

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: ...

Prin contestația nr. 13699/16.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46273/19.09.2022, formulată de către ... S.R.L., cu sediul social în ..., având domiciliul ales în vederea comunicării actelor de procedură la punctul de lucru din ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică organizată către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul cumpărării directe organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „*Cartușe cal. .308 Win pentru arma de precizie și cartușe cal. .338 LM pentru arma de precizie*”, se solicită:

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

- anularea comunicării și a tuturor actelor care au condus la decizia de stabilire a ofertei câștigătoare, a raportului achiziției și a tuturor actelor subsecvente strict pentru partea corespunzătoare stabilirii ofertei câștigătoare;

- reevaluarea ofertei declarate câștigătoare respectând cu strictețe cerințele specificațiilor tehnice și în consecință, emiterea altor acte (raport achiziție, alte acte subsecvente), în care să fie înscrise în mod obiectiv modalitățile de îndeplinire a cerințelor tehnice impuse, cu consecința respingerii acesteia ca neîndeplinind toate cerințele tehnice;

- stabilirea ofertei câștigătoare dintre cele admisibile;
- emiterea unei noi comunicări în care să fie menționate toate elementele impuse de OUG nr. 114/2011;

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

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 ... S.R.L. critică decizia autorității contractante privind declararea ofertei ...S.R.L. drept câștigătoare, solicitând cele prezentate în preambulul prezentei decizii.

Prin adresa nr. 13699/16.09.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 46273/19.09.2022 ... S.R.L., în temeiul art. 188 alin. (1) din Ordonanță de Urgență nr. 114/2011, art. 70 și art. 8 și următoarele din Legea 101/2016, transmite *contestație* împotriva actelor autorității contractante: Comunicare nr. CA/A2553 din 09.09.2022, transmisă prin e-mail în data de 09.09.2022 și stabilirea ofertei câștigătoare doar din punct de vedere financiar, fără a ține cont de modul de îndeplinire a parametrilor calitativi și de performanță impuși prin specificația tehnică, refuzul de a comunica informațiile lipsă din comunicarea rezultatului cererii de oferte și încălcarea principiului transparenței și al tratamentului egal, acte pe care le consideră nelegale.

Prin prezenta, contestatoarea solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor următoarele:

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

- anularea comunicării și a tuturor actelor care au condus la decizia de stabilire a ofertei câștigătoare, a raportului achiziției și a tuturor actelor subsecvente strict pentru partea corespunzătoare stabilirii ofertei câștigătoare;

- reevaluarea ofertei declarate câștigătoare respectând cu strictețe cerințele specificațiilor tehnice și în consecință, emiterea altor acte (raport achiziție, alte acte subsecvente), în care să fie înscrise în mod obiectiv modalitățile de îndeplinire a cerințelor tehnice impuse, cu consecința respingerii acestora ca neîndeplinind toate cerințele tehnice;

- stabilirea ofertei câștigătoare dintre cele admisibile;

- emiterea unei noi comunicări în care să fie menționate toate elementele impuse de OUG nr. 114/2011;

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

Referitor la competența C.N.S.C., contestatoarea învederează faptul că posibilitatea contestării unei achiziții sub prag, precum și competența C.N.S.C. de a soluționa o astfel de contestație sunt definitiv statuate și au produs deja efecte în circuitul civil prin decizia ÎCCJ nr. 1050/2018 din 13.03.2021, Hotărârea civilă a Curții de Apel București nr. 495/2019 din 26.09.2019, Hotărârea civilă a Tribunalului București nr. 5260/2019 din 31.07.2019, precum și prin deciziile C.N.S.C. nr. 2081/C2/2437 din 2017, nr. 2894/C4/3128 din 12.11.2018, nr. 1088/C6/1100 din 05.07.2019, nr. 1350/C1/2019 din 09.08.2019, toate soluționate cu constatarea admisibilității demersului său jurisdicțional și cu admiterea criticilor sale.

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

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

Contestatoarea invocă analiza extensivă a Consiliului din Decizia nr. 1088/C6/1100/05.07.2019, situație regăsită pe deplin și în prezenta cerere de ofertă:

„În considerarea art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: „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”, Consiliul are în vedere excepția lipsei competenței materiale a CNSC, invocată de autoritatea contractantă, pe care o respinge ca neîntemeiată.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul reține că autoritatea contractantă a publicat pe SICAP anunțul de participare nr. ... din 28.05.2019, potrivit căruia autoritatea contractantă a ales ca achiziția de cartușe în cauză să se efectueze prin cumpărare directă.

Cu toate acestea, în acest anunț se regăsește menționat „caiet de sarcini: ST și PR cartușe.pdf, precum și rubrica „Condiții referitoare la contract” unde se precizează: „Se va încheia contract de furnizare de bunuri cu ofertantul declarat câștigător”, informații care presupun, în mod cert, invitarea unor operatori economici din domeniu. În concluzie, chiar dacă această achiziție se regăsește la rubrica „cumpărări directe” din anunț, aceasta îmbracă formele unei proceduri simplificate, care se încadrează în prevederile art. 68 alin. (1) lit. (i) din Legea nr. 98/2016 sau ale art. 54 lit. d) din OUG nr. 114/2011.

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca neîntemeiate afirmațiile autorității contractante, potrivit cărora contestația formulată de SC ... SRL nu ar intra în sfera de competență a CNSC, raportat la art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, care stabilește: „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)”, ci ar fi aplicabile dispozițiile alin. (2) al aceluiași articol, potrivit cărora: „Contestațiile care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicțională competent”.

În justificarea celor de mai sus, Consiliul are în vedere și faptul că autoritatea nu a realizat o achiziție directă în sensul dispozițiilor art. 56 din OUG nr. 114/2011: „Autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa

direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii 1 a cap. II, nu depășește echivalentul în lei a 100.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ" astfel încât să cumpere direct de la un operator economic produsele dorite, ci a derulat o competiție, în cazul de față cu participarea a doi ofertanți, aspecte care conduc, în mod cert, la incidența prevederilor art. 54 lit. d) din OUG nr. 114/2011: „Procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică sunt: (...) d) cererea de oferte, respectiv procedura simplificată prin care autoritatea contractantă solicită oferte de la mai mulți operatori economici", astfel că nu se mai poate face vorbire de existența unei cumpărări directe a acestor produse, care presupune încheierea directă a unui contract sau întocmirea unei facturi fiscale cu un singur operator economic.

Or, în cazul de față, prin întocmirea procesului-verbal de testare a pieței nr. 3541100 din 30.05.2019, în care s-au consemnat următoarele: «au fost declarate admisibile din punct de vedere tehnic ofertele următorilor operatori economici, în temeiul criteriului „prețul cel mai scăzut” au fost comparate ofertele declarate admisibile și s-a întocmit clasamentul pentru stabilirea ofertei câștigătoare, după cum urmează (...)», precum și a procesului-verbal de analiză a specificațiilor tehnice nr. 3541100/1 din 30.05.2019, conduce, în mod evident, la faptul că au fost analizate, verificate ofertele depuse, stabilite admisibilitatea lor, precum și desemnarea ofertei câștigătoare, fiind aplicate prevederile art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016 - Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, prevederile referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice din 02.06.2016, care stabilesc atribuțiile comisiei de evaluare.

De asemenea, Consiliul are în vedere faptul că, potrivit Referatului de necesitate nr. 3.547.804 din 06.05.2019, această achiziție are loc prin încheierea unui contract.

Prin urmare, raportat la dispozițiile art. 1 din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia „(1) Prezenta lege reglementează remediile, căile de atac și procedura de soluționare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”, coroborat cu cele ale art. 3 lit. c) pct. (i) din același act normativ, respectiv: „c) contract - oricare dintre următoarele: (i) contractul de achiziție publică, astfel cum este definit în legislația privind achizițiile publice (...)”, precum și cu definiția contractului stabilită de art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016, astfel: „contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”, competența de soluționare a cauzei revine Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Relevante în stabilirea concluziei de mai sus este Decizia nr. 1050 pronunțată în dosarul nr. 21736/3/2017, de Înalta Curte de Casație și Justiție,

care a stabilit competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu privire la un conflict negativ de competență între Curtea de Apel și CNSC, referitor la o achiziție de muniție organizată de o autoritatea contractantă prin procedură proprie, procedură care, ca și în cazul cumpărării directe din prezenta speță, nu se regăsește printre procedurile de atribuire stabilite de art. 54 din OUG nr. 114/2011.

După cum rezultă din Decizia nr. 1050 pronunțată în data de 13 martie 2018, conflictul negativ de competență a fost generat de următoarea situație, după cum reține și instanța:

„2. Hotărârile care au generat conflictul negativ de competență Prin Decizia nr. 1465/C2/1839 din 15.06.2017 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a fost admisă excepția necompetenței materiale și s-a dispus trimiterea dosarului către (...) necompetenței materiale și s-a dispus trimiterea dosarului către Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. 21736/3/2017 la data de 19.06.2017.

