

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data: 28.12.2023

Prin contestația nr., transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de cu sediul social în și adresă de corespondență în înregistrată la, reprezentată legal prin administrator și director general împotriva actelor privind *„alegerea, justificarea tipului de achiziție, tipul de achiziție, legislația aplicabilă, caiet de sarcini și specificații tehnice, încălcarea principiilor fundamentale ale achizițiilor publice”*, emise de, cu sediul în, în cadrul cumpărării directe, având ca obiect *„Cauciuc balistic”*, aferentă anunțului, s-au solicitat următoarele:

1. în principal, să dispună obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin prezenta, respectiv:

- suspendarea achiziției și a aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, inclusiv depunerea ofertelor, finalizarea procedurii și executarea contractului, până la soluționarea contestației și/sau, după caz, până la adoptarea măsurilor de remediere din oficiu;

- anularea actelor nelegale: actele privind alegerea și justificarea tipului de achiziție, tipul de achiziție, legislația aplicabilă, caiet de sarcini și specificații tehnice, încălcarea principiilor fundamentale ale achizițiilor publice;

- anularea procedurii și obligarea la reluarea ei în condiții de concurență reală, efectivă și nedistorsionată.

2. accesul la dosarul format/depus la Consiliu în vederea formulării de concluzii scrise.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de

față, prin care critică „alegerea, justificarea tipului de achiziție, tipul de achiziție, legislația aplicabilă, caiet de sarcini și specificații tehnice, încălcarea principiilor fundamentale ale achizițiilor publice”, de către de, solicitând menționate în partea introductivă.

În prealabil, petenta învederează faptul că posibilitatea contestării unei achiziții sub prag, precum și competența CNSC de a soluționa o astfel de contestație sunt definitiv statuate și au produs deja efecte în circuitul civil prin decizia ÎCCJ nr. 1050/2018 din 13.03.2018, Hotărârea civilă a Curții de Apel București nr. 495/2019 din 26.09.2019, Hotărârea civilă a Tribunalului București nr. 5260/2019 din 31.07.2019, exemplele putând continua, precum și prin deciziile CNSC nr. din 2017, nr. 2894/C4/3128 din 12.11.2018, nr. 1088/C6/1100 din 05.07.2019, nr. 1350/C1/2019 din 09.08.2019, toate soluționate cu constatarea admisibilității demersului jurisdicțional al societății sale și cu admiterea criticilor formulate.

Precizează că aceste decizii au la bază Nota directoare a Comisiei Europene privind procedurile exceptate de la aplicarea directivelor și procedurile sub prag, reguli stabilite pe baza hotărârilor CJUE (a se vedea site-ul Comisiei, secțiunea Public Procurement), precum și faptul că aceste achiziții se desfășoară în mod competitiv, cu documentație de atribuire ce fixează un set de reguli obligatoriu de urmat și conținând specificații tehnice ce sunt, la fel, obligatorii și cu cerințe minimale impuse.

Finalizarea achiziției se face cu încheierea unui contract de achiziții, ceea ce consolidează sfera de aplicabilitate a Legii 101/2016 privind atacarea cu contestație a cererii de ofertă.

..... precizează că a formulat contestații privind achiziții/cumpărări directe organizate conform O.U.G. nr. 114/2011 sau Legii nr. 98/2016 sau achiziții exceptate de la aplicarea acestor acte normative în peste 10 cauze apărute în intervalul 2017-2021 și în 4 cauze apărute după ultimele modificări aduse Legii 101/2016 privind achizițiile directe, prezent, rezultatul fiind următorul:

- competența CNSC în soluționarea acestor tipuri de achiziții a fost decisă de ÎCCJ;

- în alte cauze CNSC a declinat cauza către instanțe, iar instanțele fie au invocat din oficiu necompetența lor materială (Tribunalul București), fie au admis excepția invocată de

- în alte cauze CNSC s-a considerat competent, cele mai recente cauze fiind dosarele CNSC nr. 2278/C7/2022 și nr. 2945,3067/C11/2023.

Prin urmare, conchide petenta, având în vedere că CNSC este obligat să mențină o practică unitară, prezenta cauză este de competența CNSC.

