CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului Bucureşti sub nr.., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva deciziei de anulare a procedurii de atribuire nr..., publicată în SEAP, în data de 23.11.2018, de către ..., cu sediul în localitatea ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de furnizare având ca obiect *„...”*, s-a solicitat anularea deciziei susmenționată și a notei justificative nr.5884/21.11.2018, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa anterioară, prin transmiterea unei noi invitații de semnare a contractului de atribuire.

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică decizia de anulare a procedurii de atribuire nr..../21.11.2016, publicată în SEAP, în data de 23.11.2018, de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de furnizare având ca obiect *„...”*, solicitând anularea deciziei susmenționată și a Notei justificative nr.5884/21.11.2018, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la

etapa anterioară, prin transmiterea unei noi invitații de semnare a contractului de atribuire.

În motivarea contestației, ... prezintă un istoric al procedurii de atribuire, arătând că pe durata procedurii de atribuire, întreaga corespondență cu autoritatea contractantă s-a desfășurat pe adresa de email ...e-mail ..., toate documentele depuse de societatea sa în cadrul procedurii de atribuire având notate în antet datele societății precum si adresa de e-mail ....

Contestatorul precizează că, în data de 09.11.2018, autoritatea contractantă a publicat, prin intermediul SEAP, desemnarea ca fiind câștigătoare a ofertei ..., înștiințare care a fost primită la adresa de e-mail oficială a societății declarată în SEAP, respectiv ....

Cu toate acestea, arată contestatorul, în data de 23.11.2018, autoritatea contractantă a publicat, prin intermediul SEAP, decizia de anulare a procedurii de atribuire, înștiințare care a fost comunicată la aceeaşi adresa de e-mail la care s-a primit întreaga corespondență, la care s-a ataşat Nota justificativă nr.5884 din 21.11.2018 și Dispoziţia privind anularea procedurii de atribuire, reţinerea garanţiei de participare a ofertantului și emiterea documentului constatator nr.... din 21.11.2018, a căror anulare se solicită.

Întrucât în Nota justificativă s-a menționat faptul *că "ofertantul declarat câștigător, ... nu s-a prezentat la data de 16.11.2018, ora 10.00 la sediul Primăriei ... pentru semnarea contractului, conform Comunicării nr.5669 din 09.11.2018"*, contestatorul arată că a verificat postările efectuate de către autoritatea contractantă în SEAP, în data de 09.11.2018, primirile fax din 09.11.2018, precum și primirile e-mailurilor la adresa de e-mail oficială, utilizată ... la care persoanele din Departamenul de Achiziții publice au sarcina de a urmări și monitoriza procedurile și contractele de achiziţii publice, fără să regăsească comunicarea nr.5669 din 09.11.2018, prin care societatea sa era invitată la semnarea contractului.

Susține că a luat legătura cu persoana responsabilă de desfășurarea procedurii de atribuire, care l-a informat că, în data de 09.11.2018, comunicarea nr.5669 (fila 32) a fost trimisă doar pe e-mailui administratorului.

Verificând această informație, după cum se arată, pe adresa indicată, în Spam, s-a regăsit e-mailul din 09.11.2018, ora 10.21 trimis doar pe adresa administratorului societății care avea, un mesaj fără conținut şi fără semnătură, având un ataşament, fapt pentru care programul Antispam la considerat spam și l-a direcționat în spaţiul Spam așa cum se observă din printscreem-ul atașat.

Ulterior, în 09.11.2018, la ora 10:24, arată contestatorul, Primaria ... a trimis un alt mesaj cu subiect „bună ziua," fără nici un ataşament, dar cu textul : „confirmaţi primirea email cu comunicarea transmisă de .....", fără a avea o semnătură, date de contact, telefoane,

iar programul antispam la considerat spam, și l-a direcționat în spaţiul Spam, așa cum se observă din mesajul atașat.

Contestatorul susține că cele 2 mesaje nu au fost recepţionate de către ... până la data de 23.11.2018 și nu au fost nici confirmate, așa cum a solicitat autoritatea contractantă, societatea neștiind de existența acestora până la data la care reprezentantul Primăriei ... a anunţat ca a trimis 2 e-mail-uri.

Pe de altă parte, susține contestatorul, programul de e-mail al Primăriei ... avea accesată funcţia de confirmare de citire a mesajului, funcţie care, așa cum se observă din primul printscreen nu a fost utilizată de ..., deoarece nu a avut cunoștință despre primirea e-mail-ului.