Prin sentința civilă nr. 4702/01.08.2017, Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal și-a declinat competența în favoarea Curții de Apel București ~ Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal invocând faptul că litigiul are ca obiect un act administrativ emis de o autoritate publică de rang central.

Prin sentința nr. 4378/15.11.2017, Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal a admis excepția necompetenței materiale a Curții de Apel București, a declinat competența de soluționare a cauzei având ca obiect contestația formulată de reclamanta (...), în contradictoriu cu pârâțul (...), în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și, constatând ivit conflictul negativ de competență, a suspendat judecata cauzei și a înaintat dosarul Înaltei Curții de Casație și Justiție pentru soluționarea conflictului".

Pentru a se pronunța în sensul competenței Consiliului, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut în considerente că:

„(...) în cauză Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este competent să soluționeze litigiul ce formează obiectul dosarului 7827/99/2017 pentru considerentele ce urmează să fie expuse.

Pentru stabilirea competenței este necesar a se clarifica obiectul cauzei, în speță reclamanta SC ... SRL a formulat contestație împotriva actelor autorității contractante (...) referitoare la procedura de atribuire având ca obiect «Acord-cadru furnizare muniție diferite calibre». Astfel, obiectul litigiului este reprezentat de o contestație împotriva unei proceduri de achiziție publică pe care autoritatea contractantă, (...), a desfășurat-o potrivit unei proceduri proprii, pentru care a invocat excepția prevăzută de art. 22 lit. a) din OUG nr. 114/2011, ce privește atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității.

În esență, procedura de achiziție publică derulată de (...) are în vedere încheierea unui contract de achiziție publică astfel cum acesta este definit de art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016, iar în situația în care unul dintre

oferanți apreciază că procedura de achiziție impusă de solicitant îi cenzurează posibilitatea de participare> fapt ce conduce implicit la vătămarea drepturilor sale, are posibilitatea contestării procedurii conform Legii nr. 101/2016.

Înalta Curte constată că, în cauză, Curtea de Apel a interpretat corect legislația privitoare la competența materială de soluționare a cauzelor cu un asemenea obiect, apelând în soluționarea excepției necompetenței materiale și la argumente ce țin de jurisprudența CJUE. Relevantă situației supusă judecății este cauza C-26/03 Stadt Halte contra RPL Lochau, analizată în raport cu prevederile art 31 din Directiva 2009/81/CE, prevederi similare cu excepția privitoare la procedura achizițiilor publice prevăzută de art. 22 Ut. a) din OUG nr. 114/2011, din care rezultă că la procedurile de achiziție publică unde se invocă excepția sus-amintită se poate solicita control juridico-administrativ de către părțile interesate.

Înalta Curte este în acord cu această interpretare și o confirmă, apreciind că în cauză reclamanta are posibilitatea de a formula cale de atac administrativ-jurisdictionala conform prevederilor Legii nr. 101/ 2016".

Ținând seama de cele evocate, Consiliul va respinge excepția necompetenței sale materiale, invocată de autoritate, și va proceda la analiza pe fond a cauzei.

Contestatoarea precizează că prezenta cerere de ofertă, derulată în temeiul OUG nr. 114/2011, are toate caracteristicile unei competiții, are documentație de atribuire, existența unei comisii de evaluare care stabilește admisibilitatea ofertelor și întocmește un clasament, atribuind un contract pe baza unui criteriu de atribuire, fapt care înscrie achiziția în linia de argumentație expusă de instanțele competente, atrăgând competența C.N.S.C. în soluționare.

Referitor la calitatea de persoană vătămată, contestatoarea arată că interesul actual, personal și legitim este ca ofertele prezentate să fie evaluate în strictă conformitate cu prevederile specificației tehnice. Evaluarea realizată a încălcat regulile impuse și i-a anulat șansa să participe în procedura actuală în condiții legale.

Totodată, aceasta susține că declararea ofertei câștigătoare este făcută cu nesocotirea unor cerințe tehnice, situație o vătămă profund.

În continuare, contestatoarea menționează motivele de fapt și de drept ce au stat la baza formulării prezentei contestații:

În fapt, autoritatea contractantă transmite pe email adresa nr. CA/A 2339 din 23.08.2022 (invitație la cerere ofertă produse speciale), prin care îi comunică contestatoarei documentația de atribuire a cererii de ofertă, în conformitate cu prevederile OUG nr. 114/2011, *cartușe cal. .308 WIN pentru arma de precizie și cartușe cal. .338 LM pentru arma de precizie.*

Autoritatea contractantă a anexat invitației specificațiile tehnice aferente celor 2 produse și a impus o serie de criterii de calificare, de atribuire și contractuale pe care operatorii economici trebuie să le respecte în ofertele lor, după cum reiese din documentele anexate prezentei.

În data de 09.09.2022, autoritatea contractantă comunică adresa nr. CA/A 2553, comunicare a rezultatului conform art. 137, dar care este trunchiată în conținut și neconformă exigențelor impuse de art. 138 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 114/2011, din care rezultă că oferta contestatoarei, deși a fost declarată conformă din punct de vedere tehnic, comisia de evaluare a ofertelor pentru cartuș cal. 308 Win pentru arma de precizie și cartuș cal. .338 LM pentru arma de precizie a constatat că oferta s-a clasat pe locul al II-lea în clasamentul ofertelor financiare.

Contestatoarea afirmă că, deși a solicitat autorității contractante să îi comunice rezultatul cu respectarea principiului transparenței, având în vedere faptul că în actuala adresă de comunicare a rezultatului nu există elementele destinate respectării principiului transparenței astfel cum este impus de legislația achizițiilor publice la articolele menționate *supra*, până la data prezentei nu a primit niciun răspuns din partea autorității contractante.

În ceea ce privește admisibilitatea ofertei concurente, contestatoarea relevă faptul că oferta declarată câștigătoare nu îndeplinește și nu a demonstrat îndeplinirea mai multor cerințe tehnice, prețul ofertat nu este sustenabil și anumite condiții contractuale nu au fost respectate.

1. cartuș cal. .308 Win pentru arma de precizie
- cerința nr. 12 - Funcționarea fără incidente cel puțin cu: Pușca B&T APR308 - nu au fost depuse mijloace probante relevante
2. cartuș cal. .338 LM pentru arma de precizie - nu au fost depuse mijloace probante relevante
- cerința nr. 12 - Funcționarea fără incidente cel puțin cu: Pușca B&T APR338 - nu au fost depuse mijloace probante relevante

Astfel, contestatoarea apreciază că pentru ambele loturi, oferta concurentă nu a depus mijloace probante relevante pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor 8, 9, 10 și 12 și nici nu a demonstrat îndeplinirea acestora în concordanță cu modul de formulare a lor.

În ceea ce privește cerința 11, demonstrarea îndeplinirii acesteia nu s-a făcut la distanța de minim 300 m și nici din ambele tipuri de arme. Autoritatea contractantă trebuie să reevalueze oferta declarată câștigătoare respectând cu strictețe specificațiile tehnice, ținând cont de următoarele aspecte:

Specificația tehnică nu precizează că parametrii calitativi și de performanță ai muniției trebuie să fie obținuți doar din țeavă de testare existentă la fabrică sau doar din arma APR în calibrul corespunzător. Față de modul de formulare a acestor cerințe, operatorul economic avea obligația să dovedească îndeplinirea lor din ambele tipuri de arme, dar cu precădere din arma APR în calibrul corespunzător.

Este evident că necesitatea reală a autorității contractante este aceea de a cunoaște performanțele produselor în armele APR aflate în

dotare, la nivel strict practic și nu la nivel teoretic, fiind cunoscut faptul că, având în vedere că nu s-a solicitat muniție de uz militar în sensul conformității acesteia cu seria de publicații STANAG emisă de NATO, care impune standardizare în mod cert pentru caracteristicile țevelor de testare, deci există uniformitate la nivelul tuturor producătorilor de muniție militară, la nivelul muniției de uz tactic nu există o astfel de uniformitate, fiecare fabricant optând pentru o anumită lungime și pas al ghinturilor pentru țevele de testare. Deci, rezultatele prezentate doar din țevele de testare de la fabrică nu sunt comparabile și nu se poate realiza o evaluare uniformă a ofertelor și nici nu este integral satisfăcută necesitatea ... de a avea muniție cu anumite performanțe obținute din *armele de precizie APR cal. .308 Win și cal. .338 LM*.

De asemenea, contestatoarea subliniază că, în conformitate cu prevederile impuse de art. 31 din OUG nr. 114/2011, orice parametru calitativ sau de performanță se demonstrează prin mijloace probante relevante și adecvate, deci prin depunerea de fișe de țintă, buletine de testare a vitezei și a preciziei, etc., din armele de tip APR.

Aceasta susține că societatea sa a depus toate documentele probante care demonstrează îndeplinirea cerințelor astfel cum au fost impuse, oferta declarată câștigătoare fiind declarată conformă și admisibilă exclusiv la nivel declarativ, nu prin probarea efectivă a cerințelor impuse.

