



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. 14 alin. (2) și ale art. 27 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. ...

Prin contestația nr.909/08.02.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 6370/09.02.2021, formulată de ...cu sediul în comuna ..., înregistrată la O.R.C. sub ..., având CUI R..., în calitate de lider al Asocierii formată din ...- ...S.R.L.- ... S.R.L., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 101/01.02.2021, a proceselor-verbale de evaluare și a raportului procedurii nr. 100/01.02.2021, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de achiziție publică având ca obiect „**Servicii de proiectare și execuție lucrări de construcții pentru obiectivul Relocare și demolare clădiri tehnice și administrative identificate prin nr. ...**”, s-a solicitat anularea înscrisurilor susmenționate precum și a tuturor actelor subsecvente emise în temeiul acestora, în ceea ce privește asocierea contestatoare și ofertantul câștigător, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor antemenționate, în conformitate cu cele dispuse prin decizia Consiliului.

Prin cererea de intervenție nr.85/25.02.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 9571/25.02.2021, ...S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la O.R.C. sub nr. ..., având CUI ..., în calitate de lider al Asocierii formată din ... S.R.L., ...- ...- ..., reprezentată legal prin administrator .. și convenționl prin „...”, a solicitat respingerea contestației formulată de ...și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată conform art. 26 alin. (9) din Legea nr.101/2016.

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 adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 101/01.02.2021, procesele-verbale de evaluare și raportul procedurii nr. 100/01.02.2021, transmise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire susmenționată, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...prezintă, în prealabil, argumente în justificarea interesului său legitim de a promova prezentul demers, raportat la dispozițiile art.2 din Legea nr.101/2016, făcând, totodată, referire la respectarea termenului legal de formulare a contestației și la îndeplinirea obligației de constituire a cauțiunii.

Contestatorul arată că, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii, oferta depusă de asocierea al cărei lider este, a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016, deoarece *„răspunsul la clarificări modifică graficul Gantt și implicit oferta tehnică fapt care contravine prevederilor art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016”*, câștigătoare fiind desemnată oferta depusă de Asocieria ... S.R.L. – ...S.R.L. – ... – ..., cu o valoare de 21.428.999,20 lei.

În raportul procedurii și adresa de comunicare a rezultatului, susține contestatorul, nu sunt prezentate motivele concrete avute în vedere la respingerea ofertei, adică în ce anume constă modificarea graficului Gantt.

Făcând un rezumat al contestației, contestatorul arată că:

- prin răspunsul la clarificări, a transmis, pe baza aceluiași informații inițial precizate, un grafic structurat pe executarea concomitentă a lucrărilor din activitate și nu pe executarea succesivă, fără a fi modificată perioada de execuție 15.02.2021-14.11.2021 și nici perioada activității în sine, de 144 zile, între 30 aprilie 2020 și 14 noiembrie 2020;

- în cadrul ofertei tehnice depuse, au fost prezentate informații relevante privind obligația de menținere în funcțiune și activități care să nu afecteze funcționalitatea spitalului;

- structurarea, sub aspect temporar, a unei activități din graficul Gantt – ID 76 – Demolare clădiri existente – pe un alt interval temporar, dar în cadrul aceleiași perioade de execuție și în cadrul aceleiași perioade alocate activității în sine, poate fi catalogată ca o corectare a unui viciu de formă, în accepțiunea reglementată de art.135 alin.3 din H.G. nr.395/2016;

- oferta depusă de Asocieria ... S.R.L. – ...S.R.L. – ... – ... este neconformă, deoarece nu respectă cerințele caietului de sarcini și legislației incidente privind autorizarea ofertantului în scopul executării activităților contractuale, respectiv a activității de proiectare și execuție

în domeniul gazelor naturale, subcap.4.1.2.3 ind (0006.2.3.5) Instalații Gaze Naturale din listele de cantități.

