



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... /... /...

Data: ...

Prin contestația nr. 2267/08.07.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 12785/09.07.2015, depusă de către SC ..., cu sediul în ..., ..., județul ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului J... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva adresei nr. 3424/03.07.2015 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, emisă de către C... (Primăria), în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în loc., județul ..., în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Modernizare străzi în c..., județul ...” cod CPV 45233252-0, s-a solicitat:

- anularea deciziei prin care oferta depusă de SC ... a fost declarată neconformă,
- anularea raportului procedurii ca o consecință a anulării deciziei autorității contractante privind rezultatul procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și stabilirea ofertantului câștigător în strictă concordanță cu prevederile legale și cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, admită contestația formulată de SC ..., în contradictoriu cu C... (Primăria) și dispune anularea raportului

procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, precum și reevaluarea ofertelor de la etapa solicitărilor de clarificări din partea ofertanților.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 2267/08.07.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 12785/09.07.2015, SC ..., în calitate de participant la procedura de cerere de oferte indicată mai sus, organizată de PRIMĂRIA COMUNEI ..., critică rezultatul procedurii de atribuire, întrucât autoritatea contractantă a declarat oferta sa ca fiind neconformă în conformitate cu art. 79 alin.(1) din HG nr. 925/2006, coroborat cu art. 36, alin. (2), lit. c) din HG nr. 925/2006 și ca urmare, respinsă.

Contestatoarea menționează că în data de 18.05.2015, a avut loc ședința de deschidere a ofertelor, prilej cu care s-a încheiat procesul verbal nr. 2249/18.05.2015 în care au fost identificați operatorii economici participanți, respectiv 7 ofertanți, fiind consemnate elemente de natură să evidențieze modul în care operatorii economici înțeleg să justifice îndeplinirea cerințelor de calificare și selecție, cuantumul propunerilor financiare. Sub aspect valoric, oferta SC ... avea prețul cel mai mic, ceea ce determina, prin prisma criteriului de atribuire avut în vedere de către autoritatea contractantă, respectiv prețul cel mai scăzut, faptul ca această ofertă să fie desemnată câștigătoare.

La data de 03.07.2015, în jurul orelor 12:30, a fost contactată telefonic la postul telefonic 0359/190.047 de către o persoană care s-a recomandat a fi reprezentant al Comunei Cu ocazia acestei convorbiri, a fost informată de faptul că la data de 30.06.2015 i s-ar fi transmis o solicitare de clarificări prin e-mail și că termenul limită până la care ar fi trebuit să răspundă acelei solicitări de clarificări ar fi fost 03.07.2015, orele 10:00.

Urmare a verificării corespondenței primite pe adresa de e-mail a societății (...), adresa de e-mail indicată în cuprinsul documentelor întocmite de către în cadrul prezentei proceduri drept adresa de contact, a constatat lipsa oricărei comunicări/solicitări venite din partea adresei de e-mail indicate de către autoritatea contractantă în cuprinsul documentației de atribuire (...).

Pe considerentul că persoana apelantă insistă să se verifice corespondența, indicând faptul că solicitarea nu a fost transmisă de pe adresa de e-mail oficială (primaria.cociubamare@,cj....ro), ci de pe o altă

adresă de e-mail, s-a procedat la verificarea folderului SPAM, constatând că exista un e-mail expedit de pe adresa

Prin prisma bunei-credințe în raporturile cu autoritatea contractantă contestatoarea a înțeles să răspundă solicitării de clarificări, chiar în măsura în care solicitarea de clarificări nu s-a transmis în condiții legale.

După cum bine se cunoaște, paming (sau spam) este procesul de expediere a mesajelor electronice nesolicitate, de cele mai multe ori cu caracter comercial, de publicitate pentru produse și servicii dubioase, practică în industria e-marketingului și de proprietarii de situri pornografice. Nu se cunoaște motivul pentru serverul a considerat e-mailul expedit de pe adresa moldovan_bogdan_cosmin@yahoo.com drept spam, orice calitate deține această persoană în cadrul autorității contractante, însă, în egală măsură, SC ... nu poate fi considerată responsabilă pentru ceva ce se datorează strict lipsei de diligență și de preocupare a autorității contractante în comunicarea actelor de procedură.