În ceea ce privește propunerea financiară, contestatoarea consideră că aceasta nu este corelată cu propunerea tehnică prin raportare la cerințele minime impuse, în sensul că prețul ofertat este aferent unui produs neconform tehnic.

Referitor la transportul produselor, acestea nu este reflectat în prețul produselor la nivelul real, cu luarea în considerare a tuturor constrângerilor legate de cantitatea de produse, distanțele de parcurs, mijloacele de transport suplimentare implicate.

Tot legat de acest aspect, nu este îndeplinită de ofertantul concurent condiția contractuală ca transportul să fie efectuat cu mijloace proprii, acesta nedeținând mijloace proprii și neexistând corelație cu necesarul de mijloace de transport corespunzător prevederilor legale incidente din Legea nr. 295/2004 și din Legea nr. 333/2003.

Pentru aceste motive, contestatoarea solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, aceasta invocă prevederile OUG nr. 114/2011, Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, precum și Documentația de atribuire.

Prin adresa *nr. N2889/23.09.2022*, înregistrată la Consiliu cu nr. 47328/23.09.2022, ..., în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, formulează *punct de vedere* cu privire la contestația nr. 13699/16.09.2022 depusă de ... S.R.L.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației pentru motivele pe care le va arăta în continuare.

În fapt, autoritatea contractantă a derulat o achiziție prin cumpărare directă pentru două tipuri de muniție, în condițiile prevederilor art. 56 din OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens, achizitoarea a transmis solicitări de ofertă către trei operatori economici selectați pe baza istoricului relațiilor contractuale cu aceștia. În cadrul solicitării, potențialii ofertanți au fost informați cu privire la criteriul de atribuire *prețul cel mai scăzut per pachet de produse* și le-au fost comunicate specificațiile tehnice pe care produsele oferite trebuie să le îndeplinească, precum și cerințele pe care ofertele trebuie să le respecte.

La solicitarea de ofertă au răspuns operatorii economici: ... S.R.L. și ...S.R.L. Aceștia au declarat confidențial conținutul ofertelor, atât din punct de vedere financiar cât și tehnic.

Autoritatea contractantă a analizat cele două oferte și a întocmit procesul verbal nr. 11034/09.09.2022 prin care a stabilit că ambele îndeplinesc cerințele din punct de vedere tehnic și a desemnat câștigătoare oferta cu prețul cel mai scăzut, respectiv oferta ...S.R.L.

În data de 09.09.2022 a comunicat fiecărui ofertant că oferta sa a îndeplinit cerințele din punct de vedere tehnic, precum și locul pe care l-a ocupat în clasamentul întocmit pe baza criteriului stabilit și comunicat.

În urma comunicării privind stabilirea ofertei câștigătoare, ... S.R.L. a transmis autorității contractante adresa înregistrată cu nr. N2696/12.09.2022 prin care, în temeiul Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes public, a solicitat acces la dosarul achiziției și transmiterea de informații referitoare la numele operatorilor care au depus ofertă, denumirea produselor și prețul ofertat, operatorul economic câștigător și prețul la care a fost atribuit contractul, precum și raportul/procesul verbal de evaluare tehnic înainte de expirarea termenului de răspuns de 10 zile prevăzute de art. 7 din Legea nr. 544/2001, ... S.R.L. a înaintat autorității contractante și C.N.S.C. contestația nr. 13699/16.09.2022, înregistrată la destinatar cu nr. N2805/19.09.2022 întrucât a fost recepționată în data de 16.09.2022, în afara orelor de program, care face obiectul prezentului punct de vedere.

Achizitoarea precizează că, prin adresa nr. N2826/19.09.2022, i-a comunicat solicitantului numele ofertantului câștigător și prețul total al ofertei, celelalte date și informații fiind declarate confidențiale de către ofertantul câștigător. Autoritatea contractantă a făcut demersuri suplimentare și a solicitat câștigătorului, prin adresa nr. N2737/14.09.2022, acceptul cu privire la punerea la dispoziție a informațiilor solicitate de contestator, dar acesta nu a fost de acord.

Având în vedere cele prezentate, achizitoarea solicită Consiliului să respingă contestația formulată de ... S.R.L. pe calea excepției necompetenței materiale, având în vedere că nu ne aflăm în situația

contestării unui act al autorității emis în cadrul unei proceduri de atribuire, ci în situația unei contestații formulate cu privire la o achiziție directă.

Aceasta afirmă că toate susținerile contestatorului privind admisibilitatea contestației se întemeiază pe prevederi anterioare ultimelor modificări legislative. Astfel, potrivit noilor prevederi, art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016, prin act al autorității contractante se înțelege „*orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare ...*”

Autoritatea contractantă transmite C.N.S.C. că, în cazul în care va considera că se impune analizarea pe fond a cauzei, să respingă contestația ca neîntemeiată pentru următoarele motive:

1. Autoritatea contractantă a transmis contestatoarei solicitarea de ofertă nr. CA/A 2339/23.08.2022 împreună cu toate cerințele necesare elaborării unei oferte conforme, respectiv specificațiile tehnice minimale pe care trebuie să le îndeplinească produsele oferite, precum și alte cerințe referitoare la garanția produselor, recepție, transport, documente ce trebuie prezentate. Termenul pentru transmiterea ofertei a fost stabilit inițial pentru data de 30.08.2022 și a fost prelungit până la data de 07.09.2022 la solicitarea contestatoarei. ... S.R.L. a transmis autorității contractante oferta pentru produsele solicitate și a declarat *confidențiale* documentele ofertei. Achizitoarea menționează că acesta nu a solicitat clarificări cu privire la documentația pusă la dispoziție, prin urmare cerințele autorității contractante au fost acceptate în totalitate fără obiecții.

Petenta reclamă faptul că nu i s-au comunicat elementele prevăzute de art. 138 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 114/2011 și prin aceasta s-ar fi încălcat respectarea principiului transparenței. Autoritatea contractantă precizează că, prin adresa nr. N2826/19.09.2022, i s-au comunicat atât numele ofertantului câștigător cât și prețul ofertei câștigătoare care a fost mai scăzut decât cel al ofertei sale, acesta fiind singurul avantaj pe baza căruia autoritatea contractantă a informat de la început că va desemna oferta câștigătoare. Celelalte date și informații solicitate nu i-au putut fi comunicate, acestea fiind declarate *confidențiale* de către ofertant care nu a fost de acord să le pună la dispoziție, deși autoritatea contractantă i-a solicitat acceptul în mod expres prin adresa nr. N2737/14.09.2022.

Raportat strict la dispoziția legală privind comunicarea rezultatului, autoritatea contractantă consideră că și-a îndeplinit obligațiile, celelalte

datele și informații pe care contestatoarea le solicită nefăcând obiectul acestei comunicări.

2. referitor la critica contestatoarei conform căreia oferta câștigătoare „*nu îndeplinește și nu a demonstrat îndeplinirea mai multor cerințe tehnice, prețul ofertat nu este sustenabil și anumite condiții contractuale nu au fost respectate*”, achizitoarea subliniază că, deși nu cunoștea oferta câștigătoare, contestatoarea afirmă că aceasta nu conține mijloace probante relevante pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor.

De asemenea, autoritatea contractantă solicită Consiliului să nu rețină considerațiile contestatoarei cu privire la condițiile în care ar trebui testată muniția, care ar trebui să fie necesitățile autorității contractante, precum și documentele pe baza cărora ar trebui să se demonstreze conformitatea ofertelor, întrucât acestea nu sunt în acord cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă, comunicate și acceptate de ofertanți.

Aceasta adaugă că, prin comisia de evaluare, a verificat atât îndeplinirea cerințelor tehnice cât și existența documentelor probante pe care le-a solicitat prin documentația pusă la dispoziție (fișe tehnice, rapoarte de testare etc.) rezultatul fiind consemnat în Procesul verbal nr. 11034/09.09.2022. Mai mult, muniția ofertată de câștigător se află în prezent în dotarea instituției și este utilizată cu succes de personalul ... în activitățile desfășurate.

În ceea ce privește celelalte critici ale contestatoarei referitoare la propunerea financiară, prețul ofertat, transportul produselor, autoritatea contractantă precizează că acestea sunt afirmații care nu au fost demonstrate.

Pentru motivele anterior invocate, achizitoarea solicită Consiliului să pronunțe o decizie prin care să respingă contestația ... S.R.L.

În drept, aceasta își întemeiază punctul de vedere pe prevederile OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, cu modificările și completările ulterioare și ale Legii nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare.

Pentru motivele arătate, autoritatea contractantă solicită C.N.S.C. să respingă contestația în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 13752/13.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 50361/13.10.2022, ... S.R.L. transmite *Concluzii Scrise*, în cuprinsul cărora, referitor la competența C.N.S.C., că solicită respingerea excepției necompetenței materiale invocată de către ...

Contestatoarea menționează că posibilitatea contestării unei achiziții sub prag, precum și competența C.N.S.C. de a soluționa o astfel de contestație sunt definitiv statuate de deciziile Consiliului și ale instanțelor pe care le-a indicat în contestație.