Menționează că, prin decizia nr. 1050/2018 din 13.03.2018, pronunțată într-o speță similară, ÎCCJ a stabilit că, în achizițiile ce

implică cheltuirea banului public și se desfășoară concurențial, iar unul dintre participanți se consideră vătămat în drepturile sale, acesta poate să conteste actul nelegal în temeiul Legii nr. 101/2016 la CNSC. În motivarea deciziei sale, ÎCCJ a invocat și jurisprudența CJUE din cauza C-26/03 Stadt Halle contra RPH Lochau.

Subliniază faptul că această decizie vizează stabilirea competenței CNSC, inclusiv în proceduri exceptate de la aplicarea legislației incidente sau a achizițiilor sub pragul de procedură, în aplicarea principiilor stabilite de CE prin note directoare și de CJUE privind obligativitatea respectării principiilor fundamentale ale achizițiilor publice și în cazul contractelor care nu sunt atribuite prin una din procedurile descrise în legislație. ÎCCJ a precizat clar că orice formă de cheltuire a banului public prin care se încheie un contract cu obligații pentru părți, ca urmare a derulării unei forme de achiziție competitive, în care sunt invitați mai mulți operatori economici să prezinte oferte, iar admisibilitatea lor este verificată pe baza unei documentații care instituie ca obligatorie respectarea și îndeplinirea unui set de cerințe tehnice și economice este supus controlului CNSC, chiar dacă achiziția este sub pragul de procedură sau este o procedură exceptată de la aplicarea unuia dintre actele normative din materia achizițiilor publice.

Astfel, arată contestatoarea, principiile trebuie cu atât mai mult respectate cu cât achiziția se derulează pe bază de documentație de atribuire și pe bază de valoare estimată, situație care obligă autoritatea contractantă inclusiv la verificarea veridicității prețurilor neobișnuit de scăzute.

În opinia sa, nu se poate imagina o formă de cheltuire a banului public și o punere în competiție a unor operatori economici în cursul căreia aceștia își dezvăluie secrete comerciale pentru ca o autoritate contractantă să invoce achiziția directă ca motiv de manipulare a rezultatului achiziției prin neurmarea setului de reguli pe care ea însăși l-a impus.

Apreciază că CNSC este competent să judece prezenta cauză, în conformitate cu cele reținute de toate instanțele care au admis constatarea conflictului negativ de competență și au retrimis cauzele către CNSC, precum și cu reținerile Consiliului însuși din decizia nr. 2204 din 22.10.2022, din care redă:

„Consiliul are în vedere și faptul că autoritatea nu a realizat o achiziție directă în sensul dispozițiilor art. 56 din O.U.G. nr. 114/2011: «Autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii 1 a cap. II, nu depășește echivalentul în lei a 100.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ», astfel încât să cumpere direct de la un operator economic produsele dorite, ci a derulat o competiție, în cazul de față cu participarea a doi ofertanți,

astfel că nu se mai poate face vorbire de existența unei cumpărări directe a acestor produse, care presupune încheierea directă a unui contract sau întocmirea unei facturi fiscale cu un singur operator economic.

În considerarea celor antemenționate sunt judicioase susținerile contestatoarei potrivit cărora:

«Consiliul va observa că prezenta cerere de ofertă, derulată în temeiul OUG 114/2011, are toate caracteristicile unei competiții, are documentație de atribuire, existența unei comisii de evaluare care stabilește admisibilitatea ofertelor și întocmește un clasament, atribuind un contract pe baza unui criteriu de atribuire, fapt care înscrie achiziția în linia de argumentație expusă de instanțele competente, atrăgând competența CNSC în soluționare (...).

... a derulat o procedură de cerere de oferte care este o procedură simplificată, caracterizată de termen reduse, un grad ridicat de celeritate, documentație de atribuire și un cadru concurențial, care se finalizează cu încheierea unui contract de achiziție publică, iar nu pe bază de document justificativ».

Față de cele constatate anterior, Consiliul va reține cauza spre soluționare, situație față de care excepția de necompetență materială a Consiliului Național de Soluționarea a Contestațiilor va fi respinsă”.

