CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 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:

ÎNCHEIERE
Nr. 656/C1/3028
Data: 12.10.2018

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 40852/05.10.2018, formulată de SC TRANSCARPAT SPORTOURS INTERNATIONAL SRL cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, str. Barbu Văcărescu nr. 201, Clădirea Globalworth Tower, et. 18, sector 2, având CUI RO15148839, privind procedura de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect: *„Achiziționarea de muniție pentru armamentul individual cal. 7,65 mm și 9 mm din dotarea Poliției de Frontieră Române”,* cod CPV 35331500-8*,* organizată de INSPECTORATUL GENERAL AL POLIȚIEI DE FRONTIERĂ, cu sediul în București, str. Geniului, nr. 42C, sector 6, în calitate de autoritate contractantă, s-a contestat măsura anulării procedurii.

Prin adresa nr. 9310/11.10.2018, înregistrată sub nr. 41902/ 12.10.2018, SC TRANSCARPAT SPORTOURS INTERNATIONAL SRL, cu sediul în București, str. Cristea Mateescu nr. 8, sector 2, formulează cerere de recuzare împotriva membrilor Completului 11, care au soluționat mai multe contestații formulate de petentă în proceduri de atribuire de armament și muniții.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin adresa nr. 9310/11.10.2018, înregistrată sub nr. 41902/ 12.10.2018, SC TRANSCARPAT SPORTOURS INTERNATIONAL SRL, formulează cerere de recuzare împotriva membrilor Completului 11.

În susținerea cererii sale, contestatorul formulează următoarele motive și argumente:

Susține că soluționarea anterioară a contestațiilor formulate de către SC TRANSCARPAT SPORTOURS INTERNATIONAL SRL s-a realizat cu

gravă neglijență și rea-credință, reprezentând primul motiv al prezentei cereri de recuzare, întemeiat pe dispozițiile art. 42 alin. (1) pct. 13 Codul de Procedură Civilă.

Arătă cu titlu preliminar faptul că absolut toate contestațiile formulate până acum și repartizate acestui complet, au fost soluționate superficial, subiectiv și cu ignorarea legislației aplicabile, iar în principiu, soluțiile au fost în sensul menținerii actelor evident nelegale ale autorităților contractante, cu excepția unei singure cauze în care Completul 11 a dat câștig de cauză petentei, însă critică faptul că, considerentele hotărârii sunt discutabile.

Face trimitere la comunicarea vizând anularea procedurii înregistrată ca adresa SȘ/ nr. 606770/ 02.08.2018, a raportului procedurii SȘ/nr. 606741/01.08.2018 și a tuturor actelor subsecvente, referitoare la procedura de atribuire prin licitație restrânsă, conform notei raport cu nr. 604581/03.04.2018, pentru atribuirea acordului cadru de furnizare aferent pentru *„Muniție pentru armamentul individual calibru 7,65 mm și 9 mm din dotarea Poliției de Frontieră Române”* (anunț de participare nr. CN1000023/20.04.2018) organizată de Inspectoratul General al Poliției de Frontieră (IGPF), față de care SC TRANSCARPAT SPORTOURS INTERNATIONAL SRL a formulat contestație pe rolul CNSC, ce a făcut obiectul dosarului nr. 2597/C11/2018, care a fost soluționat prin Decizia CNSC nr. 2414/C11/2597/05.09.2018.

Arată că soluția CNSC a fost în sensul admiterii contestației sale, anulării raportul procedurii de atribuire nr. SȘ/606741/01.08.2018 și a actelor subsecvente acestuia și a obligat autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, pentru considerentele expuse în motivare, la reanalizarea motivelor de anulare invocate prin raportare la necesitățile sale.

Însă, subliniază că printre considerentele hotărârii s-au aflat următoarele statuări: *„autoritatea contractantă avea obligația, în virtutea respectării principiilor transparenței și proporționalității, de a prezenta, ofertanților, în mod concret, în adresele de anulare a procedurii de atribuire, o motivare concretă a anulării, raportată la necesitățile sale și a faptului că procedura de atribuire nu mai poate fi derulată deoarece ar conduce la o achiziție de produse pe care nu le va putea utiliza (...)”*.

Arată că membrii completului 11, cu depășirea competențelor pe care legea i le acordă în soluționarea cauzelor de achiziții publice au îndrumat practic beneficiarul procedurii în discuție, destul de explicit, cum să acționeze următoarea dată când emite decizia de anulare a procedurii.

