



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: ...

I. Prin contestația nr. 13543/15.06.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 30079/15.06.2022, formulată de către ..., cu sediul social în ..., având domiciliul ales în vederea comunicării actelor de procedură la ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva rezultatului etapei I de calificare și selecție a candidaturilor a procedurii de achiziție publică organizată către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației restrânse, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...”, se solicită:

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei, în conformitate cu prevederile art. 188 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2011, raportat la art. 22 din Legea nr. 101/2016, pentru evitarea afectării procedurii de atribuire.

- în principal, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin prezenta, respectiv:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului etapei I de calificare și selecție și a invitației de participare la etapa a II-a de ofertare adresate candidaturilor ..., ..., ..., anularea în parte a raportului intermediar al procedurii și a tuturor actelor subsecvente strict pentru partea corespunzătoare calificării, selectării și invitării cu ofertă a candidaților nelegal selectați;

- reevaluarea candidaturilor depuse de către candidații nelegal selectați - ..., ..., ..., prin aplicarea strictă a prevederilor documentației de atribuire și, în consecință, emiterea unui nou raport intermediar al procedurii aferent etapei I pentru partea corespunzătoare calificării, selectării și invitării cu ofertă a candidaților nelegal selectat, în care să fie înscrise în mod obiectiv modalitățile de îndeplinire a cerințelor de calificare și selecție, cu consecința respingerii candidaturilor depuse de către cei 3

candidați nelegal selectați ca neîndeplinind criteriile de calificare și selecție așa cum au fost prevăzute în documentația de atribuire;

- continuarea procedurii cu singura candidatură legal declarată admisă și invitată să depună ofertă, cea a contestatoarei.

- acces la dosarul procedurii constituit la C.N.S.C.

II. Prin adresa nr. 1119 din data de 20.06.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../22.06.2022, ... cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin ..., având sediul ales în vederea comunicării tuturor actelor de procedură în ..., transmite cerere de intervenție voluntară, prin care solicită introducerea sa în calitate de intervenient accesoriu în dosarul nr. ..., aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, precum și:

1. admiterea prezentei cereri de intervenție,
2. respingerea contestației formulată de ..., în partea care privește criticile aduse candidaturii sale, ca nefondată, iar, pe cale de consecință,
3. menținerea ca fiind temeinice și legale actele autorității contractante.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 decizia autorității contractante privind invitarea în etapa a II-a a candidaturilor ..., ... și ..., solicitând cele prezentate în preambulul prezentei decizii.

I. Prin adresa nr. 13543/15.06.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 30079/15.06.2022, ..., în calitate de ofertant, în temeiul art. 188 alin. (1) din Ordonanța de Urgență nr. 114/2011 și art. 70 și art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, formulează *contestație* împotriva actelor autorității contractante de calificare și selectare a candidaturilor ..., ... și ... (denumite în continuare ..., ..., ... sau în comun candidații nelegal selectați), de invitare a acestora în etapa de depunere a ofertelor (invitațiile adresate celor 3 candidați nelegal selectați) și a raportului intermediar al procedurii prin care s-a decis calificarea, selectarea și invitarea acestora în etapa a II-a a procedurii, acte pe care le consideră nelegale.

Contestatoarea solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor următoarele:

1. Suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei, în conformitate cu prevederile art. 188 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2011, raportat la art. 22 din Legea nr. 101/2016, pentru evitarea afectării procedurii de atribuire.

2. În principal, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin prezenta, respectiv:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului etapei I de calificare și selecție și a invitației de participare la etapa a II-a de ofertare adresate candidaturilor ..., ..., ..., anularea în parte a raportului intermediar al procedurii și a tuturor actelor subsecvente strict pentru partea corespunzătoare calificării, selectării și invitării cu ofertă a candidaților nelegal selectați;

- reevaluarea candidaturilor depuse de către candidații nelegal selectați - ..., ..., ..., prin aplicarea strictă a prevederilor documentației de atribuire și, în consecință, emiterea unui nou raport intermediar al procedurii aferent etapei I pentru partea corespunzătoare calificării, selectării și invitării cu ofertă a candidaților nelegal selectat, în care să fie înscrise în mod obiectiv modalitățile de îndeplinire a cerințelor de calificare și selecție, cu consecința respingerii candidaturilor depuse de către cei 3 candidați nelegal selectați ca neîndeplinind criteriile de calificare și selecție așa cum au fost prevăzute în documentația de atribuire;

- continuarea procedurii cu singura candidatură legal declarată admisă și invitată să depună ofertă, cea a contestatoarei.

3. Acces la dosarul procedurii constituit la C.N.S.C.

Referitor la calitatea de persoană vătămată, contestatoarea precizează că are un interes legitim în participarea în procedură, care este profund vătămat de actualele acte ale autorității contractante.

Aceasta afirmă că este unul dintre furnizorii principali de muniții, arme ușoare și armament de infanterie pentru instituțiile armate ale României, având o experiență de peste 18 ani în participarea la procedurile de achiziție de astfel de produse.

Totodată, contestatoarea adaugă că a livrat diverse categorii de armament cu destinație militară și munițiile corespunzătoare către actuala autoritate contractantă, în cadrul unor contracte atribuite în urma unor proceduri derulate în mod competitiv. Aceasta consideră că există premise reale ca să poată câștiga un nou contract, dacă participă într-o procedură derulată legal. Interesul actual, personal și legitim este să aibă o șansă reală să participe în procedura actuală în condiții legale și, ulterior, să poată executa contractul la nivelul capabilităților relevante pe care le are prin prisma livrărilor anterioare de produse similare.

Contestatoarea menționează că actele nelegale ale autorității contractante, precum și refuzul de a constata neîndeplinirea evidentă de către aceștia a criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu prevederile legale și ale documentației de atribuire, creează premisele unei concurențe viciate în această procedură, prin accesul unor operatori economici care nu îndeplinesc criteriile de calificare și selecție.

Contestatoarea apreciază că participarea sa într-o procedură în care concurența este viciată îi creează atât un prejudiciu actual, cât și unul viitor. Necesitatea de a își adapta oferta condițiilor dintr-o procedură cu concurența viciată se reflectă asupra prețului și calității produselor pe care le va oferta.

... consideră că concurența reală este profund afectată în această procedură, având în vedere că au fost calificați, selectați și invitați a depune oferta candidați care nu îndeplinesc toate criteriile de calificare și selecție astfel cum au fost impuse în documentația de atribuire.

În aceste condiții, dacă procedura continuă cu menținerea selectării candidaturilor celor trei operatori economici, contestatoarea susține că este obligată să concureze împotriva unor entități/ofertanți care nu au dreptul legal de a se angaja în astfel de contracte și care sunt favorizați de către autoritatea contractantă.

În același timp, aceasta subliniază că sunt afectate atât interesul public cât și ordinea publică în materia achizițiilor publice, deoarece se abdică de la legalitate.

Referitor la capătul de cerere privind suspendarea procedurii, contestatoarea 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 actele autorității contractante îi produc 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 șiprețurile cele mai scăzute, fiind astfel obligată să participe într-o procedură cu concurență distorsionată prin lipsa de diligență a

Contestatoarea adaugă că, raportat la data de depunere a ofertelor, 15.07.2022 și la termenele de soluționare a contestațiilor, dacă C.N.S.C. va dispune măsuri de remediere în sensul celor solicitate, acestea nu vor mai putea fi implementate înainte de depunerea ofertelor, fiind necesară suspendarea procedurii.

... citează din încheierea nr. 194/C6/2421 din 07.11.2016 dată în contradictoriu cu o altă autoritate contractantă: *„Astfel, continuarea procedurii (...) ar putea conduce, în cazul admiterii contestației, la imposibilitatea luării unor măsuri de remediere a procedurii, existând riscul anulării acesteia (...).*

Consiliul apreciază că, în acest context, continuarea procedurii ar putea afecta atât interesele contestatorului, cât și pe cele ale autorității contractante (interesul public fiind acela de derulare și finalizare a unei proceduri de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale și a principiilor din domeniu), aspect ce concordă cu condițiile cumulative de admisibilitate a unei astfel de cereri de suspendare.”

Contestatoarea apreciază că, în aceeași situație elocvent expusă de Consiliu, s-ar regăsi și actuala procedură dacă nu se admite capătul de cerere privind suspendarea ei.

Referitor la capătul de cerere de suspendare a procedurii, aceasta demonstrează cazul temeinic justificat și paguba iminentă, astfel:

- încălcarea principiului tratamentului egal în ceea ce privește evaluarea și îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție;
- ascunderea intenționată a lipsei unor documente din candidaturile criticate;
- nedepunerea tuturor documentelor impuse prin Fișa de date a achiziției de către operatorii economici participanți;
- completarea nepermisă a candidaturilor cu documente care trebuiau a fi prezentate, sub sancțiunea excluderii din procedură, până la

data-limită de depunere și crearea unui avantaj nepermis acestora prin intermediul instrumentului solicitărilor de clarificări;

- existența unei bogate jurisprudențe care a sancționat conduite similare ale autorităților contractante ca urmare a contestațiilor formulate de contestatoare;

- necesitatea dispunerii măsurii de suspendare a procedurii de atribuire a fost statuată și de către Curtea de Apel București în jurisprudența sa anterioară: „atât timp cât autoritatea publică sau judecătorul se afla într-un proces de evaluare, din punct de vedere legal, a deciziei contestate, este echitabil ca aceasta din urmă să nu-și producă efectele asupra celor vizați”.

Astfel, contestația menționează că, în temeiul de drept al prevederilor art. 22 din Legea nr. 101/2016, această sumă de situații se constituie și ca un caz temeinic justificat pentru suspendarea procedurii.

Contestația precizează că motivele de fapt și de drept ce au stat la baza formulării prezentei contestații sunt următoarele:

În data de 09.06.2022 autoritatea contractantă transmite invitația pentru participare la etapa a doua a procedurii de licitație restrânsă nr. 226028 din 07.06.2022, din care a luat la cunoștință de calificarea, selectarea și invitarea în etapa de ofertare a licitației restrânse a candidaturilor depuse de ..., ... și ...

Astfel, contestația afirmă că a luat la cunoștință de actele pe care le consideră nelegale.

Aceasta consideră că au fost nelegal selectați ..., ... și ... deoarece nu îndeplinesc criteriile de calificare și selecție, analiza candidaturilor acestora s-a făcut într-un mod favorizant pentru aceștia, după cum va demonstra în cele ce urmează :

1. Candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind situația personală

Cu prioritate, contestația invocă faptul că niciunul dintre terți susținători și subcontractantul nu au depus documentele impuse din care să rezulte situația lor personală. Or, indiferent de calitatea lor de terț susținător sau de subcontractant, ambii execută părți esențiale din contract, deci ... trebuie să se asigure că aceste candidaturi care includ astfel de entități îndeplinesc criteriile de calificare și selecție la fel ca o candidatură individuală.

Contestația arată că această situație reiese din modul în care a formulat autoritatea contractantă criteriul în Fișa de date a achiziției:

„Cerința de calificare: Candidații vor face dovada că nu se încadrează în niciuna din situațiile stipulate la art. 155, art.156 și art. 150 din O.U.G. nr. 114/2011.

Sanctiunea neîndeplinirii criteriului: Vor fi excluși din cadrul procedurii operatorii economici care se încadrează în oricare din situațiile stipulate la art. 150, art. 155 și/ sau art. 156 din O.U.G. nr. 114/2011 sau nu prezintă documentele care probează/confirma îndeplinirea cerințelor.”

Aceasta concluzionează că cerințele pentru acest criteriu se referă la toți operatorii economici participanți.

Față de aceste cerințe clare, contestația consideră că următoarele candidaturi nu puteau fi legal calificate și selectate, pentru motivele prezentate în continuare:

- candidatura ... nu a prezentat documentele impuse pentru terțul susținător tehnic ..., cu excepția declarațiilor prevăzute la pct. 1 și 2. Nu este confirmată condiția impusă de art. 165 alin. (2) din OUG nr. 114/2011: „*Persoana care asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 155 și 156.*”

Or, contestatoarea apreciază că simpla declarație pe proprie răspundere nu este suficientă, din moment ce și pentru persoanele juridice străine se impune prezentarea certificatelor de la cerința 3.

De asemenea, Formularul nr. 5 și Formularul nr. 1 trebuiau a fi depuse și de către terțul susținător.

- candidatura ... nu a prezentat documentele impuse pentru terțul susținător tehnic și financiar

- candidatura ... nu a prezentat documentele impuse pentru subcontractantul De asemenea, Formularul nr. 5 și Formularul nr. 1 trebuiau a fi depuse și de către acesta. Totodată, ... nu a depus certificatul fiscal local pentru punctul de lucru din

Contestatoarea consideră că nedepunerea tuturor documentelor relevante până la data-limită nu este permisă de jurisprudența CJUE și nici de OUG nr. 114/2011:

Referitor la faptul că aprecierea drept admisibilă a candidaturii ...-... nu se putea face decât prin acceptarea completării ofertelor prin răspunsuri la solicitări de clarificări, contestatoarea arată că aceasta contravine clar și categoric prevederilor legale din materia achizițiilor publice, dintre care menționează art. 101 alin. (3) din OUG nr. 114/2011 *„În oricare dintre situațiile prevăzute la alin. (1) sau (2), clarificările, detaliierile, nuanțările, informațiile suplimentare sau reconfirmările prezentate nu trebuie să conducă la modificări ale caracteristicilor de bază ale ofertei sau ale soluțiilor care au stat la baza lansării invitației de depunere a ofertelor finale, modificări care ar determina distorsionarea concurenței sau crearea unui avantaj suplimentar în raport cu ceilalți ofertanți”* și art. 176 alin. (2) *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”*

Contestatoarea menționează că există atât jurisprudența constantă a C.N.S.C. cât și a instanțelor de judecată și a CJUE care cenzurează completarea ofertelor prin răspunsuri la solicitări de clarificări. Astfel, jurisprudența C.N.S.C., a instanțelor naționale și a CJUE în ceea ce privește limitele solicitărilor de clarificări e unitară și consecventă în sensul în care nu se poate suplini, prin intermediul solicitărilor de clarificări, lipsa unui document pentru care obligativitatea de prezentare în termenul-limită de depunere a ofertei era prevăzută în documentația de atribuire sub sancțiunea excluderii.

✓ deciziile C.N.S.C. 295/CI/176,177 din 28.02.2019, 2247/C1/2392 din 11.10.2021, și 2273/C1/2334 din 13.10.2021 unde considerentele sunt unanime în a statua că este nelegală completarea ofertei, fiind cunoscută jurisprudență Consiliului în a aprecia că o completare a propunerii nu poate fi permisă, aceasta conducând la încălcarea principiului tratamentului egal și avantajarea evidentă a ofertantei care a omis o astfel de informație esențială din propunerea sa. Nu poate fi deci acceptată completarea adusă

prin răspunsul la clarificări atât timp cât reprezintă o întregire a ofertei cu informații esențiale care trebuiau să se regăsească în propunerea depusă inițial în cadrul ofertei. Admiterea și luarea în considerare a unei astfel de completări conduce la încălcarea prevederilor legale amintite și a principiilor transparenței și tratamentului egal, situație care a determinat avantajarea ofertantei.

✓ hotărârile CJUE din cauza C 336/12 Manova, C-496/99 P Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-131/16, Archus Gama, Cauza C-42/13 Cartiera dell'Adda, cauzele conexate C-523/16 și C-536/16, C-27/15, Pippo Pizzo „Astfel, autoritatea contractantă poate solicita ca datele care figurează într-un astfel de dosar să fie corectate sau completate punctual, în măsura în care o asemenea cerere privește elemente sau date, precum bilanțul publicat, a căror anterioritate în raport cu expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv. (...)”

Cu toate acestea, trebuie precizat că situația ar fi diferită dacă documentele contractului ar impune comunicarea înscrisului sau a informației care lipsește sub sancțiunea excluderii. Astfel, revine autorității contractante sarcina de a respecta cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec., p. 1-3801, punctul 115).

Având în vedere considerațiile de mai sus, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că principiul egalității de tratament trebuie interpretat în sensul că nu se opune ca o autoritate contractantă să solicite unui candidat, după expirarea termenului acordat pentru depunerea candidaturilor la un contract de achiziții publice, comunicarea unor documente care descriu situația acestui candidat, precum bilanțul publicat, a căror existență înainte de expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv, în măsura în care documentele contractului respectiv nu au impus în mod explicit comunicarea lor sub sancțiunea excluderii candidaturii. O astfel de solicitare nu trebuie să favorizeze sau să defavorizeze nejustificat candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată”.

✓ Cauza C-131/16, Archus și Gama "Principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. În schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere."

Contestatoarea susține că aceste documente trebuiau depuse până la data-limită de depunere a candidaturilor și nu pot fi completate prin instrumentul solicitărilor de clarificări. Candidaturile trebuiau respinse.

2. Candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea de exercitare a activității profesionale

Criteriul în Fișa de date a achiziției este formulat astfel:

„Cerința de calificare: Candidații vor face dovada că sunt înregistrați și că au în obiectul de activitate producerea/comercializarea muniții.

Note:

- Din doc. prezentate, trebuie să reiasă că op. econ. au în ob. de activ, producerea/comercializarea muniții.

Sanțiunea neîndeplinirii criteriului: Candidaturile operatorilor economici care nu sunt înregistrați și care nu au în obiectul de activitate producere/comercializare de produse de natura celor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire și/sau care nu sunt însoțite de documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinței vor fi respinse."

Totodată, contestatoarea subliniază că în formularea cerințelor se folosesc termenii de persoane juridice române sau străine, fiind evident că cerințele sunt impuse pentru toți operatorii economici participanți. Edificatoare în acest sens sunt și prevederile OUG nr. 114/2011 care, la art. 158, se referă la oricare operator economic care trebuie să prezinte documentele edificatoare.

Contestatoarea arată că ... nu a prezentat documentele impuse pentru terțul susținător tehnic ..., care să dovedească o formă de înregistrare ca persoană juridică sau de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, deci candidatura nu putea fi calificată și selectată.

În aceeași situație se află și candidatura ..., atât pentru operatorul economic ..., cât și pentru terțul susținător tehnic și financiar

Mai mult, contestatoarea susține că societatea ... nu are în obiectul de activitate producere/comercializare de muniții și nici nu are autorizație pentru efectuarea acestor operațiuni cu arme și muniții.

De asemenea, terțul susținător ... nu a prezentat documentele impuse, nu are în obiectul de activitate producere/comercializare de muniții și nici nu a depus documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinței, astfel că ar fi trebuit respinsă candidatura sa.

Contestatoarea afirmă că ... nu deține nici autorizație pentru efectuarea acestor operațiuni cu arme și muniții, sanțiunea fiind tot respingerea candidaturii.

În ceea ce privește candidatura ..., contestatoarea arată că nici aceasta nu a prezentat documentele impuse pentru subcontractantul ..., ci a depus doar certificatul constatator ONRC, din care nu rezultă obiectul de activitate de producere/comercializare de muniții și nici nu a depus documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinței, candidatura trebuind a fi respinsă. În plus, acesta nu deține nici autorizație pentru efectuarea acestor operațiuni cu arme și muniții, sanțiunea fiind tot respingerea candidaturii. Nu există document probant din care să rezulte dreptul subcontractantului de a efectua activitățile obiect al acordului de subcontractare, *„fapt care nu putea să scape comisiei de evaluare dacă aceasta manifesta o minimă diligență în analiza acestei candidaturi."*

Mai mult, contestatoarea afirmă că operatorul economic ... nu are în obiectul de activitate producere/comercializare de muniții, iar din documentele care ar fi trebuit să probeze îndeplinirea cerinței, mai ales din autorizația pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții, nu rezultă că are dreptul să se angajeze în aceste contracte.

Aceasta adaugă că *„este binecunoscută situația acestui tandem care a fost exclus în mai multe rânduri din proceduri recente de achiziție publică pentru aceste lipsuri evidente, cum ar fi din proceduri de muniții de la IGPR în anul 2021."*

Nu în ultimul rând, contestatoarea precizează că trebuie avute în vedere prevederile obligatorii ale caietului de sarcini, art. 1, 3.4, 3.5.2, 3.5.3.5:

„Orice activitate descrisă într-un anumit capitol din Caietul de sarcini și nespecificată explicit în alt document al achiziției, trebuie interpretată ca fiind menționată în toate documentele unde se consideră de către Ofertant că aceasta trebuia menționată pentru asigurarea îndeplinirii obiectului Contractului.

Pentru scopul prezentei secțiuni a Documentației de Atribuire, orice activitate descrisă într-un anumit capitol din Caietul de Sarcini și nespecificată explicit în alt capitol, trebuie interpretată ca fiind menționată în toate capitolele unde se consideră de către Ofertant că aceasta trebuia menționată pentru asigurarea îndeplinirii obiectului Contractului.

Operațiuni cu titlu accesoriu:

- asigurarea de mentenanță corectivă a produselor pe perioada de valabilitate a garanției, după caz.

Transportul și toate costurile asociate sunt în sarcina exclusivă a Contractantului. Produsele vor fi asigurate împotriva pierderii sau deteriorării intervenite pe parcursul transportului și cauzate de orice factor extern.

Pe toată durata contractului, în perioada de garanție, precum și pe timpul derulării duratei normale de utilizare, Contractantul va asigura suportul tehnic necesar.

Contractantul va asigura cel puțin un punct de contact disponibil în România, la care personalul Autorității contractante sa poată semnală orice problemă/defecțiune sau solicita suport tehnic Contractantului în gestionarea unui incident, pentru a se asigura că orice situație semnalată este tratată cu promptitudine.”

Față de aceste prevederi obligatorii, contestatoarea susține că acestea nu sunt îndeplinite de candidaturile ... și ..., deoarece aceștia nu au dreptul legal de a efectua operațiunile și activitățile menționate în caietul de sarcini. Documentele trebuiau depuse până la data-limită de depunere a candidaturilor și nu pot fi completate prin instrumentul solicitărilor de clarificări, astfel că aceste candidaturi trebuiau respinse.

3. Candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea economică și financiară

Contestatoarea afirmă că societatea ... nu a depus declarația privind cifra de afaceri și nici bilanțurile contabile, iar Fișa de date a achiziției nu impune nicio excepție sau derogare pentru depunerea lor. Documentele trebuiau depuse până la data-limită de depunere a candidaturilor și nu pot fi completate prin instrumentul solicitărilor de clarificări, iar candidatura trebuia respinsă.

4. Candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea tehnică și/sau profesională

Contestatoarea susține că societatea ... nu îndeplinește cerința privind experiența similară, documentele depuse în probă nu respectă cerința impusă privind produsele similare și modalitatea de demonstrare a livrărilor efective, respectiv a finalizării contractelor. Nu sunt respectate, în principal, cerințele impuse privind codul CPV, natura contractelor și conținutul și forma de prezentare a documentelor de confirmare a livrărilor.

În aceeași situație se găsește și candidatura

Contestatoarea precizează că o situație specială se regăsește în candidatura ..., în care există numeroase discrepanțe privind contractele invocate în dovedirea experienței similare.

Aceasta menționează faptul că *„valorile contractelor sunt afectate de prezentarea de informații false, deoarece toate contractele invocate au fost realizate cu subcontractant, iar valorile realizate de subcontractant nu au fost extrase din valorile contractelor, fiind în mod fals indicate ca fiind îndeplinite 100% de către”*

Mai mult, contestatoarea susține că documentele de confirmare a livrărilor nu confirmă livrarea efectivă, iar documentele nu sunt emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clienții beneficiari, iar din conținutul acestora nu reiese că furnizorul și-a îndeplinit obligațiile contractuale. Aceste documente trebuiau depuse până la data-limită de depunere a candidaturilor și nu pot fi completate prin instrumentul solicitărilor de clarificări, iar candidaturile trebuiau respinse.

5. Angajamentele terților susținători nu sunt legal întocmite

Contestatoarea consideră că cerința *Angajamentul ferm prezentat de ofertantul câștigător face parte integrantă din contractul de furnizare* indică faptul că rolul terțului susținător nu este doar unul decorativ, de a suplini formal o lipsă de resurse proprii ale operatorului economic. Terțul este parte integrantă din contract, motiv pentru care acesta trebuie să îndeplinească toate cerințele impuse pentru calificare și pentru operatorul economic pe care îl susține. Din angajamentele depuse nu reiese implicarea efectivă a terțului în executarea contractului dacă sunt întâmpinate dificultăți de către contractant.

De asemenea, contestatoarea afirmă că nici ... și nici ... nu pot să realizeze în mod legal - și nici nu au demonstrat că ar putea - obiectul contractului, conform celor menționate anterior.

6. Certificatele ISO

Operatorii economici ..., ..., ..., ... ȘI ... nu îndeplinesc cerința impusă *să aibă implementat un sistem de management al calității, pentru domeniul de activitate producere/comercializare muniție, pentru activitatea proprie de producere/comercializare de muniție.*

7. Legislația aplicabilă H.G. nr. 395/2016 este nelegală

Contestatoarea apreciază că pentru etapa a II-a a licitației restrânse este nelegală menținerea H.G. nr. 395/2016 ca legislație aplicabilă, având în vedere faptul că există excluderi reciproce de aplicabilitate între cele două acte normative de bază, OUG nr. 114/2011 și Legea nr. 98/2016. H.G. 395/2016 este actul secundar, dat în aplicarea Legii nr. 98/2016 ca act principal și se emite exclusiv în baza și în limitele actului principal. În plus, H.G. nr. 395/2016 se aplică exclusiv procedurilor în care se solicită prezentarea DUAЕ și impune o derulare a procedurii care este în contradicție cu cea stabilită prin OUG nr. 114/2011.