În contextul celor, expuse, contestatoarea relevă importanța următoarelor aspecte:

- în materia furnizării de produse militare sunt incidente prevederile O.U.G. nr. 114/2011;

- achiziția directă guvernată de art. 56 din O.U.G. nr. 114/2011 se face pe bază de document justificativ, în timp ce procedura de atribuire se finalizează cu încheierea unui contract de achiziții publice;

- pretinsa achiziție/cumpărare directă organizată de UM 0418 București s-a derulat competitiv, pe bază de documentație de atribuire care includea caiet de sarcini și specificații tehnice cu cerințe minime de îndeplinit și criterii de respingere a ofertelor, ceea o distinge radical de orice cumpărare directă.

În susținere, redă din considerentele Deciziei nr. 2768/C11/2945, 3067 din data de 22.11.2023:

„În soluționarea contestației Consiliul se va raporta la dispozițiile Curții de Apel București, Secția a X-a de Contencios administrativ și fiscal și pentru achiziții publice, din Sentința Civilă nr. 98/27.09.2023, definitivă, care, stabilind competența de soluționare a contestației în favoarea Consiliului, a reținut că prezenta procedură este o cerere de ofertă, precizând următoarele: «În cauză se constată că nu ne aflăm în fața unei proceduri de achiziție directă, din analiza dosarului administrativ rezultând că, în realitate, autoritatea contractantă a derulat o procedură de achiziție publică sub forma cererii de ofertă în sensul art. 54 alin. (1) lit. d) din O.U.G. nr. 114/2011 fiind vorba despre

o procedură competitivă, pe baza caietului de sarcini și a specificației tehnice pentru care s-a stabilit o dată limită de depunere a ofertelor conform anunțului din data de 22.02.2023, ofertele depuse fiind analizate sub aspectul conformității, iar stabilirea ofertantului câștigător cu care s-a încheiat contractul s-a făcut pe baza criteriului de atribuire menționat în anunțul din 22.02.2023, respectiv prețul cel mai scăzut. Ca atare nu ne aflăm în fața unei achiziții directe realizată pe bază de document justificativ, în sensul art. 56 din OUG nr. 114/2011».

Prin urmare, actele autorității contractante vor fi analizate de Consiliu prin raportare la dispozițiile legale ce reglementează atribuirea contractului ca urmare a derulării unei cereri de ofertă”.

Petenta învederează faptul că prezenta achiziție, despre care nu se știe în temeiul cărei legi este derulată, are toate caracteristicile unei competiții, are documentație de atribuire, existența unei comisii de evaluare care stabilește admisibilitatea ofertelor și întocmește un clasament, are un criteriu de atribuire, fapt care înscrie achiziția în linia de argumentație expusă de instanțele competente, atrăgând competența CNSC în soluționare.

Referitor la calitatea sa de persoană vătămată și la suspendarea procedurii de atribuire, ... subliniază faptul că interesul actual, personal și legitim este ca banul public să fie cheltuit în deplină conformitate cu prevederile legale, iar societatea să aibă o șansă reală să acceadă la contract.

Contestatoarea precizează că situația care o vatămă este aceea că alegerea achiziției directe pentru furnizarea produsului este nelegală și „a fost aleasă exclusiv pentru a favoriza un anumit operator economic cu care are o înțelegere prealabilă pentru atribuirea favorizantă a contractului”.

Susține că stabilirea unui termen pentru depunere a ofertelor astfel încât pentru pregătirea lor să existe mai puțin de 24 ore lucrătoare, în condițiile în care caietul de sarcini are 5 pagini și 24 de cerințe tehnice restrictive, precum și că există alte 11 cerințe suplimentare privind livrarea, denotă faptul că se dorește limitarea concurenței.

În opinia sa, o ofertă serioasă și întocmită în condiții de concurență reală, neviciată prin intervenția autorității contractante, nu poate fi pregătită în acest interval.

Afirmă că o astfel de specificație tehnică a fost creată prin consultare cu un operator economic, existând în specificația tehnică cerințe care indică personalizarea către un anumit produs.