Subliniază că din aparența întregului lanț faptic și din interpretarea documentelor de la dosarul procedurii, reiese faptul că beneficiarul procedurii avea intenția anulării procedurii chiar independent de statuările CNSC, un asemenea *„sfat*" mascat acordat de către completul 11 nu a făcut decât să țină loc de linie directoare pentru decizia de anulare a procedurii ce avea să fie luată de către Beneficiarul procedurii.

Concluzionează că cele de mai sus denotă conduita greșită a CNSC și depășirea competențelor atribuite prin lege.

Referitor la cauza nr. 3028/C11/2018, beneficiarul procedurii a anulat din nou procedura, croind noua notificare de anulare în acord cu considerentul sus-citat.

Susține că intenția evidentă de a proteja o decizie abuzivă și nelegală a autorității contractante reiese din simplul fapt că nu a analizat critica privind invocarea de către IGPF a propriei culpe. Subliniază că principiul de drept conform căruia nimeni nu își poate invoca propria culpă este unul absolut, dar completul a desconsiderat total obligația de a-l urma, ceea ce a afectat egalitatea de arme și de poziții în litigiu și i-a creat un proces inechitabil.

Arată că are cunoștință de situații în care operatori economici au invocat propria greșeală în depunerea unor documente și au fost sancționați foarte drastic de către Consiliu, ceea ce arată o inegalitate de tratament și o favorizare a autorităților contractante.

Față de această a doua anulare a procedurii a formulat o nouă contestație, aceasta fiind repartizată completului 11, potrivit regulilor instituite de art. 17 din Legea nr. 101/2016.

Arată că dispozițiile art. 17 nu ar putea fi aplicabile în acele situații în care soluționarea cauzelor se face cu rea-credință și cu o atitudine părtinitoare față de contestator, din partea completului. Acesta este evident un motiv întemeiat care justifică recuzarea completului 11 în cauza indicată.

Ca atare, apreciază că în considerarea aspectelor de mai sus, completul C11 nu va fi imparțial nici în soluționarea cauzei de față, subiectivismul fiind evident.

Critică faptul că repartizările nu ar fi aleatorii, fapt pe care, susține acesta, l-a invocat de nenumărate ori fără ca la nivelul conducerii CNSC să se ia vreo măsură, alta decât cea de repartizare a cauzelor sale către completul 11 și completul 3.

Subliniază că noi contestații depuse la interval de doar câteva zile au fost repartizate acestor două complete. La unul dintre ele, dosar nr. 3073/2018, repartizarea s-a făcut strict pe baza numelui autorității contractante, respectiv C.N. ROMTEHNICA S.A., împotriva căreia s-a îndreptat în dosarele 2229/C11/2017 și 2769/C11/2017.

Enumeră cauzele anterior soluționate de către acest complet, în care soluțiile au fost dacă nu inexplicabile, cel puțin lipsite de acuratețe juridică, ce denotă subiectivismul și lipsa de imparțialitate a completului 11 prin raportare la societatea sa, respectiv dosarul nr. 2332/C11/2016 soluționat prin decizia nr. 2064/C11/2332/24.11.2016, dosarul nr. 2229/C11/2017 și 2769/C11/2017 și în subsidiar dosarul nr. 2342/C11/2017 și dosarul nr. 1025/C11/2018 soluționat cu decizia nr. 1168/C11/1025/04.05.2018.

Referitor la dosarul nr. 2332/C11/2016, petenta susține că a invocat greșita interpretare a prevederilor unei legi speciale de către autoritatea contractantă - Ministerul Apărării Naționale și indicându-i-se

de altfel care este punctul de vedere al autorității competente - Ministerul Afacerilor Externe - Departamentul pentru controlul exporturilor ANCEX, asupra acestor prevederi legale, a refuzat tacit să solicite opinia obligatorie a autorității competente, decizând direct cărei categorii aparține produsul militar disputat în contestație.

Față de cele de mai sus, completul 11 cu depășirea competențelor sale a apreciat că are cunoștințele tehnice de a realiza încadrarea produsului militar într-una dintre categoriile prevăzute de legislația importurilor de armamente militare.

Referitor la 2229/C11/2017 și 2769/C11/2017 și în subsidiar dosarul nr. 2342/C11/2017, petenta susține că în aceste două dosare, completul 11 a dat dovadă de inconsecvență și necunoaștere a normelor procedurale, în modalitatea de soluționare a criticilor aduse, de vreme ce fără a pune în discuția părților excepția tardivității invocate, aparent, din oficiu, a decis faptul că aceste critici sunt tardive și nu se mai impune analiza lor pe fond. Surprinzător, soluția finală a fost una de respingere ca nefondată a acestor critici, deși s-a statuat tardivitatea acestora.