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

Contestatoarea subliniază că ... a derulat o procedură de cerere de oferte care este o procedură simplificată, caracterizată de termen reduse, un grad ridicat de celeritate, documentație de atribuire și un cadru concurențial, care se finalizează cu încheierea unui contract de achiziție publică, iar nu pe bază de document justificativ. Simplul fapt că valoarea estimată este sub prag nu o trece automat în sfera cumpărărilor directe și *„nici nu justifică atitudinea elusivă a ... de a ocoli obligațiile de transparență și de tratament egal”*.

Aceasta adaugă că armele *B&T APR 308* și *338* din dotarea ... sunt furnizate de societatea contestatoare în anul 2007. *„În general, pentru toate instituțiile armate ale României, armele de mare precizie în calibrul .338 Lapua Magnum, precum și cele mai performante muniții de mare precizie din lume, recunoscute oficial, în calibrele .308 Winchester și .338 Lapua Magnum au fost introduse în dotare de”* Din 2004 până în prezent a participat în toate procedurile de atribuire de muniții la ..., câștigând în fiecare an contracte de furnizare.

Contestatoarea afirmă că procedurile de cumpărări directe au fost folosite ca instrument de alterare a concurenței reale și de influențare a pieței, nu pentru scopul lor stabilit de legiuitor. Aceasta își bazează afirmațiile pe următoarele probe anexate:

- cumpărare directă de pistoale *Glock* de la ...S.R.L., cu frecvență anuală;

Contestatoarea susține că firma menționată anterior a oferit în mod constant informații false despre pistoalele sale, că i-a fost anulat de către Curtea de Apel București un contract de furnizare în dosarul nr. 5825/2/2020 prin decizia nr. 777/2021 din 13.04.2021.

- cumpărări directe repetate de la ...S.R.L.

Aceasta arată că din conținutul punctului de vedere nr. N2889/23.09.2022, depus de ... în prezenta cauză, reiese de la pag. 4/5 că a fost achiziționată muniția obiect și al cererii de oferte al cărei rezultat îl critică anterior de la Aceasta în condițiile în care, pentru îndeplinirea defectuoasă de către ...a unui contract de furnizare de muniții din anul 2018, muniția livrată de la *Ruag* a fost respinsă ca fiind neconformă. Tot din documentele depuse la dosarul prezentei cauze -

nota de fundamentare nr. 11029/19.08.2022 - rezultă că ... a derulat o altă cumpărare directă în favoarea lui ..., cea pentru muniția de la poz. 1.

Contestatoarea susține că afirmația din punctul de vedere al autorității contractante de la pag. 4/5, conform căreia muniția cumpărată anterior de la ...*este utilizată cu succes de personalul ... în activitățile desfășurate* arată că s-a trecut peste toate neconformitățile tehnice ale celor 2 cartușe în evaluare.

Aceasta apreciază că procesul-verbal de evaluare este „foarte zgârcit” cu informațiile despre modul în care au fost evaluate în mod efectiv îndeplinirile cerințelor impuse. De fapt, nu există nicio mențiune despre modul în care a fost evaluată efectiv fiecare cerință în parte, nu rezultă fundamentarea declarării cerințelor drept îndeplinite, raționamentele și corelațiile pe care le-a făcut comisia de evaluare pentru a *concluziona cerință minimă îndeplinită*.

Mai mult, aceasta adaugă că „un astfel de proces-verbal care conține exclusiv bifări neargumentate, fără vreo trimitere la documentul pretins probant din care ar rezulta îndeplinirea fiecărei cerințe, nu poate rămâne în ființă, CNSC trebuind să îl anuleze și să dispună efectuarea unei evaluări reale.”

Contestatoarea reiterează faptul că nu există justificare credibilă pentru confidențializarea unor documente din oferta societății declarate câștigătoare, documentele sunt publice, după cum va demonstra și nu este precizat dreptul protejat și nici vătămarea care ar putea fi cauzată. Fișele tehnice și un pretins *Function test* nu reprezintă secrete comerciale, fiind evident că muniția funcționează.

Societatea contestatoare susține că ceea ce se încearcă a se ascunde prin confidențializare este faptul că, muniția nu funcționează în parametrii impuși prin specificația tehnică, deci că îndeplinirea cerințelor nu este demonstrată, fapt care reprezintă esența criticilor sale. Inclusiv invocarea prevederilor H.G. nr. 395/2016 nu constituie temei de drept într-o cerere de ofertă derulată în baza OUG nr. 114/2011, datorită excluderilor reciproce de la aplicabilitate din OUG nr. 114/2011 și Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea afirmă că oferta sa conține documente și informații care sunt rezultatul unor testări efective, conform unor proceduri proprii, în condițiile stricte ale impunerilor din specificația tehnică, iar aceste documente și informații reprezintă proprietate intelectuală, deci este îndreptățită să o protejeze.

Pe fondul cauzei, în ordinea criticilor formulate, acestea sunt confirmate după cum urmează:

1. cartuș cal. .308 Win pentru arma de precizie

- *cerința nr. 12 - Funcționarea fără incidente cel puțin cu: Pușca B&T APR308* - nu au fost depuse mijloace probante relevante

Contestatoarea menționează că ceea ce a criticat se confirmă prin faptul că din documentele depuse de ...și menționate în Procesul-verbal nr. 11034 din 09.09.2022 nu reiese existența vreunui test de funcționare cu arma impusă. De fapt, nu există niciun test din care să reiasă verificarea funcționării în vreo armă, ci doar din țeava balistică de testare de la fabrică, aceasta neavând caracteristicile unei țevi de armă, după cum va detalia mai jos explicația deja existentă în contestație.

2. cartuș cal. .338 LM pentru arma de precizie

- cerința nr. 12 - Funcționarea fără incidente cel puțin cu: Pușca B&T APR338 - nu au fost depuse mijloace probante relevante

... S.R.L. consideră critica sa confirmată prin faptul că din documentele depuse de ...și menționate în Procesul-verbal nr. 11034 din 09.09.2022 nu reiese existența vreunui test de funcționare cu arma impusă. Documentul *Function test* nu conține probe făcute cu arma impusă, la fel cum Inspection Certificate LAT (Lot Acceptance Test) - care nu este depus și pentru cartușul .308 Win nu demonstrează îndeplinirea cerinței.

Contestatoarea susține că pentru ambele loturi, oferta concurentă nu a depus mijloace probante relevante pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor 8, 9, 10 și 12 și nici nu a demonstrat îndeplinirea acestora în concordanță cu modul de formulare a lor. În ceea ce privește cerința 11, demonstrarea îndeplinirii acesteia nu s-a făcut la distanța de minimum 300 m și nici din ambele tipuri de arme.

... S.R.L. apreciază că apărarea formulată de ... în punctul de vedere este vagă și nu corespunde exigențelor impuse de principiile fundamentale ale achizițiilor publice. Este evident că necesitatea achiziției este aceea de a avea muniție cu anumite performanțe obținute din armele de precizie *APR cal. 308 Win și cal. .338 LM*.

În acest sens, contestatoarea indică faptul că pușca B&T APR308 are o țeavă cu lungime de 61 cm și un profil special al ghinturilor, iar pușca B&T APR338 are o țeavă cu lungimea de 69 cm și un profil la fel de special al ghinturilor și depune fișele tehnice ale muniției oferite de ...din care rezultă că țeava de testare a fabricii pentru ambele cartușe are o lungime de 65 cm și nu sunt specificate caracteristicile ghinturilor, mai ales pasul acestora.

Astfel, contestatoarea consideră că este confirmată critica sa conform căreia rezultatele prezentate doar din țevile de testare de la fabrică nu sunt comparabile și nu se poate realiza o evaluare uniformă a ofertelor și nici nu este demonstrat comportamentul identic al muniției în armele APR care au alte caracteristici ale țevelor.

Aceasta reiterează critica conform căreia *Specificația tehnică nu precizează că parametrii calitativi și de performanță ai muniției trebuie să fie obținuți doar din țeavă de testare existentă la fabrică sau doar din arma APR în calibrul corespunzător. Față de modul de formulare a acestor cerințe, operatorul economic avea obligația să dovedească*

îndeplinirea lor din ambele tipuri de arme, dar cu precădere din arma APR în calibrul corespunzător, aceasta fiind pe deplin confirmată de documentele din oferta acestuia, precum și de modul superficial de evaluare a acestei oferte.

Contestatoarea afirmă că o altă dovadă în sensul confirmării criticilor sale este parametrul precizie. În fișele tehnice ale *Ruag* acesta este denumit S_a și este exprimat în mm, în timp ce cerința impusă este în MOA. Aceasta precizează că este neclar cum a ajuns comisia la concluzia că cerințele de precizie sunt îndeplinite.

Mai mult, contestatoarea susține că raza medie, raza 50%, deviația standard nu corespund cerinței impuse. În MOA sau, după caz, în MIL (mrad, miliradiani) se exprimă împrăștierea maximă a grupului de x lovituri, iar aceasta nu se poate calcula din parametrii raza medie, raza 50%, deviația standard.