În continuare, ...detaliază considerentele pentru care decizia de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă, este netemeinică raportat la cerințele documentației de atribuire și la răspunsul său nr.11530/15.02.2020, astfel:

1. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu a fost modificată oferta tehnică, respectiv graficul Gantt, ci s-a transmis, pe baza informațiilor precizate inițial, un grafic structurat, de această dată, pe executarea concomitentă a lucrărilor din capitol și nu pe executarea succesivă, cum a fost prezentat inițial. Se subliniază că diferențele sunt date de executarea concomitentă a lucrărilor și nu succesivă, fără a fi modificată perioada de execuție 15.02.2021.-14.11.2021 și nici perioada activității în sine, de 144 zile, între 30 apr. 2020 și 14 nov. 2020.

Se arată că, în graficul depus, a fost respectată întocmai cerința de încadrare în termenele solicitate în fișa de date care nu face nicio exemplificare suplimentară, stabilind că „*Graficul de execuție al contractului care va cuprinde toate activitățile contractului (proiectare, asistență tehnică, execuție lucrări și dotări*”.

Prezentând, în mod detaliat, graficul depus prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatorul apreciază că este nefondat motivul de respingere a ofertei sale potrivit căruia și-a modificat propunerea tehnică având în vedere faptul că, prin răspunsul transmis, nu s-a modificat nicio informație transmisă inițial, inclusiv perioada de execuție ofertată, ci a fost detaliată, sub o altă formă grafică, informația deja existentă.

2. În cadrul ofertei tehnice depuse, au fost prezentate informații relevante privind obligația de menținere în funcțiune și activități care să nu afecteze funcționarea spitalului, în sensul că, în cadrul metodologiei proprii de lucru au fost prevăzute măsuri compensatorii exprese, care nu se restrâng la stația de oxigen și centrala termică, tocmai pentru asigurarea desfășurării activității spitalicești în perioada de implementare.

Arată contestatorul că a gândit și ofertat ca atare, atât sub aspect tehnic cât și prin alocare financiară, măsuri de provizorat specifice menținerii în funcțiune a spitalului, acestei activități fiindu-i alocată o perioadă de 141 zile, începând cu data de 30 apr. 2021, adică exact ziua în care începe activitatea de demolare.

Prin urmare, apreciază că însuși raționamentul autorității contractante este greșit, având în vedere faptul că activitatea de demolare de care face vorbire, cu referire la ID 24, 25, 27 din Grafic are ca obiect construcția / clădirea și nu echipamentele a căror preservare se face până la racordarea noilor facilități.

3. Sunt incidente măsurile de excepție reglementate de 134 alin. (7) din H.G. nr. 395/2016, întrucât structurarea, sub aspect temporar, a unei activități din graficul Gantt - ID 76 - Demolare clădiri existente - pe un alt interval temporar, dar în cadrul aceleiași perioade de execuție și în

cadrul aceleiași perioade alocate activității în sine poate fi catalogat ca o corectare a unui viciu de formă, în accepțiunea reglementată de art. 135 al. (3) din H.G. nr. 395/2016.

Drept urmare, în opinia contestatorului, clarificarea/completarea informațiilor din Graficul Gantt prin răspunsul nr.11530/15.02.2020 la clarificări nu este sancționabilă cu respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei în litera și spiritul principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, cu atât mai mult cu cât clarificarea/completarea datelor omise inițial este susținută, în mod echivoc, de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, fiind incidentă situația de excepție prevăzută de art. 134 alin.(7) din H.G. nr. 395/2016.

Ca atare, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv în analiza și evaluarea ofertei sale, încălcând principiului proporționalității reglementat de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește neconformitatea ofertei depusă de Asocierea ... S.R.L. - ...S.R.L.- ... - ..., contestatorul precizează că aceasta nu respectă cerințele caietului de sarcini și legislația privind autorizarea în scopul executării activităților contractuale, respectiv a activității de proiectare și execuție în domeniul gazelor naturale.

Prin documentele depuse, după cum se arată, asocierea câștigătoare nu a făcut dovada că deține autorizație pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor necesare și obligatorii pentru execuția conformă și completă a obiectului contractului, fiind incidente, în opinia contestatorului, prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Susține contestatorul că, în cuprinsul documentației de atribuire sunt prevăzute acțiuni ce implică desfășurarea de activități în sectorul gazelor naturale, ori în vederea proiectării și execuției obiectivelor/sistemelor din sectorul gazelor naturale, precum și în cazul lucrărilor de modificare a acestora, operatorii economici au obligația de a deține autorizații emise de ANRE în baza unui regulament specific.