Totodată, contestatorul arată că administratorul societății pe al cărui e-mail autoritatea contractantă a înțeles să trimită exclusiv invitația de semnare a contractului nu a verificat e-mailurile SPAM deoarece, în perioada 08.12.2018 (ora 19.00) -12.11.2018 s-a aflat în deplasare la fabrica de utilaje Ausa Spania, fapt demonstrat prin Ordinele de deplasare precum și prin biletul de avion ataşate (fila 33 – 35).

Contestatorul precizează că a întreprins toate demersurile pentru comanda, producerea și implicit livrarea utilajului ofertat Comunei ... neavând un motiv să refuze semnarea contractului, mai mult decât atât, este pregătit așa cum confirmă și producătorul, cu livrarea utilajului în condiţiile în care se va decide anularea Dispoziţie nr..../21.11.2016, emisă de autoritatea contractantă și reluarea procedurii prin emiterea unei noi invitații de semnare a contractului.

Apreciază că autoritate contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat, a anulatat procedura și a adoptat toate măsurile coercitive prevăzute de lege împotriva ..., fără să se asigure că aceasta a avut vreo culpă evidentă (a refuzat semnarea contractului), reţinerea garanţiei de participare în cuantum de 2740 lei și emiterea documentului constatator obstrucționând buna desfășurare a activității societății.

Totodată, consideră că autoritatea contractantă nu a înțeles să adopte o atitudine diligentă în sensul de a verifica primirea invitației, situație în care nu primează nici interesul public, periclitat prin anularea procedurii.

Față de cele menționate, contestatorul susține că nu a încălcat prevederile legale, în cauză nefiind incidente prevederile art.144, alin.1 din H.G. nr.395/2016 si nici art.166 din Legea nr.98/2016, deoarece nu a refuzat semnarea contractului și nu a luat cunoștință de emiterea și trimiterea invitației de semnare a contractului, aceasta nefiind trimisă pe adresa oficială a societății, declarată în DUAE la secţiunea Informaţii privind operatorul economic, și nici nu a confirmat recepționarea emailului.

Concluzionând, susține că decizia de anulare a procedurii de atribuire este netemeinică și nelegală, iar ... își arată disponibilitatea de a semna contractul în orice moment și cu celeritate.

În drept, se invocă prevederile Legii nr.101/2016, ale Legii nr.98/2016 și H.G. nr.395/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.6062/29.11.2018, înregistrat la Consiliu cu nr.50088/03.12.2018, ... a solicitat respingerea contestației formulată ..., ca nefondată, având în vedere următoarele:

Comisia de evaluare a declarat câştigătoare oferta depusă de către ..., cu o propunere financiară de 272.900,00 lei, fără TVA, transmiţând comunicarea nr.5669 din 09.11.2018, la adresa de e-mail ...(adresa menţionată de către ofertant în DUAE la secţiunea B: Informaţii privind reprezentanţii operatorului economic- ...fiind administratorul societăţii, persoana de contact trecută în DUAE). Prin această comunicare, arată autoritatea contractantă, ... a fost invitată la sediul Primăriei ..., în data de 16.11.2018, la ora 10:00, pentru semnarea contractului având ca obiect furnizare buldoexcavator.

Comunicarea a fost transmisă, după cum se arată, de pe adresa de e-mail oficială a Primăriei ... (primaria.chilaz@cibihor.ro) conform print-screenurilor ataşate și într-adevăr au fost transmise două e-mailuri, primul conţinând fişierul ataşat, respectiv comunicarea privind oferta câştigătoare ..., iar cel de-al doilea conţinând mesajul *„confirmaţi primirea e-mail cu comunicarea transmisă de ..…*".

În data de 16.11.2018, ofertantul câștigător a fost așteptat la sediul Primăriei ... pentru semnarea contractului, însă niciun reprezentant al acestuia nu s-a prezentat la semnarea contractului.

Autoritatea contractantă a aşteptat, după cum arată, un răspuns din partea ... cu privire la semnarea contractului, însă acesta nu a transmis nicio confirmare şi nici nu a întreprins demersuri pentru a încheia contractul de furnizare. Mai mult decât atât, chiar dacă comunicarea nu ar fi ajuns la ..., acestuia îi revenea obligaţia, după cum susține autoritatea contractantă, de a se interesa de semnarea contractului, având în vedere faptul că, în SEAP, a fost desemnat câştigător, în data de 09.11.2018, sistemul generând automat un e-mail ofertantului cu privire la acest aspect, însă ofertantul nu a depus nicio diligentă în a evita luarea acestei decizii de către comisia de evaluare.