Ulterior, la data de 03.07.2015, orele 14:12 (deci la o oră după transmiterea Răspunsului la solicitarea de clarificări, solicitat în mod imperativ de către autoritatea contractantă), i s-a comunicat, de data aceasta, utilizând adresa de email indicată în cadrul documentației de atribuire - [....](#) - adresa nr. 3424/03.07.2015, prin intermediul căreia i s-a adus la cunoștință respingerea ofertei sale ca neconformă, prin prisma a două aspecte: pe de o parte, pe considerentul netransmiterii răspunsului la solicitarea de clarificări în termenul indicat, pe de altă parte, pe considerentul că oferta SC ... conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea apreciază că soluția de respingere a ofertei sale este vădit nelegală, prin prisma ambelor motive invocate de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește primul motiv de respingere a ofertei sale, contestatoarea invocă prevederile art. 60, art. 61 precum și art. 271 alin. (4) din OUG nr. 34/2006 și precizează că aceste texte legale relevă faptul că fiind vorba de un act procedural (solicitarea de clarificări reprezentând un act procedural), comunicarea acestuia este obligatorie cu confirmare de primire, dispozițiile textului arătat extinzându-se și actelor cuprinse în art. 60 din actul normativ mai sus citat. A accepta teza autorității contractante în sensul că se poate utiliza o adresă de e-mail neindicată drept modalitate de comunicare în documentația de atribuire, respectiv că este posibilă comunicarea actelor în alt mod, ar avea caracter nelegal.

Dintr-o altă perspectivă, orice comunicare a unui act de procedură emis în cadrul procedurii de atribuire trebuie să respecte prevederile art. 271 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, respectiv să se facă cu confirmare de primire. A accepta că este posibilă comunicarea unui act de procedură prin altă modalitate decât cu confirmare de primire ar însemna să se adauge la lege, or, este bine cunoscut că regulile de procedură sunt de strictă interpretare și nu permit derogări numai în măsura în care tot legiuitorul consideră necesar să introducă unele excepții.

După cum s-a pronunțat în mod constant atât Consiliul, cât și instanțele de judecată, a permite alte modalități de comunicare a actelor între autoritatea contractantă și ofertanți, ar însemna o încurajare a arbitrariului și ar contraveni principiilor ce stau la baza achizițiilor publice înscrise în art. 2 din nr. OUG 34/2006, respectiv nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, eficiența utilizării fondurilor și asumarea răspunderii.

Din analiza fișei de date a achiziției, rezultă, în mod neechivoc, instrumentele utilizate pentru comunicarea electronică, respectiv faptul că orice comunicare din partea autorității contractante va veni utilizând adresa de e-mail primaria.cociubamare@cj...ro, aceasta fiind singura modalitate prin care se puteau transmite solicitări prin mijloace de comunicare electronică.

Astfel, contestatoarea conchide că respingerea ofertei sale drept neconformă pe considerentul încălcării prevederilor art. 79, alin. (1) din HG nr. 925/2006 are caracter nelegal atât prin prisma faptului că autoritatea contractantă a utilizat o modalitate electronică de comunicare neautorizată cât și din prisma faptului că această comunicare s-a făcut fără solicitarea unei confirmări de primire (autoritatea contractantă acționând în mod culpabil și admitând posibilitatea că destinatarul nu a recepționat cererea). În măsura în care autoritatea contractantă s-ar fi supus acestor rigori impuse în sarcina sa de către legislația în materie, ori, măcar, dacă autoritatea ar fi procedat la solicitarea/obținerea unei confirmări de primire raportat la solicitarea de clarificări transmisă, prezenta situație putea fi evitată.

În ceea ce privește respingerea ofertei ca neconformă, pe considerentul că aceasta conține în cadrul propunerii financiare prețuri ce nu sunt rezultatul liberei concurențe și nu pot fi justificate, contestatoarea invocă prevederile art. 207 din OUG nr. 34/2006.

Contestatoarea învederează că adresa nr. 3424/03.07.2015 privind comunicarea rezultatului procedurii încalcă prevederile legale mai sus- indicate, autoritatea contractantă reluând doar în mod formal prevederea legală din art. 36 alin. (2) din HG nr. 925/2006, ceea ce echivalează cu încălcarea obligațiilor prevăzute în sarcina autorității de către art. 207, alin. (2), lit. b) și c).

