CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. 8289/11.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 42290/12.10.2017, formulată de ..., cu sediul social în ..., str. ... nr. ..., sectorul ..., înmatriculată la Registrul Comerţului de pe lângă Tribunalul ... sub nr. ..., Cod Unic de înregistrare R0..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator şi director general, având domiciliul ales în vederea comunicării actelor de procedură la punctul de lucru din str. ... nr. ..., sat ..., comuna ..., judeţul ..., împotriva actelor autorităţii contractante *„anularea procedurii de atribuire în temeiul art.181 alin. (1) lit. c) și art.4 lit. b) din OUG 114/2011”* comunicată cu adresa nr. 206328 din 20.09.2017, de către ....., cu sediul în ..., str. ... nr. ..., sectorul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație restrânsă offline, pe loturi, organizată conform OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziţii publice în domeniile apărării şi securităţii, în vederea încheierii acordului-cadru cu un singur operator economic, pe o perioadă de 48 de luni, având ca obiect *„**Achizitie de armament – 3 loturi: Lotul 1 - Pistol cal. 9x19 mm, Lotul 2 - Pistol cal. 9x19 mm SA/DA si Lotul 3 - Pistol automat cal. 9x19 mm***”, cod CPV 35320000-3 - Arme de foc (Rev.2), se solicită:

„În principal, să dispună obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin prezenta, respectiv;

-Anularea tuturor actelor care au condus la decizia de anulare a procedurii de atribuire, a raportului intermediar al procedurii și a tuturor actelor subsecvente strict pentru partea corespunzătoare anulării procedurii de atribuire;

-Emiterea unui nou raport intermediar al procedurii aferent etapei a II-a prin care să se continue procedura de atribuire în vederea atingerii

scopului procedurii de atribuirem respectiv atribuirea cotractului și executarea acestuia".

Contestatoarea solicită, de asemenea, *„acces la dosarul format/depus la Consiliu*".

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestaţia înregistrată sub numărul de mai sus, ...critică decizia de ***anulare a procedurii de atribuire***, prin licitație restrânsă, derulată de ....., în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„**Achizitie de armament – 3 loturi: Lotul 1 - Pistol cal. 9x19 mm, Lotul 2 - Pistol cal. 9x19 mm SA/DA si Lotul 3 - Pistol automat cal. 9x19 mm***" și solicită:

„În principal, să dispună obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin prezenta, respectiv;

-Anularea tuturor actelor care au condus la decizia de anulare a procedurii de atribuire, a raportului intermediar al procedurii și a tuturor actelor subsecvente strict pentru partea corespunzătoare anulării procedurii de atribuire;

-Emiterea unui nou raport intermediar al procedurii aferent etapei a II-a prin care să se continue procedura de atribuire în vederea atingerii scopului procedurii de atribuirem respectiv atribuirea cotractului și executarea acestuia".

Contestatoarea solicită, de asemenea, *„acces la dosarul format/depus la Consiliu*".

În motivarea contestației sale, ...menționează că manifestă interes legitim în procedură, fiind unul dintre furnizorii principali de muniții, arme ușoare și armament de infanterie pentru instituțiile armate ale României, având o experiență de 13 ani în participarea la procedurile de achiziție de astfel de produse, livrând către actuala autoritate contractantă diverse categorii de armament cu destinație militară și muniţiile corespunzătoare în cadrul unor contracte atribuite în urma unor proceduri derulate în mod competitiv.

În procedura de atribuire derulată în anul 2016 de către autoritatea contractantă pentru achiziționarea acelorași categorii de produse, petenta susține că a depus singura candidatură legal calificată și selectată și singura ofertă admisibilă, declarată câștigătoare, existând astfel premise reale să poată câștiga un nou contract, dacă procedura de atribuire s-ar fi derulat legal.

Prezentând istoricul procedurii, petenta precizează că:

- în data de 20.09.2017, autoritatea contractanta publica in SEAP faptul ca a anulat procedura, motivand anularea cu *„abateri grave de la prevederile legislative afecteaza procedura de atribuire sau este imposibila incheierea contractului*";

- în data de 22.09.2017, achizitoarea i-a transmis adresa nr. 206.328 din 20.09.2017 în care mentioneaza ca *„a decis anularea*

procedurii de atribuire, deoarece pe parcursul evaluarii ofertelor, au fost constatate erori/omisiuni privind intocmirea documentatiei de atribuire (respectiv neintroducerea in documentatia de atribuire a prevederilor ORDONANTEI DE URGENTA nr. 189 din 12 decembrie 2002 privind operatiunile compensatorii referitoare la contractele de achizitii pentru nevoi de aparare, ordine publica si siguranta nationala, cu modificarile si completarile ulterioare), autoritatea contractanta aflandu-se astfel in imposibilitatea de a adopta masuri corective fara ca acestea sa conduca la tncdlcarea principiilor prevazute la art. 2 alin. (2) lit. a-f) din OUG nr. 114/2011".

Petenta consideră că măsura anulării procedurii de atribuire este nelegala, nefiind intrunite conditiile pentru anularea procedurii și astfel sunt incalcate scopul si principiile achizitiilor publice, actul nu este motivat in fapt, este lezat grav interesul public prin posibilitatea încheierii contractului in termenele asumate de catre autoritatea contractanta si este lezat dreptul său de a accede la contract, desi a depus singura oferta care indeplineste toate cerintele documentatiei de atribuire.