În ceea ce privește propunerea financiară, aceasta nu este corelată cu propunerea tehnică prin raportare la cerințele minime impuse, în sensul că prețul ofertat este aferent unui produs neconform tehnic. La fel, prețul ofertat este sub bugetul estimat cu 20% pentru cartușul *.308 Win* și cu 21% pentru cartușul *.338 LM*. Astfel, contestatoarea consideră că se confirmă critica conform căreia acesta este nejustificat de scăzut, el necuprinzând toate conceptele care sunt incluse în costurile aferente livrării: transport extern și intern raportat la distanțele de parcurs, costurile cu escorta transportului, toate acestea necesitând mijloace suplimentare.

Tot legat de acest aspect, contestatoarea consideră că nu este îndeplinită de ofertantul concurent condiția contractuală ca transportul să fie efectuat cu mijloace proprii, acesta din urmă nedeținând mijloace proprii și neexistând corelație cu necesarul de mijloace de transport corespunzător prevederilor legale incidente din Legea nr. 295/2004 și din Legea nr. 333/2003.

Pentru aceste motive, ... S.R.L. solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. CA/A-3030/17.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 50894/17.10.2022, ..., ca răspuns la concluziile scrise nr. 13752/13.10.2022 formulate de contestatoarea ... S.R.L., transmite un punct de vedere.

Autoritatea contractantă afirmă că, prin concluziile scrise înaintate „*contestatoarea încearcă să inducă o stare de fapt inexistentă utilizând exerciții de gândire și presupuneri neîntemeiate însăilate cu documente și alegații subiective care nu au nicio legătură cu obiectul contestației privind achiziția directă fundamentată și desfășurată*”, astfel cum a clarificat și demonstrat în punctul de vedere nr. N2889/23.09.2022 și prin documentele anexate la acesta. Astfel, achiziția reiterează punctul de vedere transmis anterior referitor la necompetența materială

a C.N.S.C. prin raportare la prevederile art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și la prevederile art. 188 alin. (1) din OUG nr. 114/2011.

... arată că societatea contestatoare invocă în susținerile sale decizii anterioare modificării legislative efectuate prin OUG 114/2020 și consideră că aceasta își propune să edifice netemeinic ideea că a fost defavorizată în unele situații în raport cu alți competitori din piață, aspect care, de asemenea, excede obiectului cauzei, însă va itera suficiente aspecte astfel încât să poată fi constatat în mod just tratamentul egal al ofertanților, după cum urmează:

1) urmare a derulării procedurii de achiziție (cerere de ofertă conform OUG nr. 114/2011) inițiată prin Invitația de participare nr. 404697/08.05.2017, în anul 2018 a fost încheiat cu ...S.R.L. contractul nr. N476/07.02.2018 ce a avut drept obiect furnizarea de cartușe cal. 5,56 mm FMJ. Muniția respectivă a fost livrată în termenul prevăzut în contract, nefiind emis niciun document din care să fi rezultat neconformitatea acesteia.

2) urmare a derulării procedurii de achiziție (cerere de ofertă conform OUG nr. 114/2011) inițiată prin Invitația de participare nr. 404697/08.05.2017, a fost încheiat contractul nr. N3316/17.08.2017 cu ...S.R.L. având ca obiect furnizarea mai multor tipuri de cartușe. Livrarea cartușelor a fost realizată cu întârziere, drept pentru care operatorului economic i-au fost aplicate penalități de întârziere în valoare de 879,65 lei în decembrie 2017.

3) urmare a derulării procedurii de achiziție (cerere de ofertă conform OUG nr. 114/2011) inițiată prin Invitația de participare nr. RFQ1000142/15.07.2019, a fost încheiat cu operatorul economic ... S.R.L. contractul nr. N1089/27.03.2020 ce a avut drept obiect furnizarea de cartușe 9x19 mm FMJ. Termenul de livrare solicitat în caietul de sarcini aferent procedurii și asumat în propunerea tehnică a ... S.R.L. a fost de 180 de zile de la data semnării contractului de către ambele părți. Contractul a fost semnat în data de 27.03.2020 de către ordonatorul principal de credite delegat, după soluționarea contestației formulate de ... S.R.L. (Decizia nr. 447/19.03.2020 dată în dosarul 228/2020 prin care s-a respins pe fond, menținută și de către Curtea de Apel București), ceea ce înseamnă că termenul de livrare maxim asumat a fost până în data de 23.09.2020. Produsele au fost livrate în data de 26.08.2022, încadrându-se în cele 180 de zile asumate.

4) în cadrul cererii de oferte inițiată prin Invitația de participare nr. RFQ1000142/15.07.2019, ... S.R.L., deși câștigător a două loturi din cele patru atribuite, a depus un număr de 3 contestații și 2 plângeri privind rezultatul procedurii și semnarea acordurilor cadru și a contractelor subsecvente.

Mai mult decât atât, întrucât contestatoarea invocă în susținerile sale o practică judiciară favorabilă acestuia, achizițtoarea învederează Consiliului faptul că, cel puțin în contradictoriu cu instituția sa, nici

această afirmație nu se susține, în acest sens aduce în atenție dosarele nr. 5336/2/2019 și nr. 1713/2/2020 soluționate de Curtea de Apel București cu respingerea plângerilor contestatoarei.

5) În ceea ce privește afirmațiile conform cărora ... S.R.L. nu a beneficiat de nicio cumpărare directă, achizitoarea prezintă mai jos următoarele exemple:

- în anul 2018 au fost achiziționate prin cumpărare directă de la ... S.R.L. 2 buc. *Monturi fixare lunetă LEUPOLD MARK 4 LR/T 6,5-20x50 mm pe șina Picatinny* în valoare de 7.857,31 lei cu TVA prin comanda CA/A751/02.04.2018, în urma solicitării nr. CA/A 368/15.02.2018;

- în anul 2021 ... S.R.L. i s-a transmis solicitarea nr. CA/A 497/13.04.2022 pentru muniție neletală (*cartușe cal. 12 cu bile din cauciuc și cartușe cal. 12 cu o bilă din cauciuc*). Operatorul economic a transmis oferta tehnică și financiară nr. 11796/22.04.2021, însă la solicitările de clarificări privind oferta tehnică, transmise prin email în data de 04.05.2022, operatorul economic nu a mai transmis documentele solicitate, achiziția nerealizându-se din acest motiv;

- în anul 2022 au fost achiziționate prin cumpărare directă de la ... S.R.L. 10.000 buc. *Cartuș cal. 7,62 x 51 mm FMJ* în valoare de 121.380 lei cu TVA prin contractul nr. N1392/03.05.2022, în urma solicitării nr. CA/A 987/06.04.2022.

6) referitor la afirmația contestatoarei potrivit căreia „*Specificația tehnică nu precizează că parametrii calitativi și de performanță ai muniției trebuie să fie obținuți doar din țeavă de testare existentă la fabrică sau doar din armă APR în calibrul corespunzător. Față de modul de formulare a acestor cerințe, operatorul economic avea obligația să dovedească îndeplinirea lor din ambele tipuri de arme, dar cu precădere din arma APR în calibrul corespunzător*”, achizitoarea precizează că cerința din caietul de sarcini a fost „*11. Gruparea a minimum 10 lovituri (precizia) trase din țeavă balistică/armă de testare*”, variantele de demonstrare fiind solicitate ca alternative și nu cumulative, varianta menționată de contestatoare fiind mai restrictivă din punct de vedere tehnic, dar nu în acord cu necesitatea autorității contractante. Astfel, cerințele din caietul de sarcini nu impun ofertanților să demonstreze precizia prin ambele metode, ci minim una dintre acestea (țeavă balistică sau armă de testare).

Prin adresa nr. 13760/17.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 50959/17.10.2022, față de susținerile ... din punctul de vedere nr. CA/A-3030 din 17.10.2022, contestatoarea formulează *note scrise* prin care solicită respingerea acstor susțineri ca fiind nefondate, astfel:

Referitor la competența C.N.S.C., contestatoarea afirmă că aceasta este evidentă. ... nu a demonstrat pretinsa necompetență, ci doar a afirmat că este vorba de o cumpărare directă efectuată în baza art. 56 din OUG nr. 114/2011. Acest fapt este contrazis de chiar documentația transmisă celor 3 operatori economici, care califică achiziția drept cerere de ofertă.

Aceasta reiterează faptul că cererea de ofertă se caracterizează prin natura concurențială a sa, în timp ce cumpărarea directă nu are această natură.

Totodată, contestatoarea susține că exemplele date la pct. 1 - 4 *sunt prezentate trunchiat*, ... insistând mai mult pe faptul că ... a formulat contestații, decât pe criticile formulate.

Aceasta precizează că C.N.S.C, prin completul 7, a soluționat de curând o contestație a sa, prin admiterea ei, în care erau arătate toate deficiențele situației În principal, aceea că acesta nu este autorizat să furnizeze muniții și că recurge la un subcontractant.