În condițiile actuale, analizând documentul comunicat de către autoritatea contractantă rezultă în mod cât se poate de clar că SC ... nu i s-au adus la cunoștință motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, fiind într-o vădită imposibilitate de a lua act de acestea. Simplul fapt de a relua prevederile unui text legal nu poate presupune în vreun fel că autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligațiile care îi incumbau potrivit art. 207 OUG nr. 34/2006.

Fără a putea cunoaște motivele care au determinat, la nivelul autorității contractante, decizia respingerii ofertei sale ca neconformă ori care sunt, individual, „prețurile din cadrul propunerii financiare care nu sunt rezultatul liberei concurențe”, contestatoarea susține că poate doar să se raporteze global la prețurile ofertate, arătând că acestea, în integralitatea lor, sunt reale și sustenabile.

Dintr-o altă perspectivă, analizând conținutul acestui al doilea punct al comunicării rezultatului procedurii, rezultă că autoritatea contractantă a procedat la analizarea documentelor comunicate de către SC ... alăturat răspunsului la solicitarea de clarificări și că, urmare a datelor cuprinse în acestea a procedat la respingerea ofertei ca neconformă, identificând „prețuri din cadrul propunerii financiare care nu sunt rezultatul liberei concurențe”.

Situația apare ca fiind paradoxală, în primul rând deoarece, potrivit celor indicate la punctul 1 al comunicării rezultatului procedurii, răspunsul la solicitarea de clarificări, din data de 03.07.2015 nu a fost avut în vedere de către comisia de evaluare. Dintr-o a doua perspectivă, plecând de la premiza ca prețurile considerate a nu fi „rezultatul liberei concurențe” sunt cele indicate de către SC ... în răspunsul la solicitarea de clarificări (premiză ipotetică dat fiind conținutul lacunar al comunicării rezultatului procedurii) situația este la fel de paradoxală deoarece, la numai o oră de la momentul recepționării răspunsului la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a fost în măsură a analiza temeinic informațiile furnizate, a lua decizia respingerii ofertei ca neconformă, a redacta comunicarea rezultatului procedurii și de a o și comunica.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației precum și punctul său de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 13908/24.07.2015, în care solicită respingerea contestației ca neconformă.

Autoritatea contractantă menționează că oferta contestatoarei a fost declarată necâștigătoare pe considerentul că a răspuns cu întârziere la solicitarea de clarificare nr. 3340/30.06.2015 prin adresa f.n./03.07.2015, înregistrată la registratura generală a autorității contractante sub nr. 3417/03.07.2015 ora 13.02 (față de data de 03.07.2015 ora 10.00 care era termenul limită de depunere a răspunsului la solicitarea de clarificări), oferta SC ... fiind respinsă ca fiind neconformă în baza art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 și în baza art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006.

Autoritatea contractantă solicită să se constate că autoarea contestației critică în mod nefondat rezultatul procedurii, susținerile sale nefiind justificate, în realitate, de niciun element real de fapt sau de drept.

Contestatoarea nu a răspuns în termenul acordat, a răspuns cu întârziere la solcitatea de clarificare nr. 3340/30.06.2015.

Autoritatea contractantă afirmă că, într-adevăr, scrisoarea de clarificări i-a fost transmisă contestatoarei de pe adresa de e-mail ..., la fel cum a fost trimisă tuturor participanților la procedură a căror oferte de preț au fost sub 80% din valoarea estimată. Această adresă de email aparține dl. Moldovan Bogdan Cosmin - contabil în cadrul aparatului de specialitate al autorității contractante și președinte al comisiei de evaluare.

Se mai arată că, din cei șase participanți cărora le-a fost trimisă scrisoarea de clarificări, au răspuns la aceasta patru, fapt ce duce la concluzia că scrisoarea de clarificări respectivă a fost primită de către cei

cărorora le era destinată. Așadar nu se poate invoca aspectul că nu au primit solicitarea de clarificări sau că nu au citit-o datorită faptului că a fost trimisă de pe adresa de email ..._ ...

Faptul că solicitarea de clarificări s-a transmis de pe această adresă se datorează faptului că la acea dată, adresa de e-mail ...u era disponibilă. Totodată, este de reținut faptul că în conținutul e-mailului transmis apare scris cu majuscule

Discuția telefonică purtată cu reprezentanta împuternicită a contestatoarei a avut loc datorită faptului că membrii comisiei au fost nedumeriți de faptul că aceasta nu a răspuns la solicitarea de clarificare (ținând cont de faptul că oferta de preț a contestatoarei era cea mai mică). Aceasta a confirmat faptul că s-a primit email-ul în discuție și a prezentat scuze pentru faptul că nu a răspuns până atunci la solicitările de clarificări și a precizat faptul că va trimite imediat răspunsurile solicitate prin email sau prin deplasarea unei persoane la sediul autorității. Nu s-au purtat discuții referitoare la adresa de e-mail de pe care s-a transmis scrisoarea de clarificări.

