# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România**
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro


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

## DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - director general, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de servicii de proiectare și execuție de lucrări pentru „modernizare drumuri de interes local în satele Potoceni, Căpățânești, Mărăcineni, ....., județul .....”, cod CPV 45233100-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 25.01....., organizată de ....., cu sediul în ....., ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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 ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante ..... de respingere ca neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, la data de 16.05....., a primit o notificare și a constatat în SEAP că oferta sa a fost respinsă încă de la evaluarea tehnică, respectiv din data de 03.04..... Tot la 16.05....., a primit o notificare SEAP privind desemnarea câștigătorului achiziției.

Autoritatea contractantă nu a transmis nicio comunicare intermediară în perioada 22.03.-16.05....., iar la notificarea prealabilă nr. 601/18.05..... a arătat că motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei nu au fost comunicate în SEAP, ci prin intermediul poștei electronice, deși SEAP era mijlocul de comunicare (art. 150 din Legea nr. 98/2016 și cap. VI.3 din fișa de date a achiziției).

Autoritatea a încălcat art. 49 din Legea nr. 98/2016, practicând un tratament discriminatoriu și lipsit de transparență față de asocierea SC ..... SA - SC …. SRL, care nu a primit nicio comunicare intermediară privind rezultatul procedurii. Totodată, autoritatea a încălcat și o serie de prevederi ale fișei de date.

Pe de altă parte, sunt neîntemeiate motivele de respingere a ofertei, care au fost transmise de autoritate abia în răspunsul la notificarea prealabilă, la data de 24.05..... (deși este datat 25.05.....), deși finalizarea evaluării tehnice a avut loc la 03.04.....

Cu adresa nr. 21433/.....-...../30.05....., pentru obținerea informațiilor și înscrisurilor necesare soluționării cauzei, organul administrativ-jurisdicțional a solicitat reclamantei:

- originalul contestației, cu semnătura olografă a reprezentantului societății;

- dacă adresa de poștă electronică „mecancon@yahoo.com" este utilizată de SC ..... SA;

- o declarație din partea reprezentantului SC ..... SA, sub sancţiunea faptei de fals în declarații, dacă la adresa „…" s-a primit de la autoritatea contractantă vreun mesaj la datele de 02.04..... și 08.05..... (inclusiv copia acestuia, dacă există), precum și dacă, anterior, au fost primite de la autoritate mesaje privind procedura de atribuire la respectiva adresă.

În răspunsul nr. 642/31.05....., înregistrat la Consiliu cu nr. 21773/31.05....., reclamanta confirmă că una dintre adresele de e-mail ale SC ..... SA este „…" și adaugă că singura comunicare din partea autorității a fost la 08.05....., de informare asupra rezultatului final al achiziției, iar mesajul a fost deschis la data de 24.05.....

Precizează că a solicitat autorității contractante accesul la actele procedurii de atribuire, care i-a fost acordat, mai puțin la actele declarate confidențiale.

În punctul său de vedere nr. 4593/06.06....., înregistrat la Consiliu cu nr. 22325/06.06....., autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind tardivă, întrucât societății i s-au comunicat motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale prin comunicarea rezultatului etapei de evaluare a propunerilor tehnice nr. 2881/3/02.04..... și

comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr. 3831/7/ 08.05....., prin intermediul poștei electronice, la mecancon@ yahoo.com.

Mijloacele de comunicare acceptate conform art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 sunt și cele electronice. Dintr-o eroare nu s-au transmis comunicările prin intermediul SEAP. De asemenea, când s-a realizat bifarea în SEAP a opțiunilor „Admis/Respins", sistemul a generat automat un mesaj, contestatoarea având posibilitatea să solicite informații referitoare la faptul că nu i s-au transmis motivele care au stat la baza respingerii ofertei. Comunicările s-au transmis prin intermediul poștei electronice și nu al SEAP deoarece, odată cu respingerea unui ofertant în urma evaluării intermediare prin bifarea opțiunii „respins", SEAP-ul nu mai dă posibilitatea de a transmite către acel operator niciun document.

Notificarea prealabilă a fost formulată tardiv, ținând seama că ultima comunicare a fost transmisă la data de 08.05....., ora 12:56, pe adresa de e-mail „mecancon@yahoo.com", iar termenul legal până la fost 14.05..... Notificarea prealabilă și contestația au fost transmise în afara termenului legal.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare simplificat nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de servicii de proiectare și execuție de lucrări pentru modernizarea drumuri de interes local în satele Potoceni, Căpățânești, Mărăcineni, aparținând comunei, achiziție estimată valoric la 3.266.680 lei, fără TVA.