În concluzie, contestatoarea consideră că evaluare candidaturilor nelegal selectate a fost realizată superficial și favorizant, cu desconsiderarea prevederilor Fișei de date a achiziției și ale caietului de sarcini, fără a se

reține în concret motivele pentru care, față de lipsurile evidente ale fiecărei candidaturi, ... a apreciat că acestea îndeplinesc cerințele impuse.

Pentru toate aceste motive, ... solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată și reevaluarea candidaturilor ..., ..., ..., indicând clar și precis că limitele reevaluării trebuie să aibă în vedere doar documentele candidaturii deja prezentate și existente la data emiterii procesului-verbal intermediar, nefiind permisă completarea lor cu documente ce trebuiau a fi prezentate până la data limită de depunere a candidaturilor.

În drept, aceasta invocă documentația de atribuire, OUG nr. 114/2011 și Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 226176/17.06.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 30641/20.06.2022, autoritatea contractantă, urmare a contestației formulată de către ..., formulează *punct de vedere*.

Ca și chestiuni prealabile, achizitoarea înțelege să invoce excepția tardivității formulării contestației.

Aceasta invocă prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

„(3) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale și legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii; b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

Autoritatea contractantă aduce la cunoștința Consiliului că a publicat anunțul .../13.04.2022, după cum rezultă din înscrisurile anexate prezentului punct de vedere, în care a precizat legislația aplicabilă procedurii (III.1.9).

Aceasta susține că termenul de contestare a anunțului publicat a fost depășit și asumat prin depunerea candidaturii.

În aceste condiții, ... solicită C.N.S.C. să nu trebuie să intre pe fondul cauzei referitor la punctul din contestația depusă legată de legislația aplicabilă H.G. nr. 395/2016, deoarece contestația depusă este tardivă.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă învederează următoarele:

Referitor la critica conform căreia candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind situația personală, achizitoarea precizează că toate candidaturile îndeplinesc criteriul de calificare, după cum rezultă din înscrisurile aflate la dosarul cauzei.

Referitor la critica conform căreia candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, autoritatea contractantă menționează că toate

candidaturile îndeplinesc capacitatea de exercitare, după cum rezultă din înscrisurile aflate la dosarul cauzei.

Referitor la critica conform căreia candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea economică și financiară, achizitoarea susține că toate candidaturile îndeplinesc capacitatea economică și financiară, după cum rezultă din înscrisurile aflate la dosarul cauzei.

Referitor la toate celelalte puncte susținute, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că acestea sunt contrazise de înscrisurile aflate la dosarul achiziției.

Pe cale de consecință, ... apreciază că se poate ușor observa că motivarea contestatorului este neîntemeiată, drept pentru care, solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa cu nr. 13587/07.07.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 33905/07.07.2022, contestatoarea ... depune concluzii scrise, evocând în completarea contestației, ca jurisprudență, Decizia CNSC nr. 684/C7/617 din 18.05.2015, urmată de soluții similare și în deciziile 671/C2/791, 684/C7/617, 1404/C8/1468, 1739/C6/1873 și 1447/C9/1653, Decizia nr. 1447/C9/1653 din 18.08.2016, Decizia nr. 1404/C8/1468 din 26.08.2015, Decizia nr. 3055/C8/3338 din 06.12.20218.

Referitor punctului de vedere ap autorității contractante, contestatoarea solicită să se constate că acesta nu combate criticile ... în niciun fel, rezumându-se doar la a afirma că toate candidaturile îndeplinesc cerințele impuse, după cum rezultă din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, ori din analiza documentelor aflate la dosarul format la CNSC demonstrează contrariul.

Din documentele aflate la dosar rezultă faptul că evaluarea ofertelor depuse de s-a făcut într-un mod superficial, favorizant și contravenind prevederilor documentației de atribuire, reafirmă contestatoarea, precizând că din analiza proceselor verbale întocmite de către autoritatea contractantă rezultă o serie de nelegalități și o intervenție favorizantă a acesteia.

Contestatoarea solicită respingerea excepției tardivității invocată de autoritatea contractantă, motivând strict prin prevederile art. 3, 58, 63, 65 și 66 din OUG nr. 114/2011, precizând că, prin coroborare cu prevederile FDA, trebuie reținut că doar depunerea ofertei îi angajează pe operatorii economici într-un raport juridic cu autoritatea contractantă.

Contestatoarea adaugă că în etapa de ofertare prevalează prevederile Caietului de sarcini și ale specificației tehnice. Împrejurarea că autoritatea contractantă a comunicat documentația de atribuire aferentă etapei a 2-a a licitației restrânse încă de la momentul publicării anunțului de participare nu are efectul juridic al generării interesului de a o contesta atât timp cât candidatul care se consideră vătămat nu are calitatea de candidat selectat.

Interesul de a contesta documentația de atribuire aferentă etapei a 2-a a licitației restrânse se naște doar după emiterea actului prin care se comunică invitația de participare la ofertare, la acea dată candidatul aflând și că este selectat, precizează petenta.

Modul de stabilire a ofertelor admisibile și a celei câștigătoare este diferit în OUG 114/2011 față de cel din Legea 98/2016.

Contestatoarea reiterează considerentele pentru care candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind situația personală, precizând cu privire la candidatura ... că acesta și-a schimbat sediul social din Constanta în București, însă din certificatul constatator ORNC (pag. 16 din dosar), rezultă că la acest sediu nu desfășoară activitățile prevăzute, cu privire la candidatura ... - acesta nu a depus certificate fiscal pentru punctul de lucru din ..., fiind depusă o adresă emisă de Direcția generală de impozite și taxe locale a sectorului 1 în care se precizează că nu figurează în evidențele fiscale ale direcției ca având bunuri impozabile, reieșind faptul că ... a eludat obligația de a declara la acest organ fiscal aceste obligații fiscale și de a se înregistra, situație de excludere a candidaturii, iar cu privire la candidatura ... - nu este demonstrată capacitatea efectivă a terțului de a se implica în contract din moment ce aceștia nu sunt autorizați să efectueze aceste operațiuni pe teritoriul României.

Totodată, contestatoarea reiterează considerentele pentru care candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, precizând că:

- din procesul verbal nr. 225729 din 19.05.2022 reiese că, de fapt, pentru stabilirea obiectului de activitate nu a fost analizat certificatul ONRC, depus de fiecare candidat, având în vedere că nu cuprinde explicitări privind operațiunile definite de Legea nr. 295/2004, achizitoarea utilizând un raționament invers, adică s-a uitat în autorizațiile pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții și apoi a făcut o extrapolare pentru obiectul de activitate din certificatul ONRC.

Pentru ..., ..., ... s-a apreciat că obiectul de activitate e corespunzător codurilor CAEN 4690, 4614 și 4669 , coduri care nu corespund cerinței impuse "*Candidații vor face dovada că sunt înregistrați și că au în obiectul de activitate producerea/comercializarea muniții.*"

Mai mult la ..., autoritatea contractantă a menționat și codul 4669, deși nu îl are nici în ONRC și nici în autorizație, precizează contestatoarea.

- Referitor la depozitare - cod CAEN 5210 – petenta precizează faptul că depozitarea este o operațiune intrinsec legată de obiectul de activitate producere/comercializare munții având în vedere prevederile Legii nr. 295/2004 conform căroră armurierul autorizat pentru producere/comercializare este obligat să dețină spații de depozitare. Acest aspect afectează în primul rând candidaturile ...-... și ...-..., iar în cazul ...-... demonstrează absența totală a dreptului de comercializare.

- În ceea ce privește candidatura ..., aceasta nu a prezentat documentele impuse pentru subcontractantul ..., fiind invocată decizia CNSC nr. 1171/C6/871 din 07.06.2021, menținută de CAB prin decizia nr. 1567/2021 din 30.07.2021. Sub aspectul subcontractării, nu este clar de unde rezultă că ... efectuează în mod legal activitățile precizate în acordul

de subcontractare: asigurare efective de jandarmi, asigurare armurier, informare autorități, însoțire transport.

Față de situația că activitățile nu pot fi subcontractate, rezultă că ... nu le poate efectua legal, iar motivul pentru care nu le poate efectua legal este acela al lipsei activității de vânzare-cumpărare din obiectul său de activitate, fapt demonstrat de chiar activitățile cu arme și muniții înscrise în certificatul său ONRC.

Contestatoarea relevă ca important și faptul că ... a reținut în mod complet eronat că activitățile cu cod CAEN 4614 - intermediere în comerțul cu arme și muniții și cod CAEN 4690 - import/export cu arme și muniții sunt echivalente cu vânzarea-cumpărarea.

Aceste activități sunt profund diferite juridic, din moment ce vânzarea-cumpărarea implică existența dreptului de proprietate asupra bunurilor obiect al activității, în timp ce intermedierea nu permite intrarea în proprietatea intermediarului a bunurilor și nici dreptul acestuia de a le vinde, susține contestatoarea.

Contractul de furnizare obiect al procedurii este un contract de vânzare- cumpărare, care implică schimbarea de proprietate între părți la nivel juridic, nu este un contract de prestări servicii de intermediere a transferului fizic al posesiei bunurilor.

Intermedierea implică, în acest caz concret, ca achizitoarea (cumpărător) să fie în relație directă cu proprietarul bunurilor (vânzător), să efectueze plata bunurilor direct către acesta, dar să nu dorească să se ocupe tot el și de preluarea bunurilor de la vânzător. Atunci, procedura de atribuire se finalizează cu încheierea unui contract de prestări servicii de intermediere, obiectul acestuia fiind transferul fizic al bunurilor de la locul de păstrare de către vânzător către cel de păstrare al cumpărătorului, ulterior trecerii bunurilor din proprietatea vânzătorului în cea a cumpărătorului.

Or, legea relevantă obiectului contractului de operațiuni cu arme și muniții împiedică în mod explicit ca intermediarul să intre în proprietatea bunurilor, iar singura formă juridică de contract în care are dreptul să se angajeze intermediarul este cea de contract prestări servicii, nu de vânzare-cumpărare, precizează contestatoarea.

Cât despre operațiunea de import-export luată în considerare de achizitoare ca fiind relevantă pentru demonstrarea obiectului de activitate , contestatoarea precizează că nici aceasta nu poate fi asimilată activității de vânzare-cumpărare, prin intermediul acestui cod CAEN, ... este să importe cantitatea de muniție pe care autoritatea le-a cumpărat singură din afara teritoriului țării, dar nu are dreptul de a efectua în nume propriu nicio altă operațiune și cu atât mai puțin pe cea de vânzare.

Esențial este și faptul că nu există posibilitatea legală a acestora de a realiza activitățile de transport, depozitare, punere la dispoziție a muniției pentru recepție, testarea prin probe statice și dinamice, după cum se impune prin Caietul de sarcini, acestea trebuind a fi realizate de către Contractant/Furnizor și neputând fi transferat în sarcina vreunui terț, susține contestatoarea.

Este nelegală simularea forțată a activităților de intermediere și import - export cu cea de vânzare-cumpărare, după cum este înscris în procesul-verbal de evaluare.

Trebuie observat și faptul că obiectul de activitate al ... conține activități cu arme și muniții care nu se regăsesc în legislația incidentă, ele fiind rezultatul unor declarații false făcute de acesta, fiind introdus în mod fraudulos activitățile cu arme și muniții la punctul de lucru din Mogoșoaia, afirmă contestatoarea.

Referitor la Autorizația B601004 a lui ... aceasta nu conține operațiunea de transport, fapt sancționat, de altfel, și de Poliția Română cu excluderea candidaturii ...-..., iar transportul este o activitate/operațiune strict legată de obiectul contractului.

Contestatoarea demonstrează cele menționate, prin faptul că tandemul ...-... a fost exclus în mod repetat din procedurile de achiziții de muniții derulate de IGPR, conform comunicărilor IGPR anexate.

În certificatul ONRC nu există vânzare-cumpărare pentru codul CAEN 4669, iar în autorizație nu există operațiunea de *comerț cu ridicata de arme și muniții militare*, această operațiune fiind inexistentă în lege, deci înscrisă în mod nelegal în certificatul ONRC al

Petenta reiterează incidența art. 157 din HG nr. 11/2018, demonstrând faptul că ... nu este autorizat pentru transport, ci doar ca intermediar, fără a putea vinde în nume propriu produsele obiect al contractului, deci nu se poate angaja legal în contractul de furnizare.

- Candidatura ... nu a prezentat documentele impuse pentru terțul susținător tehnic ..., care să dovedească o formă de înregistrare ca persoană juridică sau de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, deci candidatura nu putea fi calificată și selectată;

- Candidatura ... nu a prezentat documentele impuse pentru terțul susținător tehnic ..., care să dovedească o formă de înregistrare ca persoană juridică sau de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional.

Petenta reiterează aspectul potrivit căruia candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea economică și financiară, menținând criticile potrivit cărora la dosarul procedurii nu există declarația privind cifra de afaceri și nici bilanțurile contabile ale candidatului ..., ci doar ale terțului susținător.

De asemenea, candidaturile nelegal selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea tehnică și/sau profesională, contestatoarea reiterând asupra nelegalității completării candidaturilor prin solicitările de clarificări adresate ... și

Astfel, documentele depuse în probă nu sunt documente recunoscute ca fiind documente probante pentru livrare, în special facturile și avizele de expediție, deoarece acestea nu demonstrează livrarea efectivă, respectiv finalizarea contractului. Livrarea efectivă însemna acceptarea de către clientul beneficiar - ... - prin document de acceptanță/ recepție a produselor

Din facturile și avizele depuse nu reies sumele invocate în experiența similară - în formular nr. 6 -, iar în avizele de expediție toate valorile sunt

trecute cu 0 și nu au fost verificate, iar din Certificatele de Livrare emise de ... nu rezultă valorile și nu există concordanță cu cantitățile din documentele emise de

Acest număr semnificativ de vicii nu mai permite nici măcar clarificarea lor, deoarece ar însemna să își înlocuiască toată experiență similară prezentată.

Contestatoarea arată că aceeași situație se regăsește și în ceea ce privește candidatura ... (cu terț susținător ...), de exemplu documentul emis de ... nu stabilește faptul că această cantitate de 1476 de lovituri cal. 40 mm aparține lui ..., că reprezintă un contract al lui ..., din moment ce nu are adresant și nu se poate stabili corespondența cu valoare a invocată, aceasta nefiind menționată.

Din documentul factura nr. 10 rezultă că vânzătorul este ... din Israel și nu ..., lipsind documentul emis de clientul beneficiar către vânzător. La fel, simpla factură nu reprezintă document probant pentru demonstrarea livrării efective, document de acceptanță/ recepție a produselor, respectiv finalizarea contractului.

În ceea ce privește documentul emis de Ministerul Securității și Protecției din Coasta de Fildeș acesta nu confirmă valoarea invocată de ... și nu se poate corela cu factura nr. 8 (fila 130) din moment ce aceasta este emisă în condiția de livrare EX-Works Skopje, deci nu la depozitul clientului beneficiar, deci nu demonstrează livrarea efectivă, ci doar fabricarea produselor și nepreluarea lor de la poarta fabricii.

În privința discrepanțelor privind contractele invocate în dovedirea experienței similare a candidaturii ..., contestatoarea menționează că:

- valorile contractelor sunt afectate de prezentarea de informații false, deoarece toate contractele invocate au fost realizate cu subcontractant, iar valorile realizate de subcontractant nu au fost extrase din valorile contractelor, fiind în mod fals indicate ca fiind îndeplinite 100% de către ...;

- documentele de confirmare a livrărilor nu confirmă livrarea efectivă, iar documentele nu sunt emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clienții beneficiari, iar din conținutul acestora nu reiese că furnizorul și-a îndeplinit obligațiile contractuale;

- Documentele depuse de ... nu sunt emise de autoritatea contractantă sau de către clientul beneficiar și nu se pot identifica semnăturile ca aparținând acestora. Mai mult, în procesul verbal nr. 506 din 06.08.2021 nu se află înscris niciun nume al reprezentantului beneficiarului, deci acest document nu putea fi avut în vedere.

- Procesele verbale emise de ... nu atestă furnizarea, ci doar predarea- primirea produselor. Nu există niciun document de natura procesului verbal de recepție din care să rezulte că au fost efectiv realizate verificările reale prevăzute în planul de recepție, mai ales cele care vizează conformitatea cu cerințele specificațiilor tehnice, pentru muniție acestea efectuându-se prin trageri.

În probațiune, contestatoarea invocă Procesul Verbal de recepție calitativă nr. N219417 din 17.08.2021, doar acesta având caracteristicile

unui document care atestă și recepția calitativă, dar acesta nu atestă furnizarea întregii cantități a contractului.

- Procesul Verbal de recepție calitativă nr. N327243 din 24.12.2021 nu are pagina a doua cu semnăturile comisiei de recepție și nici acesta nu atestă furnizarea întregii cantități a contractului;

- documentele constatatoare emise de UM 0461 București nu atestă valorile contractelor și nici cantitățile pretins furnizate, deci nu se poate face o corelație clară între tipurile de documente prezentate de ...;

- documentul constatator emis de ... conține date nereale și nu poate fi avut în vedere. Din Graficul de livrare și plăți - Anexa nr. 1 la contractul 1/NI089 din 27.03.2020 rezultă că termenul maxim de livrare este 13.07.2020, însă din documentul constatator și din procesul verbal de emis de ... reiese că data efectivă a predării-primirii, iar nu a furnizării este 26.08.2020, deci a fost înregistrată o întârziere semnificativă în livrare, de cca. 42 % din perioada de livrare (1,5 luni întârziere față de 3,5 luni termen impus prin documentație/contract).

Or, documentul constatator atestă în mod nereal faptul că nu au fost înregistrate zile de întârziere la livrarea produselor.

În acest sens, este incident și motivul de excludere privind furnizarea de informații false în vederea calificării candidaturii sale, din moment ce în Formularul nr. 6 depus declară fals că procentul îndeplinit de el nu este de 100% și nu a menționat implicarea subcontractantului în contracte.

Nu există legătură între procesele verbale cu data de 06.08.2021, unul cu nr. 506 și altul cu nr. 503, deoarece acestea se referă la contracte diferite, având beneficiari diferiți. Cel cu nr. 506 nu este emis de clientul beneficiar, nu are menționat niciun nume al pretinsului reprezentant al beneficiarului, deci nu se poate identifica semnătura ca aparținând beneficiarului.

De asemenea, actul cu nr. 503 nu este emis de clientul beneficiar și nu este semnat de reprezentantul clientului beneficiar, din moment ce acesta nu este nominalizat. De altfel, acest act nu conține date de identificare nici măcar ale pretinsului reprezentant în scopul primirii.

Contestatoarea susține că orice document care prezintă discrepanțe cantitative sau valorice, precum și vicii de formă nu poate fi avut în vedere și trebuie înlăturat din calculul experienței similare din moment ce nici autoritatea contractantă și nici CNSC nu cunosc situația reală și nu pot să își asume legal sarcina de a îndrepta aceste lipsuri

Toate actele emise de ..., cum sunt cel cu nr. 503 și nr. 506, sunt denumite în mod intenționat și cu scopul inducerii în eroare ca fiind Proces verbal de recepție cantitativă și calitativă, din moment ce el nu atestă decât predarea- primirea produselor, nu recepționarea lor

Aceste acte nu probează furnizarea produselor, conform cerinței impuse prin FDA, afirmă contestatoarea, situație demonstrată chiar de Procesul Verbal de recepție calitativă nr. N219417 din 17.08.2021. Dacă furnizarea produselor era finalizată prin actul cu nr. 503 din 06.08.2021 și acesta era, cu adevărat, un document de recepție calitativă și cantitativă, atunci nu mai avea rost recepția calitativă 11 zile mai târziu.

Detaliind criticile din contestație referitoare la faptul că ... a prezentat informații false despre situația și capacitățile sale, ... afirmă că ... și-a asumat calitatea falsă de contractant unic, în timp ce toate contractele sale au fost îndeplinite cu subcontractare.

În acest sens, contestatoarea depune în Anexa 3 documente - acorduri de subcontractare și declarații privind subcontractarea – rezultând că valoarea realizată de către subcontractant este semnificativă, depășind de cele mai multe ori 10%, cum ar fi 16% și 19%.

Cu privire la angajamentele terților susținători, contestatoarea susține că nu sunt legal întocmite, întrucât din niciunul dintre angajamentele depuse de candidații ... și ... nu reiese implicarea efectivă a terțului în executarea contractului dacă sunt întâmpinate dificultăți de către contractant.

Nu în ultimul rând, niciunul dintre cei doi terți susținători nu pot realiza în mod legal și nici nu au demonstrat că ar putea realiza obiectul contractului, lipsind obiectul de activitate și autorizația necesară.

Legat de certificatele ISO, contestatoarea își menține critica cu privire la faptul că operatorii economici ...- ..., ...-... și ...-... nu îndeplinesc cerința impusă *să aibă implementat un sistem de management al calității, pentru domeniul de activitate producere/comercializare muniție, pentru activitatea proprie de producere/comercializare de muniție*, în procesul verbal de evaluare neexistând nicio mențiune privind existența domeniului de activitate producere/comercializare muniție.

Certificatul ISO depus de ... nu îndeplinește cerința având în vedere că din informațiile ce reies din certificatul depus acestea are implementat și menține sistemul de management al calității pentru comerț cu amănuntul de arme și muniții, fiind evident că domeniul de activitate nu se circumscrie.

Certificatul ISO depus de ... nu îndeplinește cerința având în vedere că din informațiile ce reies din certificatul depus acesta are implementat și menține sistemul de management al calității pentru comerț cu produse militare.

Subcontractantul ... nu a depus certificat ISO.

Astfel, documentele trebuiau a fi depuse până la data-limită de depunere a candidaturilor și nu pot fi completate prin instrumentul solicitărilor de clarificări, iar din procesele de evaluare nu reiese cum a ajuns autoritatea contractantă la concluzia că aceste candidaturi îndeplinesc cerințele impuse, astfel că aceste candidaturi trebuiau a fi respinse, opinează contestatoarea.

Evaluarea candidaturilor nelegal selectate a fost realizată superficial și favorizant, cu desconsiderarea prevederilor Fișei de date a achiziției și ale Caietului de sarcini, fără a se reține în concret motivele pentru care, față de lipsurile evidente ale fiecărei candidaturi, achizitoarea a apreciat că acestea îndeplinesc cerințele impuse, concluzionează contestatoarea, solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată.

II. Prin adresa nr. 1119/20.06.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../22.06.2022, ..., în temeiul prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr.

101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 64 și art. 66 din Codul de procedura civilă, formulează, în termen legal, *cerere de intervenție voluntară* prin care solicită introducerea sa în calitate de intervenient accesoriu în dosarul nr. ..., aflat pe rolul Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, precum și:

1. admiterea prezentei cereri de intervenție,
2. respingerea contestației formulată de ..., în partea care privește criticile aduse candidaturii sale, ca nefondata, iar, pe cale de consecință,
3. menținerea ca fiind temeinice și legale actele autorității contractante,

pentru următoarele motive

Intervenienta menționează câteva aspecte prealabile.

Prin publicarea anunțului de participare nr. ... din 13.04.2022, autoritatea contractantă ... (denumită în continuare „autoritatea contractantă” sau „...”) a organizat procedura de tip licitație restrânsă pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare

Ulterior depunerii candidaturilor și finalizând evaluarea acestora, prin adresa nr. 286026 din 07.06.2022, comisia de evaluare a informat intervenienta că a fost selectată candidatura sa pentru a participa la etapa a doua a procedurii, din cuprinsul aceleiași adrese rezultând ca au mai fost declarate admisibile candidaturile depuse de societatea contestatoare, ... și ...

La data de 17.06.2022, a luat cunoștință despre publicarea în SEAP a contestației formulate de către ... (în continuare „...”//, societatea contestatoare”) împotriva rezultatului etapei de evaluare a candidaturilor și de invitare a candidaturilor depuse de ceilalți participanți la procedura, inclusiv a celei depuse de ..., în etapa de depunere a ofertelor.

Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție, societatea ... învederează că, potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016:

„Pana la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesati sa participe la procedura de atribuire, respectiv, du pa caz, operatorii economici participant la procedura de atribuire pot formula cerere de interventie voluntara în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedura civila; republicata, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației”

iar conform art. 61 alin. (1) din C.proc.civ.

„Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judeca între părțile origine”

Prin urmare, intervenienta, în calitate de operator economic candidat în cadrul procedurii de atribuire, consideră că justifică un interes deplin pentru ca actele autorității contractante să fie menținute. În condițiile în care interesul său în cadrul procedurii de atribuire este constituit de folosul practic al adjudecării acordului-cadru de achiziție publică, folos care este realizabil prin menținerea ca temeinice și legale a actelor autorității contractante, este evident că, în cadrul dosarului dedus soluționării de către Consiliu, poate justifica un interes real pentru a formula cerere de intervenție.