Ulterior s-a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări prin adresa fn/03.07.2015 înregistrată la registratura generală a autorității contractante sub nr. 3417/03.07.2015 ora 13.02 (față de data de 03.07.2015 ora 10.00, care era termenul limită de depunere a răspunsului la solicitarea de clarificări), adresă comunicată prin email. De altfel nici în această adresă nu se face referire la faptul că nu s-a răspuns la timp datorită aspectului că solicitarea de clarificări s-a transmis de pe adresa de email

În ceea ce privește susținerea contestatoarei conform căreia autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 60 și art. 61 din OUG nr. 34/2006, aceasta din urmă susține că nu sunt fondate, datorită faptului că nu a restricționat în niciun fel accesul operatorilor economici la documente prin faptul că a transmis scrisoarea de clarificări de pe adresa de email

În ceea ce privește declararea ofertei SC ... ca neconformă în baza art. 36 alin. (2) lit. a) și c) din HG nr. 925/2006 autoritatea contractantă susține că acest fapt se datorează răspunsului la solicitarea de clarificări formulat tardiv, conținutul acestuia nefiind analizat de către membrii comisiei de evaluare.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Modernizare străzi în c..., județul ...”, C... (Primăria), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de cerere de oferte, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. .../..., la care a atașat și documentația de atribuire, valoarea estimată a procedurii fiind de 2.704.510 lei, fără TVA.

Potrivit procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 2249/18.05.2015, în cadrul procedurii au fost depuse 7 oferte, iar potrivit raportului procedurii nr. 3423/03.07.2015, oferta depusă de SC

... a fost respinsă ca fiind neconformă în baza art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 și în baza art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006.

Împotriva acestui rezultat, a formulat contestație SC ..., pe motiv că adresa de e-mail prin intermediul căreia i s-a transmis solicitarea de clarificări nu aparține autorității contractante, drept urmare, nu a recepționat-o, intrând în spam.

Autoritatea recunoaște ca fiind veridice susținerile contestatoarei, respectiv comunicarea solicitării de clarificări de pe adresa de e-mail ..., persoană care îndeplinește funcția de economist în serviciul de specialitate al Primăriei, precum și faptul că după expirarea termenului limită de răspuns la solicitarea de clarificări, a contactat-o pe contestatoare telefonic să o întrebe motivul pentru care nu a răspuns la solicitarea de clarificări, iar în urma acestui telefon, aceasta a transmis răspunsul său pe e-mail, dar acesta nu a fost luat în considerare.

Diferendul dintre părți constă în valabilitatea modalității de transmitere a solicitării de clarificări de pe o adresă necunoscută ofertanților, alta decât cea indicată în documentația de atribuire.

Singura apărare formulată de autoritatea contractantă prin care își justifică modul de comunicare a adresei de solicitare de clarificări este faptul că din cei șase participanți cărora le-a fost trimisă scrisoarea de clarificări, au răspuns la aceasta patru, fapt ce duce la concluzia că scrisoarea de clarificări respectivă a fost primită de către cei cărora le era destinată. Un astfel de argument este lipsit de relevanță, din moment ce autoritatea contractantă a indicat în fișa de date a achiziției, la date de contact, adresa de e-mail ... Astfel, adresa de corespondență indicată de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției nu este nici ..., nici

Este inacceptabilă modalitatea de comunicare a adreselor respective către ofertanți, chiar dacă persoana fizică în cauză are calitatea de angajat al Primăriei. Documentele oficiale ale Primăriei nu pot fi comunicate de pe adrese particulare, după cum nici ofertanții nu pot depune răspunsurile la solicitările de clarificări sau ofertele la angajați acasă, ci exclusiv la sediul autorității contractante, la adresele de comunicare indicate. Similar, dacă ofertantul ar fi răspuns pe oricare adresă privată de e-mail a unui angajat oarecare al primăriei, de exemplu un angajat de la centrala termică, portarul sau primarul însuși, comunicarea nu poate fi luată în considerare.