Conform raportului procedurii nr.100/01.02.2021, ofertantul declarat câștigător este Asocierea ... S.R.L. - ...S.R.L.- ...S.R.L.- ... S.R.L. cu subcontractanții declarați ..., ...și ...S.R.L., însă, potrivit informațiilor de pe site-ului Autorității Naționale de Reglementare în domeniul Energiei - Gaze naturale, niciunul dintre acești operatorii economici nu deține autorizația necesară desfășurării activităților în sectorul gazelor naturale, astfel cum a fost solicitată de către autoritatea contractantă în caietul de sarcini.

Se învederează că proiectarea și execuția lucrărilor de relocare a utilităților, care, potrivit prevederilor legale în vigoare, necesită avizări speciale, se vor proiecta și executa numai cu societăți avizate în acest sens, dar relocarea acestora va respecta și îndeplini alimentarea cu utilități a unității spitalicești pe toată perioada execuției.

În drept, se invocă prevederile art.8 și urm. din Legea nr. 101/2016, dispozițiile legale invocate.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.212/19.02.2021, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.8840/22.02.2021, ... a solicitat respingerea contestației formulată de ...S.R.L., pe cale de excepție, ca tardivă iar, pe fondul cauzei, ca nelegală, netemeinică și nefondată, cu consecința menținerii comunicării rezultatului procedurii nr. 101/01.02.2021, a procesului-verbal de evaluare și a raportului procedurii nr. 100/01.02.2021

În susținerea excepției tardivității, autoritatea contractantă precizează că ...a formulat și depus contestația după expirarea termenului legal de 7 zile prevăzut de art. 8 din Legea nr.101/2016, aceasta fiind înaintată și înregistrată la CNSC, în data de 09.02.2021, iar la ..., în data de 15.02.2021, conform e-mail-ului anexat, actul contestat fiind comunicat în data de 01.02.2021.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă precizează că, la data de 28.12.2020, a încheiat procesul-verbal nr. 794 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice depuse, ocazie cu care s-a constatat că în graficul GANTT aflat în cadrul documentației tehnice, depus de MIS GRUP S.R.L., demolarea stației de producere a oxigenului medical, Corp C4, se realizează în termen de 12 zile începând cu data de 03.05.2021, iar construirea noii stații de oxigen medical începe în ziua imediat următoare finalizării demolării (19.05.2021), astfel că în perioada de timp până la finalizarea lucrărilor, unitatea spitalicească nu poate funcționa, neavând acces la oxigen medical, vital în tratarea pacienților.

De asemenea, se învederează că, potrivit graficului GANTT depus în cadrul documentației tehnice de către contestator, demolarea centralei tehnice se face în termen de 15 zile începând cu data de 30 aprilie, construcția centralei termice noi se face în termen de 110 zile începând cu 19 mai, iar echipamentele tehnice (componente ale noului punct termic) se livrează în termen de 65 de zile, începând cu data de 19 mai, finalizarea lucrărilor fiind prevăzută în data de 17 august.

Întrucât, demolarea centralei termice este prevăzută a fi finalizată în data de 18 mai, iar construcția noii centrale începe în ziua imediat următoare, 19 mai și durează 110 zile, autoritatea contractantă precizează că o perioadă de timp unitatea spitalicească nu poate funcționa deoarece nu are acces la utilitățile asigurate de centrala termică.

În aceste condiții, comisia de evaluare a apreciat că nu este îndeplinită cerința caietului de sarcini privind asigurarea continuității funcționării spitalului, condiție esențială în tratarea pacienților.

Totodată, se arată că, potrivit graficului GANTT depus în cadrul documentației tehnice de către contestator, demolarea stației TRAF0, corp C3 se face în termen de 10 zile începând cu data de 30.04.2021, iar noul post TRAF0 devine funcțional la data de 03.09.202, astfel că în intervalul de timp cuprins între demolare (10 mai) și data finalizării (3

septembrie) unitatea spitalicească nu poate funcționa nefiind alimentată cu energie electrică.

Față de cele constatate, autoritatea contractantă arată că, în data de 10.12.2020, a solicitat ...clarificări cu privire la neconformitățile din graficul GANTT, solicitare la care acesta a răspuns, în data de 15.12.2020, cu adresa nr. 11530.