Cu atât mai mult, aceasta subliniază că principiul liberului acces la justiție, statuat atât în prevederile art. 24 din Constituție, cât și în reglementarea CEDO (art. 6 alin. 1), instituie cadrul legal prin care aceasta poate să își protejeze interesele și să prevină o eventuală vătămare în drepturi ce s-ar produce prin admiterea contestației.

Având în vedere toate aceste considerente, intervenienta solicită admiterea, în principiu, a cererii sale și introducerea sa, în calitate de intervenient, în dosarul C.N.S.C. nr. .../C7-2022, având ca obiect contestația formulată de

Motivele pentru care solicită respingerea contestației ca inadmisibilă sunt detaliate în cele ce urmează.

Contestatoarea precizează că, așa cum rezultă din cuprinsul contestației, ... solicită prin demersul său anularea rezultatului etapei privind depunerea candidaturilor, a actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a invitației privind depunerea ofertei în cadrul procedurii de atribuire de referință, apreciind nefondat că societatea intervenientă nu ar îndeplini cerințele minime de calificare stabilite de autoritatea contractantă.

Intervenienta apreciază că, în raport de conținutul contestației care, în esență, reprezintă opinii personale ale ..., nesusținute în drept și în fapt, fără corespondent concret în documentația de atribuire publicată în SEAP, preliminar trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, odată publicată în SEAP și ulterior deschiderii ofertelor, toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 32 alin. (1) și (2) din OUG nr. 114/2011, în conformitate cu care:

„Ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă”.

În considerarea celor mai sus menționate și având în vedere caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, intervenienta consideră că atât pentru participanții la procedură, dar și pentru autoritatea contractantă, comisia de evaluare avea obligația de a analiza ofertele exclusiv în raport de cerințele stabilite, fără posibilitatea reinterpretării documentației.

De altfel, în acest sens este inclusiv jurisprudența Consiliului, prin Decizia nr. 787/C1/462, 468, 471 din 14.05.2020 fiind reținute următoarele:

„În soluționare, Consiliul va reține faptul ca atât cerințele din fisa de date și caietul de sarcini referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice și cu privire la serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire sunt obligatorii și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, ofertanții nu au formulat obiecții cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-au însușit atât:

- obligația de a include în propunerea tehnică toate documentele și informațiile solicitate (...), cât și

- riscurile ce decurg din neincluderea acestor informații în propunerea tehnică, parte a ofertei depusa în SICAP.”

De asemenea, în cuprinsul Deciziei nr. 732/C1/554 din 06.05.2020 (definitiva prin Decizia civilă nr. 885/24.06.2020 pronunțată de Curtea de Apel București), C.N.S.C. a consemnat următoarele aspecte:

„Cerințele exprese din caietul de sarcini cu privire la specificațiile tehnice ale lămpilor și modul de elaborare a propunerii tehnice nu au fost contestate de participanta la procedura, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificata anterior datei limita de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv fișa de date și caietul de sarcini) devine obligatorie atât pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai, cât și pentru autoritate în procesul de evaluare a ofertelor [...].”

Mai mult, prin Decizia nr. 1705/C8/1511 din 06.06.2014, C.N.S.C. a reținut:

„De asemenea, Consiliul reține ca analiza ofertei se realizează exclusiv la conținutul documentației de atribuire; fără posibilitatea de a reinterpreta prevederi ale acesteia și analizarea ofertei în consecință”,

fiind astfel evident că autoritatea contractantă nu putea respinge o candidatură care a respectat cerințele documentației, astfel cum a fost publicată în SEAP cu respectarea principiului transparenței, prin reinterpretarea acesteia.

Intervenienta susține că îndeplinește criteriul de calificare și selecție privind situația personală.

Sub acest aspect, ... arată prin contestație că în cadrul candidaturii intervenienta nu a prezentat documente din care să rezulte situația personală a subcontractantului ... S.R.L., dar nici Formularul nr. 5 și Formularul nr. 1.

De asemenea, ... mai arată prin contestație că ... S.R.L. nu a prezentat certificatul fiscal local pentru punctul de lucru din str. Plevnei.

Intervenienta apreciază că cele invocate de autoarea contestației sunt nefondate, iar pentru aceasta învederează că, potrivit pct. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din Fișa de date a achiziției:

„Candidații vor face dovada ca nu se încadrează în niciuna din situațiile stipulate la art. 155, art. 156 și art. 150 din O.U.G. nr. 114/2011.

(...)

4. Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 150 din O.U.G nr. 114/2011, care va fi prezentată și de subcontractanți, dacă este cazul, iar în cazul unei asocieri de către toți membrii asocierii”

Intervenienta afirmă că, în raport de cerințele obligatorii ale documentației de atribuire, a prezentat toate documentele solicitate de autoritate, iar pentru ... S.R.L. a fost prezentată inclusiv declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 150 din O.U.G nr. 114/2011.

Contrar celor susținute de ... prin contestație, intervenienta afirmă că, în ceea ce privește subcontractantul ... S.R.L. nu avea nicio altă obligație, în condițiile în care în documentația de atribuire se face referire la obligația candidatului, acesta din urmă fiind definit la art. 3 pct. 5 din OUG nr. 114/2011 ca fiind:

„oricare operator economic care a depus candidatura în cazul unei proceduri de licitație restrânsă, negociere sau dialog competitiv”.

Or, aceasta susține că, în prezenta procedură, candidatura a fost depusă de ..., doar în sarcina acestuia existând obligația de a prezenta și alte declarații prevăzute de autoritatea contractantă. De altfel, luând în

considerare inclusiv textul prevederilor art. 155 și ale art. 156 din OUG nr. 114/2011, chiar legiuitorul face referire la situația candidatului, iar nu a subcontractantului, care ar putea fi exclus dintr-o procedură în cazul în care se află în situațiile reglementate de dispozițiile legale mai sus menționate. În măsura în care legiuitorul ar fi dorit ca prevederile art. 155 și ale art. 156 din OUG nr. 114/2011 să se aplice inclusiv subcontractanților, atunci avea obligația de a reglementa acest aspect în același fel cum a prevăzut la art. 150 din același act normativ.

Intervenienta consideră nefondate afirmațiile referitoare la obligația depunerii Formularului nr. 5 și a Formularului nr. 1 pentru subcontractantul ... S.R.L., în condițiile în care, așa cum rezultă din cuprinsul acestor formulare, doar ... avea obligația de a le prezenta.

Referitor la certificatul fiscal local pentru punctul de lucru din str. Plevei, intervenienta arată că, la soluționarea contestației trebuie avute în vedere dispozițiile art. 159 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, în conformitate cu care:

„(1) Certificatul de atestare fiscală se emite de organul fiscal local, la solicitarea contribuabilului/plătitorului. Certificatul se emite și la solicitarea autorităților publice în cazurile și în condițiile prevăzute de reglementările legale în vigoare, precum și la solicitarea notarului public, conform delegării date de către contribuabil. (2) Certificatul de atestare fiscală se eliberează pe baza datelor cuprinse în evidența creanțelor fiscale a organului fiscal local și cuprinde obligațiile fiscale restante și, după caz, obligațiile fiscale scadente până în prima zi a lunii următoare depunerii cererii, precum și alte creanțe bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii și existente în evidența organului fiscal local în vederea recuperării.”

Intervenienta afirmă că, așa cum rezultă din înscrisurile de la dosarul cauzei, pentru punctul de lucru din București nu este înregistrată cu bunuri impozabile, aspect pentru care instituțiile competente nu eliberează certificat de atestare fiscală, în susținere, în cuprinsul candidaturii a depus adresa nr. 335503 din 26.04.2022 eliberată de DGITL a sectorului 1 București din cuprinsul căreia rezulta că:

„Punctul de lucru situat în ..., nr. 20, etaj 5, Ap. 21, Sector 1, București nu figurează în evidentele fiscale ale Direcției Generale de Impozite și Taxe Locale a Sectorului 1 ca având bunuri impozabile.

Având în vedere cele de mai sus, nu va putem elibera certificat de atestare fiscală”.

Intervenienta susține că îndeplinește criteriul de calificare și selecție privind capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Fără a relua aspectele de mai sus privitoare la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, aceasta menționează că la soluționarea contestației, relevantă este următoarea cerință din Fisa de date a achiziției, stabilită cu respectarea principiului transparenței:

„I. Candidații vor face dovada ca sunt înregistrați și ca au în obiectul de activitate producerea/comercializarea muniții..

Documente solicitate:

a) pentru persoane juridice romane:

a.1) certificat constatator; emis de Oficiul Registrului Comerțului, din care sa rezulte informații care sunt reale/actuale la data limita de depunere a candidaturilor privind obiectul de activitate, datele de identificare, acționarii/asociații, organele de conducere; administratorii alte informații relevante - în original sau copie lizibile cu mențiunea "conform cu originalul" cu semnătură și stampila ofertantului;

a.2) *autorizația / confirmarea de înregistrare pentru efectuarea de operațiuni de comerț exterior cu produse militare, eliberata de MAE – ANCEX valabila pentru importul / transferul de produse din categoria celor care se solicita a fi furnizate de autoritatea contractantă - numai pentru agenții economici care importa produsele ce fac obiectul procedurii de achiziție;*

a.3) *autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții eliberata de Direcția Generală a Municipiului București ori de inspectoratele județene de Poliție în a căror rază teritorială își are sediul social, du pa caz punctul de lucru unde urmează sa se desfășoare operațiunile pentru care se solicita autorizarea - pentru persoanele juridice romane, iar pentru persoanele juridice străine*

- autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții eliberata de autoritățile statului respectiv; tradusa autorizat în limba romana."

În raport de cele de mai sus, contrar celor invocate de ..., contestatoarea afirmă că a prezentat în cadrul candidaturii toate documentele necesare realizării obiectului acordului-cadru, pe lângă certificatul constatator fiind prezentate inclusiv autorizațiile eliberate de MAE-ANCEX și de către DGPMB, documente care fac pe deplin dovada capacității de a realiza obiectul acordului-cadru.

Aceasta susține că, așa cum rezultă din documentația de atribuire, doar în ceea ce privește candidații există obligația de a prezenta documente referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, iar nu și pentru subcontractanți, aspect pentru care criticile invocate de ... sunt nefondate. Susținerile ... privitoare la operatorul economic nu pot fi primite la soluționarea contestației, în condițiile în care cerința autorității a vizat candidatul, iar nu subcontractanții, întrucât aceștia nu depun oferta/candidatura.

... arată că pentru ... S.R.L. nu au fost depuse documente din care să rezulte dreptul subcontractantului de a efectua activitățile obiect al acordului de subcontractare.

Sub acest aspect, așa cum a arătat mai sus, intervenienta precizează că singura obligație rezultată din documentația de atribuire a vizat, în mod exclusiv, candidatul, obligație îndeplinită de ... Contrar celor susținute de ..., în cadrul procedurii nu a fost prevăzută obligativitatea prezentării și a altor înscrisuri pentru subcontractant în ceea ce privește capacitatea de exercitare a activității profesionale, iar nici comisia nu avea dreptul de a evalua ofertele prin raportare la cerințe inexistente în documentație. O asemenea cerință nefiind prevăzută, potrivit principiului transparenței, în cadrul documentației de atribuire, participanții la procedura de atribuire nu aveau obligația de a face dovada deținerii altor autorizații, iar, în același timp, nici comisia de evaluare nu putea condiționa admisibilitatea candidaturilor de prezentarea unor asemenea documente. Cu alte cuvinte, dacă autoritatea dorea ca operatorul candidat să depună anumite autorizații potrivit celor arătate prin contestație, atunci trebuia să solicite acest lucru în documentație. Documentația, așa cum a fost publicată în SEAP, nu prevede nici chiar cu caracter de clauză nescrisă această obligație, aspect pentru care decizia privind candidatura ... a fost luată cu respectarea principiului transparenței și a caracterului obligatoriu al documentației de atribuire.

Contestatoarea evocă faptul că din ansamblul legislației privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și

securității rezultă că evaluarea fiecărei candidaturi se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele. Exemplară sub aspectul necesității respectării principiului transparenței este hotărârea pronunțată în Cauza *Pippo Pizzo* (C-27/15), conform căreia:

„obligația de transparenta care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop sa garanteze absenta riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta obligație implica formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini; astfel încât, în primul rând, sa permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți sa le înțeleagă conținutul exact și sa le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, sa permită autorității contractante sa verifice efectiv daca ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauza (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C 42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată). [...]”.

Mai mult, în hotărârea din 14 iunie 2017, *Medipac-Kazantzidis*, C-6/05, CJUE (punctul 54) a reținut că obligația de transparență *„interzice autorității contractantă sa respingă o oferta care respecta cerințele anunțului privind cererea de oferta întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte”.*

La soluționarea raportului juridic litigios, intervenienta înțelege să facă trimitere și la Decizia civilă nr. 375 din data de 21.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, preluată și invocată și în Deciziile C.N.S.C. recent pronunțate, care a statuat:

„(...) Curtea observa insa ca principiul transparentei care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice a fost încălcat în cauza. Potrivit art. 18 alin. 1 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, "autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o maniera transparenta și proporționala (...)

Potrivit jurisprudenței constante a OUE, în temeiul art. 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante ii revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit" (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013;647, punctul 40 și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dei" Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39)".

Totodată, contestatoarea menționează că, în conformitate cu considerentele expuse în cauza *Pippo Pizzo*, *"principiul egalității de tratament impune ca ofertanta sa dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implica, așadar, ca aceste oferte sa fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de alta parte, obligația de transparenta, care constituie corolarul egalității de tratament, are ca scop sa garanteze absenta riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta obligație implica formularea tuturor condițiilor și modalităților de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, sa permită tuturor ofertanților în mod rezonabil și obișnuit de diligenți sa le înțeleagă conținutul exact și sa le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, sa permită autorității contractante sa verifice efectiv daca ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauza (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera deli"Adda, C-42/13; EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată). (...)*

Din examinarea fisei de date a achiziției, rezulta ca s-a impus, la punctul III. 2.3 a), referitor la cerințele de participare privind capacitatea tehnica a ofertanților, deținerea autorizației de furnizor feroviar și acord de tehnic feroviar emise de AFER valabile la data

prezentării pentru următoarele categorii de lucrări feroviare: infrastructuri suprastructura, lucrări de artă, tuneluri, electrificare și energoalimentare, telecomunicații feroviare, semnalizare feroviara și lucrări de construcții civile.

Conform aceluiași reguli, documentele justificative sunt necesare pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, valabile la data prezentării.

Astfel, prezentarea documentelor AFER pentru sudura nu a fost impusă drept cerința de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigenta pentru respectarea principului transparenței procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Carrera dell'Adda, Canterio, menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda; C 42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curtii din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32. Mai precis, nu permite tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod.

Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui acord AFER pentru sudura trebuia materializată expres în fisa de date a achiziției și în anunțul de participare. Astfel cum au susținut și revizuirea, dacă ar fi fost cunoscută de la începutul procedurii de achiziție, alți operatori economici ar fi avut ocazia să își manifeste voința de a participa la licitație; iar operatorii economici deja participanți ar fi avut posibilitatea să își dimensioneze altfel documentația de ofertă. (...)

A considera ca cerința de calificare rezultă în mod implicit din fisa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței, ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică".

De asemenea, prin Decizia civilă nr. 2502/21.12.2020, pronunțată de Curtea de Apel București s-au reținut următoarele:

„Practic prin soluția dispusă, CNSC a adăugat o cerință neprevăzută în documentația de atribuire.

Procedând în acest mod, Curtea reține ca CNSC a încălcat principiile transparenței și tratamentului egal, astfel cum au fost interpretate aceste principii în practica Curții de Justiție a Uniunii Europene, precum și prevederile art. 49, art. 154 și art. 181 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 invocate în mod întemeiat de către petenta (...).

În acest sens, Curtea reține ca din hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene la care a făcut trimitere petenta (...) și anume Hotărârea Curții din 16 aprilie 2015 pronunțată în Cauza C-278/14, Hotărârea Curții din 4 decembrie 2003 pronunțată în Cauza C-448/01, Hotărârea Curții din 14 iunie 2007 pronunțată în Cauza C-6/05, Hotărârea Curții din 29 aprilie 2004 pronunțată în Cauza C-496/99, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 pronunțată în Cauza C-27/15, Hotărârea Curții din 6 noiembrie 2014 pronunțată în Cauza C-42/13, rezultă clar ca respectarea principiilor transparenței și tratamentului egal presupune ca respingerea unei oferte să se dispună doar în baza unor motive precizate în documentația de atribuire.

În acest sens, prin Hotărârea din 16 aprilie 2015 pronunțată în Cauza C-278/14, CJUE a stabilit ca "normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat."

Intervenienta arată că la aceeași concluzie a ajuns Curtea de Apel București-Secția a IX contencios administrativ și fiscal inclusiv prin decizia civilă nr. 744 din 17 martie 2022, în considerentele acesteia fiind reținute, în esență, următoarele:

„În primul rând, potrivit legislației în materia achizițiilor publice, solicitarea de cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională în documentația

de atribuire este facultativă, iar nu obligatorie, aspect care rezulta în mod clar din cuprinsul prevederilor art 172 alin. (2) lit. c) și ale art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Or, nicăieri în documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a impus participanților la procedura obligativitatea depunerii autorizațiilor/atestatelor la care face referire Consiliul în cuprinsul deciziei atacate, situație în care nici evaluarea ofertelor nu se putea realiza pe baza unor cerințe inexistente.

Ca atare, petenta nu putea fi sancționată pentru nedepunerea anumitor autorizații/certificări în cadrul ofertei, în condițiile în care acestea nu au fost solicitate expres prin documentația de atribuire. (...)

Așadar, cerința deținerii atestatelor/autorizațiilor nefiind prevăzută în cadrul anunțului de participare simplificat; participanta la procedura de atribuire nu aveau obligația de a face dovada deținerii acestora, iar, în același timp, nici comisia de evaluare nu putea condiționa admisibilitatea ofertelor de prezentarea unor asemenea documente. (...)

Deși corecta afirmația Consiliului, în sensul ca deținerea autorizației ANRE este impusă de dispoziții legale speciale, totuși lipsa deținerii acestei autorizate nu poate constitui o situație de excludere a unui operator economic, în contextul în care aceasta nu a fost stabilită prin documentația de atribuire drept cerință de calificare.”

Astfel, contestatoarea precizează că, din cuprinsul jurisprudenței CJUE mai sus invocate, rezultă că o candidatură nu poate fi respinsă pentru eventuala nerespectare a unor cerințe care nu se regăsesc explicit în documentația de atribuire, întrucât nu acesta a fost sensul respingerii unei candidaturi avut în vedere de către legiuitor, ci respingerea ca neconformă a unei candidaturi se poate realiza doar în cazul nerespectării de către candidat a cerințelor clare din documentațiile de atribuire, astfel încât evaluarea ofertelor să fie imparțială, realizată în baza acelorași criterii.

Așa cum rezultă din hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-27/15:

„36. În aceasta privință, trebuie amintit, pe de o parte, ca principiul egalității de tratament impune ca ofertanta să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implica, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparentă, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauza (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată). (...)

50. Or, în ipoteza în care, precum în cauza principală, o condiție de participare la procedura de atribuire a contractului sub sancțiunea excluderii de la aceasta, nu este prevăzută în mod expres de documentele contractului și în care aceasta condiție nu poate fi identificată decât printr-o interpretare jurisprudențială a dreptului național, autoritatea contractantă poate acorda ofertantului exclus un termen suficient pentru a remedia omisiunea.”

Intervenienta menționează și Cauza T-50/05 - *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE împotriva Comisiei Europene*, în care Curtea a reținut la pct. 59 din Hotărârea din data de 19 martie 2010:

„59. Prin urmare, principiul transparenței presupune ca toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să fie puse, de îndată ce este posibilă dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o

procedura de achiziții publice, astfel încât, pe de o parte, sa permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovada de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și sa le interpreteze în același fel și, pe de alta parte, sa dea posibilitatea autorității contractante sa verifice daca ofertele ofertanților corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul în cauza (Hotărârea Evropaiki Dynamiki/Comisia, punctul 52 de mai sus, punctul 145)."

Intervenienta face referire și la cauza C- 295/20 „Sanresa” UAB, din 8 iulie 2021 în care CJUE s-a pronunțat pe aspecte ce țin de executarea contractului, făcând distincție între criteriile de calificare stabilite în cadrul documentației și condițiile de executare a contractului:

„(62). (...) în temeiul articolului 58 din Directiva 2014/24, un ofertant este obligat, pentru a putea fi admis sa participe la o procedura de atribuire a unui contract, sa demonstreze ca 'îndeplinește, la momentul depunerii ofertei sale, criteriile calitative de selecție enumerate la articolul 58 alineatul (1) primul paragraf literele (a) - (c) din aceasta directiva. În schimb, el poate aștepta sa i se atribue contractul pentru a face dovada ca îndeplinește condițiile de executare a contractului. Astfel, criteriile calitative de selecție permit autorității contractante sa nu admită sa participe decât operatori economici ale căror capacități tehnice și profesionale, întemeiate pe experiența lor recentă, lasă sa se înțeleagă ca vor fi în măsură sa execute contractul în discuție, obținând, daca este nevoie, autorizațiile sau logistica necesare, în plus, a constrânge ofertanții sa îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care risca, așadar, sa descurajeze acești operatori sa participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței, garantate la articolul 18 alineatul (1) din directive menționată.

(63). În aceste condiții, trebuie sa se răspundă la a treia întrebare ca articolul 70 din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 18 alineatul (1) din aceasta directiva trebuie interpretat în sensul ca se opune ca oferta unui ofertant sa fie respinsa pentru simplul motiv ca acesta nu face dovada, la momentul depunerii ofertei sale, ca îndeplinește o condiție de executare a contractului în discuție."

Intervenienta consideră că aceeași este situația în cauza dedusă judecății, în care autoritatea contractantă nu a solicitat, cu respectarea principiilor transparenței și al tratamentului egal, dovada deținerii anumitor autorizații specifice perioadei de derulare a acordului-cadru pentru subcontractant, motiv pentru care, în acord cu jurisprudența CJUE, dar și cu cea națională recentă, se impune respingerea contestației, și, pe cale de consecință, menținerea ca fiind temeinice și legale actele autorității contractante.

Pe de altă parte, aceasta apreciază că relevante la soluționarea contestației sunt cele reținute sub puterea lucrului judecat de Curtea de Apel București prin decizia civilă nr. 439 din 20 mai 2020, instanța de judecată pronunțându-se atât în ceea ce privește codul CAEN existent în certificatele constatatoare eliberate pe numele celor doi operatori economici, cât și în ceea ce privește autorizațiile prevăzute de lege, astfel:

„Prin urmare, având în vedere ca ... și ... au declarat și înscrise în certificatele constatatoare activități de comercializare și transport arme și muncii, Curtea constata ca au îndeplinit cerința de calificare privitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, fiind nefondată critica formulată în acest sens. (...)

Din documentele incluse în candidatura ..., rezulta ca atât candidatul, cât și subcontractantul sau au înscrise în autorizațiile emise de DGPMB codurile CAEN menționate în certificatele de la ONRC și dețin confirmare de înregistrare eliberată de Ministerul Afacerilor Externe, în consecință, fiind neîntemeiată și critica referitoare la nedeținerea autorizațiilor pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muncii letale. Sunt

nefonde și susținerile petentei referitoare la modalitatea în care au fost înscrise mențiunile privind obiectul de activitate/codurile CAEN atât în certificatul constatator, cât și în autorizația deținută de către ofertant și subcontractantul acestuia, în condițiile în care aceste acte juridice nu au fost desființate, fiind valabile și producând efectele prevăzute de lege, petenta nefăcând dovada ca într-adevăr codurile CAEN înscrise în actele prezentate în cadrul ofertei sunt neconforme cerințelor impuse prin caietul de sarcini, atât referitor la denumirea acestora, cât și la concordanța cu activitatea de producție/comercializare de arme și muniții impuse de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini."

În considerarea celor mai sus menționate, contrar celor evidențiate de ... prin contestație, intervenienta consideră că împreună cu subcontractantul declarat are capacitatea legală, demonstrată prin înregistrări, de a derula obiectul acordului-cadru, aspect care, de altfel, poate fi constatat prin contractele prezentate drept experiență similară.

c. ... susține că îndeplinește cerința referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției. Potrivit cerinței:

„Candidații trebuie să fi îndeplinit contract/ contracte al căror obiect să fi fost furnizarea de produse similare și care, individual/cumulat în ultimii 5 ani să fi avut o valoare mai mare decât cea precizată mai jos: 1.680.650,00 lei fără TVA.

Prin produse similare, autoritatea contractantă înțelege numai produse livrate în baza unor contracte ce au avut ca obiect producerea/comercializarea de muniții, care se încadrează la codul CPV- 35331000-3 (Muniție pentru arme de foc și de război). Cei cinci ani se calculează prin raportare la data limită de depunere a candidaturilor. Modalitatea de îndeplinire:

Declarație/declarații privind lista principalelor livrări de produse similare în ultimii 5 ani (experiența similară).

Pentru confirmarea acestora, se vor anexa certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clienți beneficiari. Documentele de confirmare se vor prezenta în copie lizibile cu mențiunea „conform cu originalul” semnat și stampilat, iar din conținutul acestora trebuie să reiasă clar ca furnizorul și-a îndeplinit obligațiile contractuale.”