Motivul pentru care sunt prevăzute în documentațiile de atribuire adrese de contact este acela ca orice corespondență să ajungă în timp util la cei însărcinați cu procedura respectivă. Termenele de răspuns la solicitările de clarificări sunt scurte, astfel încât este necesar ca operatorii economici să primească în timp util corespondența și să o identifice ca fiind de la autoritatea contractantă unde a depus ofertă. De asemenea, există posibilitatea ca într-o zi să se primească un număr foarte mare de e-mailuri, astfel încât procesarea lor să fie laborioasă și să conducă la irosirea unor ore prețioase pentru formularea răspunsului. De asemenea, este posibil ca e-mailul să intre în spam, așa cum s-a întâmplat și în cazul contestatoarei, dovadă fiind print-screenul atașat contestației, fiind

puțin probabil ca destinatarul să verifice căsuța de SPAM-uri. Nu în ultimul rând, este posibil, chiar dacă a fost primit în timp util, a intrat în căsuța de e-mail, să nu fie citit, din moment ce nu provine de la o persoană cunoscută, un comportament prudential în ceea ce privește siguranța informațiilor din calculator fiind nedeschiderea și ștergerea urgentă a e-mailurilor de la persoane necunoscute, fiind posibilă infectarea calculatorului prin deschiderea de e-mailuri aparent inofensive.

În acest sens, sunt relevante următoarele dispoziții legale din OUG nr. 34/2006:

- Art. 59. - „(1) Orice comunicare, solicitare, informare, notificare și altele asemenea, prevăzute în prezenta ordonanță de urgență, trebuie să fie transmise în scris.

(2) Orice document scris trebuie înregistrat în momentul transmiterii, respectiv în momentul primirii.

(3) Comunicarea, transmiterea și stocarea informațiilor se realizează astfel încât să se asigure integritatea și confidențialitatea datelor respective”.

- Art. 60. - „(1) Documentele scrise pot fi transmise prin oricare dintre următoarele modalități:

a) prin poștă;

b) prin fax;

c) prin mijloace electronice;

d) prin orice combinație a celor prevăzute la lit. a)-c).

(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a impune, în documentația de atribuire, modalitățile de comunicare pe care intenționează să le utilizeze pe parcursul aplicării procedurii”.

Din moment ce autoritatea contractantă a indicat în mod clar adresa pe care intenționează să o folosească pentru corespondență, aceasta este obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă. Dacă există motive obiective pentru care nu poate folosi această adresă, autoritatea are obligația de a informa pe ofertanți în legătură cu acest aspect. De asemenea, este de neînțeles motivul pentru care autoritatea contractantă nu a încercat, în momentul transmiterii e-mailului de pe adresa salariatului, să ia legătura telefonic cu ofertanții, în vederea confirmării primirii, după cum este de neînțeles și faptul că nu a utilizat și alte metode alternative de comunicare, respectiv faxul, deși acesta era indicat pe toate documentele cu antetul contestatoarei. Nici argumentul că adresa oficială nu era disponibilă nu poate fi luat în considerare, autoritatea contractantă fiind obligată să își ia toate măsurile pentru ca ofertanții să recepționeze corespondența. În situația oricărei corespondențe electronice, relevantă este atât trimiterea legală a documentului, cât și recepționarea lui sde către destinatar. Culpă nedeschiderii documentului recepționat în SPAM de către contestatoare este cauzată exclusiv de comportamentul neglijent al autorității contractante. Practic, autoritatea contractantă nu a transmis solicitarea de clarificări, aceasta fiind transmisă de o persoană fizică.

Așa cum documentația de atribuire este obligatorie în amănunt

pentru ofertanți, aceeași obligativitate o are și pentru autoritatea contractantă, care trebuie să îi urmeze prescripțiile, chiar și în ceea ce privește modalitatea de comunicare a datelor. Faptul că unii ofertanți au răspuns, deși au primit comunicările de la aceeași adresă de e-mail, este lipsit de relevanță, fiecare operator economic având propria politică de securitate informatică.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SC ..., în contradictoriu cu C... (Primăria) și să dispună anularea raportului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, precum și reevaluarea ofertelor de la etapa solicitărilor de clarificări din partea ofertanților.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

...

MEMBRU,

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de admitere a contestației SC ..., de anulare a rezultatului procedurii și de obligare a autorității la reevaluarea ofertelor – în ceea ce ne privește opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu acestea.