Redând prevederile art. 15 alin. (2) din OUG nr. 189/2002 – „*Niciun contractant caruia i-a fast atribuit un contract de achiziție prin una dintre procedurile legale nu poate invoca necunoasterea obligației de a derula operațiuni compensatorii și nu poate refuza indeplinirea acestei obligații*", contestatoarea susține că obligatia de a cunoaste legea este imperativa si nescuzabila, iar obligatia de a informa a autoritatii contractante este secundară.

Făcând o paralelă între procedura actuală și o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a unui contract cu obiectul achiziție căști și veste antiglonț, de asemenea, în opinia petentei, nelegal anulată, contestatoarea susține că licitatia deschisa a fost anulata înainte de data de depunere a ofertelor și astfel operatorii economici participanti nu erau cunoscuti si nu au fost nici prejudiciați, în timp ce licitatia restransa actuala s-a derulat in paralel, dar în acest caz, desi UM0251 a avut cunostinta de situatia licitatiei deschise, a lasat sa se depuna ofertele, „*practic cu o luna mai tirziu de data la care luase deja la cunostinta de chestiunea compensarii si pretinde ca a existat o sesizare din oficiu a comisiei de evaluare cu inca alte 3 saptamani mai tarziu*", apreciind astfel că „*deci, desi stia din data de 28.07.2017 (la doar 1 saptamana dupa lansarea invitatiei de participare in etapa a II-a in licitatia restransa) de pretinsa necesitate privind informatiile legate de compensare si în data de 11.08.2017 anuleaza deja licitatia deschisa, pentru licitatia restransa pretinde ca afla doar in 18.09.2017 (1 luna si 3 saptamani mai tarziu) si lasa sa se depuna ofertele pentru ca toti ofertantii sa inregistreze prejudicii legate de intocmirea ofertelor*".

Relevând faptul că, din analiza fișei de date a achiziției, rezultă că persoana responsabila de ambele proceduri era una si aceeasi, contestatoarea afirmă că „*se observa cu usurinta ca in spatele deciziei de anulare a licitatiei restranse de armament stau cu totul alte motive, toate profund artificiale, din moment ce o decizie legala de remediere se*

putea lua inca din data de 11.08.2017 si aceasta nu viza deloc anularea procedurii ci „notificarea" participantilor asupra obligatiei de compensare in anumite conditii care ar putea conduce la atingerea sau depasirea pragului de 2 milioane euro. Desi avea aceasta posibilitate de a remedia rapid si eficient pretinsa „abatere grava legislative", autoritatea a stat in pasivitate, fiind in mod evident curioasa sa vada cine depune oferta si cum se prezinta ofertele din punct de vedere al anumitor detalii si caracteristici. Doar dupa ce a avut acces la aceste informatii, decide in mod neconvingator si alterand adevarul prin aceea ca „se sesizeaza din oficiu" despre ceva ce stia de 2 luni", apreciind că nu pot fi încurajate de Consiliu „*astfel de practici vadit subiective, abuzive si dolosive*".

Petenta menționează aspecte rezultate din răspunsul la notificarea prealabilă și susține că acesta „*preia intr-o forma imperfecta anumite prevederi ale OUG 189/2002, trebuind a fi mentionat ca acest act normativ a fost emis inainte de aparitia legislatiei achizitiilor publice intr-o forma inchegata, iar persoanalul Oficiului nu utilizeaza in mod frecvent limbajul caracteristic achizitiilor publice*", iar respectivul act normativ „*nu distinge intre procedurile organizate intr-o singura etapa si cele organizate in mai multe etape, iar sintagma trebuie sa aprecieze indica faptul ca fiecare procedura trebuie analizata de autoritatea contractanta caz cu caz (...) astfel, ...trebuia sa faca o evaluare obiectiva a etapizarii licitatiei restranse, trebuind sa constate ca obligatia de compensare este in legatura doar cu componenta propunere financiara a ofertei, nu si cu cea tehnica, deci obligatia de informare se naste abia dupa ce au fost stabilite ofertele in principiu admisibile, avand in vedere ca prin derularea etapei finale de licitatie electronica se pot schimba numarul de oferte integral admisibile, pozitia acestora in clasament si valoarea finala a contractului, putand exista chiar situatia in care valoarea acestuia sa scada sub pragul de 2 milioane de euro*".

Contestatoarea susține că evaluarea trebuia sa aiba in vedere faptul ca loturile nr. 2 si 3 nu ating valoarea pragului „*nici macar prin valoarea lor estimata, deci nu puteau fi anulate*", iar „*lotul nr. 1 putea fi anulat doar in situatia in care procedura nu avea etapa finala de licitatie electronica, sens in care propunerea financiara depusa la data de 25.08.2017 era finala si neincluderea obligatiei de compensare nu mai putea fi remediata*".

Petenta apreciază că se impune înlăturarea de către Consiliu a citatului din Legea 98/2016, „*deoarece aceasta lege nu guverneaza prezenta procedura de achzitie, conform art. 37 alin. (1) din Legea 98/2016. Astfel, are incidență doar art. 15 alin. (5) din OUG 114/2011 in cazul in care autoritatea contractanta își propune sa achiziționeze produse similare, dar defalcate pe loturi a caror cumparare se realizeaza prin atribuirea mai multor contracte de furnizare distincte (...). Acest articol are relevanta si importanta deoarece sustine afirmatiile subscrisei ca fiecare lot se atribuie prin contracte distincte, fapt intarit si de teza a doua a alineatului (5) care permite inclusiv folosirea a 2 tipuri de proceduri de atribuire in cadrul unei singure proceduri de achizitie*

publica, de exemplu o licitatie restransa pentru unele dintre loturi si o cerere de oferta pentru altele".