La procedură au fost depuse nouă oferte, între care și aceea a asocierii SC ..... SA - SC Vision Engineering SRL, care a fost respinsă de autoritate ca neconformă și inacceptabilă, prin procesul-verbal nr. 2880/02.04..... Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, liderul asocierii a învestit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

În contextul invocării problemei tardivității notificării și a contestației și raportat la textul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*", se va examina cu prioritate excepția inadmisibilității contestației, derivată din tardivitatea notificării pe care o pretinde autoritatea achizitoare, excepție absolută, de ordine publică, ce poate fi

invocată atât de parte, cât și de către instanță (Consiliu), după cum rezultă și din exprimarea legiuitorului de la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căruia, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă. Alin. (10) al aceluiași articol subliniază că sesizarea prin contestație este posibilă numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

În speță, reclamanta recunoaște expres că a primit de la ....., prin președintele comisiei de evaluare – doamna …, de la adresa …, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr. 383117/ 08.05....., de informare asupra măsurii respingerii ofertei sale și a motivelor pe care este fundamentată. Comunicarea, după cum niciuna dintre părți nu tăgăduiește, nu a fost expediată prin intermediul SEAP, ci prin serviciul de poștă electronică asigurat de furnizorul Yahoo. Data primirii comunicării, recunoscută expres de către contestatoare, este 08.05..... (în acest sens fiind și captura de ecran atașată notelor scrise).

Scuza că respectiva corespondență nu a fost deschisă decât la 24.05..... nu poate fi validată de Consiliu drept derogare de la respectarea termenelor legale de contestare a rezultatului achiziției.

Îmbrățișând teoria recepționării actului, Codul civil prevede, între altele:

- la art. 1.200 alin. (1): „Oferta, acceptarea, precum și revocarea acestora produc efecte numai din momentul în care ajung la destinatar, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ele din motive care nu îi sunt imputabile”.

- la art. 1.326 alin. (3): „Actul unilateral produce efecte din momentul în care comunicarea ajunge la destinatar, chiar dacă acesta nu a luat cunoștință de aceasta din motive care nu îi sunt imputabile”.

După cum a statuat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 770 din 4 aprilie 2011, nu are nicio relevanță data înregistrării la adresantă a comunicării privind rezultatul procedurii, relevantă fiind data primirii ei. Referințe relevante sunt și deciziile civile (ale aceleiași instanțe de judecată) nr. 1972 din 13 octombrie 2009 (în cazul comunicării rezultatului procedurii de atribuire prin fax există prezumția luării lui la cunoștință la momentul comunicării), nr. 2281 din 17 octombrie 2011 (data la care autoritatea transmite un document printr-unul dintre mijloacele rapide de transmitere a informației este data la care se prezumă că ofertantul ia cunoștință de actul respectiv sau ar trebui să ia cunoștință) și nr. 5356 din 28 noiembrie 2013 (nedeschiderea de către petentă a corespondenței e-mail, întrucât personalul său era plecat în team-building, nu constituie un

argument pentru depunerea cu întârziere a contestației), în considerentele acesteia din urmă reținându-se:

Ca atare, este suficient ca autoritatea contractantă să facă dovada expedierii valabile a unei corespondenţe, prin unul dintre mijloacele permise de lege, în speţă e-mail, astfel încât să se nască prezumţia simplă că respectiva corespondenţă a şi fost primită de destinatar.

Desigur, destinatarul va putea face dovada unor împrejurări mai presus de voinţa sa, care au împiedicat primirea corespondenţei, cum ar fi diverse dificultăţi tehnice. Însă, petenta nu a negat primirea e-mail-ului din 06.09.2013, ci doar a susţinut că nu l-a deschis, deoarece personalul său era plecat în team-building. Această împrejurare, pe lângă faptul că nu vizează strict aspectul primirii, ci pe cel al deschiderii corespondenţei, nu a fost străină şi mai presus de voinţa petentei, ci a fost chiar expresia voinţei acesteia, astfel încât nu poate fi invocată ca argument pentru depunerea cu întârziere a contestaţiei.

De asemenea, în sensul că data luării la cunoștință este aceea a primirii actului atacat, iar nu aceea a înregistrării lui de către contestatoare, este decizia nr. 1071 din 17 noiembrie 2014, pronunțată de Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal. Elocventă, *mutatis mutandis*, este și decizia nr. 18 din 13 iunie 2016 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 767 din 30 septembrie 2016.