Susține că soluționare s-a realizat cu desconsiderarea evidentă a prevederilor Directivei 81/2009 și a OUG 114/2011 privind demonstrarea îndeplinirii în mod echivalent unor cerințe tehnice și referitor la ordinea de prioritatea a standardelor internaționale, ceea ce reprezintă o gravă abatere profesională.

În ceea ce privește soluționarea dosarului nr. 1025/C11/2018, petenta a invocat imparțialitatea membrilor completului 11 în soluționarea cauzei, decizia emisă fiind casată de Curtea de Apel București, dosar nr. 4185/2/2018.

Susține că această decizie nu a fost adoptată independent, ci susține că în paralel a promovat contestația ce a format obiectul dosarului nr. 1027/C7/2018, care s-a soluționat în contradictoriu cu aceeași autoritate contractantă U.M. 0575 București - Direcția Generala de Jandarmi a Municipiului București, iar soluția în ambele contestații, ambele având obiect aproape identic, a fost aceeași. Critică motivarea identică, de tip copy-paste, ceea ce indică o comunicare evidentă între cele două complete prin mijlocirea unora dintre membrii lor.

Nu se referă la preluarea din alte decizii similare în virtutea menținerii unei practici unitare (de altfel, un deziderat pe cale de dispariție la nivelul CNSC), ci de difuzarea între cele complete a textului unei motivări în curs de redactare.

Susține că a realizat proba *„imparțialității unui judecător", făcând trimitere la* cauza Padovani c. Italiei (26 februarie 1993, par. 27), CEDO a amintit faptul că este fundamental ca într-o societate democratică tribunalele să inspire încredere justițiabililor, art. 6 para. 1 din Convenție impunând ca fiecare instanță să fie imparțială (par. 35-38).

Nu numai conduita unui judecător poate, din punct de vedere al unui observator exterior, să atragă îndoieli obiectiv justificate cu privire la imparțialitatea sa, ci poate fi vorba și despre convingerea sa personală (Kyprianou c. Ciprului [MC], nr.. 73797/01, par. 119). În această cauză

de altfel, CEDO a stabilit clar faptul că și din modalitatea de motivare a hotărârilor interne se putea cu ușurință desprinde lipsa unei imparțialități (e.g. tonul vădit ostil al motivărilor).

Arată că o astfel de conduită poate fi suficientă pentru a ridica unele temeri legitime și obiectiv justificate (a se vedea cauza Buscemi c. Italiei, nr. 29569/95, par. 67), dar ea poate ridica o problemă în egală măsură și în cadrul demersului subiectiv (Lavents c. Letoniei, 28 noiembrie 2002, nr. 58442/00, par. 118-119).

Totodată, susține relevanța în justa soluționare a cererii de recuzare cele statuate în cauza Hauschildt c. Danemarcei, în cuprinsul căreia CEDO a hotărât următoarele: *„Curtea trebuie să stabilească dacă au existat elemente de fapt verificabile apte de a ridica dubii cu privire la imparțialitatea judecătorului, independent de comportamentul său personal din acest punct de vedere, chiar și aparențele pot fi importante. Ceea ce este important este încrederea pe care instanțele de judecată trebuie să o inspire publicului într-o societate democratică și, în cauzele penale, încrederea pe care trebuie să o inspire acuzatului. În consecință, orice judecător cu privire la care există un motiv legitim care să îndreptățească temerea că ar putea să nu fie imparțial trebuie să se retragă (vezi, mutatis mutandis, hotărârea în cazul De Cubber, citat mai sus)"* (par. 48).

În continuare, susține că membrii completului 11 se află sub urmărirea penală efectuată de către Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism (DIICOT), ca urmare a faptelor săvârșite în contra societății sale, cu ocazia desfășurării activității de membri ai Completului CNSC, aspect ce constituie motiv de recuzare din perspectiva dispozițiilor art. 42 alin. (1) pct. 6 Cod Proc. Civ. și a dispozițiilor art. 47 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

În data de 15.12.2017, petenta susține că a formulat plângere penală la DIICOT împotriva membrilor acestui Complet, fiind constituit dosarul penal nr. 3823/D/P/2017 și declanșată urmărirea penală cu privire la faptele săvârșite de aceștia în scopul deturnării procedurii de atribuire pentru Automobil de teren blindat de tip ușor (A TBTU) organizată de Compania Națională ROMTEHNICA SA.