În capitolul intitulat „*Motivele de nelegalitate a anularii procedurii*", petenta prezintă considerente în susținerea obligației autorității contractante de incheiere a acordului-cadru, încalcarea, de către aceasta, a obligatiei de motivare a actului emis, desconsiderarea necesitatii autoritatii contractante, afectarea eficentei utilizari a fondurilor publice.

Reiterând aprecierea conform căreia „*Anularea procedurii este nelegala*", petenta prezintă argumentări în susținerea unor teze precum: „*Cunoasterea legii se prezuma*"; „*Remedierea este posibila fara incalcarea principiilor fundamentale*", „*Obligatia de compensare nu afecteaza incheierea acordului-cadru*", respectiv, „*Nu este incalcat niciun principiu fundamental in mod evident, necuprinderea informatiilor legate de operatiunile compensatorii in documentatia de atribuire nu incalca vreunul dintre principiile fundamentale ale achizitiilor publice, anularea procedurii fiind nelegala, excesiva, disproportionate si abuziva*".

În final, petenta susține că „*...are optiunea de a prezenta modelele de acord-cadru si cel de contract subsecvent fie tuturor ofertantilor invitati, ca anexa la invitatie, fie doar celui declarat cistigator al Lotului nr. 1 dupa ce atribuirea a ramas defmitiva si dupa ce acesta isi manifesto intentia de a semna acordul-cadru, in cadrul negocierilor ce se vor purta; anexam modele de clauze pentru acord-cadru si pentru contract subsecvent; ...acorda un termen suficient intre data transmiterii invitatiei de participare si data initierii etapei finale de licitatie electronica astfel incat ofertantii invitati sa isi poata pregati corespunzator propunerea financiara care include si obligatia de compensare. Reiteram faptul ca Loturile nr. 2 si 3 nu sunt vizate de aceasta obligatie*" și reiterează solicitarea de admitere a contestației.

In drept, OUG 114/2011, Legea 101/2016, OUG 189/2002, Documentatia de atribuire.

În probațiune, au fost depus înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 206511 din 17.10.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 43898/18.10.2017, ... a solicitat respingerea contestaţiei formulată de ..., susținând că, urmare selectării candidaturilor depuse de operatorii economici participanți la procedura de achiziție armament – 3 loturi, finalizată prin procesul verbal nr.205908 din 18.07.2017, autoritatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 65 și art. 66 din OUG nr.114/2011, cu modificările și completările ulterioare, a transmis invitații de depunere a ofertelor la etapa a doua a procedurii în data de 25.08.2017.

În perioada de evaluare a ofertelor depuse de cei trei operatori economici participanți la procedură, în data de 18.09.2017, comisia de evaluare s-a sesizat din oficiu, constatând omisiuni privind întocmirea documentației de atribuire, respectiv neintroducerea în documentația de atribuire a prevederilor OUG nr. 189/2002 privind operațiunile compensatorii referitoare la contractele de achiziții pentru nevoi de apărare, ordine publică și siguranță națională, din care redă prevederile

art. 5 alin. (3) - ”*Prevederile prezentei ordonanțe de urgență se aplică pentru îndeplinirea obligației de compensare rezultate din încheierea unui acord-cadru privind achiziția de pe piața externă de produse, servicii sau lucrări necesare domeniului apărării, ordinii publice și siguranței naționale a căror valoare depășește,* ***individual sau cumulat****, două milioane de euro*”.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, pentru o altă achiziție de produse, care se află în desfășurare în aceeași perioadă, pentru care, la fel, nu au fost prevăzute detalii privind aplicarea prevederilor OUG nr. 189/2002, a solicitat punctul de vedere al Oficiului de Compensare pentru Achiziții de Tehnică Specială, organism care a precizat că în cauză erau aplicabile dispozițiile OUG nr. 189/2002 prin faptul că produsele care fac obiectul acordului-cadru sunt *produse necesare domeniului ordinii publice și siguranței naționale* a căror *valoarea maximă estimată depășește pragul de 2 milioane de euro*, fapt pentru care autoritatea contractantă a decis anularea respectivei proceduri de atribuire în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98 privind achizițile publice.

Autoritatea contractantă menționează că, în etapă la care se afla desfășurarea procedurii de atribuire a acordului-cadru din cauză pentru achiziția de armament – 3 loturi, clauzele cu privire la compensare nu au mai putut fi introduse în documentația de atribuire, deoarece comisia de evaluare se afla la etapa de finalizare a evaluării propunerilor tehnice și financiare, respectiv, de pregătire a etapei finale de licitație electronică.

Constatând că, față de împrejurarea descrisă, nu mai pot fi adoptate măsuri corective, autoritatea contractantă menționează că a decis anularea procedurii de atribuire de licitație restrânsă derulată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect achiziționarea de armament - 3 loturi în conformitate cu prevederile art.181 alin. (1) lit. c) și alin. (4) din OUG nr.114/2011.

Cu privire la aplicabilitatea prevederilor OUG nr. 114/2011 doar în cazul lotului 1, deoarece valoarea estimată pentru loturile nr. 2 și 3 nu depășește valoarea de 2 milioane euro, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *„în cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor*”, susținând că respectiva reglementare corespunde normelor art. 5 alin. (3) din OUG nr. 189/2002, care statuează aplicabilitatea respectivului act normativ la încheierea acordurilor-cadru a căror valoare estimată depășește 2 milioane de euro, ***individual sau cumulat***.