Prin urmare, termenul de notificare a respingerii ofertei se va stabili în funcție de data de 08.05....., la această dată reclamanta trebuind să își deschidă corespondența e-mail și să afle că oferta i-a fost respinsă, cu motivația aferentă.

Reclamanta admite că nu a îndeplinit obligația de a notifica autoritatea contractantă în termenul de cinci zile de la primirea comunicării nr. 383117/08.05....., ci abia la 18.05.2015.

Conform art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016:

(1) **Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă**, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată **are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere**, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, **în termen de**:

a) **5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal**, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

În speță, SC ..... SRL este nemulțumită de excluderea sa din competiție, comunicare care îi era disponibilă în propria căsuță de corespondență electronică de la data de 08.05..... În aprecierea Consiliului, din actele de la dosar reiese că reclamanta a notificat în mod tardiv soluția respingerii adoptată de autoritate, față

de data comunicării ei la „mecancon@ yahoo.com”, de la care se prezumă că a luat cunoștință.

Pragul valoric în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, în cazul contractelor de lucrări, îl regăsim la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (24.977.096 lei), la care se face trimitere în art. 144 alin. (2) din lege: *„Publicarea anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene este obligatorie în toate situațiile în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică/acordului-cadru este mai mare sau egală cu pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1).”*

În loc să depună la autoritate notificare prealabilă în termenul de 5 zile începând cu cea următoare recepționării comunicării nr. 383117/08.05....., societatea a depus notificarea abia la 18.05....., în afara termenului legal. Consiliul nu neagă faptul că societatea a înaintat comunei notificarea prealabilă în 18.05....., însă probele existente confirmă că înaintarea ei a avut loc, într-adevăr, în afara termenului legal de cinci zile, aspect sesizat în mod judicios de unitatea achizitoare.

Argumentul că nu ar fi valabil mesajul e-mail, întrucât comunicarea trebuia să fie realizată numai prin intermediul SEAP, nu poate fi validat de Consiliu, relevantă juridic pentru operatorul economic destinatar fiind înștiințarea, iar nu forma sau modalitatea în care aceasta a fost realizată. O comunicare prin mijloace electronice, prin serviciul poștal clasic, prin fax sau prin depunere directă la registratura/secretariatul destinatarului este deopotrivă de valabilă ca o comunicare efectuată prin intermediul SEAP, transferul de informații fiind același. Mai mult, Legea nr. 98/2016 admite chiar și comunicarea verbală, în anumite circumstanțe [art. 64 alin. (3)], separat de cele de la art. 52 alin. (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

SC ..... SRL nu are decât a imputa propriilor angajați lipsa de diligență constând în nedeschiderea e-mailului primit la 08.05..... peste două săptămâni (el a fost deschis și înregistrat la 24.05.....).

Transpuse la datele speței, cele de mai sus conduc la concluzia că autoarea contestației nu a respectat normele art. 6 alin. (1) lit. b) din lege, omițând să transmită în cele 5 zile acordate de legiuitor notificarea împotriva respingerii ofertei sale, ceea ce atrage sancțiunea inadmisibilității contestației [sancțiunea nu este tardivitatea, întrucât art. 6 alin. (1) din lege prescrie respingerea contestației ca inadmisibilă].

După cum a statuat și Curtea de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 807 din 2 august 2016, Consiliul este obligat să verifice dacă notificarea

prealabilă a fost realizată în termenul legal. Tardivitatea notificării atrage inadmisibilitatea contestației:

Cu privire la capătul de cerere vizând anularea deciziei Consiliului, Curtea consideră că acesta este nefondat.

Sub un prim aspect, Curtea consideră că termenele reglementate de art. 6 alin. (1) sunt termene imperative legale. Totodată, Curtea reține că nerespectarea acestor termene legale imperative atrage sancțiunea decăderii din exercitarea dreptului, dacă legea nu prevede expres altfel, iar actul de procedură efectuat peste termen este lovit de nulitate, astfel cum prevede și art. 185 alin. (1) C. proc. civ.