În urma analizării documentației tehnice și a răspunsului la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a constatat, după cum arată, modificări la oferta tehnică depusă de ...S.R.L., fapt ce contravine prevederilor art. 137 alin. 6 din H.G. nr. 395/2016.

Sustine că, în cadrul procedurii de evaluare tehnică, a solicitat ...să identifice în oferta sa tehnică fișele tehnice pentru mai multe echipamente în limba română, documentația depusă fiind în limba engleză, însă în urma acestei solicitări contestatorul a completat oferta tehnică depunând, în limba română, documentele solicitate.

Autoritatea contractantă apreciază că depunerea acestor documente ulterior termenului în care trebuia depuse constituie o încălcare a prevederilor legale, respectiv prevederile art.134 alin.6 din H.G. 395/2016, fiind o completare adusă la propunerea tehnică.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă apreciază ca fiind nefondată și tardivă contestația formulată de ...S.R.L., solicitând respingerea acesteia și obligarea la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, în temeiul art. 26 alin 6 și 9 din Legea 101/2016.

Prin cererea de intervenție nr.85/25.02.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 9571/25.02.2021, ...S.R.L. a solicitat respingerea contestației formulată de ...și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată conform art. 26 alin. (9) din Legea nr.101/2016.

În prealabil, intervenientul justifică admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție raportat la calitatea sa de ofertant câștigătoare al procedurii de atribuire, invocând prevederile art.17 alin.3 din legea nr.101/2016.

Pe fondul cauzei, raportat la motivul de neconformitate invocat de ...privind lipsa autorizației ANRE pentru activitățile de proiectare și execuție în domeniul gazelor naturale, intervenientul precizează că în documentația de atribuire nu este prevăzută, în terminis, cerința privind capacitate tehnică și profesională pe care o indică contestatorul, iar extrasul din caietul de sarcini la care face referire contestatorul, are în vedere o obligație de rezultat, iar nu o obligație de mijloace.

În continuare, intervenientul prezintă, pe larg, argumente pentru care stabilirea caracterului necesar și adecvat al cerințelor stabilite este apanajul exclusiv al autorității contractante și niciun ofertant nu poate invoca existența altor cerințe decât cele declarate, în mod clar, limpede și fără ambiguități de către autoritatea contractantă, concluzionând următoarele:

- în documentația de atribuire nu există nicio cerință privind capacitate tehnică și profesională privind autorizarea ANRE;

- cerința invocată de ...nu constituie o cerință de dovedire a capacitații tehnice și profesionale, ci a modului de executare a contractului de achiziție;

- asocierea din care face parte a dovedit deplina capacitate de îndeplinire a obligațiilor contractului (atât în ce privește aspectul financiar, cât și cel tehnic al acestei capacități);

- autoritatea contractantă a efectuat evaluarea corectă a acestei capacități.

În ceea ce privește contestația formulată de ...S.R.L., intervenientul invocă excepția tardivității contestației precizând că decizia de respingere a ofertei sale a fost cunoscută încă din cuprinsul solicitării de clarificări din 10.12.2020, însuși contestatorul afirmând că a aflat despre decizia de neconformitate a ofertei sale, în data 10.12.2020.

Cu toate acestea, ...a formulat contestație împotriva raportului procedurii de atribuire, deși actul vătămător, așa cum recunoaște contestatorul, s-a produs la 10.12.2020, când s-a luat deja decizia respingerii ofertei sale.

Astfel, în raport de data la care ...a luat cunoștință de decizia de neconformitate a ofertei sale, 10.12.2020, inclusiv sub aspectul motivării sale și data formulării contestației, 08.02.2021, intervenientul apreciază contestația ca fiind tardiv formulată sub acest aspect al neconformității ofertei sale.

Pe fondul cauzei, față de criticile contestatorului cu privire la decizia de respingere a ofertei acestuia, intervenientul apreciază că invocarea propriei erori în întocmirea graficului/diagramei GANTT din care rezultă greșita organizare a execuției lucrărilor de relocare a utilităților nu poate fi imputată nimănui și nici nu constituie un motiv de exonerare a răspunderii subsecventă producerii erorii.