Referitor la pct. 5, contestatoarea susține că aceste achiziții nu au fost cumpărări directe, în sensul că nu s-au cerut oferte de la mai mulți operatori economici ci doar de la ..., situația contrară care nu a fost probată de ...

Aceasta reiterează că procedura de cumpărare directă nu se caracterizează doar prin valoarea estimată sub prag, ci prin modul ei de derulare.

Referitor la cererea de ofertă din anul 2021, contestatoarea afirmă că nu a răspuns la clarificări pentru că intervenise o modificare în planul de producție al fabricantului și a avut incertitudinea că poate livra până la finalul anului.

Referitor la pct. 6, contestatoarea consideră că acesta confirmă justetea criticilor sale conform cărora oferta ...nu conține nicio probă pentru performanțele muniției în armele de tip APR. Este corect că această cerință prezintă o alternativă, dar celelalte cerințe - viteză, funcționare nu conțin o astfel de alternativă. Mai mult, cerința privind precizia a fost demonstrată de ... ca fiind neîndeplinită din moment ce rezultatul înscris în fișa tehnică nu face referire la mărimea grupului de lovituri și nu este exprimat în unitatea de măsură MOA.

Pentru aceste motive, ... S.R.L. solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de achiziție publică organizată în vederea încheierii contractului de furnizare având ca obiect „*Cartușe cal. .308 Win pentru arma de precizie și cartușe cal. .338 LM pentru arma de precizie*”.

Criteriul de atribuire ales de autoritatea contractantă a fost „*prețul cel mai scăzut per pachet de produse*.”

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... S.R.L. a transmis recipisa de consemnare cu nr. ... din 20.09.2022, în sumă de ... lei, eliberată de CEC Bank, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. .../2022.

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

Se are în vedere că, în ceea ce privește contestația formulată, ... S.R.L. precizează faptul că posibilitatea contestării unei achiziții sub prag, precum și competența CNSC de a soluționa o astfel de contestație sunt definitiv statuate și au produs deja efecte în circuitul civil prin *decizia ÎCCJ nr. 1050/2018 din 13.03.2018, Hotărârea civilă a Curții de Apel București nr. 495/2019 din 26.09.2019, Hotărârea civilă a Tribunalului București nr. 5260/2019 din 31.07.2019, exemplele putând continua, precum și prin deciziile CNSC nr. 2081/C2/2437 din 2017, nr. 2894/C4/3128 din 12.11.2018, nr. 1088/C6/1100 din 05.07.2019, nr. 1350/C1/2019 din 09.08.2019.*

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

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

Se reține că autoritatea contractantă, în replică la cele susținute de ... S.R.L., invocă excepția necompetenței materiale a CNSC, motivat de faptul că prezenta procedură nu este una din procedurile de atribuire prevăzute de O.U.G. nr. 114/2011, ci este o achiziție directă.

Achizitoarea menționează că toate susținerile contestatorului privind admisibilitatea contestației se întemeiază pe prevederi anterioare ultimelor modificări legislative. Astfel, potrivit noilor prevederi, art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016, prin act al autorității contractante se înțelege „*orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, fără a*

include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare ..."

Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căroră *„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.

În luarea deciziei de respingere a excepției, Consiliul are în vedere că, prin **Decizia nr. 1050** pronunțată în dosarul **nr. 21736/3/2017, Înalta Curte de Casație și Justiție** a stabilit competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu privire la un conflict negativ de competență între Curtea de Apel și CNSC, referitor la o achiziție de muniție organizată de o autoritate contractantă prin procedură proprie, procedură care, ca și în cazul cumpărării directe din prezenta speță, nu se regăsește printre procedurile de atribuire stabilite de art. 54 din O.U.G. nr. 114/2011.

După cum rezultă din Decizia nr. 1050 pronunțată în data de 13 martie 2018, conflictul negativ de competență a fost generat de următoarea situație, după cum reține și instanța:

„2. Hotărârile care au generat conflictul negativ de competență

Prin Decizia nr. 1465/C2/1839 din 15.06.2017 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a fost admisă excepția necompetenței materiale și s-a dispus trimiterea dosarului către Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. 21736/3/2017 la data de 19.06.2017.

Prin sentința civilă nr. 4702/01.08.2017, Tribunalul București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal și-a declinat competența în favoarea Curții de Apel București – Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal invocând faptul că litigiul are ca obiect un act administrativ emis de o autoritate publică de rang central.

Prin sentința nr. 4378/15.11.2017, Curtea de Apel București – Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal a admis excepția necompetenței materiale a Curții de Apel București, a declinat competența de soluționare a cauzei având ca obiect contestația formulată de reclamanta (...), în contradictoriu cu pârâțul (...), în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și, constatând ivit conflictul negativ de competență, a suspendat judecata cauzei și a înaintat dosarul Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru soluționarea conflictului”.

Pentru a se pronunța în sensul competenței Consiliului, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut în considerente că:

*„În cauză **Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este competent** să soluționeze litigiul ce formează obiectul dosarului 7827/99/2017 pentru considerentele ce urmează să fie expuse.*

Pentru stabilirea competenței este necesar a se clarifica obiectul cauzei, în speță reclamanta SC ... SRL a formulat contestație împotriva actelor autorității contractante (...) referitoare la procedura de atribuire având ca obiect «Acord-cadru furnizare muniție diferite calibre». Astfel, obiectul litigiului este reprezentat de o contestație împotriva unei proceduri de achiziție publică pe care autoritatea contractată, (...), a desfășurat-o potrivit unei proceduri proprii, pentru care a invocat excepția prevăzută de art. 22 lit. a) din OUG nr. 114/2011, ce privește atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității.

În esență, procedura de achiziție publică derulată de (...) are în vedere încheierea unui contract de achiziție publică astfel cum acesta este definit de art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016, iar în situația în care unul dintre ofertanți apreciază că procedura de achiziție impusă de solicitant îi cenzurează posibilitatea de participare, fapt ce conduce implicit la vătămarea drepturilor sale, are posibilitatea contestării procedurii conform Legii nr. 101/2016.

Înalta Curte constată că, în cauză, Curtea de Apel a interpretat corect legislația privitoare la competența materială de soluționare a cauzelor cu un asemenea obiect, apelând în soluționarea excepției necompetenței materiale și la argumente ce țin de jurisprudența CJUE. Relevantă situației supusă judecății este cauza C-26/03 Stadt Halle contra RPL Lochau, analizată în raport cu prevederile art. 31 din Directiva 2009/81/CE, prevederi similare cu excepția privitoare la procedura achizițiilor publice prevăzută de art. 22 lit. a) din OUG nr. 114/2011, din care rezultă că la procedurile de achiziție publică unde se invocă excepția sus-amintită se poate solicita control juridico-administrativ de către părțile interesate.

Înalta Curte este în acord cu această interpretare și o confirmă, apreciind că în cauză reclamanta are posibilitatea de a formula cale de atac administrativ-jurisdicțională conform prevederilor Legii nr. 101/2016”.

În mod similar, prin Decizia nr. #####/C5/1391 din 17.07.2019 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a fost admisă excepția necompetenței materiale și s-a dispus trimiterea dosarului către Tribunalul București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, fiind relevant de redat considerentele din cuprinsul **Hotărârii civile a Tribunalului București nr. 5260/2019 din 31.07.2019:**

”TRIBUNALUL,

Deliberând asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin cererea înregistrată pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26914/12.07.2019, reclamanta SC ##### SRL a formulat contestație împotriva actelor autorității contractante ...referitoare la comunicarea rezultatului nr. 160567/10.07.2019 și declararea ofertelor câștigătoare ca fiind cea a S.C. ##### S.R.L. pentru cartuș cal. 9x19mm și a solicitat obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, respectiv anularea comunicării și a tuturor actelor care au condus la decizia de stabilire a ofertelor câștigătoare, a raportului achiziției și a tuturor actelor subsecvente strict pentru partea corespunzătoare stabilirii ofertei ...ca fiind câștigătoare, precum și emiterea unui nou raport al achiziției cu excluderea ofertei ...ca fiind inadmisibile, ca având un preț neobișnuit de scăzut, fiind un preț de dumping și aducând atingere concurenței loiale și ca fiind neconforme tehnic și stabilirea unei alte oferte câștigătoare dintre cele admisibile și acces la dosarul format/depus la Consiliu în vederea formulării de concluzii scrise.

Prin Decizia nr. #####/C5/1391 din 17.07.2019 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a fost admisă excepția necompetenței materiale și s-a dispus trimiterea dosarului către Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, în cuprinsul deciziei, CNSC a reținut că nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 101/2016, fiind vorba despre o achiziție directă și nu o procedură proprie organizată în baza prev. de art. 22 lit. a din OUG nr. 114/2011.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. #####/3/2019 din 19.07.2019.