Astfel, arată autoritatea contractantă, a asimilat situaţia în cauză cu cea prevăzută de art.212 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare, care prevede faptul că autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului. Drept urmare potrivit dispoziţiilor art.37 alin.1 lit.c, art.144 alin.1 şi art.166, alin.2 din H.G nr.395/2016 cu modificările şi completările ulterioare *„Autoritatea contractantă are obligaţia de a reţine garanţia de participare atunci când ofertantul se află în oricare dintre următoarele situaţii: c) oferta sa fiind*

stabilită câştigătoare, refuză să semneze contractul de achiziţie publică/acordul -cadru în perioada de valabilitate a ofertei".

Autoritatea contractantă învederează faptul că ... are declarată în DUAE, atât adresa de e-mail ..., cât şi adresa de email ..., adresă pe care au fost transmise comunicările.

Din moment ce, în cadrul DUAE se regăsesc aceste informaţii, autoritatea contractantă apreciază că ofertantul nu poate aduce în apărarea sa faptul că nu a primit comunicările, din moment ce aceste aspecte au fost asumate de către acesta prin introducerea lor în DUAE. Mai mult decât atât, d-nul Deacu Mihai Cătălin este reprezentantul legal/ persoana împuternicită să reprezinte operatorul economic în scopurile acestei proceduri de atribuire, iar ... a introdus în DUAE adresa acestuia de e-mail din cadrul companiei, nefiind o adresă personală, susținerile contestatorului cu privire la faptul că d-nul Deacu Mihai Cătălin nu a verificat e-mail-urile SPAM, deoarece acesta s-a aflat în deplasare în perioada 08.12.2018-12.11.2018, respectiv 13-14.11.2018, nu prezintă relevanță și nu justifică faptul că ofertantul nu s-a prezentat la semnarea contractului.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că a procedat corect și a înştiinţat chiar persoana împuternicită să reprezinte operatorul economic în scopurile acestei proceduri de atribuire, susținând că, în ipoteza în care ar fi transmis comunicarea pe adresa de e-mail: ..., operatorul ecnomic ar fi putut învedera faptul că nu a primit comunicarea deoarece este o adresa de e-mail care este folosită de către tot departamentul şi poate ca unul dintre angajaţi a şters e-mailul din greşeală.

Având în vedere afirmaţiile contestatorului, autoritatea contractantă consideră că ... trebuia să declare o singură adresă de e-mail, ..., atât pentru operatorul economic cât şi pentru persoana împuternicită să reprezinte operatorul economic la prezenta procedură, având în vedere că există riscul ca persoana împuternicită să nu citească e-mailurile primite pe adresa ....

Drept urmare, având în vedere dispoziţiile legale incidente în cazul de faţă, respectiv de prevederile art.212 alin.1 lit.c din Legea nr. 98/2016, prevederile art.37 alin.1 lit.c din H.G nr.395/2016, prevederile art.144, alin.1 şi art.166 alin.2 din H.G nr.395/2016, comisia de evaluare a decis anularea procedurii de atribuire, reţinerea garanţiei de participare constituită de către ... prin poliţa de asigurare seria RGN nr. 001068/07.09.2018, emisă de GARANTA ASIGURARI S.A., pentru suma de 2.740 lei, valabilitate pana la 15.01.2019, și emiterea documentului constatator pentfu ...

În probațiune, s-au depus, în copie, documente din dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire simplificată a contractului de furnizare având ca obiect ***„...”***,

sens în care a publicat, în SICAP, anunț de participare simplificat nr.SCN1014042/28.08.2018.

Valoarea estimată a contractului este de 274.092,16 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut*".

Au fost depuse 2 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, oferte care au fost vizualizate, în SICAP, la data de 11.09.2018, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr....

Prin raportul procedurii nr.5667/09.11.2018, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de ..., cu o propunere financiară de 272.900,00 lei, fără TVA.

Conform notei justificative nr.5884/21.11.2018, comisia de evaluare a decis anularea procedurii de atribuire, reținerea garanției de participare constituită de ... și emiterea documentului constatator pe numele acestuia, motivat de faptul că acesta nu s-a prezentat în data de 16.11.2018, ora 10.00, la sediul PRIMĂRIEI ... pentru semnarea contractului, așa cum s-a precizat în comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr.5669/09.11.2018.

Prin dispoziția nr..../21.11.2018, PRIMĂRIA ... a dispus anularea procedurii de atribuire, act a cărui anulare este solicitată prin contestația de față.