Contrar opiniei petentei și în acord cu decizia Consiliului, Curtea consideră că norma juridică ce reglementează termenele anterior precizate (ca întreaga reglementare privind notificarea prealabilă cuprinsă în art. 6 și 7 din Legea nr. 101/2016) este o normă de ordine publică și nu de ordine privată. În acest sens, Curtea constată că este reală susținerea petentei că în expunerea de motive a Legii nr. 101/2016 legiuitorul justifică introducerea notificării prealabile prin prisma necesității de a încuraja dialogul prealabil între autoritățile contractante și operatorii economici, însă petenta ignoră, în acest context, scopul Legii nr. 101/2016. Astfel, conform art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, scopul acestei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor. Prin urmare, privită din această perspectivă, pentru instanță este evident că procedura notificării prealabile depășește simplul interes privat al unui participant la o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, ea fiind concepută cu scopul de a asigura celeritate în realizarea interesului public.

Totodată, curtea nu poate reține apărarea petentei care invocă faptul că Consiliul nu mai putea invoca tardivitatea depunerii notificării prealabile. În acest sens, din analiza dispozițiilor legale care reglementează notificarea prealabilă, Curtea constată că legiuitorul insistă asupra faptului că neîndeplinirea procedurii notificării prealabile, în termenul legal, atrage sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, astfel cum rezultă din art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016. Prin urmare, întrucât sancțiunea este respingerea contestației (iar nu a notificării) ca inadmisibilă (inadmisibilitate care poate fi invocată și din oficiu), este evident că Consiliul este obligat să verifice legalitatea sesizării sale, respectiv să verifice dacă procedura notificării prealabile a fost realizată în acord cu normele legale imperative care o reglementează.

De altfel, conform art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației.

De asemenea, după cum s-a arătat anterior, este evident că **numai îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă în termen legal conferă eficiență juridică acestei proceduri**, fiind dificil de acceptat, în contextul Legii nr. 101/2016, că procedura notificării prealabile ar putea fi realizată oricând de către un participant la procedură și în lipsa unui răspuns legat de acest aspect al autorității contractante notificarea ar putea fi privită de Consiliu sau instanța de judecată ca fiind valabilă întrucât, în acest caz, scopul legii de a asigura mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, ar deveni unul iluzoriu.

Curtea nu va reține nici apărarea petentei care critică soluția dată de Consiliu și sub aspectul încălcării principiului *„non reformatio in peius*" întrucât, invocând din oficiu excepția tardivității, acesteia i s-a îngreunat situația în propria cale de atac. În acest context, Curtea arată că procedura în fața Consiliului este o procedură administrativ-jurisdicțională de primă instanță și nu într-o cale de atac, astfel încât principiul invocat nu este incident.

De asemenea, Curtea nu va reține nici apărarea petentei prin care invocă faptul că, deși notificarea prealabilă a fost tardiv depusă, întrucât autoritatea contractantă nu a invocat acest aspect, cauza de nulitate a fost acoperită, ceea ce duce la salvarea actului de procedură realizat cu încălcarea legii. În acest sens, Curtea constată că, sub un prim

aspect, raționamentul petentei se raportează la dispozițiile art. 193 alin. (1) și (2) C. proc. civ. (reglementare în contextul căreia neîndeplinirea procedurii prealabile poate fi invocată doar de către pârât, prin întâmpinare, având astfel caracter relativ) și nu la dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 (reglementare în contextul căreia, după cum s-a arătata mai sus, procedura notificării prealabile are caracter de ordine publică, inadmisibilitatea putând fi invocată și din oficiu).

Nici analizată din perspectiva dispozițiilor art. 177 C. proc. civ. această apărare a petentei nu poate fi primită. Astfel, potrivit art. 177, ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităților actului de procedură. Cu toate acestea, nulitatea nu poate fi acoperită dacă a intervenit decăderea ori o altă sancțiune procedurală sau dacă se produce ori subzistă o vătămare. Actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia. Or, în cauza de față, nulitatea procedurii notificării prealabile este determinată de decăderea petentei din dreptul de a mai depune notificarea, iar cauza acestei nulități nu dispăruse la momentul soluționării de către Consiliu a contestației.

Față de aceste considerente, se va respinge plângerea ca nefondată.

Termenele și condițiile de notificare și contestare sunt impuse în Legea nr. 101/2016 și nu sunt lăsate la dispoziția destinatarilor legii.

Având în vedere ansamblul considerentelor expuse, în temeiul art. 6 alin. (1) și al art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, se va respinge, ca inadmisibilă, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din lege și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepția inadmisibilității contestației, Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința fondului contestației.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
**CONSILIUL DECIDE:**

Respinge, ca inadmisibilă, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

| **PREȘEDINTE,** | **MEMBRU,** | **MEMBRU,** |
|---|---|---|
| **.....** | **.....** | **.....** |

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.