La data de 29.07.2019 pârâtul ...a depus la dosarul cauzei întâmpinare (f.43-44) prin care a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată. La data de 26.07.2019 societatea ##### S.R.L. a formulat cerere de intervenție (f.22-24) prin care a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

La termenul de judecată din data de 31.07.2019, Tribunalul a rămas în pronunțare pe excepția necompetenței materiale în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, invocată din oficiu, cu privire la care reține:

CNSC este competent în baza art. 12 din Legea ##### întrucât este vorba de acte administrative emis în legătură cu o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică. Tribunalul reține și Hotărârea CJUE din data de ##### pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle and RPL Lochau, paragrafele 33 și 34, în baza cărora, în cazul în care o autoritatea contractantă consideră că atribuirea unui contract de achiziție nu intră în domeniul de aplicare a directivei europene privind achizițiile publice, o astfel de decizie controlului jurisdicțional reglementat de directivă.

Obiectul litigiului de față este reprezentat de o contestație împotriva unei proceduri de achiziție publică pe care autoritatea contractantă ...a desfășurat-o potrivit unei proceduri prev. de art. 56 din O.U.G. nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității. Iar potrivit art. 188 alin. (1) din același act normativ „prevederile Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, se aplică în mod corespunzător”.

Indiferent de ce prevederi legale se rețin a fi aplicabile procedurii de achiziție derulată de către pârâtul ...(cele ale Legii 98/2016, cele ale OUG nr. 114/2011 sau prevederile unei procedurii proprii elaborată de pârât), aceasta nu schimbă natura juridică a procedurii derulate ca fiind o procedură ce are ca obiect atribuirea unui contract de achiziție publică.

În acest sens, Tribunalul apreciază că, indiferent de regulile aplicate de pârât procedurii de atribuire, această procedură a urmărit încheierea unui contract de achiziție publică, astfel cum este definit de art. 3 alin. 1 lit. I din Legea 98/2016 potrivit căruia contractul de achiziție publică este „contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”. Prin urmare, Tribunalul apreciază că sunt aplicabile cauzei de față prevederile Legii 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, prevederi ce au caracter special și derogatoriu față de prevederile comune cuprinse în Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Or, potrivit art. 4 alin. 1 din Legea ##### „Pentru soluționarea contestației pe cale administrativ-jurisdicțională, persoana care se consideră vătămată se adresează Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, denumit în continuare Consiliu”. De asemenea, potrivit art. 12 alin. 1 din Legea ##### „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)”.

Se observă că în niciuna din prevederile de mai sus și de altfel, nicăieri în cuprinsul Legii 101/2016, nu se precizează că remediile și căile de atac reglementate de această lege ar fi aplicabile doar procedurilor de atribuire derulate conform Legii nr. 98/2016 sau ale OUG nr. 114/2011 ori altei reglementări speciale referitoare la procedurile de achiziție publică. Astfel că prevederile Legii nr. 101/2016 se aplică oricăror proceduri de achiziție publică, inclusiv cum este cea de față.

Tribunalul apreciază ca fiind întemeiate susținerile reclamantei bazate pe dispozițiile Directivei nr. 2009/81/CE și ale jurisprudenței CJUE din cauza C-26/03 Stadt Halle and RPL Lochau. Astfel, în condițiile în care, în cazul unei proceduri în care se invocă situația exceptată de la aplicarea normelor comunitare prev. de art. 13 lit. a din Directiva nr. 2009/81/CE (exceptare ce este similară cu cea prev. de art. 22 alin. 1 lit. a din OUG nr. 114/2011), pentru a nu se ajunge la eludarea prevederilor directivei prin invocarea unei astfel de excepții, este necesar ca decizia, prin care autoritatea contractantă apreciază că se încadrează în situația exceptată, să poată fi contestată potrivit reglementărilor cuprinse în Directivă referitoare la căile de atac. Relevante în acest sens sunt cele reținute de CJUE în paragrafele 33 și 34 ale Hotărârea CJUE din data de 11.01.2005 pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle and RPL Lochau, care, deși se referă la directiva europeană anterioară Directivei nr. 2009/81/CE, situația este similară: „în cazul în care o autoritate contractantă decide să nu inițieze o procedură de atribuire pentru motivul că, în opinia sa, contractul în cauză nu intră în domeniul de aplicare al normelor comunitare relevante, o astfel de decizie constituie prima decizie care poate fi supusă controlului jurisdicțional.

Având în vedere această jurisprudență și obiectivele, sistemul și modul de redactare ale Directivei 89/665, pentru a menține eficiența acestei directive, trebuie să se conchidă că orice act al unei autorități contractante adoptat în legătură cu un contract de servicii publice ce intră în domeniul material de aplicare a Directivei 92/50 și care poate produce efecte juridice constituie o decizie supusă controlului în sensul art. 1 alin. 1 din Directiva 89/665, indiferent dacă acest act este adoptat în afara unei proceduri reglementate de atribuire sau ca parte a unei astfel de proceduri”.

Prin urmare, interpretarea dată prevederilor Legii nr. 101/2016 de către CNSC, conform căroră nu sunt aplicabile căile de atac reglementată de această lege procedurilor exceptate de la aplicarea Legii 98/2016 și ale OUG nr. 114/2011, conduce la concluzia că legea română este contrară prevederilor Directivei nr. 2009/81/CE și ale jurisprudenței CJUE. În această materie. Din acest motiv și având în vedere principiul priorității normelor europene față de dispozițiile legii române reglementat de art. 148 alin. 2 din Constituția României, Tribunalul notează că, pentru respectarea Directivei nr. 2009/81/CE și a jurisprudenței CJUE, este necesar a se acorda posibilitatea reclamantei de formula calea de atac administrativ-jurisdicțională prev. de Legea ##### și în cazul de față în care se contestă o procedură cu privire la care autoritatea contractantă susține că se încadrează într-o excepție de la aplicarea Directivei nr. 2009/81/CE. Or, o astfel de contestație este de competența CNSC potrivit prevederilor art. 4 alin. 1 și 12 alin. 1 din Legea ##### privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Având în vedere considerentele de mai sus, Curtea, în baza art. 132 alin. 1 din Codul de procedură civilă va admite excepția necompetenței materiale și își va declina competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în temeiul art. 133 alin. 1 pct. 1, art. 134 și art. 135 alin. (3) din Codul de procedură civilă, Curtea constată ivit conflictul negativ de competență, suspendă judecata cauzei și înaintează dosarul cauzei Curții de Apel București pentru soluționarea conflictului.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, HOTĂRĂȘTE:

Admite excepția necompetenței materiale invocată din oficiu.

Declina competența de soluționare a cauzei privind pe reclamanta #####
SRL, cu sediul în str. #####, nr. 8,
###, ###, ###, ###, sector 2, și cu punctul de lucru în sat Fundeni, Comuna Dobroești, #####, în contradictoriu cu
pârâțul ..., cu sediul în Craiova, #####, in favoarea
Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Constată ivit conflictul negativ de competență, suspendă judecata și înaintează dosarul cauzei Curții de Apel București pentru soluționarea conflictului. Fără cale de atac.

PREȘEDINTE

#####

Pronunțată în ședința publică, azi, 31.07.2019.”

Ulterior Curtea de Apel București care a fost investită cu soluționarea conflictului negativ de competență ivit între Tribunalul București –Secția a II-a contencios administrativ și fiscal și Consiliul

Național de Soluționare a Contestațiilor, constatat prin Sentința civilă nr. #####/31.07.2019, pronunțată în dosarul nr. #####/3/2019 al Tribunalului București - Secția a II-a contencios administrativ și fiscal, a reținut următoarele în **Hotărârea civilă nr. 495/2019 din 26.09.2019:**

"Pe rol este soluționarea conflictului negativ de competență ivit între Tribunalul București - Secția a II-a contencios administrativ și fiscal și Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, constatat prin Sentința civilă nr. #####/31.07.2019, pronunțată în dosarul nr. #####/3/2019 al Tribunalului București - Secția a II-a contencios administrativ și fiscal.

Dezbaterile asupra cauzei au avut loc în ședința publică din data de 19.09.2019, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, care face parte integrantă din prezenta, când Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea pentru astăzi, 26.09.2019, când, în aceeași compunere, a hotărât următoarele:

C U R T E A,

1. Prin cererea înregistrată pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26914/12.07.2019, reclamanta SC ##### SRL a formulat contestație împotriva actelor autorității contractante ...referitoare la comunicarea rezultatului nr. 160567/10.07.2019 și declararea ofertelor câștigătoare ca fiind cea a S.C. ##### S.R.L. pentru cartuș cal. 9x19mm și a solicitat obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, respectiv anularea comunicării și a tuturor actelor care au condus la decizia de stabilire a ofertelor câștigătoare, a raportului achiziției și a tuturor actelor subsecvente strict pentru partea corespunzătoare stabilirii ofertei ...ca fiind câștigătoare, precum și emiterea unui nou raport al achiziției cu excluderea ofertei ...ca fiind inadmisibile, ca având un preț neobișnuit de scăzut, fiind un preț de dumping și aducând atingere concurenței loiale și ca fiind neconforme tehnic și stabilirea unei alte oferte câștigătoare dintre cele admisibile și acces la dosarul format/depus la Consiliu în vederea formulării de concluzii scrise.