Față de cele relevate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației introdusă de către ..., ca fiind nefondată.

În probațiune, au fost depuse documente ale dosarului achiziției publice cu relevanță pentru soluționarea cauzei.

Cu adresa nr. 8342/30.10.2017, ...a depus concluzii scrise ca urmare a analizei punctului de vedere al autorității contractante, prin

care reiterează nuanțat susținerile din contestație, iar cu adresa nr. 8362/02.11.2017, urmare a studierii dosarului cauzei constituit pe rolul Consiliului, a formulat considerente conform cărora Consiliul nu și-ar fi exercitat rolul activ prin faptul că nu a pretins depunerea tuturor documentelor dosarului achiziției publice, inclusiv documentele depuse de ofertanții participanți la procedură, concluzionând de maniera: *„(...) Ne manifestăm şi surprinderea faţă de acţiunea Consiliului de a emite adresa nr. 46341/3676/C6 din 01.11.2017 în condiţiile în care era evident că nu era nimic de studiat relevant pentru cauză între cele 2 coperţi care ne-au fost puse la dispoziţie. Este la fel de evident că documentele ce ne-au fost puse la dispoziţie reprezintă exclusiv dosarul propriu al Consiliului. Din analiza acestuia, precum şi a informaţiilor prezentate pe portal, rezultă că CNSC nu a pus în vedere autorităţii contractante să îşi îndeplinească obligaţia prevăzută la art. 18 alin. (2) şi (4) din Legea 101/2016*".

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație restrânsă offline, pe loturi, organizată conform OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziţii publice în domeniile apărării şi securităţii, în vederea încheierii acordului-cadru cu un singur operator economic, pe o perioadă de 48 de luni, având ca obiect „***Achizitie de armament – 3 loturi: Lotul 1 - Pistol cal. 9x19 mm, Lotul 2 - Pistol cal. 9x19 mm SA/DA si Lotul 3 - Pistol automat cal. 9x19 mm***", publicând în SEAP anunțul de participare nr. 174525/08.04.2017, atașat căruia a fost publicată documentația de atribuire sub forma a 11 fișiere de date.

Valoarea estimată a acordului-cadru este de 60.765.400 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a acestuia este *„prețul cel mai scăzut*".

Invocând constatarea, pe timpul derulării procedurii, a omisiunii de aplicare a prevederilor OUG nr. 189/2002 privind operațiunile compensatorii referitoare la contractele de achiziții pentru nevoi de apărare, ordine publică și siguranță națională, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire, decizie care a fost atacată, în termen legal, după parcurgerea procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, de către ..., cu contestația ce constituie obiect al analizei de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Motivul pentru care procedura de atribuire a fost anulată a fost menționat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii atacată, nr. 206.328 din 20.09.2017, astfel: *„(...) autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire, deoarece pe parcursul evaluarii ofertelor, au fost constatate erori/omisiuni privind intocmirea documentatiei de atribuire (respectiv neintroducerea in documentatia de atribuire a prevederilor ORDONANTEI DE URGENTA nr. 189 din 12 decembrie 2002 privind operatiunile compensatorii referitoare la contractele de achizitii pentru nevoi de aparare, ordine publica si*

siguranta nationala, cu modificarile si completarile ulterioare), autoritatea contractanta aflandu-se astfel in imposibilitatea de a adopta masuri corective fara ca acestea sa conduca la tncdlcarea principiilor prevazute la art. 2 alin. (2) lit. a-f) din OUG nr. 114/2011".

În Nota raport nr. 206314/18.09.2017, aprobată de conducătorul autorității contractante, fundamentarea și motivarea deciziei de anulare a procedurii a fost detaliată după cum urmează:

„NOTA RAPORT privind anularea procedurii de atribuire prin licitaţie Licitaţie restrânsă" pentru încheierea unui acord-cadru având ca obiect achiziţionarea de armament 3 loturi:

lotul nr. 1 - Pistol cal. 9x19 mm - cod CPV 35321100-1,

lotul nr. 2 - Pistol cal. 9x19 mm SA/DA - cod CPV 35321100-1,

lotul nr. 3 - Pistol automat cal. 9x19 mm - cod CPV 35321100-1

Referinţă: - Documentaţia de atribuire nr. 270.840 în data de 07.04.2017 - Anunţ de participare nr. 174.525 în data de 08.04.2017.

La data de 08.04.2017 a fost publicat anunţul de participare cu nr. 174.525 privind desfăşurarea procedurii de atribuire prin licitaţie Licitaţie restrânsă" pentru încheierea unui acord-cadru având ca obiect achiziţionarea de armament 3 loturi, stabilindu-se şi termenul de depunere al candidaturilor, respectiv data de 26.06.2017.

La data stabilită de către autoritatea contractantă au fost depuse 3 candidaturi din partea următorilor operatori economici: ...cu scrisoarea de înaintare nr. 64 din 23.06.2017, - ..., cu scrisoarea de înaintare nr. 7953 din 23.06.2017 şi ... cu scrisoarea de înaintare FN din 23.06.2017.

În urma analizării documentelor depuse în cadrul procedurii şi al clarificărilor solicitate, comisia de evaluare a început procesul verbal nr. 205.906 din 26.06.2017, iar în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2011 cu modificările şi completările ulterioare, a comunicat rezultatul operatorilor economici implicaţi în procedura de atribuire privind rezultatul selecţiei prevăzute în etapa I, şi în conformitate cu prevederile art. 65 şi art. 66 din acelaşi act normativ, a invitat la etapa a II-a procedurii de licitaţie restrânsă pe toţi cei trei operatori economici participanţi să depună oferte pentru cele trei loturi.

