației.

Consiliul mai reține și faptul că în print screen-ul mail-ului adresat Consiliului, cu ocazia transmiterii contestației formulate, ... a precizat următoarele:

„Atasam acestui mail contestatia impotriva ... - autoritatea contractanta

Mentionam ca vom depune contestatia si in original la sediul dvs.

Imediat ce vom avea contestatia inregistrata la dvs vom anunta si autoritatea contractanta.

Totodata, va rugam pe calea oficiala sa ne transmiteti cuantumul cautiunii pe care trebuie sa o punem la dispozitie deoarece din fisa de date nu intelegem valoarea aceasta.

Multumim aniticipat!”

În condițiile în care autoritatea contractantă demonstrează cu documente că, contestația antemenționată a fost transmisă la data de 10.08.2021, Consiliul apreciază că autoarea contestației ar fi trebuit să fie diligentă și prudentă astfel încât să se asigure că în același termen legal, respectiv 09.08.2021, contestația este transmisă și recepționată și de autoritatea contractantă.

Or, în aceste condiții, încercarea contestatorului de a proba transmiterea contestației și către autoritatea contractantă în termenul impus de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, nu poate fi primită de către Consiliu în condițiile în care, prin raportare la prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... nu a probat transmiterea și primirea contestației de către achizitoare, astfel cum impun prevederile art. 16 din lege, citate anterior.

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”.

În sensul celor de mai sus, s-a pronunțat și Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, în Decizia nr. 1923/25.06.2014, într-o speță similară (prin care a menținut Decizia nr. 1514/C2/1661 din 22.05.2014 emisă de Consiliu, respingând ca nefondată plângerea formulată de reclamantă) care a reținut următoarele aspecte:

“Se mai apreciază și faptul că reclamanta avea obligația rezultată din interpretarea dispozițiilor art. 59 și următoarele din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006, de a se asigura că destinatarul corespondenței sale (autoritatea contractantă) a luat sau avea posibilitatea luării la cunoștință a conținutului acesteia.”

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”*.

Mutatis mutandis, contestatoarea trebuia să intervină la autoritatea publică destinatară a documentului pentru a primi confirmarea înregistrării. Față de aceste considerente, Consiliul apreciază că procedura de comunicare nu poate fi considerată îndeplinită în absența confirmării primirii de către parte.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul reține faptul că societatea contestatoare nu a făcut dovada primirii/recepționării, la data de **09.08.2021**, de către autoritatea contractantă, a contestației, 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*”.

În raport de toate aspectele mai sus reținute, se poate observa că societatea contestatoare a întreprins demersurile pentru a formula și depune contestația în termen la Consiliu, însă, în cadrul aceluiași termen, nu a transmis-o și achizitoarei

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. 101/2016, nimeni nu se poate prevala de necunoașterea legii potrivit principiului de drept „*nemo censetur ignorare legem*”.

Prin urmare, contestația nr. 6392/09.08.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 41416/09.08.2021 formulată de către ..., a fost transmisă autorității contractante în afara termenului legal prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, ceea ce atrage sancțiunea respingerii acesteia, ca tardivă.

În considerarea aspectelor de fapt și de drept anterior evocate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor admite excepția invocată de către autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, respinge, ca tardivă, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

Fără pronunțare pe fondul contestației.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației formulată de către ..., invocată de către autoritatea contractantă.

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca tardivă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

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