Astfel, contrar celor evidențiate prin contestație, contestatoarea susține că, în cadrul candidaturii, începând cu pag. 70 până la pag. 138, a prezentat o serie de contracte și documente emise și contrasemnate de autorități publice prin care s-a certificat îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor în cadrul contractelor prezentate drept experiență similară, din documente rezultând numele beneficiarului, valorile contractelor, perioada și locul de furnizare a produselor.

Referitor la presupusele informații false despre situația și capacitățile intervenientei, aceasta precizează că în contractele prezentate drept experiență similară calitatea de contractant a avut-o ..., fiind cea care și-a asumat responsabilitatea derulării acestora, sens în care întreaga experiență este a contractantului, chiar dacă în cadrul procedurii a declarat subcontractant.

Aceasta menționează că acest aspect este întărit inclusiv de prevederile art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, act normativ care se aplică prin similitudine și prezentei proceduri de atribuire, în conformitate cu care:

„Cerința referitoare la experiența similară se considera îndeplinită:

a) în situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență, a avut calitatea de antreprenor general în contractul prezentat drept experiență similară, indiferent dacă acesta a avut subcontractori, urmând a fi luată în calcul întreaga valoare a

respectivului contract (deoarece antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză);“

Intervenienta afirmă că îndeplinește cerința referitoare la sistem de management al calității, pentru domeniul de activitate producere/comercializare muniție.

Potrivit cerinței de la pct. III.1.3.b) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului:

„Candidații trebuie să aibă implementat un sistem de management al calității pentru domeniul de activitate producere/comercializare muniție, în conformitate cu standardul 150-9001 sau echivalent, pentru activitatea proprie de producere/comercializare de muniție.”

Contrar celor invocate de ..., intervenienta arată că în cadrul candidaturii sale a prezentat Certificatul SR EN ISO 9001:2015 potrivit cerințelor autorității, fără a exista obligativitatea depunerii unui asemenea certificat pentru subcontractantul ... S.R.L., sens în care inclusiv sub acest aspect contestația este nefondată

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii, intervenienta susține că este nefondată și invocă dispozițiile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

„În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației.”

Cum legiuitorul nu a definit în Legea nr. 101/2016 ce se înțelege prin caz temeinic justificat și paguba iminentă, în cauză sunt aplicabile prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Astfel, cu privire la existența unui caz bine justificat, în conformitate cu dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. t) din Legea nr. 554/2004, cazurile bine justificate reprezintă acele împrejurări legate de starea de fapt și de drept care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ.

Astfel cum s-a apreciat în jurisprudență (ICCJ, Secția contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 3380/24.06.2010) *„condiția existenței cazului bine justificat lăsată de legiuitor la aprecierea și înțelepciunea judecătorului sub aspectul conținutului sau, presupune ca asupra legalității actului administrativ să planeze o puternică îndoială, iar aceasta să fie evidentă fără a se intra în cercetarea pe fond a dispozițiilor actului, respectiv a consecințelor juridice pe care le-a produs.*

Pentru a înlătura, chiar și temporar, regula executării imediate și din oficiu a actelor administrative, prin suspendarea acestora, instanța poate aprecia necesitatea unei asemenea măsuri doar prin raportare la probele administrate în cauză și care trebuie să ofere suficiente indicii aparente de răsturnare a prezumției de legalitate, fără a analiza, pe fond conținutul actului administrativ, instanța având posibilitatea să efectueze numai o cercetare sumară a aparentei dreptului.”

Or, intervenienta consideră că în cuprinsul contestației, ... nu a înțeles să arate indiciile aparente de răsturnare a prezumției de legalitate pentru care se impune suspendarea procedurii de atribuire, aspect pentru care consideră că nu este îndeplinită condiția cazului bine justificat pentru a se putea admite cererea societății contestatoare, aceasta cu atât mai mult cu cât în cuprinsul contestației sunt invocate opinii personale ale societății

contestatoare, fără o corespondență concretă cu cerințele documentației de atribuire.

... apreciază că cerințele prevăzute de legiuitor pentru a se putea dispune suspendarea procedurii de atribuire trebuie îndeplinite cumulativ, iar cel puțin condiția cazului bine justificat nu este îndeplinită, solicită respingerea capătului de cerere privitor la suspendare ca nefondat.

Având în vedere toate aceste considerente, intervenienta solicită admiterea atât în principiu, cât și pe fond a cererii de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea contestației, ca nefondată.

În drept, aceasta invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 61 C. proc. civ., precum și toate celelalte prevederi legale precizate în cuprinsul prezentei intervenții.

Prin adresa cu nr. 13581/07.07.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 33991/07.07.2022, contestatoarea formulează *Întâmpinare la cererea de intervenție* depusă de ... solicitând admiterea în tot a contestației ... și respingerea cererii de intervenție, pe cale de excepție ca inadmisibilă și pe fond ca nefondată.

Contestatoarea solicită respingerea criticilor și apărărilor formulate de intervenientă, motivând că acestea sunt inadmisibile deoarece nu au fost formulate și de ..., iar intervenientă nu poate depăși cadrul procesual stabilit de autoritatea contractantă.

Referitor la susținerile intervenientei conform cărora aceasta și-a întocmit candidatura în conformitate în documentația de atribuire și a depus toate documentele solicitate, sunt neadevărate, iar neîndeplinirea criteriilor de calificare și selecție (inadmisibilitatea candidaturii) a fost extensiv probată de ...

Contestatoarea demonstrează faptul că intervenienta a oferit informații false autorității contractante prin faptul că niciunul dintre contractele invocate ca experiență similară de ... nu respectă codul CPV ... (Rev.2) impus prin Fisa de Date a achiziției.

Menținându-și toate criticile din contestație, ... apreciază că dovezile prezentate sunt suficiente pentru a se observa inadmisibilitatea candidaturii ...-....

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o licitație restrânsă, organizată în vederea încheierii contractului de achiziției publice de furnizare având ca obiect „...”, cod CPV ... (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 13.04.2022.

Conform celor precizate în *Procesul-verbal final de analiză a candidaturilor nr. 226.015/07.06.2022*, candidaturile depuse de către ..., ..., ... și ... au fost selectate pentru etapa a-II-a procedurii, îndeplinind criteriile de selecție precizate de către autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea de selecție a candidaturilor depuse de către candidații ..., ... și ..., care în opinia autoarei contestației este netemeinică.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare cu nr. ... din 16.06.2022, în sumă de ..., eliberată de CEC Bank, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. .../2022.

Astfel, Consiliul constată că ... a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Deoarece Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației formulată de S.C. ... prin Încheierea nr. din data de 20.06.2022, prin prezenta urmează a fi soluționate capetele de cerere cu privire la fondul cauzei.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere, ca o chestiune prealabilă, faptul că după depunerea contestației de către ... a depus Cerere de intervenție voluntară nr. 1119/20.06.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. .../22.06.2022 ... solicitând respingerea contestației formulate de ..., în partea care privește criticile aduse candidaturii sale, ca nefondată, iar pe cale de consecință menținerea ca fiind temeinice și legale actele autorității contractante, invocând prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ..., Consiliul are în vedere că în ceea ce îl privește pe intervenient, interesul acestuia este evident în condițiile în care candidatura depusă de acesta a fost selectată fiind invitat să depună oferta pentru etapa a II-a procedurii, conform *Procesului-verbal nr. 226.015/07.06.2022*, motiv pentru care va admite, în principiu, cererea intervenție formulată de acesta și o califică ca fiind accesorie, în condițiile în care intervenția vizează menținerea deciziei autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ.

În speță, se poate observa că motivarea intervenientei ... se suprapune celei a autorității contractante, interesul ambilor fiind de a obține respingerea contestației și confirmarea legalității invitației de participare nr. adresa nr. 286026 din 07.06.2022, prin care candidatura ofertantului ... a fost selectată.

Din această perspectivă, Consiliul apreciază că ofertantul în cauză respectă principiul de drept potrivit căruia *„folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare trebuie să aparțină celui care recurge la acțiune”*.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările*

ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației” și având în vedere că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data 17.06.2022 contestația formulată de ..., Consiliul constată că cererea de intervenție aparținând ... este formulată în cadrul termenului legal.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a ..., împreună cu contestația formulată de ...

Se are în vedere că, în ceea ce privește contestația formulată de ... autoritatea contractantă invocă *excepția tardivității contestației formulate.*

Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”,* motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției invocate.

Procedând la soluționarea excepției invocate, prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul reține argumentul adus de achizitoarea în favoarea excepției invocate se bazează pe faptul că a publicat anunțul .../13.04.2022, după cum rezultă din înscrisurile anexate prezentului punct de vedere, în care a precizat legislația aplicabilă procedurii (III.1.9). Achizitoarea susține că termenul de contestare a anunțului publicat a fost depășit și asumat prin depunerea candidaturii.

În aceste condiții, ... solicită Consiliului *să nu intre pe fondul cauzei referitor la punctul din contestația depusă legată de legislația aplicabilă H.G. nr. 395/2016, deoarece contestația depusă este tardivă.*

Actul atacat de contestatoarea ... îl reprezintă anularea adresei de comunicare a rezultatului etapei I de calificare și selecție și a invitației de participare la etapa a II-a de ofertare adresate candidaturilor ..., ..., ... nr. 226.028/07.06.2022 și anularea în parte a raportului intermediar al procedurii și a tuturor actelor subsecvente strict pentru partea corespunzătoare calificării, selectării și invitării cu ofertă a candidaților nelegal selectați.

Ori, prin raportare la dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din legea nr. 101/2016:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

- a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”

- b) (...)

iar potrivit art. 5 alin. (1) din același act normativ: *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului”.*

formularea contestației la data de 15.06.2022 (potrivit înscrisurilor existente la dosarul cauzei) respectă dispozițiile legate incidente mai sus redate.

Luând în considerare data de 15.06.2022, data transmiterii contestației la Consiliu și către autoritatea contractantă ținând cont de data comunicării rezultatului selecției, respectiv 09.06.2022 (potrivit înscrisurilor existente la dosarul cauzei), având în vedere valoarea estimată a contractului de furnizare și calculând termenul legal în care ... putea înainta contestația, având în vedere dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (5) alin. (1) din Legea nr. 101/2016 (anțemenționate), se constată că, în speță, contestația a fost transmisă, atât la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă în termenul legal prevăzut de legislația în vigoare.

În aceste condiții, constatându-se că ... a formulat și transmis autorității contractante contestația în termenul legal „actul administrativ” contestat de către autoarea contestației fiind comunicarea nr. 226.028/07.06.2022, iar nu documentația de atribuire, Consiliul respinge excepția invocată referitoare la tardivitatea formulării contestației.

Aceași concluzie de respingere va fi reținută de Consiliu și vizavi de excepția inadmisibilității contestației formulate, invocată de autoarea intervenției.

În stabilirea acestei finalități se are în vedere că motivul pentru care intervenienta solicită respingerea contestației ca inadmisibilă este faptul că ... dorește prin demersul său, anularea rezultatului etapei privind depunerea candidaturilor, a actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a invitației privind depunerea ofertei în cadrul procedurii de atribuire de referință, apreciind nefondat că societatea intervenientă nu ar îndeplini cerințele minime de calificare stabilite de autoritatea contractantă, ori respectivul motiv invocat de contestatoare ține de fondul cauzei.

Cu referire la *excepția inadmisibilității cererii de intervenție*, invocată de contestatoarea ..., motivată de faptul că apărările formulate de intervenientă nu au fost formulate și de autoritatea contractantă, se constată lipsa de temeinicie a acesteia.

În aprecierea acestei finalități s-a avut în vedere că, prin cererea de intervenție accesorie, au fost formulate apărări pentru a susține legalitatea actelor întocmite de autoritatea contractantă, prin raportare la criticile societății contestatoare.

Conform art. 61 alin. (1) și (3) din Cod proc. civ. (1) **O a i**
po i într-un p c s ju înt părț o . și (3)
In e a câ s n apăra u d părți.

Or, din cuprinsul cererii de intervenție se poate constata că argumentele prezentate de autoarea acesteia sprijină poziția achizitoarei, respectiv legalitatea actelor întocmite pentru procedura care a făcut obiectul contestației.

Având în vedere respingerea excepțiilor invocate, trecând la soluționarea fondului cauzei, se are în vedere că la data de 09.06.2022 autoritatea contractantă a transmis invitația pentru participare la etapa a

doua a procedurii de licitație restrânsă nr. 226028 din 07.06.2022, fiind calificați un număr de 4 ofertanți, respectiv: ..., ..., ... și ...

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de societatea contestatoare, Consiliul găsește util expunerea câtorva elemente din cadrul documentației de atribuire, menite să înlăsească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțieze soluționarea.

Potrivit caietului de sarcini, obiectul contractului în cauză îl constituie achiziția, prin încheierea unui acord cadru, de pe o perioadă de 24 de luni în vederea dotării structurilor Jandarmeriei Române cu acest tip de muniție.

Sunt relevant de redat următoarele precizări din cuprinsul caietului de sarcini, respectiv:

3. Descrierea produselor solicitate

... (cod CPV 35331000-3) conform cerințelor Specificației tehnice nr. 198380 din 15.04.2019, anexa nr. 1 la prezentul caiet de sarcini.

3.4. Produsele solicitate și operațiunile cu titlu accesoriu necesar a fi realizate

Produsul solicitat este Operațiuni cu titlu accesoriu:

- asigurarea de mentenanță corectivă a produselor pe perioada de valabilitate a garanției, după caz.

În derularea contractului, activitatea Contractantului va fi condusă de următoarele principii:

a) Contractantul acționează în interesul Autorității contractante pe durata furnizării produselor, în condițiile și cu limitele descrise în documentația aferentă prezentei proceduri de atribuire;

b) Contractantul acționează în sensul realizării obiectivelor prezentate pentru Contract în ceea ce privește optimizarea folosirii resurselor necesare îndeplinirii obiectivelor Contractului

(....)

3.5.3. Operațiuni cu titlu accesoriu

3.5.3.1. Instalare, punere în funcțiune, testare

3.5.3.2. Instruirea personalului pentru utilizare

3.5.3.3. Mentenanța preventivă în perioada de garanție

3.5.3.4. Mentenanța corectivă în perioada post-garanție

3.5.3.5. Suport tehnic

3.5.3.6. Piese de schimb și materiale consumabile pentru activitățile din programul de mentenanță corectivă după expirarea garanției."

Un prim aspect reclamat de autoarea contestației vizează faptul că în opina acesteia au fost nelegal selectați, ofertanții ..., ... și ..., deoarece nu îndeplinesc criteriile de calificare și selecție.

1. Astfel un prim aspect reclamat este faptul că, respectivele candidaturi depuse de ..., ... și ... nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind situația personală, întrucât niciunul dintre *terții susținători* și *subcontractanții* nu au depus documentele impuse în cadrul documentației de atribuire din care să rezulte situația lor personală.

Argumentele aduse de ... în favoarea criticii se bazează pe următoarele aspecte:

- indiferent de calitatea lor de terț susținător sau de subcontractant, ambii execută părți esențiale din contract, deci ... trebuie să se asigure că aceste candidaturi care includ astfel de entități îndeplinesc criteriile de calificare și selecție la fel ca o candidatură individuală;

- contestatoarea precizează că această situație reiese din modul în care a formulat autoritatea contractantă criteriul în fișa de date a achiziției:

„Cerința de calificare: Candidații vor face dovada că nu se încadrează în niciuna din situațiile stipulate la art. 155, art.156 și art. 150 din O.U.G. nr. 114/2011.

Sanctiunea neindeplinirii criteriului: Vor fi excluși din cadrul procedurii operatorii economici care se încadrează în oricare din situațiile stipulate la art. 150, art. 155 și/ sau art. 156 din O.U.G. nr. 114/2011 sau nu prezintă documentele care probează/confirma îndeplinirea cerințelor.”

- aceasta concluzionează că cerințele pentru acest criteriu se referă la toți operatorii economici participanți.

Raționamentul conturat de autoarea contestației vizavi de obligația operatorilor economici de a depune toate înscrisurile solicitate de autoritatea contractantă la criteriul de calificare și selecție privind situația personală pentru terții și susținătorii declarați, nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele mai jos expuse.

Este important de redat modul în care achizitoarea a elaborat și întocmit cerința reclamată, în cuprinsul fișei de date a achiziției, la pct.:

”III.1.1. a) Situația personală a candidatului sau ofertantului

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Cerința de calificare: **Candidații vor face dovada că nu se încadrează în niciuna din situațiile stipulate la art. 155, art.156 și art. 150 din O.U.G. nr. 114/2011.**

Documente solicitate:

1. Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 155 din O.U.G nr. 114/2011, care va fi prezentat și **de terțul susținător (financiar),** dacă este cazul, **iar în cazul unei asocieri, de către toți membrii asocierii;**

2. Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 156 din O.U.G nr. 114/2011. **În cazul în care oferta se va depune în asociere, formularul va fi prezentat de către toți membrii asocierii.**

3. Certificate constatatoare privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată a impozitelor și taxelor către stat, inclusiv cele locale, precum și a contribuției pentru asigurările sociale de stat, astfel:

a) pentru persoane juridice române:

- Certificat de atestare fiscală, eliberat de Agenția Națională de Administrare Fiscală – ANAF, din care să rezulte că operatorul economic participant ca și candidat la procedura de atribuire nu are datorii la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a candidaturilor. În cazul unei asocieri, documentul va fi prezentat de către toți membrii asocierii;

- Certificat de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale, eliberat de Autoritățile Publice Locale, din care să rezulte că operatorul economic participant ca și candidat la procedura de atribuire nu are datorii la bugetele locale scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a candidaturilor. **În cazul unei asocieri, documentul va fi prezentat de către toți membrii asocierii.**

b) pentru persoane juridice străine:

- Documente edificatoare pentru demonstrarea faptului că și-au îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor către bugetul de stat și bugetul local (certificate, caziere fiscale sau alte documente echivalente), eliberate de autorități competente, în conformitate cu legislația națională a țării de origine sau a țării în care sunt stabilite, din care să rezulte că operatorul economic participant ca și candidat la procedura de atribuire nu are datorii scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a candidaturilor. Documentele se vor prezenta însoțite de traducerea autorizată a acestora în limba română.

În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit operatorul economic nu se emit documente de natura celor prevăzute la pct. 3 lit. b, autoritatea contractantă acceptă o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autenticată dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens.

4. Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 150 din O.U.G nr. 114/2011, **care va fi prezentată și de subcontractanți, dacă este cazul, iar în cazul unei asocieri de către toți membrii asocierii;**

(...)

5. Declarație privind calitatea de participant la procedură.

6. Certificat de participare la procedură cu ofertă independentă, conform art. 147 alin. (2) din O.U.G. nr. 114/2011;

Note:

i). În măsura în care procedura de emitere a certificatelor menționate la pct. 3 nu permite confirmarea situației datoriei la data solicitată, pentru intervalul de timp neacoperit până la finalul lunii anterioare depunerii candidaturilor, operatorii economici pot depune o declarație pe proprie răspundere, dar au obligația de a prezenta/completa certificatele/documentele edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor, atunci când primesc din partea autorității contractante o solicitare în acest sens, în termenul prevăzut în respectiva solicitare.

ii). Documentele solicitate în cadrul acestei secțiuni se pot depune în oricare din formele: original, copie legalizată, copie lizibilă cu mențiunea „conform cu originalul” semnată de către reprezentantul legal și ștampilată, cu excepția celor întocmite/emise de către ofertant cu scopul participării la procedură care se vor prezenta doar în original.

iii). Documentele depuse de candidații străini se vor prezenta însoțite de traducerea autorizată a acestora în limba română efectuată de către un traducător autorizat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 178/1997.

Sanctiunea neîndeplinirii criteriului: Vor fi excluși din cadrul procedurii operatorii economici care se încadrează în oricare din situațiile stipulate la art. 150, art. 155 și/ sau art. 156 din O.U.G. nr. 114/2011 sau nu prezintă documentele care probează/confirma îndeplinirea cerințelor.”

(...)

III.1.2) Capacitatea economica și financiară

Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

(...)

NOTE:

(1) Capacitatea economică și financiară a candidatului poate fi susținută și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între candidat și persoana respectivă, cu respectarea celorlalte condiții impuse prin prezenta documentație.

(2) În cazul în care candidatul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, încheiat în formă autentică, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele financiare invocate. **Persoana care asigură susținerea financiară nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 155 și 156 din O.U.G. nr. 114/2011.**

(3) Atunci când un grup de operatori economici depune oferta/candidatura comună, situația economică și financiară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În cazul în care grupul beneficiază de susținerea financiară a unei/unor terțe persoane, situația economică și financiară se demonstrează în condițiile prevăzute la alin. (2). Dacă operatorii economici susținători nu depun documentele în forma solicitată, resursele acestora nu vor fi luate în considerare.

Susținătorul răspunde pentru prejudiciile cauzate autorității contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament, aceasta din urmă având posibilitatea de acțiune directă împotriva susținătorului.

(4) Angajamentul ferm prezentat de ofertantul câștigător face parte integrantă din contractul de furnizare.

Sanctiunea neîndeplinirii criteriului: Candidaturile operatorilor economici care nu îndeplinesc cerința minimă de calificare referitoare la valoarea cifrei de afaceri, conform cerinței impuse, sau nu prezintă documentele care probează/confirma îndeplinirea cerinței vor fi respinse.”

(...)

III.1.3. a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala

Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

(...)

NOTE:

(1) Experiența similară se dovedește prin completarea și prezentarea unui formular. Pentru faza de calificare, autoritatea contractantă va analiza corectitudinea datelor înscrise în acest formular, dacă acesta poate fi luat în considerare (sunt contracte finalizate, încadrarea corespunzătoare în codul CPV solicitat, s-au derulat în intervalul de timp solicitat).

(2) Cap. teh. și prof. a candidatului poate fi susținută, ptr îndepl. unui ctr., și de o altă pers., indiferent de nat.rel.jur. existente între candidat și pers. respectivă, cu resp. celorlalte cond. impuse prin prezenta doc.

(3) În cazul care candidatul își dem. cap. teh. și prof. invocând și susținerea acordată, în cf. cu prev. alin.(1), de o altă pers., atunci are oblig. de a dovedi susținerea de care benef., de regulă,

prin prez. unui angajament ferm al pers. resp., prin care aceasta conf. Faptul că va pune la disp. candidatului/ofertantului resursele teh. și prof. invocate. **Pers. care asig. susținerea teh. și prof. nu trebuie să se afle în sit. care det. excluderea din proc. de atribuire, cf. art. 155 și 156 din O.U.G. nr. 114/2011.**

(4) Atunci când un grup de op. econ. depun candidatură comună, cap.teh. și prof. se dem. prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În cazul în care grupul beneficiază de susținerea teh. și prof. a unei/unor terțe pers., cap. teh. și prof. Se dem. în cond. prev. la alin.(2). Dacă op. econ. susținători nu depun doc. în forma solicitată, resursele acestora nu vor fi luate în considerare. Susținătorul răsp. pentru prejudiciile cauzate aut. contr. ca urmare a nerespectării oblig. prev. în angajament, aceasta din urmă având posibilitatea de acțiune directă împotriva susținătorului.

(5) Angajamentul ferm prezentat de ofertantul câștigător face parte integrantă din contractul de furnizare.

Sanctiunea neîndeplinirii criteriului: Candidaturile operatorilor economici care nu îndeplinesc cerința minimă de calificare referitoare la experiența similară, conform cerinței impuse, sau nu prezintă documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinței vor fi respinse."

Analizând modul de elaborare a cerinței de calificare mai sus redată, Consiliul constată că cerința prezentării documentelor/înscrierilor solicitate vizează candidații care au depus candidaturile.

Se reține că autoritatea contractantă a precizat în mod expres, în cazul fiecărui document solicitat, în sarcina căruia cade depunerea respectivului document, astfel în cazul *Declarației pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 155 din O.U.G nr. 114/2011*, s-a precizat obligativitatea depunerii acestei declarații de către candidat și de **"terțul susținător (financiar), dacă este cazul"** și în cazul unei asocieri, **de către toți membrii asocierii.**

Totodată se reține și precizarea potrivit căreia, *persoana care asigură susținerea financiară și respectiv susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 155 și 156 din O.U.G. nr. 114/2011.*

În mod similar se constată că, mergând mai departe la pct. 2- *Declarația pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 156 din O.U.G nr. 114/2011* trebuia depusă de candidat și în cazul în care oferta se va depune în asociere, formularul trebuia prezentat de către toți membrii asocierii.

Așadar nu poate fi reținută abordarea contestatoarei vizavi de depunerea tuturor documentelor solicitate în vederea îndeplinirii criteriului de calificare și selecție privind situația personală, de terții susținători și subcontractanții nominalizați de candidații, ca fiind o abordare generală, a obligației depunerii tuturor înscrierilor.

Din lecturarea documentației de atribuire, nu se regăsește obligativitatea depunerii tuturor documentelor reclamate de contestatoare ca fiind obligatorii și pentru terții susținători și subcontractanții nominalizați de candidații.