După depunerea ofertelor solicitate în etapa a ll-a (propunerea tehnică şi financiară) de către cei trei operatori economici, comisia de evaluarea a procedat la analiza acestora, iar prin procesul verbal nr. 206.213 din 05.09.2017, a solicitat clarificări pentru documentele depuse.

în data de 18.09.2017, comisia de evaluare, s-a sesizat din oficiu având ca temei prevederile ***art. 5 alin (3)*** *din* ***OUG nr. 189/2002*** *privind operaţiunile compensatorii referitoare la contractele de achiziţii pentru nevoi de apărare, ordine publică şi siguranţă naţională, cu modificările şi completările ulterioare, respectiv: „Prevederile prezentei ordonanţe de urgenţă se aplică pentru îndeplinirea obligaţiei de compensare rezultate din încheierea unui acord-cadru privind achiziţia de pe piaţa externă de produse, servicii sau lucrări necesare domeniului apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale a căror valoare depăşeşte, individual sau cumulat, două milioane de euro".*

De asemenea, prin similitudine cu situaţia din prezenta procedură de achiziţie, în urma corespondenţei purtată în perioada 21.07.2017-28.07.2017 cu Oficiul de Compensare pentru Achiziţii de Tehnică Specială cu privire la întocmirea documentaţiei de atribuire (caiet de sarcini, clauze contractuale obligatorii) pentru achiziţia de veste şi căşti antiglonţ, pentru care nu au fost prevăzute detalii pentru aplicarea prevederilor O.U.G. 189/2002, ***autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire*** *prin licitaţie deschisă a acordului-cadru privind furnizarea de mijloace specifice de protecţie şi intervenţie - veste şi căşti antiglonţ în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) şi alin. (2) din Legea nr. 98 privind achiziţiile publice.*

În acest context, în urma analizării problematicii aplicării prevederilor O.U.G. 189/2002 la procedura de atribuire a acordului-cadru în cauză, având-se în vedere faptul că ***produsele care fac obiectul acordului-cadru sunt produse necesare domeniului ordinii publice şi siguranţei naţionale*** *şi ţinând cont de faptul că* ***valoarea maximă estimată a acordului-cadru depăşeşte pragul de 2 milioane de euro,*** *comisia de evaluare constată că prevederile O.U.G. 189/2002 sunt incidente procedurii de atribuire a acordului-cadru mai sus menţionat.*

În etapa actuală a desfăşurării procedurii de atribuire a acordului-cadru în cauză, clauzele cu privire la compensare ***nu mai pot fi introduse în documentaţia aferentă procedurii,*** *aceasta nemaiputând fi adaptată noului context, deoarece perioada necesară pentru elaborarea şi transmiterea în SEAP, de către autoritatea contractantă a modificării documenţiei de atribuire a fost încheiată, comisia de evaluare aflându-se în etapa de finalizare a evaluării propunerii tehnice şi financiare, respectiv de invitare a ofertanţilor să depună în SEAP valori noi ale elementelor ofertei în cadrul etapei finale de licitaţie electronică.*

Având în vedere cele menţionate mai sus, ***vă rugăm să aprobaţi anularea procedurii de atribuire*** *prin licitaţie restrânsă pentru încheierea unui acord-cadru având ca obiect achiziţionarea de armament 3 loturi în conformitate cu prevederile art. 181 alin. (1) lit. c) şi alin. (4) lit b) din OUG nr. 114/2011) privind atribuirea anumitor contracte de achiziţii publice în domeniile apărării şi securităţii, unde se menţionează faptul că:*

"(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică în următoarele cazuri: (...)

c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului. (...)"

şi

(4) în sensul prevederilor alin. (1) lit. c), prin abateri grave de la prevederile legislative se înţelege: b) pe parcursul analizei, evaluării şi/sau finalizării procedurii de atribuire se constată erori ori omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri

corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f)".

Alte documente relevante pentru analiza temeiniciei și legalității deciziei privind modalitatea de finalizare a procedurii de atribuire, prin anularea acesteia, aflate la dosarul cauzei, sunt constituite de:

- adresa autorității contractante nr. 205943/21.07.2017, prin care aceasta a solicitat OFICIULUI DE COMPENSARE PENTRU ACHIZIȚII DE TEHNICĂ SPECIALĂ din Ministerul Economiei punctul de vedere privind aplicarea prevederilor OUG nr. 189/2002 în cadrul procedurii de atribuire;

- adresa de răspuns a OFICIULUI DE COMPENSARE PENTRU ACHIZIȚII DE TEHNICĂ SPECIALĂ nr. 1115/26.07.2017, cu următorul conținut:

„Potrivit dispoziţiilor art 5 alin.1 din OUG nr. 189/2002, cu modificările şi completările ulterioare, ***sunt incidente prevederile acestei ordonanţe în situaţia îndeplinirii unor obligaţii de compensare rezultate din contractul de achiziţie de pe piaţa externă de produse, servicii sau lucrări necesare domeniului apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale, a cărui valoare depăşeşte, individual sau cumulat, 2 milioane de euro****: De asemenea, potrivit dispoziţiilor art. 5 alin. 2 din ordonanţă,* ***obligaţia de compensare poate lua naştere şi în sarcina unui operator economic român care, pentru realizarea obiectului unui contract de achiziţie în domeniul apărării, ordinii publice si siguranţei naţionale, cumpără de pe piaţa externă produse, servicii sau lucrări a căror valoare depăşeşte, individual sau cumulat, 2 milioane de euro****.*