Faptul că a existat o asemenea eroare este demonstrat de acțiunea ...de refacere a graficului/diagramei GANTT în vederea eliminării gap-ului de susținere a continuității activităților spitalicești proprii autorității contractante.

Invocând declarația de confidențialitate în care contestatorul a justificat caracterul confidențial al metodologiei (inclusiv întocmirea graficului/diagramei GANTT), intervenientul apreciază că nu poate fi vorba de o simplă eroare de construire a graficului/diagramei GANTT, ci de o aplicare defectuoasă a metodologiei îndelung uzitate de ...la cerințele unei anume proceduri.

În opinia intervenientului, prin solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a permis ...să-și refacă graficul GANTT aflat în cadrul ofertei, încălcând principiile tratamentului egal și transparenței.

Față de justificare contestatorului potrivit căreia refacerea graficului GANTT la care a procedat ca urmare a solicitării de clarificări din 10.12.2020, este doar o simplă reorganizare „sub o altă formă grafică” a informațiilor deja existente în precedentul grafic GANTT, intervenientul precizează că, în realitate, ...a realizat modificarea unei piese esențiale

din propunerea tehnică, astfel încât să acopere eroarea săvârșită în graficul GANTT depus inițial.

De altfel, chiar în răspunsul la solicitarea de clarificări ...a arătat că este vorba de corectarea/completarea graficului GANTT inițial.

Totodată, se apreciază că această „restructurare” a graficului GANTT, operată de ... prin răspunsul la solicitarea de clarificări, nu a asigurat îndeplinirea cerinței caietului de sarcini în discuție, fapt menționat de comisia de evaluare în cuprinsul procesului de evaluare tehnică a ofertelor nr. 794/28.12.2020.

De asemenea, intervenientul combate argumentul contestatorului privind incidența prevederilor art.135 alin.3 din H.G. nr.395/2016, precizând următoarele:

- doar comisia de evaluare avea dreptul de a solicita ...corectarea eventualului viciu de formă, iar pe de altă parte, nu erau întrunite condițiile prevăzute de art.209 Legea.nr.98/2016 pentru a se face solicitarea corectarea unui viciu de formă;

- permisiunea de modificare a graficului GANTT ar fi adus ...un avantaj incorect în raport cu asocierea sa;

- pe fondul cauzei, nu graficul GANTT reprezintă neconformitatea ofertei, ci ceea ce conține ea (în forma inițială);

Intervenientul apreciază că este vorba de o încălcare gravă a cerințelor caietului de sarcini, iar rectificarea acestei erori de redactare a ofertei nu se poate face în limitele prevăzute de art.134 alin. (7) lit.a din H.G. nr.395/2016, fiind vorba de o aplicare greșită a metodologiei utilizată de ...la datele specifice ale achiziției.

Într-o ultimă critică, intervenientul precizează că, în urma studierii dosarului achiziției a constatat o serie de neconformități ale ofertei depusă de ...și anume:

- În răspunsul nr.11530/15.12.2020 la solicitarea de clarificări din 10.12.2020, pct.3, nu se regăsesc certificate brazi calificări conform standardului EN ISO13585:2012.

- autorizația ISCIR a d-l ..., anexată la propunerea tehnică precizează clar ca diametrele pentru care acesta este autorizat sunt în gama O27mm - O108 mm, nefiind autorizat să brazeze țevi de cupru în gama O10mm -O 26 mm, adică de dimensiunile traseelor de racordare din țeava de cupru pentru stația de butelii de rezervă oxigen și statia de butelii de protoxid de azot.

În continuare, intervenientul justifică lipsa dovedirii caracterului secret comercial al ofertei depusă de ...nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de art.11 din Legea nr.11/1991.

Față de cele menționate, intervenientul solicită respingerea contestației formulată de ...și obligarea la plata cheltuielilor de judecată.

Raportat la dispozițiile art.15 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul a solicitat ...S.R.L., prin adresa nr....23.02.2021, punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Prin nota de răspuns nr.1460/23.02.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 9189/24.02.2021, ...a solicitat respingerea, ca neîntemeiată a excepției tardivității contestației având în vedere că termenul legal de 7 zile prevăzut de art.8 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016 a fost respectat, raportat la data comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr.103/01.02.2021 și data formulării contestației, 08.02.2021.