De asemenea, apreciază că, raportat la termenul de livrare nerealist impus, au fost purtate discuții anterioare cu acesta pentru a-și asigura stocul necesar.

La fel, arată că participarea sa în conceperea specificațiilor tehnice a generat și un conflict de interese care trebuie să fie eliminat, la acest moment putând fi remediat doar prin anularea procedurii.

Astfel, pentru suspendarea procedurii și a aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, apreciază că sunt îndeplinite condițiile cazului temeinic justificat și ale pagubei iminente, având în vedere că aspectele criticate au o aparență evidentă de nelegalitate și că neimplementarea măsurilor de remediere îi produc societății sale o pagubă evidentă, aceasta câștigând atât recent cât și în ultimii ani contracte de furnizare de produse similare celor obiect al contractului actual și având și prețurile cele mai scăzute prin raportare la caracteristicile concrete tehnico-tactice și calitative ale produsului descris prin specificațiile tehnice.

Referitor la motivele de fapt și de drept care au stat la baza formulării contestației, ... precizează că, la data de 06.12.2023 ora 15:51, autoritatea contractantă a publicat în SICAP anunțul de tip, anexând acestuia întreaga documentație de atribuire. Astfel, societatea sa a luat la cunoștință de actele pe care le consideră nelegale. Precizează ca termenul limită de depunere a ofertelor stabilit de autoritate a fost 07.12.2023 ora 14:00, deci mai puțin de 24 h.

Reclamă următoarele aspecte:

- nu este precizată legislația incidentă, omisiune gravă care, în opinia sa, trebuie remediată prin anularea procedurii;
- produsele au destinație și utilizator final o instituție militară, deci au caracter de produs militar, împrejurare în care actul normativ care guvernează această achiziție este O.U.G. nr. 114/2011.
- termenul de livrare este nerealist și este rezultatul unei înțelegeri prealabile cu un anumit operator economic.
- specificațiile tehnice sunt copie fidelă a unor fișe tehnice ale produselor puse pe piață de operatorul economic favorizat. Acestea nu au nicio legătură cu denumirea și utilizarea produsului - Cauciuc balistic ce previne sau reține ricoșeele într-un poligon militar -, deoarece nu conțin cerințe referitoare la proprietățile balistice și nu se solicită rapoarte de testare în acest sens.
- sunt impuse exclusiv cerințe fizice, mecanice și dimensionale, fără legătură cu reținerea sau limitarea gloanțelor, a ricoșeelor și a schijelor/fragmentelor. Cerințele descriu cauciucuri care se folosesc în săli de educație fizică sau la locurile de joacă, piste de alergare, altele asemenea,

Prin urmare, apreciază că, față de aceste grave abateri de la legalitate, Consiliul va observa că trebuie impuse remediile solicitate, în primul rând anularea achiziției și obligarea autorității contractante la reluarea ei în condiții de legalitate deplină.

Pentru toate aceste motive, solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. înregistrată la CNSC cu nr. Serviciul achiziții a comunicat Consiliului următoarele:

- în data de 06.12.2023 a fost publicat de în SEAP, anunțul publicitar privind achiziția de „.....” cu termen depunere a ofertelor 07.12.2023 ora 14:00;

- până la termenul limită de depunere a ofertelor nu au fost solicitate clarificări;

- au fost primite 3 oferte;

- în urma evaluării au fost declarate admisibile două oferte, o ofertă fiind declarată inacceptabilă;

- urmare a aplicării criteriului de atribuire ofertelor admisibile s-a stabilit clasamentul ofertelor admisibile;

- s-au transmis comunicări, prin email, către toți participanți;

- s-a transmis comanda fermă către ofertantul declarat câștigător în data de 08.12.2023.