În ceea ce priveşte criteriile de calificare a unui bun în funcţie de destinaţia pentru domeniul apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale, facem precizarea că asemenea criterii nu sunt prevăzute expres în cadrul legislaţiei în vigoare referitoare la operaţiunile compensatorii, astfel că acestea trebuie să fie proprii fiecărei autorităţi contractante;

În ceea ce priveşte competenţa de încadrare a bunurilor conform destinaţiei lor în domeniul apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale, ***această competenţă aparţine exclusiv autorităţii contractante****, în conformitate cu prevederile art. 12-15 din OUG nr, 189/2002, cu modificările şi completările ulterioare; totodata, stipulând expres că pentru contractele de achiziţie prevăzute la art. 5,* ***autoritatea contractantă are obligaţia ca, în anunţul de intenţie să facă menţiunea necesităţii introducerii clauzei de compensare, şi în cadrul caietului de sarcini şi a contractului de achiziţie****;*

În ceea ce priveşte ***pragul valoric de 2 milioane de euro*** *pe care un contract de achiziţie trebuie să îl îndeplinească pentru a intra sub incidenţa prevederilor OUG nr. 189/2002, prevederile art.5 din OUG 189/2002 prevăd expres că* ***vor fi avute în vedere contractul sau***

contractele a căror valoare depăşeşte, individual sau cumulat, 2 milioane de euro*;*

În ceea ce priveşte normele metodologice de aplicare a OUG nr. 189/2002, acestea au fost aprobate prin Hotararea Guvernului nr.459/2006, publicata in Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 344 din 17 aprilie 2006. Totodata, va sugeram sa luaţi cunostinta si de prevederile Hotararii nr. 955/2006 pentru aprobarea domeniilor prioritare care pot beneficia de operaţiuni compensatorii si a modului de ierarhizare a acestora prin multiplicatori de compensare;

În ceea ce priveşte sintagma mentionata de dvs. in ceea ce priveşte activitatea corespunzătoare institutiei dvs., respectiv „...apararea ordinii si liniştii publice...", va solicitam sa luaţi in considerare prevederile art.5 din OUG nr. 189/2002:

„(1) prevederile prezentei ordonanţe de urgenta se aplica pentru îndeplinirea obligaţiei de compensare rezultate din atribuirea unui contract de achiziţie de pe piaţa externa de produse, servicii sau lucrări necesare domeniului apararii, ordinii publice si siguranţei naţionale, a cărui valoare depăşeşte, individual sau cumulat, doua milioane de euro.

(2) prevederile prezentei ordonanţe de urgenta se aplica si in cazul in care un operator economic roman, pentru realizarea obiectului unui contract de achiziţie în domeniul apărării, ordinii publice si siguranţei naţionale, cumpără de pe piaţa externă produse, servicii sau lucrări a căror valoare depăşeşte, individual sau cumulat, doua milioane de euro".

În măsura în care ***valoarea estimată depăşeşte pragul valoric de 2 milioane de euro****, autoritatea contractantă trebuie să aprecieze dacă achiziţia care urmează să facă obiectul procedurii de achiziţie publică se încadrează în prevederile OUG nr. 189/2002,* ***urmând a introduce în caietul de sarcini specificaţii cu privire la clauza de compensare şi a notifica participanţilor la procedura de achiziţie despre necesitatea introducerii clauzei de compensare în contractele sau acorduri le-cadru ce urmează să fie atribuite***".

Se reține astfel că, având la dispoziție:

- legislația incidentă;

- documentația de atribuire, care este publică, prin intermediul SEAP;

- actele de decizie ale autorității contractante și acte suport emanate de la organisme cu competențe în domeniu,

există, la dispoziția Consiliului, suficient probatoriu pentru fundamentarea deciziei privind soluționarea litigiului din cauză, orice alte acte emise în derularea procedurii fiind redundante, de prisos și fără vreo relevanță pentru cauză.

Astfel, afirmația petentei conform căreia „(...) *Este la fel de evident că documentele ce ne-au fost puse la dispoziţie reprezintă exclusiv dosarul propriu al Consiliului. Din analiza acestuia, precum şi a informaţiilor prezentate pe portal, rezultă că CNSC nu a pus în vedere autorităţii contractante să îşi îndeplinească obligaţia prevăzută la art. 18 alin. (2) şi (4) din Legea 101/2016*", pe lângă faptul că exprimă un

paradox, fiind contradictorii reglementărilor alin. (4) al art. 18 din Legea nr. 101/2016, invocat chiar de petentă, text legal care statuează că – „***Pentru soluţionarea contestaţiilor ulterioare privind aceeaşi procedură*** *de atribuire,* ***dosarul achiziţiei publice****, al achiziţiei sectoriale sau al concesiunii ce trebuie* ***transmis de autoritatea contractantă cuprinde doar acele documente întocmite sau primite de aceasta în cadrul procedurii de atribuire*** *care nu au fost deja transmise Consiliului cu prilejul soluţionării contestaţiei/contestaţiilor anterioare*".