Arătă că în soluționarea dosarelor nr. 2229/C11/2017 și 2769/C11/2017 și subsidiar dosar nr. 2342/C11/2017, Completul 11, în mod intenționat a ignorat toate actele de la dosarul cauzei din care rezultă faptul că operatorul economic de origine israeliană din procedură nu îndeplinea criteriile de calificare și selecție impuse de caietul de sarcini, iar propunerea tehnică nu era conformă pentru majoritatea cerințelor tehnice solicitate prin specificația tehnică emisă de către beneficiarul procedurii, respectiv Compania Națională Romtehnica SA.

Cu toate acestea, petenta subliniază că aceste cauze au fost soluționate strict pe excepții - excepția tardivității și excepția lipsei de interes, cu ignorarea prevederilor legale și refuzând, în mod implicit, orice analiză pe fondul cauzei care ar fi condus fără discuție la concluzia

că ofertantul de origine israeliană nu îndeplinește criteriile de calificare și selecție impuse în procedură și că, ulterior, nu a depus o ofertă conformă.

Atrage atenția că acest complet nu era competent material să soluționeze contestațiile promovate în etapa ofertelor, deoarece soluționase opt contestații în etapa candidaturilor, dar a refuzat să se abțină. Faptul că exista o decizie nelegală a plenului consiliului care reinterpreta abuziv legea nu reprezintă o scuză, din moment ce se cunoaște la nivelul CNSC că inclusiv societatea sa a obținut hotărâri ale Curții de Apel de desființare a unor decizii date de complete aflate în aceeași situație de incompatibilitate.

Din analiza motivărilor date în dosarele menționate arată că se observă că acest complet nu cunoaște modul în care se interpretează obiectul de activitate, confundă maniera în care se prezintă experiența similară în cazul unei asocieri, față de o susținere de către un terț și cum se interpretează nivelul experienței similare în cele două cazuri, dar și faptul că nu cunoaște prevederile legale legate de demonstrarea unor cerințe tehnice prin metode echivalente și nici ordinea de prioritate a standardelor internaționale. La fel, petenta invocă o desconsiderare a jurisprudenței CJUE sau faptul că aceasta nu este cunoscută și nici nu i se recunoaște prioritatea.

Susține faptul că membrii completului C11 nu au înțeles esența acelui litigiu și subliniază că a demonstrat în conformitate cu prevederile art. 31
din OUG 114/2011 îndeplinirea cerințelor respective.

Susține că doar o interpretare cu rea-credință și total lipsită de obiectivism asupra normelor legale aplicabile, folosită ca mijloc pentru deturnarea rezultatului licitației publice, putea conduce la admiterea acestor excepții.

Arată că acesta este și motivul pentru care a efectuat aceste demersuri de natură penală, tocmai pentru că dincolo de subiectivismul fiecăreia dintre părțile implicate, organele judiciare sunt competente să decidă dacă în situația descrisă a fost săvârșită o faptă penală sau nu.

Întrucât există o procedură penală în curs, ar fi trebuit să conducă la imposibilitatea membrilor Completului 11 de a participa la soluționarea vreunei alte contestații formulate de SC TRANSCARPAT SPORTOURS INTERNATIONAL SRL cel puțin până la finalizarea procedurii penale.

Susține că s-ar fi impus ca membrii completului să se abțină sau să se dispună o repartizare către un alt complet a acelor dosare ce privesc societatea sa, în condițiile în care între membrii completului C11 și societatea sa a fost și continuă un proces penal cu până la 5 ani înaintea soluționării cauzei, iar noțiunea de *„proces”* nu se interpretează strict ca o judecată existentă pe rolul unei instanțe, ci ca o procedură penală.

Petenta arată că motivele de recuzare sau de incompatibilitate vizează situații în care obiectivitatea, imparțialitatea și echidistanța unui complet pot fi afectate de relația cu o persoană cu care există o stare

litigioasă, cu atât mai mult de natură penală. Subliniază că membrii completului a cărui recuzare s-ar impune au cunoștință de existența acestei proceduri penale, astfel că nu pot soluționa imparțial prezenta cauză.

Susține că nu este permisă încălcarea dispozițiilor Legii nr. 101/2016, în acest sens, principalul instrument juridic cu care operează în soluționarea cauzelor orice complet al CNSC.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, cererea de recuzare formulată de SC TRANSCARPAT SPORTOURS INTERNATIONAL SRL.

Împotriva prezentei încheieri se poate formula plângere, în temeiul art. 53 alin. (1) teza I Cod procedură civilă.