Solicitarea respectivelor înscrieri în vederea îndeplinirii criteriului de calificare și selecție privind situația personală, de terții susținători și subcontractanții nominalizați de candidații, reclamată de contestatoare a fi neîndeplinită de contracandidații săi, trebuie analizată prin prisma solicitărilor exprese de la nivelul documentației de atribuire. Ori, în speță, printre rigorile documentației **nu există o astfel de solicitare.**

Potrivit art. 175 din O.U.G. nr. 114/2011, autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, *în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse.*

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor, prezentarea documentelor de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Consiliul reține ca fiind deosebit de relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC ... SRL împotriva ...:

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.**”

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

De asemenea, Consiliul reține că potrivit jurisprudenței constante a CJUE, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a **respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit** (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse aceluiași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, **obligația de transparență** - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. **Această obligație implică**

formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

În Hotărârea din 14 iunie 2017, *Medipac - Kazantzidis*, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte. (punctul 54).

Astfel, prezentarea documentelor solicitate în vederea îndeplinirii criteriului de calificare și selecție privind situația personală, de terții susținători și subcontractanții nominalizați de candidații, la care face referire contestatoarea nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparent procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza *Cartiera dell'Adda*, anterior menționată, Hotărârea *Comisia/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea *Curții* din 12 martie 2015, *eVigilo Ltd*, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

De asemenea, pentru a putea fi opozabilă ofertanților în cadrul unei proceduri de atribuire (licitație restrânsă), fiind vorba de o cerință din categoria celor care țin de situația personală a candidatului, respectiv o cerință de calificare, era necesar ca aceasta să fie materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiului transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

În acest sens sunt și următoarele prevederi din O.U.G. nr. 114/2011:

- art. 2. alin. (1) - Scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie:

(...)

b) garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici;

c) asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică;

- art. 27 alin. (1)- Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

- art. 63 alin. (3) - Autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare criteriile de selecție și regulile aplicabile, numărul minim al candidaților pe care intenționează să îi selecteze și, dacă este cazul, numărul maxim al acestora."

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare, și în subsidiar normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui,

la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva licitație).

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

Astfel, Consiliul reține că practica nouă a instanțelor judecătorești tinde să se alinieze în sensul interpretării legislației spre dezideratul promovării concurenței și al proporționalității, și nu în sensul restricționării artificiale a competiției prin interpretări secvențiale ale legislației.

Referitor la critica formulată cu privire la candidatura ..., vizavi de depunerea tuturor documentele impuse la acest criteriu privind situația personală pentru *terțul susținător tehnic* ..., Consiliul constată netemeinicia acesteia.

Singurele documente solicitate de achizitoare în cazul terțului susținător, așa cum a fost mai sus redat este Declarația pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 155 din O.U.G nr. 114/2011, nominalizată la pct. 1 și 2, așa cum a fost anterior reținut.

Din examinarea candidaturii depuse de ..., Consiliul constată că la pagina 112 din dosarul achiziției publice se regăsește *Angajamentul privind suportul tehnic-experiența similară a ofertantului*, acordat de ... candidatului ...

Se reține că la pagina 120 din dosarul achiziției publice, se regăsește Formularul nr. 3- *Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 155 din O.U.G nr. 114/2011* elaborată de terțul susținător

De asemenea se reține că respectivul susținător a depus la pagina 122 și Formularul 4-*Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 156 din O.U.G nr. 114/2011*, solicitată la pct. 2.

În raport de cele mai sus reținute sunt neîntemeiate susținerile contestatoarei vizavi de obligativitatea depunerii de către terțul susținător ..., a Formularului nr. 5 - *Declarație privind calitatea de participant la procedură* și Formularul nr. 1 - *Declarație pe propria răspundere prin care se certifică faptul că participarea la procedură este făcută în concordanță cu regulile de concurență, conform prevederilor art. 147 alin. (2) din O.U.G. nr. 114/2011*, aceste înscrisuri fiind în sarcina candidatului ... a fi depuse, sarcină pe care candidatul respectiv a îndeplinit-o.

Referitor la critica formulată cu privire la candidatura ..., vizavi de pretinsa nedepunere a tuturor documentelor impuse pentru terțul susținător tehnic și financiar, ..., Consiliul constată temeinicia acesteia.

În stabilirea acestei finalități Consiliul are în vedere faptul că din examinarea candidaturii depuse de ..., la pagina la pagina 58 din dosarul achiziției publice se regăsește *Angajamentul privind susținerea tehnică*, acordat de ... candidatului ... și la pagina 22 din dosarul achiziției publice se regăsește *Angajamentul privind susținerea financiară*.

Din examinarea documentelor aferente candidaturii ... se constată că pentru terțul susținător nu este depus înscrisul solicitat la pct. 1, mai sus redat, respectiv:

"1. Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 155 din O.U.G nr. 114/2011, care va fi prezentat și **de terțul susținător (financiar)**, dacă este cazul, **iar în cazul unei asocieri, de către toți membrii asocierii;**"

(...)

Persoana care asigură susținerea financiară și respectiv susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 155 și 156 din O.U.G. nr. 114/2011."

Astfel, se impunea ca autoritatea contractantă să solicite candidatul ... depunerea respectivelor declarații.

Legislația în materia achizițiilor publice nu impune respingerea unei candidaturi pentru lipsa unor documente, în absența unei solicitări de clarificare.

Mai mult, completarea prin intermediul solicitării de clarificare a documentelor lipsă amintite nu este de natură să aducă un avantaj candidatei în detrimentul celorlalți candidați din procedură.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere că dispozițiile art. 176 din O.U.G. nr. 114/2011, care fac vorbire și despre "*(...) completări*" respectiv:

"Art. 176. - (1) Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita **clarificări** și, după caz, **completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați** pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."

Din acest punct de vedere critica contestatoarei se consideră întemeiată, achizitoarea urmând să solicite candidatul ... depunerea respectivelor declarații.

Referitor la critica formulată de ... vizavi de pretinsa nedepunere a documentelor impuse pentru subcontractantul ... la criteriul în discuție privind situația personală, Consiliul constată netemeinicia acesteia.

În stabilirea acestei finalități se are în vedere din examinarea candidaturii depuse de ..., la pagina 139 din dosarul achiziției publice se regăsește *Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 150 din O.U.G nr. 114/2011*, înscris elaborat de subcontractantul

Cele mai sus reținute vizavi de neobligativitatea depunerii Formularului nr. 5 și Formularului nr. 1 sunt incidente și în acest caz, nefiind în sarcina subcontractantului a fi depuse, singurul document solicitat a fi depus de subcontractant este documentul nominalizat la pct. 4, respectiv *Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 150 din O.U.G nr. 114/2011*, înscris depus de subcontractantul ... S.R.L., așa cum a fost anterior precizat.

Respectivele formulare trebuiau depuse de candidat, obligație respectată de ..., respectivele înscrisuri regăsindu-se la paginile 140 și respectiv 141.

O altă critică formulată de ... vizează faptul că candidatul ... nu a depus certificatul fiscal local pentru punctul de lucru din

Se reține și faptul că din conținutul Certificatului constatator nr. 379919/28.04.2022 prezentat de candidat la paginile 142-1547 rezulta existența unui punct de lucru, la adresa București, sectorul 1, ... nr. 20, et. 5, ap.21

Având în vedere că achizitoarea a solicitat candidaților prezentarea certificatelor constatatoare privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată a impozitelor și taxelor către stat, inclusiv cele locale, precum și a contribuției pentru asigurările sociale de stat, se consideră evident că autoritatea contractantă avea obligația verificării cerinței de calificare legate de prezentarea certificatelor de atestare fiscală și pentru respectivul punct de lucru.

Consiliul constată că în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 225.729 din 19.05.2022 al ședinței de analiză a candidaturilor*, în secțiunea dedicată evaluării candidaturii ... s-a precizat că respectivul candidat a depus 2 înscrisuri, respectiv Certificatul de atestare fiscală nr. 10800 /26.04.2022 și Adresa nr. 335503/26.04.2022.

Se rețin și susținerile autoarei intervenției ... vizavi de nedepunerea certificatului în cauză reclamat, respectiv:

"Referitor la certificatul fiscal local pentru punctul de lucru din str. Plevnei, la soluționarea contestației trebuie avute în vedere dispozițiile art. 159 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedura fiscal, în conformitate cu care:

*„(1) Certificatul de atestare fiscală se emite de organul fiscal local, la solicitarea contribuabilului/plătitorului. Certificatul se emite și la solicitarea autorităților publice în cazurile și în condițiile prevăzute de reglementările legale în vigoare, precum și la solicitarea notarului public, conform delegării date de către contribuabil. (2) Certificatul de atestare fiscală se eliberează **pe baza datelor cuprinse în evidența creanțelor fiscale a organului fiscal local** și cuprinde obligațiile fiscale restante și, după caz, obligațiile fiscale scadente până în prima zi a lunii următoare depunerii cererii, precum și alte creanțe bugetare individualizate în titluri executorii emise potrivit legii și existente în evidența organului fiscal local în vederea recuperării.”*

Așa cum rezulta din înscrisurile de la dosarul cauzei, pentru punctul de lucru din București, subscrisa nu este înregistrată cu bunuri impozabile, aspect pentru care instituțiile competente nu eliberează certificat de atestare fiscală, în susținere, în cuprinsul candidaturii am depus adresa nr. 335503 din 26.04.2022 eliberată de DGITL a Sectorului 1 București din cuprinsul căreia rezulta ca:

„Punctul de lucru situat în ..., nr. 20, etaj 5, Ap. 21, Sector 1, București nu figurează în evidențele fiscale ale Direcției Generale de Impozite și Taxe Locale a Sectorului 1 ca având bunuri impozabile.

Având în vedere cele de mai sus, nu va putem elibera certificat de atestare fiscală”.

Așadar având în vedere că membrii comisiei de evaluare au consemnat în cuprinsul documentelor elaborate, verificarea cerinței de calificare legată de prezentarea certificatelor de atestare fiscală și pentru respectivul punct de lucru (autoritatea competentă comunicând ... că nu poate elibera certificat de atestare fiscală, din considerentele mai sus reținute) se constată netemeinicia criticii formulate.

Se reține că aceeași abordare a îmbrățișat Consiliul, cu privire la același aspect reclamat de către ... în cuprinsul Deciziei nr. 1217/C9/1172 din data de 14.06.2022 fiind precizate următoarele aspecte:

"În ceea ce privește critica legată de faptul că, pentru punctul de lucru din București, str. Plevnei nr. 20, sector 1, candidata ... SRL nu a depus certificatele fiscale, este de reținut că, la pct. III.1.1.a) "Situația personală a candidatului sau ofertantului", din fișa de date, s-au solicitat următoarele: "3. **Certificate constatatoare privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată a impozitelor și taxelor către stat, inclusiv cele locale, precum și a contribuției pentru asigurările sociale de stat**, astfel:

a) pentru persoane juridice române:

- Certificat de atestare fiscală, eliberat de Agenția Națională de Administrare Fiscală – ANAF, din care să rezulte ca operatorul economic participant ca și ofertant la procedura de atribuire nu are datorii la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limita de depunere a ofertelor. În cazul unei asocieri, documentul va fi prezentat de către toți membrii asocierii;
- Certificat de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale, eliberat de Autoritățile Publice Locale, din care să rezulte ca operatorul economic participant ca și ofertant la procedura de atribuire nu are datorii la bugetele locale scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limita de depunere a ofertelor. În cazul unei asocieri, documentul va fi prezentat de către toți membrii asocierii”.

Este de reținut și faptul că, prin cererea de intervenție, autoarea acesteia a precizat următoarele: "... pentru punctul de lucru din București, subscrisa nu este înregistrată cu bunuri impozabile, aspect pentru care instituțiile competente nu eliberează certificat de atestare fiscală. În susținere, în cuprinsul candidaturii am depus adresa nr. 306593 din 29.03.2022 eliberată de DGITL a Sectorului 1 București din cuprinsul căreia rezultă că: **Punctul de lucru situat în strada Plevna, nr. 20, etaj 5, ap. 21, sector 1, București nu figurează în evidențele fiscale ale Direcției Generale de Impozite și Taxe Locale a Sectorului 1 ca având bunuri impozabile. Având în vedere cele de mai sus, nu vă putem elibera certificat de atestare fiscală.**

Pe de altă parte, vă rugăm să aveți în vedere că, potrivit art. 32 alin. (7) din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale: *Orice persoană subiect al unui raport juridic fiscal, inclusiv operatorul economic, instituția publică și instituția publică locală, care are organizată o entitate, cu sau fără personalitate juridică, la altă adresă decât sediul social al subiectului respectiv, cu minimum 5 persoane care realizează venituri din salarii, are obligația să solicite înregistrarea fiscală a entității respective, ca plătitoare de salarii și de venituri asimilate salariilor, la organul fiscal din subordinea Agenției Naționale de Administrare Fiscală în a cărei rază teritorială se află adresa unde se desfășoară efectiv activitatea acelei entități.*

De menționat este că, la punctul de lucru din București, la momentul actual ... are înregistrate 2 (două) persoane care realizează venituri din salarii, situație în care, în aplicarea prevederilor de mai sus, nu există obligația subscrisiei de a solicita înregistrarea fiscală a punctului de lucru, ci doar declararea acestuia. ...”.

Totodată, având în vedere că, din conținutul Certificatului constatator prezentat de candidat rezulta existența mai multor puncte de lucru, se consideră evident că autoritatea contractantă avea obligația verificării cerinței de calificare legate de prezentarea certificatelor de atestare fiscală și pentru respectivele puncte de lucru.

Prin urmare, critica contestatoarei și din acest punct de vedere se consideră întemeiată.”

Așadar este relevantă trimiterea la decizia anterior redată pronunțată de Consiliu, prin prisma faptului că în situația analizată era vorba despre existența mai multor puncte de lucru, și nu despre neluarea în considerare a documentului nr. 335503 din 26.04.2022 eliberată de DGITL a Sectorului 1 București din cuprinsul căruia rezulta că:

„Punctul de lucru situat în ..., nr. 20, etaj 5, Ap. 21, Sector 1, București nu figurează în evidențele fiscale ale Direcției Generale de Impozite și Taxe Locale a Sectorului 1 ca având bunuri impozabile.

Având în vedere cele de mai sus, **nu va putem elibera certificat de atestare fiscală.**”

Susținerile contestatoarei vizavi de faptul că:

”Declarația organului fiscal local nu prezintă decât parțial situația acestuia, din moment ce un operator economic care nu deține bunuri impozabile pe raza unui organ fiscal local nu este scutit de plata unor taxe și impozite locale dacă desfășoară activități la acest punct de lucru.

Acest fapt îmi este personal binecunoscut, deoarece la unul din punctele de lucru pe care le dețin nu am bunuri impozabile, dar prin desfășurarea activității mele în acea locație trebuie să fiu înregistrat la organul fiscal local și trebuie să plătesc taxe și impozite specifice, în special pentru afișaj și pentru salubritate și, în anumite cazuri, pentru deșeuri.

Reiese faptul că ... a eludat obligația de a declara la acest organ fiscal aceste obligații fiscale și de a se înregistra, situație de excludere a candidaturii. Simplul fapt că are expusă o plăcuță cu numele firmei incumbă o taxă de afișaj, iar desfășurarea activității la acel punct de lucru generează reziduuri care sunt colectate prin serviciile de salubritate.”

nu intră în competența Consiliului, relevante și aplicabile următoarele dispoziții legale din Legea nr. 101/2016:

"Art. 8 - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de...

Art. 12. - (1) Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2)."

Așadar atribuțiile Consiliului, potrivit prevederilor legale, sunt de analizare, din punct de vedere al legalității și temeiniciei, a actelor emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire în cauză și atacate de către persoana vătămată.

Documentul/înscrișul reclamat supus criticilor în discuție nu este emis de către autoritatea contractantă.

În situația în care, operatorii economici interesați au neclarități cu privire la efectele juridice care urmau a fi produse de către anumite înscrișuri depuse în cadrul procedurii, au posibilitatea de a solicita informații, lămuriri, clarificări/detalii de la instituția emitentă, iar în situația în care au neclarități cu privire la legalitatea emiterii respectivelor înscrișuri au posibilitatea de a sesiza organele competente a cerceta aceste aspecte.

Criticile formulate de ... referitoare la candidatura ... respectiv că *aceasta și-a schimbat sediul social din Constanța în București, însă din certificatul constator ORNC (pag. 16 din dosar), rezultă ca la acesta sediu nu desfășoară activitățile prevăzute. Acest fapt este întărit și de acela că autorizația pentru efectuarea de operațiuni este emisă pentru punctul de lucru din Constanța, rezultând că operațiunile aferente contractului vor fi realizate de la acest punct de lucru. Astfel, că pentru punctul de lucru din Constanța - unde desfășoară efectiv" activitate autorizată - nu a prezentat certificate fiscale, candidatura acestuia neputând fi legal calificată și selectată pentru etapa a II-a a procedurii"* nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare, fiind inadmisibile, pe calea concluziilor scrise.

Persoana vătămată trebuie să sesizeze Consiliul, într-un termen anume dat, cu o contestație care trebuie să cuprindă obligatoriu motivarea în fapt și în drept a ei.

Potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

Nicăieri în cuprinsul Legii nr. 101/2016 nu se amintește că persoana vătămată își poate schimba motivarea contestației prin care s-a delimitat cadrul judecării, astfel încât Consiliul să analizeze alte motive decât cele cu care a fost investit în termenul legal de contestare.

Concluziile scrise, astfel cum reiese chiar din denumirea lor, constituie o expunere finală a argumentației asupra cererii supuse dezbaterii, nu o nouă motivare a cererii.

2. Cel de-al doilea aspect reclamat de ... vizează faptul că respectivele candidaturi depuse de ..., ... și ... nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Ca și în cazul precedent analizat, vizavi de criteriul de calificare privind situația personală, contestatoarea subliniază că în formularea cerințelor se folosesc termenii de persoane juridice române sau străine, fiind evident că cerințele sunt impuse pentru toți operatorii economici participanți. Astfel autoarea contestației apreciază că respectiva cerință trebuia îndeplinită pe lângă candidat și de terții susținători și subcontractanții nominalizați de candidați.

Argumentele aduse de Consiliu cu ocazia soluționării criticii vizavi de criteriul de calificare privind situația personală sunt incidente și în acest caz.

Astfel Consiliul redă cerința reclamată care se regăsește în cadrul fișei de date, la pct. **“III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale:**

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Cerința de calificare: **Candidații vor face dovada că sunt înregistrați și că au în obiectul de activitate producerea/comercializarea muniții.**

Documente solicitate:

a) pentru persoane juridice române:

a.1) certificat constatator, emis de Oficiul Registrului Comerțului, din care să rezulte informații care sunt reale/actuale la data limită de depunere a candidaturilor privind obiectul de activitate, datele de identificare, acționarii/asociații, organele de conducere, administratorii, alte informații relevante - în original sau copie lizibilă cu mențiunea “conform cu originalul” cu semnătura și ștampila ofertantului;

a.2) autorizația / confirmarea de înregistrare pentru efectuarea de operațiuni de comerț exterior cu produse militare, eliberată de MAE – ANCEX, valabilă pentru importul / transferul de produse din categoria celor care se solicită a fi furnizate de autoritatea contractantă – **numai pentru agenții economici care importă produsele ce fac obiectul procedurii de achiziție;**

a.3) autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții eliberată de Direcția Generală a Municipiului București ori de inspectoratele județene de Poliție în a căror rază teritorială își are sediul social, după caz punctul de lucru unde urmează să se desfășoare operațiunile pentru care se solicită autorizarea – pentru persoanele juridice române, iar pentru persoanele juridice străine

– autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții, eliberată de autoritățile statului respectiv, tradusă autorizat în limba română.

b) persoane juridice străine:

b.1) documente edificatoare care să dovedească o formă de înregistrare ca persoană juridică sau de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile legale din țara în care operatorul economic este rezident; Documentele se vor prezenta însoțite de traducerea autorizată a acestora în limba română.

Note:

- **Din doc. prezentate, trebuie să reiasă că op. econ. au în ob. de activ. producerea/comercializarea muniții.**

- **În cazul unei asocieri, fiecare asociat trebuie să prezinte aceste documente.**

- În cazul în care ofertantul clasat pe primul loc a prezentat Certificatul constatator emis de O.R.C./ documentele de înregistrare în copie, autoritatea contractantă va solicita, în etapa de evaluare a ofertelor, înainte de comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, să prezinte pentru conformitate documentul în original /copie legalizată.

Sanțiunea neîndeplinirii criteriului: Candidaturile operatorilor economici care nu sunt înregistrați și care nu au în obiectul de activitate producere/comercializare de produse de natura celor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire și/sau care nu sunt însoțite de documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinței vor fi respinse.”

Analizând modul de elaborare a cerinței de calificare mai sus redată, Consiliul constată că cerința prezentării documentelor/înscrierilor solicitate vizează candidații care au depus candidaturile.

Se reține că autoritatea contractantă a precizat în mod expres că în cazul asocierii, fiecare asociat are obligația depunerii documentelor solicitate.

Analizând modul de elaborare al cerinței reclamate, Consiliul apreciază că achiziția trebuie să verifice îndeplinirea acesteia prin efectuarea unei analize în fapt și în drept prin raportare la modul de aplicare a cerinței și la înțelesul cerinței minime impuse, respectiv trebuie să reiasă din certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului că operatorul economic are în obiectul de activitate **producerea/comercializarea muniții**, respectiv a verificării autorizărilor activităților care figurează în certificatele de furnizare de informații emise pentru ofertanți de ORC, din perspectiva dispozițiilor normative aplicabile în acest domeniu, dacă aceste activități pot fi dovedite de certificatul emis de MAE pentru efectuarea operațiunilor de import/transfer de produse din categoria celor care se solicită a fi furnizate de autoritatea contractantă și inclusiv a verificării autorizației pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții eliberată de Direcția Generală a Municipiului București ori de inspectoratele județene de Poliție în a căror rază teritorială își are sediul social, după caz punctul de lucru unde urmează să se desfășoare operațiunile pentru care se solicită autorizarea.

Așadar este întemeiată critica contestatoarei vizavi de depunerea tuturor documentelor solicitate în vederea îndeplinirii criteriului de calificare și selecție privind capacitatea de exercitare a activității profesionale de *terții susținători* și *subcontractanți* nominalizați de candidați, întrucât așa cum a fost anterior reținut cerința reclamată trebuie să aibă o abordare unitară, trebuind analizată prin prisma susținerii acordate, în cazul terților și prin prisma activităților/serviciilor subcontractate.

Ceea ce era de interes pentru autoritatea contractantă era proba faptului că din documentele prezentate, trebuie să reiasă că candidatul are în obiectul de activitate producerea/comercializarea muniții și deține respectivele autorizații solicitate, în mod similar și terțul susținător/subcontractantul nominalizat au capacitatea efectivă de executare a contractului (respectiv în calitatea sa de subcontractant trebuie să probeze faptul că va executa, în mod legal, activitățile menționate în acordul-cadru, pentru partea din contract care urmează a fi subcontractantă, respectiv în calitatea sa de terț susținător tehnic de a proba/demonstra capacitatea de a se implica în ducerea la îndeplinire a contractului de furnizare, dacă candidatul se confruntă cu dificultăți tehnice pe parcursul derulării acordului-cadru).

Se reține că aceeași abordare se regăsește și în cuprinsul deciziilor pronunțate de Consiliu (aspect reținut și de autoarea contestației) cu titlu jurisprudențial, exemplificăm: Decizia nr. 1447/C9/1653 din 18.08.2016, Decizia nr. 3055/C8/3338 din 06.12.2021, Decizia nr. 1217 / C9/1172/14.06.2022, Decizia nr. 1171/C6/871/07.06.2021 și Decizia nr. 2137/C4/2297/19.11.2020.

Astfel Consiliul va reda paragrafele incidente speței în analiză:

- Decizia nr. 1171/C6/871/07.06.2021:

"(...)

Față de cele evocate, Consiliul constată că ... SRL nu a prezentat, pentru subcontractantul SC ... SRL autorizația în discuție, așa cum a fost solicitată de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, respectiv Autorizația eliberată de autoritățile competente în contextul art. 3 lit. b) din Legea nr. 232 din 22.11.2016".

Această autorizație era necesar să fie deținută și de către subcontractant, deoarece, conform Acordului de subcontractare nr. 140/ 24.02.2021, SC ... SRL va efectua și operațiuni de transport: „Efectuare transport muniții de la Producător la Beneficiar”. Or, raportat la art. 3 lit. b) și ș) din Legea nr. 232/2016, este evident că nu doar contestatoarea trebuia să dețină autorizația în baza Legii nr. 232/ 2016, ci și subcontractantul, întrucât printre operațiunile pe care le va efectua se numără și cea de transport, activitate inclusă în cele necesare realizării de produse militare.

Mai mult, la art. 7 al acestui acord de subcontractare se regăsește următoarea clauză: „Subcontractantul se angajează față de contractant cu aceleași obligații și responsabilități pe care contractantul le are față de achizitor, conform contractului de furnizare produse încheiat cu Inspectoratul General al Poliției Române”.

Prin urmare, Consiliul nu va reține ca întemeiată afirmația contestatoarei conform căreia autoritatea contractantă nu a impus „obligativitatea deținerii autorizației în discuție și de către subcontractanții declarați, ci, în mod exclusiv, pentru candidații participanți la procedură”, deoarece, pe de o parte, chiar dacă, în respectiva documentație, nu s-a cerut, în mod expres, documentul de mai sus, autoritatea contractantă este obligată să verifice modul în care ofertanții pot să asigure furnizarea produselor în cauză, prin depunerea unor documente care să demonstreze că acest lucru se va efectua în mod legal, iar pe de altă parte, nicăieri, în documentația de atribuire nu s-a menționat că această autorizație va fi exclusiv prezentată doar de către candidat, în cazul în care ar avea și subcontractanți. De altfel, nici contestatoarea nu indică unde anume, în această documentație, s-ar regăsi cele susținute de ea.