Cauțiunea a fost constituită în cuantumul prevăzut de lege, prin recipisa de consemnare nr.205073293/1 din 27.11.2018, emisă de CEC Bank – Unitatea Bucureștii Noi.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

... critică decizia de a anulare a procedurii de atribuire, pe care o consideră nelegală, susținând, pe de o parte, că autoritatea contractantă nu a transmis comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018 la adresa de e-mail a ..., indicată în DUAE și pe care s-a derulat corespondența din cadrul procedurii, ci pe adresa de e-mail a administratorului societății, iar, pe de altă parte, că ... a regăsit comunicarea menționată, ulterior anulării procedurii, în secțiunea „Spam", fără a avea conținut, astfel că nu a dat curs invitației din data de 16.11.2018, ora 10.00, de a se prezenta la sediul autorității contractante pentru perfectarea contractului.

În soluționare, după cum rezultă din situația de fapt relevată, se reține că autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de ..., decizie materializată în raportul procedurii nr.5667/09.11.2018, pentru ca, ulterior, să decidă anularea procedurii de atribuire motivat de împrejurarea că ofertantul menționat nu s-a prezentat la data stabilită pentru a perfecta contractul de achiziție publică, așa cum i s-a adus la cunoștință prin comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018.

Prin comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018, reține Consiliul, autoritatea contractantă a comunicat contestatorului faptul că oferta sa a fost desemnată câștigătoare, precum și invitația de a se

prezenta, în data de 16.11.2018, ora 10.00, la sediul autorității contractante pentru semnarea contractului.

Adresa susmenționată, așa cum recunoaște și autoritatea contractantă, a fost comunicată pe adresa de e-mail ..., adresă care, după cum rezultă din DUAE depus de contestator, pct.B – *„Informații privind reprezentanții operatorului economic*”, aparține administratorului societății.

Având în vedere că, în cadrul aceluiași DUAE, la pct.A – *„Informații privind operatorul economic*”, ... a indicat ca adresă de e-mail – ..., adresă ce se regăsește menționată pe toate înscrisurile care au emanat de la contestator în cadrul procedurii, Consiliul determină că adresa de e-mail pe care ... a indicat-o pentru derularea procedurii și pe care autoritatea contractantă trebuia să transmită comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018, este ..., avută în vedere și de către sistemul SICAP.

Faptul netransmiterii comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018 la adresa de e-mail indicată de contestator ca aparținând societății sale, apreciază Consiliul că echivalează cu o netransmitere a rezultatului procedurii, orice culpă a contestatorului cu privire la adresa la care autoritatea contractantă a ales să facă transmiterea fiind exclusă.

Este adevărat că adresa la care autoritatea contractantă a înțeles să transmită comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018 aparține administratorului societății, persoană indicată în DUAE ca având calitatea de reprezentant al contestatorului, însă acest aspect nu îndreptățea autoritatea contractantă să efectueze transmiteri pe adresa de e-mail a acestuia.

Dincolo de acestea, cu privire la primirea comunicării rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018 de către contestator, se reține că, prin punctul de vedere referitor la contestație, autoritatea contractantă afirmă că a transmis contestatorului comunicarea nr.5669/09.11.2018 la adresa de e-mail ..., ulterior acestuia fiind transmis, la aceeași adresă, și un e-mail prin care s-a solicitat confirmarea primirii primului e-mail conținând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

În dovedirea celor afirmate, autoritatea contractantă a prezentat, după cum arată explicit, print-scrin-uri care atestă respectivele transmiteri.

Consiliul va reține ca relevante în soluționare dispozițiile art.64-66 din Legea nr.98/2016 referitoare la regulile aplicabile comunicărilor, coroborate cu prevederile art.249 Cod procedură civilă, potrivit cu care *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*”.

În acest sens, a fost pronunțată și decizia civilă nr. 98 din 16 ianuarie 2017, în care Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, potrivit căreia, *„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".

Față de cele mai sus reținute, rezultă că orice fel de clarificări, comunicări sau acte procedurale pe care le face autoritatea contractantă și care se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, se fac cu confirmarea de primire din partea celui căruia i s-au adresat.

În speța de față, autoritatea contractantă susține că a transmis contestatorului comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018, <u>însă nu a depus și o confirmare a primirii respectivului document de către contestator</u>.

Astfel, print-screen-urile e-mail-urilor depuse la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă, nu pot fi reţinute ca reprezentând dovezi ale primirii comunicării rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018 de către ..., deoarece fac doar dovada unor transmiteri, iar nu și a primirii documentului în discuție, motivele nerecepționării acestuia putând fi multiple.

În acest context, Consiliul nu poate reține că ... a primit comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018.