Contestatorul învederează faptul că a transmis contestația către autoritatea contractantă, prin e-mail, în data de 08.02.2021, la adresa indicată în fișa de date.

Referitor la recomunicarea contestației transmisă în data de 15.02.2021 la solicitarea autorității contractante, contestatorul precizează că adresa de e-mail indicată telefonic de autoritatea contractantă este diferită de cea menționată în SEAP.

Consiliul, cu privire la cererea de intervenție formulată de ... S.R.L., constată că a fost depusă cu respectarea dispozițiilor art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016 [(3) *Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr.134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)]].*

Având în vedere că interesul ... S.R.L. se suprapune cu cel al autorității contractante, respectiv respingerea contestației și menținerea actelor emise în cadrul procedurii, iar societatea are calitate și capacitate procesuală și, de asemenea, dovedește interesul legitim de a interveni în cauza de față, fiind ofertantul desemnat câștigător, în conformitate cu art.64 alin. 2 Cod de procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu ca cerere de intervenție, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Preliminar trecerii la soluționarea fondului cauzei, în raport cu dispozițiile art.26 alin.1 din Legea nr. 101/2016, Consiliul se va pronunța asupra excepției tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

...critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.103/01.02.2021, despre care a luat cunoștință, după cum singur arată, la data de **01.02.2021**, când adresa menționată i-a fost comunicată.

Potrivit 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.”**

Termenul legal de contestare, determină Consiliul, raportat la tipul de contract care urmează a fi încheiat, respectiv contract de lucrări, și la

valoarea estimată a acestuia, 21.945.926,65, fără TVA, este cel prevăzut la art.8 alin.1 lit.b din lege, potrivit cu care:

„(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: (...)

b) **7 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/sectorial 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.”

Așadar, ...avea obligația de a transmite contestația atât către C.N.S.C., cât și către autoritatea contractantă, în termen de 7 zile de la data la care a luat cunoștință despre actul atacat, termen care, calculat conform sistemului intermediar de calcul prevăzut la art.5 din Legea nr.101/2016, s-a împlinit luni **08.02.2021**.

Din argumentarea excepției, rezultă că autoritatea contractantă apreciază tardivă contestația din considerentul că ...i-a înaintat contestația la data de **15.02.2021**, prezentând ca probă e-mailul primit de la contestator la data menționată.

Având în vedere susținerile contradictorii ale părților cu privire la data primirii contestației de către autoritatea contractantă, Consiliului îi revine sarcina ca, pe baza probatoriului aflat la dosarul cauzei, să determine dacă contestatorul și-a îndeplinit obligația de a transmite contestația în termenul legal și către autoritatea contractantă sau nu.

Astfel, în soluționare, se observă că prin e-mailul la care face autoritatea contractantă referire (din 15.02.2021), după cum rezultă din textul acestuia, contestatorul a *retransmis* acesteia contestația însoțită, după cum se precizează în textul e-mail-ului, de dovada transmiterii ei în termenul legal.

Pe de altă parte, contestatorul susține că a transmis autorității contractante contestația la data de 08.02.2021, prin e-mail și fax, sens în care prezintă print-scrin de pe e-mail-ul la care face referire și raport fax.

Din analiza acestor ultime documente, rezultă că:

- e-mail-ul apare transmis către adresa de e-mail indicată de autoritatea contractantă în anunțul de participare ca aparținându-i, la data de 08.02.2021 și se referă la transmiterea către aceasta a contestației;

- raportul fax indică efectuarea unei transmiteri la numărul indicat de autoritatea contractantă în anunțul la participare ca aparținându-i.

Consiliul reține ca relevante în soluționare dispozițiile art.16 alin.5 din Legea nr.101/2016, potrivit cu care:

„Toate actele procedurale se transmit fie prin poștă, fie prin fax, fie prin mijloace electronice, cu confirmare de primire.”,

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”.

Așadar, contestația, ca act procedural, poate fi transmisă prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, dar cu confirmare de primire din partea destinatarului.

În speța de față, contestatorul susține că a transmis autorității contractante contestația la data de 08.02.2021, însă nu a depus și o confirmare a primirii respectivului document de către autoritatea contractantă.