Altfel spus, și în cazul implicării unui subcontractant, acesta din urmă trebuie să dețină documente/autorizații etc. care să probeze faptul că va executa, în mod legal, activitățile menționate în acordul-cadru, față de legislația aferentă, mai ales că activitatea de transport este una clar precizată printre cele care fac obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

Or, în condițiile în care Cerința nr. 3, indică, în mod clar, actul normativ și temeiul legal, pe baza cărora trebuie obținută această autorizație, respectiv art. 3 lit. b) din Legea nr. 232 din 22.11.2016, este evident că orice alte alegații ale contestatoarei referitoare la faptul că respectiva autorizație „se referă la capacitatea operatorului economic semnat al acordului-cadru de realizarea a obiectului acestuia, iar nu a unui simplu prestator de servicii care nu face parte din obiectul acordului-cadru”, Consiliul nu le va reține ca întemeiate, deoarece fiecare operator economic participant/candidat are răspunderea asupra activității/ activităților sale nu și asupra celor ale subcontractantului declarat, acesta din urmă fiind obligat să prezinte propriile documente care să probeze efectuarea activităților sale. În concluzie, pentru efectuare activității de transport (în cazul de față transport al cartușelor), SC ... SRL nu este doar în simplu prestator de servicii, acesta având obligația, conform acordului de subcontractare, de a avea aceeași autorizație ca și ... SRL, în baza Legii nr. 232/2016.

Relevant pe acest aspect, este și răspunsul autorității contractante la o solicitare de clarificări asupra documentației de atribuire, nr. 664861/1 din 18.02.2021:

„Vă adresăm rugămintea de a ne preciza dacă pentru operatorii economici care importă produsele (...) este obligatorie prezentarea Autorizației ... în contextul art. 3, lit. b) din Legea nr. 323 din 22.11.2016 (...)

Răspuns 1: Vă comunicăm faptul că este obligatorie prezentarea autorizației în cauză, așa cum a fost stabilit în cuprinsul fișei de date”.

În concluzie, din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că subcontractantul contestatoarei nu deține autorizația în discuție, conform Legii nr. 323/2016, așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire.

Prin urmare, în condițiile în care societatea contestatoare nu a avut nicio obiecțiune asupra cerinței în discuție, care impunea prezentarea autorizației în baza Legii nr. 232/2016 și cunoștea documentele aferente subcontractantului, în sensul solicitării unei clarificări autorității contractante, așa cum stabilesc dispozițiile art. 69 alin. (1) din OUG nr. 114/2011: „Orice candidat selectat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire”, coroborat cu cele ale art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: „Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs”, prin faptul că a depus oferta, se prezumă că ... SRL a înțeles și acceptat conținutul documentației de atribuire, fiind astfel obligată să respecte dispozițiile art. 32

alin. (1) din OUG nr. 114/2011: „Ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire”, coroborat cu cele ale art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Consiliul nu va reține ca întemeiată nici susținerea contestatoarei potrivit căreia deținerea autorizației eliberată „în contextul art. 3 lit. b) din Legea nr. 232/2016 era necesară în situația în care ... SRL ar fi realizat o parte din obiectul acordului-cadru (...)”, deoarece, conform definiției de la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, subcontractantul are obligația de a îndeplini „activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”.

Prin urmare, Consiliul constată că, în condițiile în care autoritatea ar fi acceptat răspunsul contestatoarei în ceea ce privește subcontractantul ... SRL, în acest caz, ar fi încălcat principiul tratamentului egal statuat de art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 114/2011 și din Legea nr. 98/2016, față de ceilalți ofertanți/candidați ai căror eventuali subcontractanți ar deține autorizația în discuție, așa cum s-a solicitat în documentația de atribuire, conform art. 3 lit. b) din Legea nr. 323 din 22.11.2016, pe de o parte, sau, pe de altă parte, față de ceilalți ofertanți ai căror subcontractanți nu dețineau această autorizație și au ales să nu participe la procedura de atribuire.”

- Decizia nr. 1217/C9/1172/14.06.2022:

„Este de reținut și faptul că, la pct. III.1.1.a) ”Situația personală a candidatului sau ofertantului”, din fișa de date, s-au solicitat următoarele: ”... 4. **Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 150 din O.U.G nr. 114/2011**, care va fi prezentată și de subcontractanți, dacă este cazul, iar în cazul unei asocieri de către toți membrii asocierii; ... 5. **Declarație privind calitatea de participant la procedura**” și la pct. III.1.1.b) ”Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, s-au solicitat: ” Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

I. Operatorii economici ce depun ofertă/oferte trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, că este legal constituit și că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

La momentul depunerii candidaturilor, operatorii economici vor prezenta documentul justificativ, astfel:

1. Certificatul constatator eliberat de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă instanța competentă, semnat electronic de reprezentantul legal din care să rezulte că obiectul de activitate al ofertantului include furnizarea produselor care fac obiectul achiziției;

Informațiile cuprinse în certificatul constatator trebuie să fie conforme cu realitatea la data depunerii documentului.

În cazul unei asocieri, fiecare asociat este obligat să prezinte aceste documente, pentru partea din contract pe care o are de realizat.

2. Persoane juridice/fizice străine: Documente care dovedesc o formă de înregistrare / atestare ori apartenență din punct de vedere profesional (documentele vor fi semnate electronic și vor fi însoțite de o traducere autorizată în limba română), în conformitate cu prevederile legale din țara de rezidență.

Documentele se vor prezenta însoțite de traducerea autorizată a acestora în limba română.

Note:

- În cazul unei asocieri, fiecare asociat trebuie să prezinte aceste documente.

Sanțiunea neîndeplinirii criteriului: **candidaturile operatorilor economici care nu sunt înregistrați și care nu au în obiectul de activitate producere/comercializare de produse de natura celor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire și/sau care nu sunt însoțite de documentele care probează/confirma îndeplinirea cerinței vor fi respinse.**

Totodată, la pct. VI.3 ”Informații suplimentare” din fișa de date, s-a precizat: ”... **În cazul în care ofertantul are intenția de a subcontracta parte/parți din contract, va completa și prezenta Formularul 10 – Secțiunea Formulare - Declarație privind lista subcontractanților și partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de aceștia. ...**”.

În aceste condiții, se reține și faptul că autoritatea contractantă a solicitat candidatei prin adresa nr. S2/ZIV/99704/18.04.2022, depunerea Formularului 7 *Declarație privind calitatea de participant la procedură* pentru subcontractantul ... SRL, Certificatul emis de Oficiul Registrului Comerțului din care să rezulte faptul că obiectul de activitate al subcontractantului ... SRL include activitățile pe care urmează a le derula în cadrul contractului, precum și acordul de subcontractare încheiat cu ... SRL, având în vedere depunerea în cuprinsul candidaturii a Formularului 10

Declarație privind lista subcontractanților și partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de aceștia.

Candidata a răspuns acestei cereri prin adresa nr. 441/19.04.2022, depunând cele 3 documente care i s-au solicitat:

1. Formularul nr. 7 *Declarație privind calitatea de participant la procedură* pentru subcontractantul ... SRL care evidențiază această calitate;
2. Acordul de subcontractare încheiat între ... SRL, în calitate de contractor și ... SRL, în calitate de subcontractant, pentru următoarele activități: asigurare efective jandarmi pentru însoțirea și paza transportului de muniții pe teritoriul României; asigurare armurier transport muniție pe teritoriul României; informare autorități în drept despre efectuarea transportului pe teritoriul României; însoțire transport muniție pe teritoriul României, servicii reprezentând 2,45% din valoarea totală a contractului;
3. Certificat constatator nr. 351949/18.04.2022, emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului.

Ca urmare a documentelor prezentate de candidata ... SRL, cu subcontractant ... SRL, autoritatea contractantă a încheiat procesul – verbal nr. S2/ZIV/100005/06.05.2022, în care a reținut că răspunsul este concludent, cerințele în cauză îndeplinite, candidatura fiind admisă.

Ca prim aspect, se reține că, pentru lipsa din candidatură a două declarații și a unui Certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului pentru subcontractantul ... SRL declarat în Formularul nr. 10 de la data depunerii candidaturii, nu existau motive care să conducă la respingerea candidaturii.

Legislația în materia achizițiilor publice nu impune respingerea unei candidaturi pentru lipsa unui document, în absența unei solicitări de clarificare.

Mai mult, completarea prin intermediul solicitării de clarificare a documentelor amintite nu este de natură să aducă un avantaj candidatei în detrimentul celui alt candidat din procedură.

Cu toate acestea, având în vedere că, prin fișa de date s-a solicitat depunerea Certificatului constatator eliberat de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă instanța competentă, din care să rezulte că obiectul de activitate al ofertantului include furnizarea produselor care fac obiectul achiziției, se impunea ca autoritatea contractantă să verifice dacă această cerință este îndeplinită.

Raportat la activitățile indicate în cuprinsul Acordului de subcontractare, reținerea în procesul – verbal nr. 4 privind evaluarea candidaturilor a "codului CAEN 4941 – inclusiv arme și muniții", nu poate să conducă la îndeplinirea cerinței, astfel cum s-a concluzionat.

Este adevărat că, prin fișa de date s-a impus depunerea Certificatului constatator eliberat de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă instanța competentă, din care să rezulte că obiectul de activitate al ofertantului include furnizarea produselor care fac obiectul achiziției, însă câtă vreme subcontractantul ... SRL a indicat în acordul de subcontractare că va realiza activitățile de asigurare efective jandarmi pentru însoțirea și paza transportului de muniții pe teritoriul României; asigurare armurier transport muniție pe teritoriul României; informare autorități în drept despre efectuarea transportului pe teritoriul României; însoțire transport muniție pe teritoriul României, reținerea de către autoritatea contractantă a "codului CAEN 4941 – inclusiv arme și muniții" nu poate asigura îndeplinirea cerinței de calificare impuse.

Astfel, se impunea ca autoritatea contractantă să verifice și să consemneze în acest sens în procesul – verbal privind evaluarea candidaturilor a codurilor CPV din Certificatul constatator depus, corespunzătoare activităților pe care subcontractantul le va realiza.

Din acest punct de vedere critica contestatoarei se consideră întemeiată."

În același sens au raționat și instanțele de judecată, fiind importante cele statuate de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, în cuprinsul Deciziei Civile nr. 567/17.09.2019:

"Analiza raportului procedurii și a înscrisurilor documentației de atribuire, Curtea constată că autoritatea contractantă a apreciat drept conformă/admisibilă această ofertă prin raportare la această cerință de calificare, fără însă a efectua o analiză în fapt și în drept prin raportare la modul de aplicare a cerinței și la înțelesul cerinței minime impuse, respectiv „trebuie să reiasă din certificatul constatator emis de Oficiul Registrului comerțului că operatorul economic are în obiectul de activitate producerea/ comercializarea producerea/ comercializarea de muniție, ... activitatea CAEN și certificatul constatator emis de ORC trebuie să demonstreze că operatorul economic îndeplinește condițiile de funcționare specifice pentru activitatea CAEN în care se înscrie obiectul contractului de achiziție: producerea/comercializarea de producerea/ comercializarea de muniție. „atât din perspectiva corelării mențiunilor privind codurile CAEN cu denumirile activităților aferente sediului ofertanților, cât și a verificării corelației între obiectul contractului furnizare muniție" având

obiectul specific menționat în documentația de atribuire cu activitățile de producere/comercializare, cu excluderea celorlalte activități prevăzute de lege având acest obiect, respectiv a verificării autorizărilor activităților care figurează în certificatele de furnizare de informații emise pentru ofertanți de ORC, din perspectiva dispozițiilor normative aplicabile în acest domeniu, dacă pentru îndeplinirea acestei cerințe era suficientă raportarea la autorizarea comercializării cu amănuntul a muniției de acest tip sau cu ridicata, dacă activitatea urma a fi desfășurată la sediul social sau la unul dintre punctele de lucru, inclusiv dacă aceste activități pot fi dovedite de certificatul emis de MAE pentru efectuarea operațiunilor de export, import, intermediere privind produse militare din anumite categorii, din această perspectivă aprecierea autorității contractante asupra admisibilității ofertei în cauză fiind una strict formală și nemotivată prin raportare la documentația de atribuire și documentele din oferta în cauză, dar și la împrejurările esențiale menționate anterior, inclusiv, dată fiind materia specifică aflată în discuție, prin raportarea la modul de apreciere a îndeplinirii acestei cerințe astfel cum rezultă acesta din jurisprudența anterioară atât a CNSC, cât și a instanțelor de contencios administrativ în această materie, astfel cum au fost invocate de către petenta-contestatoare, aspecte strict necesare pentru expunerea în mod transparent a raționamentului concret pentru care s-a reținut admisibilitatea acestei oferte.”

Trecând la analiza criticilor formulate, Consiliul reține că un prim aspect

vizează faptul că ... nu a prezentat documentele impuse pentru *terțul susținător tehnic* ..., care să dovedească o formă de înregistrare ca persoană juridică sau de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, astfel concluzia contestatoarei fiind că respectiva candidatură nu putea fi calificată și selectată.

În raport de cele reținute anterior, Consiliul apreciază că ceea ce era de interes pentru autoritatea contractantă era proba faptului că terțul susținător ... are capacitatea efectivă de executare a contractului, respectiv în calitatea sa de terț susținător tehnic de a proba/demonstra capacitatea de a se implica în ducerea la îndeplinirea a contractului de furnizare, dacă candidatul ... se confruntă cu dificultăți tehnice pe parcursul derulării acordului-cadru.

Aspect care conduce la verificarea de către achizitoare dacă din documentele prezentate, terțul susținător are în obiectul de activitate producerea/comercializarea muniții.

În vederea îndeplinirii cerinței mai sus redate, achizitoarea a solicitat depunerea înscrisurilor de la a.1), a.2) și a.3) care fac dovada faptului că respectivii candidați sunt înregistrați și că au în obiectul de activitate producerea/comercializarea muniții.

Din examinarea candidaturii depuse de ..., Consiliul reține că pentru terțul susținător ... nu a fost depus certificatul constatator de la pct a.1) și nici nu au fost depuse autorizațiile de la pct. a.2) și a.3).

Din examinarea *Procesului-verbal nr. 225.729 din 19.05.2022 al ședinței de analiză a candidaturilor*, se reține că în secțiunea dedicată evaluării candidaturii depuse de ..., membrii comisiei de evaluare au consemnat depunerea de către candidatul ..., a celor 3 înscrisuri solicitate la pct. a.1), a.2) și a.3). În cazul terțului susținător ... nu se regăsesc consemnate respectivele înscrisuri.

În raport de cele mai sus reținute se impune verificarea de către achizitoarea pentru terțul susținător în ceea ce privește obiectul de activitate al acestui ofertant și dacă este autorizat să efectueze operațiunile de import/transfer de produse din categoria celor care se solicită a fi furnizate de autoritatea contractantă și dacă este autorizat pentru

efectuarea operațiunilor cu arme și muniții, respectiv să verifice deținerea respectivelor autorizații solicitate la pct. a.2) și a.3) mai sus redată, din care să rezulte capacitatea terțului a acorda suportul tehnic pentru îndeplinirea acordului-cadru, în condițiile precizate în cuprinsul angajamentului depus.

În raport de cele mai sus reținute se constată că pentru susținătorul tehnic ..., candidatul ... nu face dovada capacității de a dovedi susținerea tehnică acordată, motiv pentru care Consiliul va obliga achizitoarea să clarifice cu candidatul ... acest aspect, sub aspectul solicitării depunerii certificatului constatator și a autorizațiilor amintite, pentru terțul susținător.

Referitor la societatea ..., contestatoarea reclamă faptul că aceasta nu are în obiectul de activitate producere/comercializare de muniții și nici nu are autorizație pentru efectuarea acestor operațiuni cu arme și muniții.

De asemenea, reclamă că și pentru terțul susținător ... nu a prezentat documentele impuse, nu are în obiectul de activitate producere/comercializare de muniții și nu deține nici autorizație pentru efectuarea acestor operațiuni cu arme și muniții.

Din examinarea *Procesului-verbal nr. 225.729 din 19.05.2022 al ședinței de analiză a candidaturilor*, se reține că în secțiunea dedicată evaluării candidaturii depuse de ..., membrii comisiei de evaluare au consemnat pentru candidatul ... a celor 3 înscrisuri solicitate la pct. a.1), a.2) și a.3). În cazul terțului susținător ... nu se regăsesc consemnate respectivele înscrisuri.

Din examinarea documentelor depuse de ..., Consiliul reține că la paginile 11-16 se regăsește Certificatul Constatator nr. 404577/05.05.2022, emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului.

În cuprinsul respectivului certificat constatator nu se regăsește obiectul de activitate solicitat, respectiv **producerea/comercializarea muniții**.

La fila 20 se regăsește *Confirmare de înregistrare pentru efectuarea de operațiuni cu produse militare*, emis de Ministerul Afacerilor Externe – Departamentul pentru controlul exporturilor, la data de 21.03.2022, potrivit căruia societatea ... se înregistrează pentru efectuarea următoarelor operațiuni cu produse militare:

- export/import/transfer;
- intermediere conform art. 5 alin. (1) lit.k) din OUG 158/1999.

Republicată.

Totodată la fila 21 se regăsește *Autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții letale nr. 360788/06.02.2019*.

În raport de cele mai sus reținute se constată temeinicia în parte a criticii vizavi de societatea ..., respectiv că aceasta nu are în obiectul de activitate producere/comercializare de muniții.

Critica formulată vizavi de pretinsa nedeținerea a autorizației pentru efectuarea acestor operațiuni cu arme și muniții este neîntemeiată.

Criticile vizavi de pretinsa neîndeplinire a cerinței de către terțul susținător ..., motivat de faptul că acesta nu a prezentat certificatul

constatator și autorizația pentru efectuarea acestor operațiuni cu arme și muniții, sunt întemeiate.

Raționamentul conturat și considerentele reținute de Consiliu în cazul candidaturii depuse de ... vizavi de susținătorul tehnic ... sunt incidente și în acest caz.

În raport de cele reținute anterior, Consiliul apreciază că ceea ce era de interes pentru autoritatea contractantă era proba faptului că terțul susținător ... are capacitatea efectivă de executare a contractului, respectiv în calitate sa de terț susținător financiar și tehnic de a proba/demonstra capacitatea de a se implica în ducerea la îndeplinirea a contractului de furnizare, dacă candidatul ... se confruntă cu dificultăți financiare și tehnice pe parcursul derulării acordului-cadru.

Aspect care conduce la verificarea de către achizitoare dacă din documentele prezentate, terțul susținător are în obiectul de activitate producerea/comercializarea muniții.

În vederea îndeplinirii cerinței mai sus redate, achizitoarea a solicitat depunerea înscrisurilor de la a.1), a.2) și a.3) care fac dovada faptului că respectivii candidați sunt înregistrați și că au în obiectul de activitate producerea/comercializarea muniții.

În raport de cele mai sus reținute se impune verificarea de către achizitoare pentru terțul susținător în ceea ce privește obiectul de activitate al acestui ofertant și dacă este autorizat să efectueze operațiunile de import/transfer de produse din categoria celor care se solicită a fi furnizate de autoritatea contractantă și dacă este autorizat pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții, respectiv să verifice deținerea respectivelor autorizații solicitate la pct. a.2) și a.3) mai sus redate, din care să rezulte capacitatea terțului a acorda suportul financiar și tehnic pentru îndeplinirea acordului-cadru, în condițiile precizate în cuprinsul angajamentului depus.

În raport de toate aspectele mai sus reținute se constată că pentru susținătorul financiar și tehnic ... S.R.L. candidatul ... nu face dovada capacității de a dovedi susținerea tehnică acordată.

În raport de cele mai sus reținute se impune clarificarea achizitoarei cu candidatul ... cu privire la următoarele aspecte: capacitatea de exercitare a activității profesionale, în ceea ce privește obiectul de activitate al acestui candidat. Pentru terțul susținător ... se impune clarificarea sub aspectul solicitării depunerii certificatului constatator și a autorizațiilor amintite.

În ceea ce privește candidatura depusă de ..., contestatoarea arată că aceasta nu a prezentat documentele impuse pentru subcontractantul ... S.R.L., ci a depus doar certificatul constatator ONRC, din care nu rezultă obiectul de activitate de producere/comercializare de muniții și nici nu a depus documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinței, candidatura trebuind a fi respinsă. În plus, acesta nu deține nici autorizație pentru efectuarea acestor operațiuni cu arme și muniții, sancțiunea fiind tot respingerea candidaturii astfel concluzia contestatoarei este aceea că nu există document probant din care să rezulte dreptul subcontractantului de a efectua activitățile obiect al acordului de subcontractare.

Mai mult, contestatoarea afirmă că operatorul economic ... nu are în obiectul de activitate producere/comercializare de muniții, iar din documentele care ar fi trebuit să probeze îndeplinirea cerinței, mai ales din autorizația pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții, nu rezultă că are dreptul să se angajeze în aceste contracte.

Din examinarea documentelor depuse de ..., Consiliul reține că la paginile 142-147 se regăsește Certificatul Constatator nr. 379919/28.04.2022, emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului.

În cuprinsul respectivului certificat constatator se regăsesc consemnate următoarele coduri CAEN:

” -4941- Transporturi rutiere de mărfuri

-4669 - Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente

-4614 - Intermedieri în comerțul cu mașini echipamente industriale, nave și avioane

Text suplimentar:

-4614 – pentru activitate de intermediere în comerțul cu arme și muniții;

-4669 - pentru activitățile de import export/comerț cu ridicata al armelor și muniție de uz militar sau neletale și/sau comerț cu amănuntul al armelor și munițiilor de uz militar;

- 4941 - pentru activitatea de transport rutier de arme, piese și muniții în țară/străinătate, efectuată contra cost (pe bază de tarif sau contract) pentru terți.”

La fila 154 se regăsește *Confirmare de înregistrare pentru efectuarea de operațiuni cu produse militare*, emis de Ministerul Afacerilor Externe – Departamentul pentru controlul exporturilor, la data de 30.08.2021, potrivit căruia societatea ..., se înregistrează pentru efectuarea următoarelor operațiuni cu produse militare:

- export/ transfer de produse militare din categoria ML3

- import/transfer de produse militare din categoriile ML3, ML7, ML13 și ML 17

- intermediere privind negocierea sau organizarea tranzacțiilor care presupun scoaterea ori introducerea din sau în teritoriul României de produse militare.

Totodată la fila 155-156 se regăsește *Autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții nr. 600574/02.07.2020*.

În raport de cele mai sus reținute se constată netemeinicia criticii vizavi de societatea ..., respectiv că aceasta nu are în obiectul de activitate producere/comercializare de muniții și că nu deține autorizațiile solicitate.

Sușinerile contestatoarei vizavi de faptul că faptul că:

- intermedierea este o operațiune distinctă de cea de vânzare-cumpărare;

- asimilarea forțată a activităților de intermediere și import - export cu cea de vânzare-cumpărare, după cum este înscris în procesul-verbal de evaluare;

- legea relevantă obiectului contractului de operațiuni cu arme și muniții împiedică în mod explicit ca intermediarul să intre în proprietatea bunurilor, iar singura formă juridică de contract în care are dreptul să se angajeze intermediarul este cea de contract prestări servicii, nu de vânzare-cumpărare;

(...)

nu vor fi reținute, prin raportare la modul de elaborare al cerinței reclamate, nefiind făcută de achizitoare o distincție între comerț și intermediere comerț, care să conducă la neacceptarea activităților de

intermediere în comerțul cu arme și muniții în dovedirea faptului că ... are în obiectul de activitate producerea /comercializarea de muniții.

În mod similar și critica formulată vizavi de pretinsa nedeținerea a autorizației pentru efectuarea acestor operațiuni cu arme și muniții (motivată de faptul că ... nu este autorizat decât ca intermediar) este neîntemeiată, prin raportare la modul de elaborare al cerințelor vizavi de autorizațiile solicitate reclamate, nefiind făcută de achizitoare o distincție între comerț și intermediere comerț.

Aceeași concluzie de netemeinicie va fi reținută de Consiliu și vizavi de critica privind *"Referitor la Autorizația B601004 a lui ... aceasta nu conține operațiunea de transport, fapt sancționat, de altfel, și de Poliția Română cu excluderea candidaturii ...-..., iar transportul este o activitate /operațiune strict legată de obiectul contractului"*.

În stabilirea acestei finalități se are în vedere faptul că în ceea ce privește susținerea că ofertantul în cauză trebuie să facă dovada activității de transport muniții, Consiliul constată că nu poate fi reținută deoarece pe de o parte nu are suport expres și formal în cerințele impuse prin documentația de atribuire, impunându-se din această perspectivă autorizarea pentru activități de „*producere/comercializare*”, iar nu și pentru transport.