Se reține astfel malițiozitatea afirmației petentei care studiase dosarul achiziției și parte din documentele depuse de candidații concurenți pe parcursul soluționării unui litigiu anterior, iscat printr-o altă contestație a prezentei petente și care, prin adresa nr. 8159/21.08.2017, depunea concluzii scrise ***în urma studierii dosarului cauzei***, susținând că „*documentele aflate la dosarul procedurii confirmă, încă odată, susținerile mele*" și detalia în legătură cu criticile referitoare la neîndeplinirea de candidații concurenți a cerinței privind experiența similară.

În analiza temeiniciei și legalității deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul are în vedere obiectul acordului-cadru ce avea a se încheia în urma finalizării procedurii de atribuire, prin licitație restrânsă, organizată conform reglementărilor OUG nr. 114/2011, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțul de participare nr. 174525/08.04.2017, care este constituit de „***Achizitie de armament – 3 loturi: Lotul 1 - Pistol cal. 9x19 mm, Lotul 2 - Pistol cal. 9x19 mm SA/DA si Lotul 3 - Pistol automat cal. 9x19 mm***", precum și valoarea estimată totală a acordului-cadru, care este de **60.765.400 lei**, fără TVA, echivalentul a **13.431.489 euro** (*1 euro = 4,5241 la data de 07.04.2017*).

Obiectul acordului-cadru și valoarea estimată (rezervată) a acestuia plasează achiziția sub incidența dispozițiilor OUG nr. 189/2002 privind operaţiunile compensatorii referitoare la contractele de achiziţii pentru nevoi de apărare, ordine publică şi siguranţă naţională, act normativ din care, pentru dezlegarea litigiului din cauză, prezintă relevanță dispozițiile:

- art. 1 – „*Prezenta ordonanţă de urgenţă are drept scop stabilirea principiilor, a cadrului general şi a* ***procedurilor pentru derularea operaţiunilor compensatorii, constând în compensaţii economice, stabilite prin contractul de achiziţie ca o condiţie pentru achiziţionarea de produse, lucrări sau servicii de pe piaţa externă, în domeniul apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale, cu condiţia ca aceste achiziţii să depăşească pragul valoric stabilit la art. 5***";

- art. 4 lit. a) – „***operaţiuni compensatorii*** *- un set de compensaţii economice utilizate în practica comercială internaţională sub denumirea de* ***offset****, ca o* ***condiţie pentru achiziţionarea de produse, lucrări sau servicii de pe piaţa externă, în domeniul apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale***";

- art. 4 lit. g) – „***Oficiul de Compensare pentru Achiziţii de Tehnică Specială**, denumit în continuare Oficiu - entitate aflată în subordinea Ministerului Economiei, **având ca obiect de activitate punerea în aplicare a procedurilor prevăzute în prezenta ordonanţă de urgenţă pentru executarea operaţiunilor compensatorii***";

- art. 5 alin. (1) – „*Prevederile prezentei ordonanţe de urgenţă **se aplică pentru îndeplinirea obligaţiei de compensare rezultate din atribuirea unui contract de achiziţie de pe piaţa externă de produse**, servicii sau lucrări **necesare domeniului apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale, a cărui valoare depăşeşte, individual sau cumulat, două milioane de euro***";

- art. 5 alin. (4) – „*Prevederile prezentei ordonanţe de urgenţă **se aplică şi în cazul în care un operator economic român, pentru realizarea obiectului unui acord-cadru în domeniul apărării**, ordinii publice şi siguranţei naţionale, cumpără de pe piaţa externă produse, servicii sau lucrări **a căror valoare depăşeşte, individual sau cumulat, două milioane de euro***";

- art. 15 – *„(1) Autoritatea contractantă notifică participanţilor la procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie, care, conform prezentei ordonanţe de urgenţă, trebuie să cuprindă o clauză de compensare, despre această obligaţie. (1[1]) În cazul în care procedura de atribuire a contractului nu implică publicarea anunţului de intenţie, autoritatea contractantă va informa firmele participante despre obligativitatea introducerii clauzei de compensare. (2) Nici un contractant căruia i-a fost atribuit un contract de achiziţie prin una dintre procedurile legale nu poate invoca necunoaşterea obligaţiei de a derula operaţiuni compensatorii şi nu poate refuza îndeplinirea acestei obligaţii”*;

- art. 16 – „*În contractul de achiziţie se menţionează expres obligaţia contractantului de a executa operaţiuni compensatorii*";

- art. 17 – „***Ofertele depuse de participanţii la procedurile de atribuire** a contractelor de achiziţie **trebuie să conţină următoarele informaţii cu privire la operaţiunile compensatorii**: a) informaţii cu privire la experienţa contractantului referitoare la operaţiuni compensatorii; b) declaraţie privind acceptarea obligaţiei de compensare şi a penalităţilor prevăzute de prezenta ordonanţă de urgenţă în cazul neîndeplinirii obligaţiilor; b[1]) valoarea obligaţiei de compensare asumate; c) tipurile de operaţiuni compensatorii ce vor fi utilizate; d) alte informaţii pe care contractantul le consideră utile*";

- art. 17[1] – „***În contractul de achiziţie se menţionează expres**: a) obligaţia contractantului de a perfecta cu Agenţia acordul de compensare, în termenul prevăzut la art. 19 alin. (1); b) valoarea obligaţiei de compensare asumate; c) angajamentul contractantului de a pune la dispoziţie Agenţiei o scrisoare de garanţie de bună execuţie conform prevederilor art. 35; d) acceptarea de către contractant a penalităţilor prevăzute de prezenta ordonanţă de urgenţă pentru cazul în*

care obligaţia asumată nu se realizează conform acordului de compensare".