Sunt reținute în acest sens și susținerile contestatorului conform cărora a regăsit e-mail-urile transmise de autoritatea contractantă în spațiul „Spam", fără a avea vreun conținut, direcționate fiind de programul Antispam, după cum rezultă din capturile de ecran depuse.

„Spam", conform literaturii de specialitate, este termenul utilizat pentru a defini mesajele nesolicitate trimise unui utilizator de servicii de mesagerie electronică ori acel mesaj al cărui expeditor nu se regăsește în lita de contacte (sau de cunoștințe) a destinatarului.

Astfel fiind, chiar dacă a utilizat adresa de e-mail aparținând administratorului societății, autoritatea contractantă avea obligația de a se asigura despre primirea corespondenței de către destinatarul ei.

De altfel, după cum autoritatea contractantă afirmă, mesajul ulterior celui referitor la comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018, pe care l-a transmis contestatorului, a avut drept conținut *„confirmați primirea e-mail cu comunicarea transmisă de .... Vă mulțumim.",* de unde rezultă că autoritatea contractantă avea cunoștință

despre obligația de a se asigura cu privire la primirea documentului transmis.

Aşadar, în lipsa unei confirmări de primire a comunicării rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018, în contextul în care se contestă primirea ei, Consiliul nu poate reţine că autoritatea contractantă a depus toate diligenţele în a se asigura de primirea documentului menționat de către contestator.

Argumentele autorității contractante conform cărora contestatorului îi revenea obligația de a se interesa de semnarea contractului și că nu a depus nicio diligență pentru a evita anularea procedurii, nu vor fi primite, deoarece, după cum s-a arătat deja, obligația de a se asigura despre primirea corespondenței transmise revine emitentului acesteia.

Astfel, având în vedere că autoritatea contractantă nu a prezentat dovada primirii de către contestator a comunicării rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală prevăzută la art.215 din Legea nr.98/2016 de a informa fiecare ofertant cu privire la rezultatul procedurii.

Consiliul constată că a fost voința deplină a autorității contractante de a alege e-mail-ul ca modalitate de transmitere către contestator a comunicării rezultatului procedurii de atribuire și pe cale de consecință, autoritatea contractantă și-a asumat implicit și riscurile aferente căii de transmitere alese.

Prin alegerea de a transmite doar pe e-mail, fără a verifica primirea înscrisurilor transmise, autoritatea contractantă a acționat fără diligențele necesare unui bun administrator de afaceri, diligențe care se grefau pe o conduită stabilită expres și imperativ prin prevederile art.215 din Legea nr.98/2016.

Pe de altă parte, măsura de anulare a procedurii în condițiile în care voința evidentă a contestatorului, manifestată și prin prezentul demers de a contesta, este aceea de a încheia contractul, este vădit disproporționată, fiind în acord cu interesul autorității contractante încheierea contractului, iar nu anularea procedurii de atribuire.

Disproporționalitatea măsurii de anulare a procedurii apare cu atât mai evident cu cât autoritatea contractantă a decis să procedeze și la emiterea documentului constatator prevăzut de art.166 din H.G. nr.395/2016, fără a întreprinde un demers minim spre a se încredința cu privire la motivul pentru care contestatorul nu s-a prezentat să semneze contractul.

Potrivit art.143 din H.G. nr.395/2016, autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare, excepția fiind constituită de situațiile în care respectivul ofertant se află în cazurile de forță majoră, imposibilitate fortuită de a executa contractul sau refuză nemotivat să semneze contractul, ori autoritatea contractantă nu a întreprins niciun demers spre a se asigura că ofertantul se regăsește în una sau mai multe dintre ipotezele menționate.

În soluționare, a fost avută în vedere și practica judiciară, relevante fiind:

- 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.

Față de cele anterior expuse, reținând că ... nu a primit comunicarea rezultatului procedurii nr.5669/09.11.2018, Consiliul va înlătura decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2106, Consiliu va admite contestația și va anula nota justificativă nr.5884/21.11.2018 și dispoziția nr..../21.11.2018, urmând ca, în situația în care a fost emis, autoritatea contractantă să revoca actul constatator despre care face vorbire în nota justificativă nr.5884/21.11.2018. Autoritatea contractantă urmează să transmită contestatorului o nouă invitație în vederea încheierii contractului.

Decizia este obligatorie, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., anulează nota justificativă nr.5884/21.11.2018 și dispoziția nr..../21.11.2018, urmând ca, în cazul în care a fost emis, să se procedeze la revocarea actului constatator.

Obligă autoritatea contractantă să transmită contestatorului o nouă invitație în vederea încheierii contractului, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii.

Obligatorie.

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

…