Aceeași abordare a avut și Curtea de Apel București Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, în cuprinsul Deciziei Civile nr. 567/17.09.2019:

*"In ceea ce privește susținerea că ofertantul în cauză trebuie să facă dovada activității de transport muniții, Curtea constată că nu poate fi reținută deoarece pe de o parte nu are suport expres și formal în cerințele impuse prin documentația de atribuire, **impunându-se din această perspectivă autorizarea pentru activități de „comercializare/producție”, iar nu și pentru transport**, iar pe de altă parte o astfel de cerință nu a fost impusă ofertanților chiar în contextul în care furnizarea de astfel de produse specifice poate implica și activități conexe de transport către beneficiarul-achizitor, în condițiile în care activitatea de comercializare/producție poate impune pentru autorizare o eventuală activitate de transport, însă nesolicitată prin această cerință de calificare."*

În ceea ce privește subcontractantul ... S.R.L., sunt depuse următoarele înscrisuri:

- Formularul nr. 7 *Declarație privind calitatea de participant la procedură* pentru subcontractantul ... S.R.L. care evidențiază această calitate;

- Acordul de subcontractare nr. 486/03.05.2022 încheiat între ..., în calitate de contractor și ... S.R.L., în calitate de subcontractant, pentru următoarele activități:

- ✓ asigurare efective jandarmi pentru însoțirea și paza transportului de muniții pe teritoriul României;
- ✓ asigurare armurier transport muniție pe teritoriul României;
- ✓ informare autorități în drept despre efectuarea transportului de muniții pe teritoriul României;
- ✓ însoțire transport muniție pe teritoriul României, servicii reprezentând 1,80% din valoarea totală a contractului;

- Certificat constatator nr. 351949/18.04.2022, emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului.

În cuprinsul respectivului certificat constatator se regăsesc consemnate următoarele coduri CAEN:

"-4941-transporturi rutiere de mărfuri

-4690-comerț cu ridică nespecializat;

-4619 intermediere în comerțul cu produse diverse;

Text suplimentar:

-4619 - inclusiv intermediere arme și muniții;

-4941 -inclusiv arme și muniții

-4690-inclusiv arme și muniții;

-4669 - inclusiv import export/arme și muniții; comerț cu amănuntul al armelor și muniției de uz militar;

-4778- inclusiv comerț cu arme și muniții

(...)"

Așadar din cele mai sus reținute nu se poate reține ca fiind întemeiată critica vizavi de faptul că din certificatul constatator ONRC, nu rezultă obiectul de activitate de producere/comercializare de muniții.

Cu titlu jurisprudențial Consiliul reține ca relevante sunt cele reținute de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 439 din 20 mai 2020, instanța de judecată pronunțându-se în ceea ce privește codul CAEN existent în certificatele constatatoare eliberate pe numele celor doi operatori economici, ... și ... S.R.L., cât și în ceea ce privește autorizațiile prevăzute de lege, astfel:

„Astfel, referitor la susținerile petentei vizând neîndeplinirea criteriului privind capacitatea de exercitare a profesiei de către candidatul ... și subcontractantul acestuia, ..., Curtea constată că aceasta a susținut că nu ar exista în certificatele constatatoare, emise de către ONRC pentru acești operatori, obiectul de activitate privind comercializarea de muniții în corelare cu codul CAEN aferent acestei operațiuni.

Din această perspectivă, Curtea reține că prevederea din anunțul de participare, de la secțiunea III. 1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale:

Cerința de calificare: Candidații vor face dovada că sunt înregistrați și că au în obiectul de activitate producerea/comercializarea de muniție, de natura celor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Documente solicitate:

a) pentru persoane juridice române:

a.1) certificat constatator, emis de Oficiul Registrului Comerțului, din care să rezulte informații care sunt reale/actuale la data limită de depunere a candidaturilor privind obiectul de activitate, datele de identificare, acționarii/asociații, organele de conducere, administratorii, alte informații relevante - în original sau copie lizibilă cu mențiunea "conform cu originalul" cu semnătura și ștampila ofertantului;

a.2) autorizație pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții letale;

a.3) confirmarea de înregistrare pentru efectuarea de operațiuni de comerț exterior cu produse militare, eliberată de Ministerul Afacerilor Externe-ANCEX.

Astfel, prin acordul de subcontractare nr. 474/30.07.2019, încheiat între ... SRL (contractor) și SC ... SRL (subcontractant), cel din urmă se obligă să presteze activitățile de:

- asigurare efective jandarmi pentru însoțirea și paza transportului de muniții pe teritoriul României;
- asigurare armurier transport muniție pe teritoriul României;

- informare autorități în drept asupra efectuării transportului pe teritoriul României;

- însoțire transport muniție pe teritoriul României.

Totodată, Curtea constată că în mod judicios CNSC a reținut că este nefondată și critica referitoare la nedepunerea certificatelor constatatoare pentru subcontractant și terț, întrucât, în candidatura ..., au fost incluse aceste documente la pag. 138 - pentru subcontractantul ... și la pag. 117 - pentru terțul FIOCCHI MUNIZIONI SPA.

Prin urmare, în mod corect CNSC, analizând certificatul constatator emis pentru ..., a constatat că ofertantul are înscrise în conținutul acestuia următoarele coduri CAEN:

4941- Transporturi rutiere de mărfuri

4669 - Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente

4614 - Intermedieri în comerțul cu mașini echipamente industriale, nave și avioane

Text suplimentar: 4614 pentru activitatea de intermediere în comerțul cu arme și muniții;

4669 - pentru activitățile de import/export; comerț cu ridicata al armelor și muniției de uz militar sau neletale și/sau comerț cu amănuntul al armelor și muniției de uz militar;

4941 - pentru activitatea de transport rutier de arme, piese și muniții în țară/străinătate, efectuată contra cost (pe bază de tarif sau contract) pentru terți.

Totodată, astfel cum a reținut și CNSC, în certificatul constatator emis pentru ... sunt menționate următoarele coduri CAEN:

4614 - Intermedieri în comerțul cu mașini, echipamente industriale, nave și avioane

4669 - Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente

4941 - Transporturi rutiere de mărfuri

4619 - Intermedieri în comerț cu produse diverse

Text suplimentar: 4619- inclusiv intermediere arme și muniții

4941 - inclusiv arme și muniții

4614 - intermediere arme și muniții

4690 - inclusiv arme și muniții

4669 - inclusiv import-export arme și muniții; comerț cu amănuntul al armelor și muniției de uz militar;

4941 - pentru activitatea de transport rutier de arme, piese și muniții în țară/străinătate, efectuată contra cost (pe bază de tarif sau contract) pentru terți.

Prin urmare, având în vedere că ... și ... au declarat și înscrise în certificatele constatatoare **activități de comercializare și transport arme și muniții**, Curtea constată că au îndeplinit cerința de calificare privitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, fiind nefondată critica formulată în acest sens.

Totodată, referitor la critica din plângere întemeiată pe nepretinsa nedeținere de către ... și ... a autorizațiilor pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții letale pentru obiectul contractului, Curtea constată că în cuprinsul documentației următoarelor documente:

- pentru ... SRL:

- Autorizație pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții letale Seria AO nr. 02848, emisă de Direcția Generală de Poliție a Municipiului București cu nr. 284148 din 30.08.2018, pentru a efectua următoarele operațiuni cu arme și muniții: intermediere în comerțul cu arme și muniții - cod CAEN 4614, import/export/comerț cu ridicata al armelor și munițiilor - cod CAEN 4669;

- Confirmare de înregistrare cod C15-128, emisă de către Ministerul Afacerilor Externe - Departamentul pentru Controlul Exporturilor la data de 14.06.2018, valabilă până la data de 13.06.2020, pentru efectuarea de operațiuni de: import/transfer de produse militare din categoriile ML3, ML7, ML13, ML17;

- pentru ... SRL:

- Autorizație pentru efectuarea operațiunilor cu arme și muniții letale Seria AO nr. 02850, emisă de Direcția Generală de Poliție a Municipiului București cu nr. 286797 din 08.11.2018, pentru a efectua operațiuni cu arme și muniții: import-export arme și muniții

- cod CAEN 4669, transport arme și muniții cod CAEN 4941, intermediari arme și muniții - cod CAEN 4614;

- Confirmare de înregistrare cod N08-116, emisă de către Ministerul Afacerilor Externe – Departamentul pentru Controlul Exporturilor la data de 09.05.2018 și valabilă până la data de 22.10.2019, pentru efectuarea de operațiuni de: export/transfer de produse militare din categoriile ML1 și ML2; import/transfer de produse militare din categoriile ML1, ML2, ML4, ML6 și ML7; tranzit/transbordare de produse militare din categoriile ML1, ML2, ML3, ML4, ML5, ML6, ML7, ML8, ML10, ML13, ML15 și ML22; intermediere privind negocierea sau organizarea tranzacțiilor care presupun scoaterea ori introducerea de produse militare din sau în teritoriul României;

- Licență pentru activități conexe transportului rutier seria CI nr. 0007859, emisă de Ministerul Transporturilor – Autoritatea Rutieră Română – ARR la data de 14.10.2016 și valabilă până la 13.10.2021, pentru efectuarea de activități conexe transportului rutier.

Din documentele incluse în candidatura ..., rezultă că atât candidatul, cât și subcontractantul său, au înscrise în autorizațiile emise de DGPMB codurile CAEN menționate în certificatele de la ONRC și dețin confirmare de înregistrare eliberată de Ministerul Afacerilor Externe, în consecință, fiind neîntemeiată și critica referitoare la nedeținerea autorizațiilor pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții letale.

Sunt nefondate și susținerile petentei referitoare la modalitatea în care au fost înscrise mențiunile privind obiectul de activitate/codurile CAEN atât în certificatul constatator, cât și în autorizația deținută de către ofertant și subcontractantul acestuia, în condițiile în care aceste acte juridice nu au fost desființate, fiind valabile și producând efectele prevăzute de lege, petenta nefăcând dovada ca într-adevăr codurile CAEN înscrise în actele prezentate în cadrul ofertei sunt neconforme cerințelor impuse prin caietul de sarcini, atât referitor la denumirea acestora, cât și la concordanța cu activitatea de producție/comercializare de arme și muniții impuse de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini."

Referitor la criticile care vizează lipsa depunerii pentru subcontractantul ... S.R.L. a celor două autorizații solicitate la pct. a.2) și a.3) sunt întemeiate, din examinarea candidaturii depuse de ... se constată lipsa respectivelor înregistrări. Din acest punct de vedere critica contestatoarei se consideră întemeiată.

Împrejurarea că achizitoarea nu a precizat în mod expres că respectivele autorizări trebuie depuse și de subcontractanți, nu este de natură la faptul că singura obligație rezultată din documentația de atribuire a vizat, în mod exclusiv, candidatul, obligație îndeplinită de ... contrar celor susținute de autoarea intervenției ..., autoritatea contractantă este obligată să verifice modul în care ofertanții pot să asigure furnizarea produselor în cauză, prin depunerea unor documente care să demonstreze că acest lucru se va efectua în mod legal.

Mai mult, la art. 7 al acestui acord de subcontractare se regăsește următoarea clauză: „*Subcontractantul se angajează față de contractant cu aceleași obligații și responsabilități pe care contractantul le are față de autoritatea contractantă, conform acordului-cadru/contractului subsecvent de furnizare produse, încheiat cu ... (...)*”.

Altfel spus, și în cazul implicării unui subcontractant, acesta din urmă trebuie să dețină documente/autorizații etc. care să probeze faptul că va executa, în mod legal, activitățile menționate în acordul-cadru, față de legislația aferentă, activitatea de comercializare/producție implică activitate de transport, activitate subcontractată lui ... S.R.L., transportul fiind o activitate/operațiune legată de obiectul contractului.

Potrivit legislației în domeniu subcontractantul are obligația de a îndeplini „*activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop*”.

Sușinerile societății contestatoarea vizavi de codurile CAEN care se regăsesc în cuprinsul certificatelor constatatoare depuse, versus impunerea unor anumitor coduri, nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare, având în vedere că autoritatea contractantă nu a impus un anumit cod CAEN.

Ceea ce este de interes pentru achizitoare este ca în procesul de reevaluare dispus, să verifice și corespondența între codurile CAEN și operațiunile aferente acestora din autorizațiile solicitate raportat la codurile CAEN și activitățile aferente acestora din certificatul ONRC în cazul fiecărui candidat/subcontractant/sușinător.

3. Cea de-a treia critică formulată de ... vizează faptul că societatea ... S.R.L. nu a depus declarația privind cifra de afaceri și nici bilanțurile contabile, iar fișa de date a achiziției nu impune nicio excepție sau derogare pentru depunerea lor. Documentele trebuiau depuse până la data-limită de depunere a candidaturilor și nu pot fi completate prin instrumentul solicitărilor de clarificări, iar candidatura trebuia respinsă.

Consiliul reține că respectiva declarație reclamată se regăsește astfel formulată în cuprinsul fișei de date:

” III.1.2) Capacitatea economica și financiară

Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Media cifrei de afaceri anuale, pe ultimii trei ani financiari încheiați, respectiv 2019, 2020, 2021 trebuie să fie cel puțin egală cu valoarea de: 1.680.650,00 lei (valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent).

Modalitatea de îndeplinire:

Documente solicitate:

1. Declarație privind cifra de afaceri, care cuprinde tabelul cu cifrele de afaceri anuale și media cifrei de afaceri anuale pe ultimii 3 ani. În cazul în care nivelul cifrei de afaceri a fost exprimat în altă monedă decât leul, pentru echivalența lei/valută se va avea în vedere cursul de schimb mediu anual lei/valută comunicat de Banca Națională a României și se va menționa cursul utilizat în documentele depuse. (...)”

Din examinarea candidaturii depuse de ... S.R.L. se reține că nu există declarația privind cifra de afaceri și nici bilanțurile contabile ale candidatului ... S.R.L., ci doar ale terțului sușinător ... S.R.L.

În raport de cele reținute, Consiliul apreciază ca fiind relevante precizările contestatoarei referitoare la faptul că deși beneficiază de susținere financiară, ... avea obligația de a depune respectivele înscrisuri.

Așadar se constată temeinicia criticii formulate sub acest aspect, urmând ca achizitoare să solicite candidatei ... S.R.L. depunerea declarației și a bilanțurilor contabile.

4. Cea de-a patra critică formulată de ... vizează faptul că candidaturile selectate nu îndeplinesc criteriul de calificare și selecție privind capacitatea tehnică și/sau profesională.

Contestatoarea susține că societatea ... nu îndeplinește cerința privind experiența similară, documentele depuse în probă nu respectă cerința impusă privind produsele similare și modalitatea de demonstrare a livrărilor efective, respectiv a finalizării contractelor. Nu sunt respectate, în principal,

cerințele impuse privind codul CPV, natura contractelor și conținutul și forma de prezentare a documentelor de confirmare a livrărilor.

De asemenea contestatoarea susține că în aceeași situație se găsește și candidatura ...

Este relevant de redat modalitatea în care achizitoare a formulat cerința de calificare reclamată, respectiv:

III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala

Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Candidații trebuie să fi îndeplinit contract/ contracte al căror obiect să fi fost furnizarea de produse similare și care, individual/ cumulativ în ultimii 5 ani să fi avut o valoare mai mare decât cea precizată mai jos: 1.680.650,00 lei fără TVA.

Prin produse similare, autoritatea contractantă înțelege numai produse livrate în baza unor contracte ce au avut ca obiect **producerea/comercializarea de muniții**, care se încadrează la codul CPV- 35331000-3 (Muniție pentru arme de foc și de război).

Cei cinci ani se calculează prin raportare la data limită de depunere a candidaturilor.

Modalitatea de îndeplinire:

Declarație/declarații privind lista principalelor livrări de produse similare în ultimii 5 ani (experiența similară).

Pentru confirmarea acestora, se vor anexa certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clienți beneficiari. Documentele de confirmare se vor prezenta în copie lizibilă cu mențiunea „conform cu originalul” semnat și ștampilat, iar din conținutul acestora trebuie să reiasă clar că furnizorul și-a îndeplinit obligațiile contractuale.

NOTE:

(1) Experiența similară se dovedește prin completarea și prezentarea unui formular. **Pentru faza de calificare, autoritatea contractantă va analiza corectitudinea datelor înscrise în acest formular, dacă acesta poate fi luat în considerare (sunt contracte finalizate, încadrarea corespunzătoare în codul CPV solicitat, s-au derulat în intervalul de timp solicitat).**

(2) Cap.teh. și prof. a candidatului poate fi susținută, ptr îndepl. unui ctr., și de o altă pers. Indiferent de nat.rel.jur. existente între candidat și pers. respectivă, cu resp. celorlalte cond. impuse prin prezenta doc.

(3) În cazul care candidatul își dem. cap.teh. și prof. invocând și susținerea acordată, în cf. cu prev. alin.(1), de o altă pers., atunci are oblig. de a dovedi susținerea de care benef., de regulă, prin prez. unui angajament ferm al pers. resp., prin care aceasta conf. Faptul că va pune la disp. candidatului/ofertantului resursele teh. și prof. invocate. Pers. care asig. susținerea teh. și prof. nu trebuie să se afle în sit. care det. excluderea din proc. de atribuire, cf. art. 155 și 156 din O.U.G. nr. 114/2011.

(4) Atunci când un grup de op. econ. depun candidatură comună, cap.teh. și prof. se dem. prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În cazul în care grupul beneficiază de susținerea teh. și prof. a unei/unor terțe pers., cap. teh. și prof. Se dem. în cond. prev. la alin.(2). Dacă op. econ. susținători nu depun doc. în forma solicitată, resursele acestora nu vor fi luate în considerare. Susținătorul răsp. pentru prejudiciile cauzate aut. contr. ca urmare a nerespectării oblig. prev. în angajament, aceasta din urmă având posibilitatea de acțiune directă împotriva susținătorului.

(5) Angajamentul ferm prezentat de ofertantul câștigător face parte integrantă din contractul de furnizare.

Sanțiunea neîndeplinirii criteriului: Candidaturile operatorilor economici care nu îndeplinesc cerința minimă de calificare referitoare la experiența similară, conform cerinței impuse, sau nu prezintă documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinței vor fi respinse.”

Ca un prim aspect Consiliul reține că societatea contestatoare face doar afirmații la nivel general, nefiind indicate în concret abaterile reclamate la nivel declarativ. Societatea contestatoare nu a indicat, în concret la care documente se referă, indicând *documentele depuse în probă* și reclamând pretinsa neîndeplinire a cerinței în totalitate, cu toate că potrivit prevederilor art. 249 Cod proc. civilă sarcina probei revine celui care face o susținere.

Petenta investește organul administrativ-jurisdicțional cu o analiză globală a candidaturii, în lipsa unei motivări explicite, abătându-se, astfel, de la prevederile art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Susținerea contestatoarei în referire la faptul că documentele depuse în probă de ... nu respectă cerința impusă privind produsele similare și modalitatea de demonstrare a livrărilor efective, respectiv a finalizării contractelor nu este întemeiată, prin raportare la modalitatea de îndeplinire a cerinței în discuție prin care achizitoarea a acceptat depunerea de certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar, iar din conținutul acestora trebuie să reiasă clar că furnizorul și-a îndeplinit obligațiile contractuale, fiind suficient pentru a se considera confirmată realizarea livrării. Câtă vreme s-a prezentat certificat de verificare livrare, din partea beneficiarului, prin care se confirmă livrarea, Consiliul apreciază că cerința este îndeplinită, sub aspectul documentelor care trebuiau depuse.

În mod similar nici susținerile privind nerespectarea cerințelor privind natura contractelor, conținutul și forma de prezentare a documentelor de confirmare a livrărilor nu este întemeiată, candidata ... a depus pentru demonstrarea experienței similare Angajamentul ferm din partea terțului susținător tehnic ..., Formularul nr. 6-*Declarație privind lista principalelor furnizări de produse în ultimii 5 ani*, cu document însușit de către reprezentantul legal al ..., pentru 2 contracte.

Mai mult, în susținerea informațiilor din Formularul nr. 6 candidata a prezentat copii de pe facturi și certificate de verificare a livrării, documente semnate de furnizori, cât și de către beneficiarii acestor furnizări.

Se reține că achizitoarea a adresat o solicitare de clarificare, vizavi de prezentarea traducerii autorizate a documentelor suport depuse pentru susținerea tehnică (facturi+certificate de recepție).

Prin cerința din fișa de date, se constată că s-a solicitat doar dovada livrării produselor, nefiind stabilite condiții vizavi de conținutul și forma de prezentare a documentelor de confirmare a livrărilor, documentele prezentate fiind apreciate de Consiliu ca fiind suficiente, prin raportare la conținutul cerinței.

Referitor la susținerile contestatoarei vizavi de faptul că *documentele depuse în probă nu sunt documente recunoscute ca fiind documente probante pentru livrare, în special facturile și avizele de expediție, deoarece acestea nu demonstrează livrarea efectivă, respectiv finalizarea contractului*, facturile semnate de către beneficiar confirmă primirea produselor, deci livrarea. Astfel, candidatul a prezentat documente relevante, la nivelul celor solicitate de achizitor.

Pe de altă parte, din examinarea lucrărilor membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că niciunde nu se regăsește modul în care membrii comisiei ca analizat corectitudinea elementelor din înscrisurile depuse de ...

În cuprinsul *Procesului-verbal de evaluare clarificări nr. 225.983 din 06.06.2022* se regăsește doar concluzia la care au ajuns membrii comisiei de evaluare, respectiv s-a consemnat că: *În urma examinării clarificărilor*

depuse, comisia de evaluare hotărăște faptul că ... îndeplinește criteriile de selecție precizate de către autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

În mod similar și vizavi de ..., se reține că acesta a prezentat Angajamentul ferm din partea terțului susținător tehnic ... S.R.L., Formularul nr. 6-*Declarație privind lista principalelor furnizări de produse în ultimii 5 ani*, cu document însoțit de către reprezentantul legal al ... S.R.L., pentru 2 contracte.

Se reține că achizitoarea a adresat o solicitare de clarificare și candidatei ..., vizavi de prezentarea traducerii autorizate a documentelor suport depuse pentru îndeplinirea cerinței privind susținere tehnică (facturi+certIFICATE de recepție) pentru terțul susținător.

În cuprinsul *Procesului-verbal de evaluare clarificări nr. 225.983 din 06.06.2022* se regăsește doar concluzia la care au ajuns membrii comisiei de evaluare, respectiv s-a consemnat că: *În urma examinării clarificărilor depuse, comisia de evaluare hotărăște faptul că ..., îndeplinește criteriile de selecție precizate de către autoritatea contractantă în documentația de atribuire.*

Niciunde nu se regăsește modul în care membrii comisiei au analizat corectitudinea datelor înscrise în acest formular, dacă acesta poate fi luat în considerare (sunt contracte finalizate, încadrarea corespunzătoare în codul CPV solicitat, s-au derulat în intervalul de timp solicitat), cerință expres prevăzută în cuprinsul documentației de atribuire, așa cum a fost mai sus redată.

Așadar Consiliul apreciază că evaluarea realizată de achizitoare a avut un caracter formal, contrara celor dispuse de art. 131 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, respectiv: „Fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale.”

Concluzionând, Consiliul reține că, în exercitarea atribuțiilor conferite de legiuitor, membrii comisiei de evaluare sunt ținuti să efectueze o analiză riguroasă a candidaturilor primite în cadrul procedurii, modul de desfășurare al procesului de analiză fiind necesar să rezulte în mod clar din documentele întocmite de aceștia, nu doar la nivel formal.

Cu alte cuvinte, în absența analizei membrilor comisiei de evaluare, Consiliul nu se poate substitui în atribuțiile acestora, fiind necesar ca autoritatea contractantă să revizuiască actele evaluării, motiv pentru care admite, în limita considerentelor de mai sus, criticile formulate de ...

În procesul de reevaluare dispus, Consiliul obligă autoritatea contractantă să analizeze și susținerile aduse de contestatoare prin intermediul concluziilor scrise în favoarea criticilor formulate vizavi de candidații ... și de ...

În continuare contestatoarea precizează că o situație specială se regăsește în candidatura ..., în care există numeroase discrepanțe privind contractele invocate în dovedirea experienței similare.

Aceasta menționează faptul că „valorile contractelor sunt afectate de prezentarea de informații false, deoarece toate contractele invocate au fost realizate cu subcontractant, iar valorile realizate de subcontractant nu au fost extrase din valorile contractelor, fiind în mod fals indicate ca fiind îndeplinite 100% de către”

Mai mult, contestatoarea susține că documentele de confirmare a livrărilor nu confirmă livrarea efectivă, iar documentele nu sunt emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clienții beneficiari, iar din conținutul acestora nu reiese că furnizorul și-a îndeplinit obligațiile contractuale.

Se reține faptul că ... a depus pentru demonstrarea experienței similare Formularul nr. 6 *Declarație privind lista principalelor furnizări de produse în ultimii 5 ani*, document însoțit de către reprezentantul legal al candidatului și cuprinse un număr de 10 contracte.

Mai mult, în susținerea informațiilor din Formularul nr. 6 candidata a prezentat copii de pe contracte, documente constatatoare și procese – verbale de recepție cantitativă și calitativă, documente semnate atât de furnizori, cât și de către beneficiarii acestor contracte de furnizare.

Un prim aspect care se constată este că societatea contestatoare nu a indicat, în concret la care documente se referă că nu ar fi emise de autoritatea contractantă sau de clientul beneficiar și nu se pot identifica semnăturile ca aparținând acestora, cu toate că potrivit prevederilor art. 249 Cod proc. civilă sarcina probei revine celui care face o susținere.