În speța aflată pe rolul Consiliului niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește că autoritatea contractantă a transmis SC ... – la fel ca și în cazul celorlalți ofertanți – adresa Primăriei Comunei ... nr. 3344/30.06.2015, semnată și scanată, prin intermediul poștei electronice, iar SC ... a recepționat această adresă în ziua expedierii ei (30.06.2015), la

Faptul că adresa oficială a autorității nu a fost expediată de la primaria.cociubamare@cj....ro, ci de pe mailul președintelui comisiei de evaluare ..., nu prezintă nicio relevanță, atâta vreme cât nicio dispoziție legală nu obligă autoritatea să folosească doar un singur cont de e-mail sau sancționează cu nulitatea corespondența ei comunicată de pe contul președintelui comisiei de evaluare.

De altminteri, adresa nici nu putea fi expediată de la ..., întrucât acest cont nu era disponibil/ funcțional la momentul expedierii, după cum declară sub semnătură primarul comunei, domnul Sferle Mihai. Nefiind disponibil contul amintit, era evident că autoritatea contractantă nu îl putea utiliza pentru transmiterea corespondenței.

Niciunul dintre ofertanți nu a fost avantajat sau dezavantajat, întrucât tuturor li s-a transmis adresa de pe contul președintelui comisiei de evaluare, ca reprezentant al autorității contractante responsabil cu licitația în cauză (art. 72 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr.

925/2006: "Autoritatea contractantă va numi o persoană responsabilă cu aplicarea procedurii de atribuire, persoană care devine, totodată, și președinte al comisiei de evaluare.")

Afirmația majorității membrilor completului: *"Este inacceptabilă modalitatea de comunicare a adreselor respective către ofertanți, chiar dacă persoana fizică în cauză are calitatea de angajat al Primăriei. Documentele oficiale ale Primăriei nu pot fi comunicate de pe adrese particulare, după cum nici ofertanții nu pot depune răspunsurile la solicitările de clarificări sau ofertele la angajați acasă, ci exclusiv la sediul autorității contractante, la adresele de comunicare indicate. Similar, dacă ofertantul ar fi răspuns pe oricare adresă privată de e-mail a unui angajat oarecare al primăriei, de exemplu un angajat de la centrala termică, portarul sau primarul însuși, comunicarea nu poate fi luată în considerare."* este lipsită de orice fundament legal, atât timp cât în legislația achizițiilor publice nu există nicio normă care să impună autorităților contractante să utilizeze la expedierea documentelor în format electronic doar contul de e-mail din fișa de date a achiziției (cont aflat tot pe serverele yahoo.com).

Relevant și important este ca acea corespondență a autorității, semnată și cu număr de înregistrare, să ajungă la destinatar, indiferent de pe ce cont de e-mail sau număr de fax. La fel de bine, corespondența era legal livrată și dacă domnul ... se deplasa personal la sediul SC ... cu adresa Primăriei Comunei ... nr. 3344/30.06.2015.

Așadar, raționamentul că respectiva comunicare nu ar fi valabilă întrucât s-a utilizat e-mailul președintelui comisiei de evaluare, responsabil cu aplicarea procedurii de atribuire, nu este unul judicios.

Art. 60 alin. (1) lit. c) din ordonanță dispune că documentele scrise pot fi transmise prin mijloace electronice, ceea ce înseamnă și poșta electronică, indiferent de titularul contului e-mail sau dacă acest cont a fost indicat ori nu în fișa de date a achiziției (sunt autorități care nu indică nicio adresă de e-mail în fișa de date).

Dar, revenind, în contextul în care SC ... recunoaște că a primit corespondența e-mail, este de prisos orice discuție legată de sursa de la care ea a fost primită.

În ceea ce privește recepționarea mesajului în folderul Spam al contestatoarei, ea nu ține de voința sau de culpa autorității contractante, întrucât nu aceasta a optat pentru recepționarea mesajului în respectivul folder. La fel de bine, în folderul Spam se putea primi și corespondența de la primăria.cociubamare@cj....ro.