- în data de 13.12.2023, ofertantul declarat câștigător a transmis pe email o comunicare prin care anunță autoritatea contractantă că nu va livra produsele în termenul asumat;

- s-a notificat operatorul economic clasat pe locul doi, comunicându-i că primul clasat a renunțat la furnizarea produselor, solicitându-se acestuia reconfirmarea furnizării produselor cel târziu până la data de 22.12.2023 (având în vedere sfârșitul de an bugetar);

- operatorul economic clasat pe locul al II - lea, în urma aplicării criteriului de atribuire a transmis adresă prin care declară că nu va putea efectua decât parțial livrarea;

- deoarece nu se acceptă livrări parțiale ale produselor și faptul că nu mai sunt oferte admisibile autoritatea contractantă a luat decizia anulării achiziției directe inițiate prin anunțul publicitar

Prin adresa nr. 69306/300/C5/19.12.2023, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat contestatoarei transmiterea unui punct de vedere cu privire la excepția rămânerii fără obiect a contestației, având în vedere decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, consemnată în punctul de vedere nr. 811474/18.12.2023, înregistrat la CNSC sub nr. 68923/18.12.2023, transmis Consiliului de către achizitoare.

Prin adresa nr., înregistrat la CNSC cu nr. a răspuns adresei Consiliului arătând că, din studiul portalului și al punctului de vedere al autorității contractante nu rezultă că aceasta ar fi depus la CNSC dosarul procedurii.

Totodată, subliniază faptul că dreptul contestatorului de a avea acces la dosar și de a-l studia nu este condiționat sau limitat de Legea nr. 101/2016, de modalitatea în care completul de soluționare prefigurează sau se antepronunță referitor la soluționare, respectiv pe excepții sau pe fond.

În final, petenta subliniază faptul că, indiferent de decizia Consiliului, nu i se poate îngădi accesul la dosarul procedurii.

De asemenea, prin adresa nr., înregistrată la CNSC cu nr. a precizat că, întrucât *„Contestația vizează acte ale autorității contractante, emise în cadrul sau în legătură cu procedura, dar nu procedura în sine”*, anularea procedurii nu a înlăturat nelegalitatea actelor criticate și nici vătămarea produsă societății sale.

Mai menționează că anularea procedurii nu a intervenit ca măsură de remediere în răspuns la criticile din contestație, ci ca urmare a depunerii doar de oferte inacceptabile sau neconforme. Apreciază că punctul de vedere al autorității contractante nu combate niciuna dintre criticile sale.

Subliniind faptul că, niciunde, în Legea nr. 101/2016, nu există o prevedere conform căreia anularea procedurii conduce la oprirea sau împiedicarea soluționării contestației, petenta apreciază că, față de aceste aspecte excepția „lipsei de obiect” a contestației este neîntemeiată și trebuie respinsă.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 68756/18.12.2023, ... a transmis recipisa de consemnare nr. 209778723/2, eliberată de CEC BANK Sucursala Victoria la data de 14.12.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 5.018,50 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3500/2023.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
Consiliul constată următoarele:

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziției prin „cumpărarea directă”, pentru încheierea contractului de furnizare de cauciuc balistic, publicând în SEAP, anunțul nr., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 250.925,00 lei fără TVA, criteriul de atribuire al contractului este *„prețul cel mai scăzut pentru toate produsele solicitate și întreaga cantitate solicitată”*.

Prin procesul verbal al ședinței comisiei de evaluare în cadrul achiziției directe pentru „furnizare cauciuc balistic” nr., autoritatea contractantă a anulat procedura achiziției inițiate conform anunțului publicitar nr. din lipsă de oferte admisibile.

Prin anularea procedurii de atribuire, au fost anulate și documentația criticată, astfel contestația va fi respinsă că rămasă fără obiect.

Consiliul nu poate reține susținerile contestatorului din cadrul adresei nr. înregistrată la CNSC sub nr..... *„contestația vizează acte ale autorității contractante, emise în cadrul sau în legătură cu procedura, dar nu procedura în sine”* având în vedere că operatorul economic în cadrul contestației a solicitat în mod expres „anularea procedurii”.

Prin anularea întregii procedurii și-au încetat efectele toate documentele emise în cadrul respectivei proceduri.

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca rămasă fără obiect contestația în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca rămasă fără obiect contestația formulată de, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată practicaua deciziei Diana Bradea
Redactată în 4 exemplare originale, conține 9 pagini.