- art. 23^1 – „***Condiţiile de angajare, acceptare, derulare, creditare, restricţiile, cotele şi limitările aplicabile operaţiunilor compensatorii****, operaţiunilor compensatorii în avans şi transferului de credite de compensare* ***se stabilesc, la propunerea Agenţiei, prin hotărâre a Guvernului***";

- art. 43^1 – *„(1) Furnizarea de informaţii contractantului, care s-au dovedit de natură* ***să îl favorizeze în mod neloial*** *pe acesta în cadrul procedurii pentru încheierea acordurilor de compensare sau a unei tranzacţii prin compensare, precum şi în cadrul executării obligaţiei de compensare,* ***constituie infracţiune şi se pedepseşte cu închisoare de la 6 luni la 5 ani şi interzicerea dreptului de a participa la proceduri de achiziţii publice pe o perioadă de la un an la 5 ani****. (2) Cu pedeapsa prevăzută la alin. (1) se sancţionează şi înţelegerea contractantului cu membri ai Oficiului sau cu operatori economici români, în scopul denaturării rezultatului procedurii de încheiere a acordurilor de compensare sau de executare a obligaţiei de compensare*".

Consiliul reține că, după cum și OFICIULUI DE COMPENSARE PENTRU ACHIZIȚII DE TEHNICĂ SPECIALĂ a precizat prin intermediul adresei nr. 1115/26.07.2017, în condițiile în care autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire pentru achiziționarea de **armament** – fiind instituție din categoria celor din ***domeniul apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale***, iar valoarea achiziției ***depăşeşte, individual și cumulat pragul de două milioane de euro***, aceasta trebuia să prevadă în documentația de atribuire toate și orice rigori presupuse de „***îndeplinirea obligaţiei de compensare rezultate din atribuirea unui contract de achiziţie de pe piaţa externă***".

Față de dispozițiile art. 18 din OUG nr. 114/2011 – „*În cazul în care autoritatea contractantă îşi propune să* ***încheie un acord-cadru****, atunci* ***valoarea estimată se consideră a fi valoarea maximă estimată, fără TVA, a tuturor contractelor de achiziţie publică ce se anticipează că vor fi atribuite în baza acordului-cadru respectiv, pe întreaga să durată***", aprecierile contestatoarei că dispozițiile OUG nr. 189/2002 ar fi aplicabile doar unora dintre loturi este eronată.

În raport de dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din OUG nr. 114/2011 – „*Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziţie publică sunt: (...) b)* ***tratamentul egal****; d)* ***transparenţa***" coroborate cu cele ale art. 27 din același act normativ – „*Autoritatea contractantă* ***are obligaţia de a preciza în cadrul documentaţiei de atribuire orice*** *cerinţă, criteriu, regulă şi alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire*", prin omisiunea de includere, în documentația de atribuire, a informațiilor referitoare la „***îndeplinirea obligaţiei de compensare rezultate din atribuirea unui contract de achiziţie de pe piaţa externă***", a fost

adusă serioasă atingere principiului transparenței, iar printr-o eventuală includere a unor reguli de natura celor proprii obligației de compensare, ulterior selectării candidaturilor și depunerii ofertelor, s-ar încălca și principiul egalității de tratament a ofertanților, fapt pentru care, la momentul la care autoritatea contractantă s-a sesizat cu privire la omisiunea aplicării dispozițiilor OUG nr. 189/2002, aceasta se afla deja în ipoteza reglementată de dispozițiile art. 181 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 114/2011, fiind obligată de drept la anularea procedurii de atribuire.

Faptul că, în cazul unor proceduri anterioare, autoritatea contractantă ar fi eludat aplicarea OUG nr. 189/2002 nu îi conferă acesteia dreptul de a continua încălcarea vreunei dispoziții legale aplicabile *pentru îndeplinirea obligaţiei de compensare rezultate din atribuirea unui contract de achiziţie de pe piaţa externă de produse, servicii sau lucrări necesare domeniului apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale, a cărui valoare depăşeşte, individual sau cumulat, două milioane de euro*, susținerile și argumentările petentei în sensul finalizării procedurii prin acordului-cadru fiind de natură a aduce atingere chiar principiului constituțional instituit prin art. 16 alin. (2) din Constituția României, fiind, în fapt, o solicitare de nesocotire/eludare perpetuă a legislației în materia *achiziţionării de produse de pe piaţa externă, în domeniul apărării, ordinii publice şi siguranţei naţionale*.

Întrucât, sub aspectul analizat, procedura de atribuire derulată de către ....., în vederea încheierii acordului-cadru pe o perioadă de 48 de luni, având ca obiect „***Achizitie de armament – 3 loturi*** *(...)*" se află sub incidența dispozițiilor art. 181 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 114/2011, autoritatea contractantă fiind de drept obligată la anularea procedurii, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca nefondată, contestația formulată decătre ..., încontradictoriu cu .....

Decizia este obligatorie, potrivit dispoziţiilor art. 28 alin. (1) din lege.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., cu sediul social în ..., str. ... nr. ..., sectorul ..., și domiciliul ales în vederea comunicării actelor de procedură la punctul de lucru din str. ... nr. ..., sat ..., comuna ..., judeţul ..., în contradictoriu cu ....., cu sediul în ..., str. ... nr. ..., sectorul ....

Obligatorie.

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

Președinte,	MEMBRU,	MEMBRU,
...	...	...