Astfel, print-screen-ul de pe e-mail-ul depus la dosarul cauzei de către contestator, ca și raportul fax, nu pot fi reținute ca reprezentând dovezi ale primirii contestației, deoarece fac doar dovada unor transmiteri, iar nu și a primirii documentului în discuție, motivele nerecepționării putând fi multiple.

În acest context, Consiliul nu poate reține că autoritatea contractantă a primit contestația la data de 08.02.2021.

Astfel fiind, chiar dacă a utilizat adresa de e-mail și numărul de fax aparținând autorității contractante, contestatorul avea obligația de a se asigura despre primirea corespondenței de către destinatarul ei.

De altfel, după cum rezultă din e-mail-ul transmis la data de 08.02.2021, contestatorul a inclus mențiunea *„Vă rugăm confirmați primirea!”*, ceea ce denotă faptul că avea cunoștință despre obligația de a se asigura cu privire la primirea documentului transmis.

Așadar, în lipsa unei confirmări de primire a contestației din partea autorității contractante, în contextul în care aceasta contestă primirea, Consiliul nu poate reține că ...a depus toate diligențele spre a se asigura de primirea documentului transmis.

Pe cale de consecință, ...nu și-a îndeplinit obligația legală de a transmite contestația, inclusiv autorității contractante, în interiorul termenului stabilit de lege.

A fost voința deplină a contestatorului de a alege e-mail-ul și faxul drept căi de transmitere a contestației, însă, fără a obține o confirmare de primire contestatorul a acționat fără diligențele necesare unui bun administrator de afaceri, diligențe care se grefau pe o conduită stabilită expres și imperativ de dispozițiile art.16 alin.5 din Legea nr.101/2016.

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 asigură 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 intimitei A_____/PFA P_____
V_____
G_____ ca inacceptabilă pentru lipsa răspunsului la o solicitare

pe care autoritatea contractantă nu dovedește că a comunicat-o efectiv intimatelor”), 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 primirii acestora de către destinatar, deoarece, din varii motive de ordin 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 posibile 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 și 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 și 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 și să se asigure că destinatarul a intrat efectiv în posesia fax-ului. Și aceasta pentru că 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 și 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.

În ceea ce privește excepția tardivității invocată de intervenientul ... S.R.L., Consiliul o va admite din perspectiva invocată de autoritatea contractantă.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2106, Consiliul va admite excepția tardivității contestației și pe cale de consecință, respinge contestația depusă de ...S.R.L., ca atare.

Față de soluția prefigurată, va fi admisă și cererea de intervenție depusă de ... S.R.L.

În ceea ce privește cererea de plată a cheltuielilor de judecată formulată de intervenientul accesoriu ... S.R.L., constând în onorariu de avocat în cuantum de 5.000 lei, conform facturii nr.474/19.02.2021, achitat cu OP nr.88/19.02.2021, în raport cu dispozițiile art.26 alin.9 din Legea nr.101/2106, potrivit cu care „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. (...)”, va fi respinsă, deoarece intervenientul accesoriu, deși devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale, totuși acesta nu invocă o pretenție proprie în proces pentru a deveni „parte care câștigă procesul”, ci sprijină numai apărarea uneia dintre părți, astfel că acesta nu poate obține obligarea părții care a căzut în pretenții la plata cheltuielilor de judecată, acest drept revenind doar părții în favoarea căreia s-a intervenit. În acest sens s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia nr.1098/01.03.2012, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.4599/CA/2013 R/18.12.2013, pronunțată de Curtea de Apel Oradea, decizia civilă nr.1464/21.03.2013, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, decizia nr.861/13.09.2016, pronunțată de Curtea de Apel Suceava.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, formulată de autoritatea contractantă, va fi respinsă, deoarece la dosar nu se regăsește vreo dovadă a efectuării unor asemenea cheltuieli.

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 excepția tardivității contestației, invocată de ... și ... S.R.L. și, pe cale de consecință, respinge contestația depusă de ...S.R.L., în contradictoriu cu ..., ca tardivă.

Respinge cerere de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, formulată de

Admite cererea de intervenție depusă de ... S.R.L.

Respinge cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea cererii de intervenție accesorie, formulată de ... S.R.L.

Obligatorie.

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.

...