Contrar celor susținute de contestatoare, doar pentru că *Procesul – verbal de recepție cantitativă și calitativă nr. 508/06.08.2021* nu are indicat numele beneficiarului care a semnat documentul nu înseamnă că acest document nu poate fi avut în vedere.

În conformitate cu prevederile art. 176 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2011, autoritatea contractantă poate solicita clarificări în acest sens, putând fi depusă o declarație a candidatului cu referire la numele beneficiarului care a semnat documentul în discuție.

Susținerea contestatoarei în referire la faptul că procesele – verbale emise de ... nu ar atesta furnizarea, ci doar predarea – primirea produselor este nefundată, în condițiile în care din conținutul acestor documente rezultă că la emiterea acestora au fost avute în vedere o serie de documente, precum: Aviz ...; Factură ...; Certificat de calitate și garanție; certificate de conformitate, Rapoarte testare, certificate conformitate, pașapoarte muniție; manual de utilizare, documente tehnice produs.

Mai mult, prin cerința din fișa de date, se constată că s-a solicitat doar dovada livrării produselor și nu alte dovezi cum a susținut contestatoarea, documentele prezentate fiind considerate în mod corect suficiente, prin raportare la conținutul cerinței.

Cât privește lipsa din Procesul – verbal de recepție calitativă nr. N327243 din 24.12.2021 a paginii nr. 2 cu semnăturile comisiei de recepție, se constată că este întemeiată, însă lipsa poate fi complinită printr-o solicitare de clarificare. O astfel de lipsă nu poate fi de natură a atrage respingerea candidaturii.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei cu referire la faptul că documentele constatatoare emise de UM 0461 București nu atestă valorile contractelor și cantitățile furnizate, este de reținut că, pentru fiecare dintre contractele subsecvente prezentate de candidată, care evidențiază cantitățile și valorile produselor furnizare, candidata a prezentat procese – verbale de recepție cantitativă care confirmă cantitățile de cartușe furnizate, motiv pentru care, doar pentru că în documentul constatator prezentat nu s-au indicat cantitățile și valoarea nu poate fi considerat un inconvenient.

Mai mult, se constată că, pentru modalitatea de îndeplinire a cerinței în discuție s-a acceptat depunerea de certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar, iar din conținutul acestora trebuie să reiasă clar că furnizorul și-a îndeplinit obligațiile contractuale, este suficient pentru a se considera confirmată realizarea livrării. Câtă vreme s-a prezentat proces – verbal de recepție cantitativă și calitativă se consideră că cerința poate fi considerată îndeplinită.

Cu referire la documentul constatator emis de ..., despre care societatea contestatoare apreciază că cuprinde date nereale, în condițiile în care din graficul de livrare și plăți – Anexa nr. 1 la contractul nr. 1/N1089/27.03.2020 rezultă că termenul maxim de livrare este 13.07.2020, iar din documentul constatator și din procesul – verbal de recepție cantitativă și calitativă este 26.08.2020, este de reținut că deși s-a înregistrat o întârziere la livrarea produselor, fiind întocmit document constatator în care s-a precizat îndeplinirea corespunzătoare a contractului, fără înregistrarea de prejudicii, în mod cert contractul nu putea fi ignorat.

În referire la faptul că ... ar fi trebuit să indice valorile efectiv realizate, în condițiile în care *toate contractele au fost realizate cu subcontractant*, se reține ca fiind relevante prevederilor art. 14 alin. (3) lit. a) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 potrivit căroră:

"C r l exp sim s consi i :
a) în situaț în c op economic c p r
exp a avut c d ant ge în contr p d
exp sim i d a a avut subcontract , urmând a fi
luată în calcul înt va a r contr (ant
ge a avut răspu d l î a contr în c ."

În considerarea celor antemenționate sunt judicioase susținerile autoare intervenției ... potrivit căroră:

"Referitor la presupusele informații false despre situația și capacitățile intervenientei, aceasta precizează că în contractele prezentate drept experiență similară calitatea de contractant a avut-o ..., fiind cea care și-a asumat responsabilitatea derulării acestora, sens în care întreaga experiență este a contractantului, chiar dacă în cadrul procedurii a declarat subcontractant."

Prin urmare, critica contestatoarei din acest punct de vedere este nefondată și, pe cale de consecință, nu se poate constata existența unui motiv de excludere pentru furnizare de informații false despre situația și capacitățile ..., cum a susținut contestatoarea.

Aceeași concluzie de netemeinicie va fi reținută de Consiliu și vizavi de susținerile următoare:

-nu există legătură între procesele verbale cu data de 06.08.2021, unul cu nr. 506 și altul cu nr. 503, deoarece acestea se referă la contracte

diferite, având beneficiari diferiți. Cel cu nr. 506 nu este emis de clientul beneficiar, nu are menționat niciun nume al pretinsului reprezentant al beneficiarului, deci nu se poate identifica semnătura ca aparținând beneficiarului.

-Actul cu nr. 503 nu este emis de clientul beneficiar și nu este semnat de reprezentantul clientului beneficiar, din moment ce acesta nu este nominalizat. De altfel, acest act nu conține date de identificare nici măcar ale pretinsului reprezentant în scopul primirii.

-toate acestea fiind acte emise de ... și prezentând atâtea lacune, nu există certitudinea că predarea-primirea s-a realizat între ... și beneficiar și că aceasta nu s-a realizat între 2 compartimente/departamente ale

-atrage atenția inclusiv absența ștampilei unității beneficiare, orice presupunere fiind inacceptabilă,

lipsurile/neconcordanțele identificate putând fi complinite printr-o solicitare de clarificare, nefiind de natură a atrage respingerea candidaturii.

Sunt incidente următoarele dispoziții legale:

- O.U.G. nr. 114/2011:

"Art. 176. - (1) Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."

- H.G. nr. 395/2016:

"Art. 134. - (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

(2) Comisia de evaluare, înainte de a lua o decizie de respingere a candidaturii/ofertei în baza art. 137 alin. (2) lit. h), solicită clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate inițial de candidat/ofertant/subcontractant/terț susținător cu privire la neîncadrarea în prevederile art. 60 alin. (1) lit. d) și e) din Lege.

(3) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum 1 zile lucrătoare."

*Autoarea contestației susține că discrepanțele sau erorile din documente oficiale nu pot fi îndreptate, motivat de faptul că *discrepanțe cantitative sau valorice, precum și vicii de formă nu poate fi avut în vedere și trebuie înlăturat din calculul experienței similare din moment ce nici ... și nici CNSC nu cunosc situația reală și nu pot să își asume legal sarcina de a îndrepta aceste lipsuri.**

Respectivele susțineri nu pot fi reținute ca fiind întemeiate, legislația în materia achizițiilor publice nu impune respingerea unei candidaturi pentru clarificarea/completarea acesteia în absența unei solicitări de clarificare, fiind constatate aspecte care trebuie clarificate de autoritatea contractantă cu candidata, pe baza unor solicitări de clarificare.

Însă, ca și în cazul precedent analizat vizavi de candidaturile depuse de ... și de ..., se constată aceeași absență a analizei membrilor comisiei de evaluare, niciunde nu se regăsește modul în care membrii comisiei au analizat corectitudinea datelor înscrise în acest formular, dacă acesta poate

fi luat în considerare (sunt contracte finalizate, încadrarea corespunzătoare în codul CPV solicitat, s-au derulat în intervalul de timp solicitat), cerință expres prevăzută în cuprinsul documentației de atribuire, așa cum a fost mai sus redată, care a condus la constatarea îndeplinirii cerinței de calificare de către ...

În cuprinsul *Procesului-verbal de evaluare clarificări nr. 225.729/19.05.2022* se regăsește doar concluzia la care au ajuns membrii comisiei de evaluare, respectiv s-a consemnat că: *"Lista principalelor livrări de produse furnizate în ultimii 5 ani, precum și toate documentele probante aferente, semnate și ștampilate de reprezentantul legal. Valoarea cumulată = 3.452.334,80 lei" cerință îndeplinită*".

Așadar se constată că analiza comisiei a constatat în inventarierea documentelor depuse, și nu a corectitudinii datelor înscrise în respectivele documente probante depuse.

Mai mult, este sub semnul întrebării reținerea de către membrii comisiei în cuprinsul *Procesului-verbal final nr. 226.7015/07.06.2022 de analiză a candidaturilor prezentate*, respectiv *"Conform Proces-verbal de evaluare clarificări nr. 225.983 din 06.06.2022-Cerință îndeplinită"*, candidata... nefiind în situația descrisă, nici din punct de vedere al adresării vreunei solicitări de clarificare și nici din punct de vedere al analizei candidaturii depuse de ... cu ocazia elaborării respectivului proces-verbal de evaluare clarificări nr. 225.983 din 06.06.2022 indicat.

Cu alte cuvinte, în absența analizei membrilor comisiei de evaluare, Consiliul nu se poate substitui în atribuții acestora, fiind necesar ca autoritatea contractantă să revizuiască actele evaluării, motiv pentru care admite, în limita considerentelor de mai sus, criticile formulate de ...

În procesul de reevaluare dispus, Consiliul obligă autoritatea contractantă să analizeze și susținerile aduse de contestatoare prin intermediul concluziilor scrise în favoarea criticilor formulate vizavi de candidatura ... și să adreseze eventuale solicitări de clarificare dacă se impune.

5. O altă critică adusă se referă la faptul că angajamentele terților susținători nu sunt legal întocmite.

Contestatoarea consideră că cerința *Angajamentul ferm prezentat de ofertantul câștigător face parte integrantă din contractul de furnizare* indică faptul că rolul terțului susținător nu este doar unul decorativ, de a suplini formal o lipsă de resurse proprii ale operatorului economic. Terțul este parte integrantă din contract, motiv pentru care acesta trebuie să îndeplinească toate cerințele impuse pentru calificare și pentru operatorul economic pe care îl susține. Din angajamentele depuse nu reiese implicarea efectivă a terțului în executarea contractului, dacă sunt întâmpinate dificultăți de către contractant.

Se reține că autoritatea contractantă în cuprinsul fișei de date a achiziției la pct. II.1.2) *Capacitatea economica și financiară* și pct. III.1.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* a precizat următoarele vizavi de modul de întocmire a angajamentelor reclamate, respectiv...

III.1.2) Capacitatea economica și financiară

Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

(...)

NOTE:

(1) Capacitatea economică și financiară a candidatului poate fi susținută și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între candidat și persoana respectivă, cu respectarea celorlalte condiții impuse prin prezenta documentație.

(2) În cazul în care candidatul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, **prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, încheiat în formă autentică, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele financiare invocate**. Persoana care asigură susținerea financiară nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 155 și 156 din O.U.G. nr. 114/2011.

(3) Atunci când un grup de operatori economici depune oferta/candidatura comună, situația economică și financiară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În cazul în care grupul beneficiază de susținerea financiară a unei/unor terțe persoane, situația economică și financiară se demonstrează în condițiile prevăzute la alin. (2). Dacă operatorii economici susținători nu depun documentele în forma solicitată, resursele acestora nu vor fi luate în considerare.

Susținătorul răspunde pentru prejudiciile cauzate autorității contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament, aceasta din urmă având posibilitatea de acțiune directă împotriva susținătorului.

(4) Angajamentul ferm prezentat de ofertantul câștigător face parte integrantă din contractul de furnizare.

Sanțiunea neîndeplinirii criteriului: Candidaturile operatorilor economici care nu îndeplinesc cerința minimă de calificare referitoare la valoarea cifrei de afaceri, conform cerinței impuse, sau nu prezintă documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinței vor fi respinse."

(...)

III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala

Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

(...)

NOTE:

(1) Experiența similară se dovedește prin completarea și prezentarea unui formular. Pentru faza de calificare, autoritatea contractantă va analiza corectitudinea datelor înscrise în acest formular, dacă acesta poate fi luat în considerare (sunt contracte finalizate, încadrarea corespunzătoare în codul CPV solicitat, s-au derulat în intervalul de timp solicitat).

(2) Cap.teh. și prof. a candidatului poate fi susținută, ptr îndepl. unui ctr., și de o altă pers. Indiferent de nat.rel.jur. existente între candidat și pers. respectivă, cu resp. celorlalte cond. impuse prin prezenta doc.

(3) În cazul care candidatul își dem. cap.teh. și prof. invocând și susținerea acordată, în cf. cu prev. alin.(1), de o altă pers., atunci are oblig. de a dovedi susținerea de care benef., de regulă, **prin prez. unui angajament ferm al pers. resp., prin care aceasta conf. faptul că va pune la disp. candidatului/ofertantului resursele teh. și prof. invocate**. Pers. care asig. susținerea teh. și prof. nu trebuie să se afle în sit. care det. excluderea din proc. de atribuire, cf. art. 155 și 156 din O.U.G. nr. 114/2011.

(4) Atunci când un grup de op. econ. depun candidatură comună, cap.teh. și prof. se dem. prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În cazul în care grupul beneficiază de susținerea teh. și prof. a unei/unor terțe pers., cap. teh. și prof. Se dem. în cond. prev. la alin.(2). Dacă op. econ. susținători nu depun doc. în forma solicitată, resursele acestora nu vor fi luate în considerare. Susținătorul răsp. pentru prejudiciile cauzate aut. contr. ca urmare a nerespectării oblig. prev. în angajament, aceasta din urmă având posibilitatea de acțiune directă împotriva susținătorului.

(5) Angajamentul ferm prezentat de ofertantul câștigător face parte integrantă din contractul de furnizare.

Sanțiunea neîndeplinirii criteriului: Candidaturile operatorilor economici care nu îndeplinesc cerința minimă de calificare referitoare la experiența similară, conform cerinței impuse, sau nu prezintă documentele care probează/confirmă îndeplinirea cerinței vor fi respinse."

Așa cum rezultă din modul în care achizitoarea a elaborat cerința privind angajamentul reclamat, Consiliul constată că aceasta a solicitat prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, încheiat în formă autentică, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele financiare/resursele tehnice și profesionale invocate, nefiind stabilite în mod expres cerințe vizavi de modul de *dovedire a implicării efective a terțului în executarea contractului*, dacă sunt întâmpinate dificultăți de către contractant.

Din examinarea modului în care terții susținători ... și nici ... au înțeles să întocmească respectivele angajamente nu se poate susține că aceste înscrisuri nu respectă rigorile solicitate de achizitoare.

Se are în vedere că ... a confirmat în cuprinsul Angajamentului nr. 273/09.05.2022 în mod expres faptul că, în cazul în care candidatul ... întâmpină dificultăți de natură financiară, pe parcursul derulării acordului-cadru, garantează necondiționat și irevocabil autorității contractante susținerea financiară pentru îndeplinirea contractului.

Totodată în cuprinsul Angajamentului nr. 272/09.05.2022 în mod expres faptul că, în cazul în care candidatul ... întâmpină dificultăți de natură financiară, pe parcursul derulării acordului-cadru, garantează necondiționat și irevocabil autorității contractante susținerea tehnică pentru îndeplinirea contractului.

În mod similar și ... a precizat în cuprinsul angajamentului prezentat în mod expres faptul că dacă antreprenorul ... se confruntă cu dificultăți tehnice pe parcursul acordului-cadru, garantează necondiționat și concludent autorității contractante suport tehnic pentru îndeplinirea contractului.

În raport de cele anterior reținute se constată netemeinicia criticii formulate.

6. O altă critică adusă de contestatoarea vizează faptul că în opinia acestuia operatorii economici ..., ... S.R.L., ..., ... S.R.L. și ... nu îndeplinesc cerința impusă *să aibă implementat un sistem de management al calității, pentru domeniul de activitate producere/comercializare muniție, pentru activitatea proprie de producere/comercializare de muniție.*

Trecând la analiza celor mai sus reclamate se reține că achizitoarea a redactat cerința reclamată astfel:

"III.1.3.b) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului

Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Candidații trebuie să aibă implementat un sistem de management al calității, **pentru domeniul de activitate producere/comercializare muniție, în conformitate cu standardul ISO-9001 sau echivalent**, pentru activitatea proprie de producere/comercializare de muniție.

Modalitatea de îndeplinire:

Candidații vor prezenta copie lizibilă, cu mențiunea „conform cu originalul” semnată și stampilată, după certificate emise de organisme independente acreditate, care atestă implementarea și menținerea unui sistem de management al calității, **pentru domeniul de activitate producere/comercializare de muniție**, conform cu cerințele din standardul ISO-9001 sau echivalent, sau orice alte documente prin care poate dovedi conformitatea cu standardul specificat sau dacă nu urmează aceleași metode de standard ofertantul trebuie să dovedească îndeplinirea nivelurilor de performanță stabilite de acesta.

Notă:

În cazul depunerii unei oferte în asociere, fiecare asociat are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței, pentru partea din contract pe care o realizează. Documentele solicitate trebuie să fie valabile la data limită de depunere a ofertelor.

Sanctiunea neîndeplinirii criteriului: Ofertele operatorilor economici care nu fac dovada îndeplinirii cerinței de calificare referitoare la asigurarea calității vor fi respinse.”

... a prezentat Certificatul nr. 2159 potrivit căruia se certifică sistemul de management al calității al candidatului în speță care este conform cu SR EN ISO 9001:2015, EN ISO 9001:2015 pentru următoarele domenii:

- *intermedieri în comerțul specializat în vânzarea produselor cu caracter specific;*

- *comerț cu amănuntul cu arme și muniții;*

- *import/export arme și muniții;*

- *intermedieri arme și muniții.*

Prin urmare se constată că ... a îndeplinit cerința reclamată, prezentând certificatul solicitat care atestă implementarea și menținerea unui sistem de management al calității, pentru domeniul de activitate comercializare de muniție, conform cu cerințele din standardul ISO-9001.

Cele susținute de contestatoare vizavi de faptul că *certificatul ISO depus nu îndeplinește cerința având în vedere că din informațiile ce reies din certificatul depus acestea are implementat și menține sistemul de management al calității pentru comerț cu amănuntul de arme și muniții, fiind evident că domeniul de activitate nu se circumscrie domeniului contractului de achiziție, deoarece furnizarea de muniție în cantitățile și în condițiile prevăzute de modelele de contract nu se face cu amănuntul*, nu pot fi reținute de Consiliu, prin raportare la modul de elaborare a cerinței, nefiind făcută nicio distincție care să conducă la neacceptarea domeniului de activitate prevăzut în certificatul depus.

Aceeași concluzie de netemeinicie va fi reținută de Consiliu și vizavi de faptul că nu a fost prezentat certificatul ISO de către terțul ... S.R.L. În stabilirea acestei finalități se are în vedere că nu a fost impusă o astfel de obligație în sarcina terțului susținător, achizitoarea a precizat în mod expres, doar în cazul depunerii unei oferte în asociere, fiecare asociat are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței, pentru partea din contract pe care o realizează.

În consecință, Consiliul va respinge, ca neîntemeiată, critica ce privește pretinsa nedepunere a certificatului ISO

Aplicând aceleași considerente se reține netemeinicia și vizavi de depunerea de către susținătorul ... (pentru candidatul ...) *a certificatului ISO care nu îndeplinește cerința având în vedere că din informațiile ce reies din certificatul depus acestea are implementat și menține sistemul de management al calității pentru comerț cu produse militare*, așa cum a fost anterior reținut nu a fost impusă o astfel de obligație în sarcina terțului susținător.

... a prezentat Certificatul nr. 0516/00431 potrivit căruia se certifică sistemul de management al calității al candidatului în speță care este conform cu SR EN ISO 9001:2015 pentru următoarele domenii:

- *comercializare echipamente militare, industriale, de protecție personală, de scufundare și optice, armament și muniție;*

- *consultanță tehnică și soluții ingineresti;*

- instalare, punere în funcțiune și instruire în domeniu.”

Critica adusă împotriva neprezentării certificatului ISO și pentru subcontractantul ... S.R.L. este neîntemeiată, întrucât din examinarea modului de elaborare a cerinței reclamate, se constată că nu a fost inclusă o asemenea obligație în sarcina subcontractantului/terțului susținător.

7. Ultima critică formulată de ... vizează pretinsa nelegalitate a indicării la legislația aplicabilă prezentei procedurii și a H.G. nr. 395/2016.

Contestatoarea apreciază că pentru etapa a II-a a licitației restrânse este nelegală menținerea H.G. nr. 395/2016 ca legislație aplicabilă, având în vedere faptul că există excluderi reciproce de aplicabilitate între cele două acte normative de bază, O.U.G. nr. 114/2011 și Legea nr. 98/2016. H.G. 395/2016 este actul secundar, dat în aplicarea Legii nr. 98/2016 ca act principal și se emite exclusiv în baza și în limitele actului principal. În plus, H.G. nr. 395/2016 se aplică exclusiv procedurilor în care se solicită prezentarea DUAЕ și impune o derulare a procedurii care este în contradicție cu cea stabilită prin O.U.G. nr. 114/2011.

Un prim aspect care se impune a fi reținut, este tardivitatea reclamării pretinsei nelegalități, pe de o parte având în vedere etapa de derulare a procedurii, respectiv etapa de comunicare a rezultatului selecției candidaturilor.

Astfel acest aspect nu poate fi analizat de Consiliu, sub aspectul legalității solicitării respectivei cerințe, ofertanta a luat la cunoștință despre cerința în discuție încă de la data publicării documentației de atribuire, respectiv la 13.04.2022.

Potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016:

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

Odată depășit termenul de contestare a documentației, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliului îi este interzis să o cerceteze și să se pronunțe inclusiv sub aspectul legalității.

Așadar, raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din documentația de atribuire.

Abordarea contestatoarei în favoarea faptului că nu este incidentă tardivitatea reclamării potrivit căreia *invocarea HG 395/2016 creează vătămare abia după ce apare interesul de a contesta o prevedere nelegală care produce efecte exclusiv asupra modului de evaluare a ofertelor* nu este judicioasă.

Astfel argumentul adus de autoarea contestației se bazează pe faptul că în etapa de ofertare prevalează prevederile caietului de sarcini și ale specificației tehnice. Împrejurarea că ... a comunicat documentația de atribuire aferentă etapei a 2-a a licitației restrânse încă de la momentul publicării anunțului de participare nu are efectul juridic al generării interesului de a o contesta atât timp cât candidatul care se consideră vătămat nu are calitatea de candidat selectat.

Interesul de a contesta documentația de atribuire aferentă etapei a 2-a a licitației restrânse se naște doar după emiterea actului prin care se comunică invitația de participare la ofertare, la acea dată candidatul aflând și că este selectat.

Contrar celor susținute de contestatoare dispozițiile legale nu fac nicio diferențiere vizavi de termenul de contestare a prevederilor documentației de atribuire, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de depunere a contestației care să înceapă să curgă de la altă dată, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat în cadrul actului normativ în domeniu, în vigoare, nici o excepție de la modalitatea de calcul a acestui termen, iar unde legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul și/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Iar pe de altă parte, nu se poate susține că principiile prevăzute de actul normativ H.G. nr. 395/2016 ar contravine O.U.G. nr. 114/2011, motivat de faptul că H.G. nr. 395/2016 se aplică exclusiv procedurilor în care se solicită prezentarea DUAЕ și impune o derulare a procedurii care este în contradicție cu cea stabilită prin OUG nr. 114/2011.

Consiliul apreciază că din contră, având în vedere că actul normativ O.U.G. nr. 114/2011 nu are norme proprii de aplicare, este utilă raportarea autorităților contractante la dispozițiile cuprinse în normele de aplicare reclamate.

De altfel, potrivit prevederilor art. 194 din O.U.G. nr. 114/2011: *„În măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun”*.

Luând în considerare ansamblul considerentelor expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ... și anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 225.729 din 19.05.2022 al ședinței de analiză a candidaturilor* și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv *Procesul-verbal final de analiză a candidaturilor nr. 226.015/07.06.2022*, în secțiunea aferentă evaluării ofertelor depuse de ..., ... și ... precum și adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului selecției candidaturilor.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea candidaturilor depuse de ..., ... și ... sub aspectele reclamate și a căror temeinicie a fost reținută de Consiliu în considerentele expuse, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare.

Obligă ... să comunice ofertanților rezultatul reevaluării potrivit legislației achizițiilor publice.

Pe cale de consecință, având în vedere soluția pronunțată pe fondul cauzei, Consiliul respinge cererea de intervenție formulată de ... ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației ..., excepție invocată de

Respinge excepția inadmisibilității cererii de intervenției ..., invocată de ...

Respinge excepția inadmisibilității contestației ..., invocată de ...

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul social în ..., având domiciliul ales în vederea comunicării actelor de procedură la ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 225.729 din 19.05.2022 al ședinței de analiză a candidaturilor* și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv *Procesul-verbal final de analiză a candidaturilor nr. 226.015/07.06.2022*, în secțiunea aferentă evaluării ofertelor depuse de ..., ... și ... precum și adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului selecției candidaturilor.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea candidaturilor depuse de ..., ... și ... sub aspectele reclamate și a căror temeinicie a fost reținută de Consiliu în considerentele expuse, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare.

Obligă ... să comunice ofertanților rezultatul reevaluării potrivit legislației achizițiilor publice.

Respinge Cererea de intervenție nr. 1119 din data de 20.06.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../22.06.2022, formulată de ... cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., având sediul ales în vederea comunicării tuturor actelor de procedură în ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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,

...