Este hazardantă afirmația în sensul că: *"Culpa nedeschiderii documentului recepționat în SPAM de către contestatoare este cauzată exclusiv de comportamentul neglijent al autorității contractante."*, afirmație de care ne detașăm atât pentru considerentul amintit, cât și pentru motivul că folderul Spam face parte din contul de e-mail declarat al SC Această societate era ținută de minima diligență de a-și verifica mesajele primite în toate folderurile contului său e-mail, inclusiv cele din folderul Spam, mai cu seamă că subiectul mesajului primit de la persoana responsabilă din partea autorității contractante era cât se

poate de edificator: "c...". Deci, toate premisele duceau la concluzia că mesajul era unul referitor la achiziția organizată de C.... Nicidecum mesajul nu era unul de tip spam, iar acest aspect se putea lesne constata de către angajații ce asigură secretariatul ofertantei prin deschiderea lui.

Practic, nedeschizând mesajul, recepționat la propria adresă de e-mail, SC ... își invocă propria culpă. Regula *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* nu îngăduie ca o parte să își creeze o situație favorabilă invocând propria sa vină/incorectitudine. Prin urmare, intră în răspunderea titularului contului e-mail să își verifice folderul Spam.

Art. 16 alin. (1) C. civ. dispune că, dacă prin lege nu se prevede altfel, persoana răspunde numai pentru faptele sale săvârșite cu intenție sau din culpă, iar Primăria ... și domnul ... nu au nicio vină că mesajul transmis a fost inclus de furnizorul serviciilor e-mail Yahoo! Inc. în folderul spam al SC Cel mult, s-a putea vorbi de existența unui caz fortuit, astfel cum apare el definit în Codul civil (cazul fortuit este un eveniment care nu poate fi prevăzut și nici împiedicat de către cel care ar fi fost chemat să răspundă dacă evenimentul nu s-ar fi produs), caz care nu îi dădea dreptul contestatoarei să ignore și să nu deschidă mesajul e-mail. Cum s-a arătat, orice mesaj poate catalogat în mod greșit drept spam de către Yahoo! Inc., însă destinatarul este cel care are obligația de a determina dacă respectivul mesaj, primit pe contul său de e-mail, este spam sau reprezintă o corespondență privind achizițiile publice la care participă. Desigur, și viceversa este posibilă, adică să fie primit în folderul Inbox un mesaj care, în realitate, să fie de tip spam (nedorit).

Catalogarea mesajului ce conținea adresa Primăriei ... reflectă politica anti-spam a Yahoo! Inc., disponibilă la <https://policies.yahoo.com/us/en/yahoo/terms/product-atos/spam/index.htm>, însă, în dreptul pozitiv român, ... nu este răspunzătoare de fapta terțului Yahoo! Inc. constând în catalogarea greșită a mesajului.

SC ... susține că "*pamming (sau spam) este procesul de expediere a mesajelor electronice nesolicitate, de cele mai multe ori cu caracter comercial, de publicitate pentru produse și servicii dubioase, practică în industria e-marketingului și de proprietarii de situri pornografice*", însă mesajul primit de la domnul Moldovan Bogdan Cosmin nu era defel un mesaj spam, chiar dacă el a fost eronat inclus în folderul Spam de către terțul Yahoo! Inc. Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatoarea nu a furnizat acestuia niciun argument sau mijloc de probă din care să rezulte că am fi în prezența unui mesaj spam din partea responsabilului autorității contractante, mesaj dăunător care nu ar fi trebuit deschis.

Justificarea "[...] un comportament prudential în ceea ce privește siguranța informațiilor din calculator fiind nedeschiderea și ștergerea urgentă a e-mailurilor de la persoane necunoscute, fiind posibilă infectarea calculatorului prin deschiderea de e-mailuri aparent inofensive." concretizează o simplă părere subiectivă și de ordin general a emitenților, bazată pe suspiciuni, iar nu pe datele factuale concrete ale

cauzei deduse judecății. Art. 329 C. proc. civ. stabilește că în cazul prezumțiilor lăsate la luminile și înțelepciunea judecătorului, acesta se poate întemeia pe ele numai dacă au greutate și puterea de a naște probabilitatea faptului pretins. În cauză, toate premisele duceau la concluzia că mesajul era unul referitor la achiziția organizată de C..., iar nu un mesaj de tip spam sau care să îi infecteze calculatoarele SC

Într-o speță asemănătoare, Curtea de Apel ... Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 559/R din 27 ianuarie 2014, a considerat că este culpa destinatarului pentru nedeschiderea unui mesaj e-mail întrucât nu provenea de la o anumită persoană:

Împotriva raportului comunicat prin e-mail la 02.08.2013, ofertantul SC K.E. SA a formulat contestație la Consiliu, depusă la registratura Consiliului la data de 12.08.2013 și comunicată autorității contractante prin e-mail la aceeași dată - 12.08.2013, ora 14:10 -, cu respectarea termenului de 10 zile de la comunicarea rezultatului procedurii.

Prin decizia atacată, Consiliul a respins ca tardivă contestația, pentru motivul că nu a fost comunicată și autorității contractante în termenul legal.

Dimpotrivă, Curtea reține că petenta a transmis contestația prin mijloace electronice, în conformitate cu prevederile art. 60 alin. (1) lit. c) din ordonanță, alegând să înainteze contestația către autoritatea contractantă sub forma unui pachet de date trimis prin intermediul curierului electronic „We Transfer”. [...]

Argumentația Consiliului conform căreia este justificată nedeschiderea e-mail-ului de către autoritate, pentru că acesta provenea de la un alt expeditor decât petenta, respectiv de la „We Transfer”, nu poate fi însușită de către instanță. Motivul pentru care petenta a utilizat această modalitate (prin utilizarea unui site de file sharing) este justificat de faptul că serverele de e-mail nu permit atașarea de fișiere mari pentru transmitere sau de mai multe ori e-mail-urile cu fișiere mari sunt respinse de serverele destinatarului.

În condițiile în care autoritatea contractantă a acceptat modalitatea de comunicare electronică a actelor procedurale și avea dubii cu privire la expeditorul e-mail-ului pe care recunoaște că l-a primit, putea să solicite o confirmare din partea expeditorului, însă a ales să nu deschisă e-mail-ul și să nu descarce fișierele indicate în cuprinsul mesajului.

Față de considerentele expuse, Curtea apreciază drept nelegală decizia Consiliului prin care a fost respinsă ca tardivă contestația petentei, pentru nedepunerea ei în termen la autoritatea contractantă.

În ceea ce privește pretinsa încălcare de către autoritate a textului art. 271 alin. (3) din ordonanță, conform căruia toate notificările sau comunicările actelor procedurale se fac cu confirmare de primire (text inclus în capitolul privind soluționarea contestațiilor de către Consiliu), contestatoarea se află în eroare, întrucât adresa Primăriei nr. 3344/30.06.2015 nu constituie act procedural. Nu toate actele pe linie de achiziții publice sunt procedurale, pentru a li se aplica art. 271 alin. (3). În această categorie intră doar cele care privesc (ne-)îndeplinirea unor drepturi și obligații procedurale, deci în cadrul unei proceduri jurisdicționale, cum este cea în fața Consiliului sau a instanțelor de judecată, iar nu orice fel de acte, cum este cel în referință (de drept material).

Lămurite fiind aceste chestiuni, Consiliul trebuia să constate că societatea contestatoare nu a respectat termenul de răspuns indicat de autoritate în adresa nr. 3344/30.06.2015, împrejurare în care ea era obligată să procedeze la respingerea ofertei ca neconformă, după cum prescrie imperativ art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 - „în cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă”.

Legiuitorul nu face vreo distincție după cum întârzierea vizează o depășire cu un minut, o oră sau o zi, redactarea imperativă a textului fiind clară, în sensul că autoritatea este obligată să respingă oferta indiferent de durata întârzierii.

Ofertanta era datoare să manifeste o diligență maximă în îndeplinirea în termenul acordat a obligațiilor care îi reveneau, astfel încât autoritatea să nu fie nevoită să facă aplicarea normelor art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, redate mai sus.

În concluzie, neprimind răspunsul în intervalul specificat, după ce a atras atenția în cuprinsul solicitării sale că documentele trebuie depuse până la 03.07.2015, ora 10, Consiliul trebuia să determine că autoritatea a procedat legal respingând oferta SC ..., în acord cu art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

În atari condiții, respingerea ofertei sale fiind legală, cele susținute de contestatoare sunt nefondate. Neexistând motive întemeiate pentru infirmarea măsurii luate de autoritate sau pentru anularea rezultatului proceduri de atribuire, în baza art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul trebuia să respingă ca nefondată contestația SC ... nr. 2267/08.07.2015, în contradictoriu cu Comuna ..., iar nu să amâne demararea investiției prin dispunerea reevaluării ofertelor.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie la opinia majorității, considerând totodată necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU,

...

Redactată în patru exemplare, cuprinde paisprezece pagini.