2. Prin Decizia nr. #####/C5/1391 din 17.07.2019 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a fost admisă excepția necompetenței materiale și s-a dispus trimiterea dosarului către Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal.

În cuprinsul deciziei, CNSC a reținut că nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 101/2016, fiind vorba despre o achiziție directă și nu o procedură proprie organizată în baza prev. de art. 22 lit. a din OUG nr. 114/2011. În fundamentarea acestei soluții, CNSC a făcut trimitere și la decizia civilă nr. #####/4.06.2019 în dosarul nr. #####/2/2019 al Curții de Apel București, Secția a IX-a Contencios administrativ și fiscal de anulare a unei decizii a CNSC în cazul unei achiziții directe apreciindu-se că instanța competentă ar fi fost de fapt Tribunalul București.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. #####/3/2019 din 19.07.2019.

La data de 29.07.2019 pârâțul ...a depus la dosarul cauzei întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată. La data de 26.07.2019 societatea ##### S.R.L. a formulat cerere de prin care a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

3. Prin sentința civilă nr. #####/31.07.2019, Tribunalul București a admis excepția necompetenței materiale invocată din oficiu; a declinat competența de soluționare a cauzei privind pe reclamanta ##### SRL în contradictoriu cu pârâțul ...în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor; a constatat ivit conflictul negativ de competență, a dispus suspendarea judecării și a înaintat dosarul cauzei Curții de Apel București pentru soluționarea conflictului.

Pentru a hotărî astfel, tribunalul a reținut faptul că CNSC este competent în baza art. 12 din Legea ##### întrucât este vorba de acte administrative emise în legătură cu o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică.

Tribunalul a reținut și Hotărârea CJUE din data de ##### pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle and RPL Lochau, paragrafele 33 și 34, în baza cărora, în cazul în care o autoritatea contractantă consideră că atribuirea unui contract de achiziție nu intră în domeniul de aplicare a directivei europene privind achizițiile publice, o astfel de decizie controlului jurisdicțional reglementat de directivă.

A apreciat faptul că obiectul litigiului de față este reprezentat de o contestație împotriva unei proceduri de achiziție publică pe care autoritatea contractantă ...a desfășurat-o potrivit unei proceduri prev. de art. 56 din O.U.G. nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității. Iar potrivit art. 188 alin. (1) din același act normativ „prevederile Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, se aplică în mod corespunzător”.

Indiferent de ce prevederi legale se rețin a fi aplicabile procedurii de achiziție derulată de către pârâtul ...(cele ale Legii 98/2016, cele ale OUG nr. 114/2011 sau prevederile unei procedurii proprii elaborată de pârât), aceasta nu schimbă natura juridică a procedurii derulate ca fiind o procedură ce are ca obiect atribuirea unui contract de achiziție publică.

În acest sens, Tribunalul a apreciat că, indiferent de regulile aplicate de pârât procedurii de atribuire, această procedură a urmărit încheierea unui contract de achiziție publică, astfel cum este definit de art. art. 3 alin. 1 lit. I din Legea 98/2016 potrivit căruia contractul de achiziție publică este „contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”.

Prin urmare, Tribunalul a apreciat că sunt aplicabile cauzei de față prevederile Legii 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, prevederi ce au caracter special și derogatoriu față de prevederile comune cuprinse în Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Or, potrivit art. 4 alin. 1 din Legea ##### „Pentru soluționarea contestației pe cale administrativ-jurisdicțională, persoana care se consideră vătămată se adresează Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, denumit în continuare Consiliu”.

De asemenea, potrivit art. 12 alin. 1 din Legea ##### „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)”.

Se observă că în niciuna din prevederile de mai sus și de altfel, nicăieri în cuprinsul Legii 101/2016, nu se precizează că remediile și căile de atac reglementate de această lege ar fi aplicabile doar procedurilor de atribuire derulate conform Legii nr. 98/2016 sau ale OUG nr. 114/2011 ori altei reglementări speciale referitoare la procedurile de achiziție publică.

Astfel că prevederile Legii nr. 101/2016 se aplică oricăror proceduri de achiziție publică, inclusiv cum este cea de față.

Tribunalul a apreciat ca fiind întemeiate susținerile reclamantei bazate pe dispozițiile Directivei nr. 2009/81/CE și ale jurisprudenței CJUE din cauza C-26/03 Stadt Halle and RPL Lochau.

Astfel, în condițiile în care, în cazul unei proceduri în care se invocă situația exceptată de la aplicarea normelor comunitare prev. de art. 13 lit. a din Directiva nr. 2009/81/CE (exceptare ce este similară cu cea prev. de art. 22 alin. 1 lit. a din OUG nr. 114/2011), pentru a nu se ajunge la eludarea prevederilor directivei prin invocarea unei astfel de excepții, este necesar ca decizia, prin care autoritatea contractantă apreciază că se încadrează în situația exceptată, să poată fi contestată potrivit reglementărilor cuprinse în Directivă referitoare la căile de atac.

Relevante în acest sens sunt cele reținute de CJUE în paragrafele 33 și 34 ale Hotărârea CJUE din data de 11.01.2005 pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle and RPL Lochau, care, deși se referă la directiva europeană anterioară Directivei nr. 2009/81/CE, situația este similară:

„În cazul în care o autoritate contractantă decide să nu inițieze o procedură de atribuire pentru motivul că, în opinia sa, contractul în cauză nu intră în domeniul de aplicare al normelor comunitare relevante, o astfel de decizie constituie prima decizie care poate fi supusă controlului jurisdicțional.

Având în vedere această jurisprudență și obiectivele, sistemul și modul de redactare ale Directivei 89/665, pentru a menține eficiența acestei directive, trebuie să se conchidă că orice act al unei autorități contractante adoptat în legătură cu un contract de servicii publice ce intră în domeniul material de aplicare a Directivei 92/50 și care poate produce efecte juridice

constituie o decizie supusă controlului în sensul art. 1 alin. 1 din Directiva 89/665, indiferent dacă acest act este adoptat în afara unei proceduri reglementate de atribuire sau ca parte a unei astfel de proceduri”.

Prin urmare, interpretarea dată prevederilor Legii nr. 101/2016 de către CNSC, conform căroră nu sunt aplicabile căile de atac reglementată de această lege procedurilor exceptate de la aplicarea Legii 98/2016 și ale OUG nr. 114/2011, conduce la concluzia că legea română este contrară prevederilor Directivei nr. 2009/81/CE și ale jurisprudenței CJUE în această materie.

Din acest motiv și având în vedere principiul priorității normelor europene față de dispozițiile legii române reglementat de art. 148 alin. 2 din Constituția României, Tribunalul a notat că, pentru respectarea Directivei nr. 2009/81/CE și a jurisprudenței CJUE, este necesar a se acorda posibilitatea reclamantei de formula calea de atac administrativ-jurisdicțională prev. de Legea ##### și în cazul de față în care se contestă o procedură cu privire la care autoritatea contractantă susține că se încadrează într-o excepție de la aplicarea Directivei nr. 2009/81/CE.

Or, o astfel de contestație este de competența CNSC potrivit prevederilor art. 4 alin. 1 și 12 alin. 1 din Legea ##### privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică. Având în vedere considerentele de mai sus, Curtea, în baza art. 132 alin. 1 din Codul de procedură civilă a admis excepția necompetenței materiale și și-a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

În temeiul art. 133 alin. 1 pct. 1, art. 134 și art. 135 alin. (3) din Codul de procedură civilă, Curtea a constatat ivit conflictul negativ de competență, a suspendat judecata cauzei și a înaintat dosarul cauzei Curții de Apel București pentru soluționarea conflictului.

4. Cauza a fost înregistrată pe rolul Curții de Apel București – Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal la data de 16.09.2019, sub nr. #####/3/2019.

Soluționând conflictul negativ de competență, Curtea constată că instanța competentă să soluționeze cauza este Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor pentru următoarele argumente:

Preliminar, Curtea subliniază că pentru soluționarea prezentului conflict de competență este esențială interpretarea coroborată a prevederilor art. 188 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității cu cele ale art. 56 din același act normativ, precum și ale Legii 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.

Astfel cum a reținut în mod corect și Tribunalul București, O.U.G. nr. 114/2011 conține în art. 188 alin. 1 o trimitere directă și expresă la „prevederile Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care se aplică în mod corespunzător”, iar art. 56 reglementează achiziția directă („autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii 1 a cap. II, nu depășește echivalentul în lei a 100.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ”).

Așadar, prezentul litigiu trebuie diferențiat de acele cauze având ca obiect achiziții directe, evocate de către CNSC în motivarea soluției de declinare a competenței de soluționare în favoarea Tribunalului, ca instanță de drept comun în materia contractelor administrative, dar fundamentate pe alte acte normative decât O.U.G. nr. 114/2011, și care nu conțin o prevedere similară celei cuprinse în art. 188 alin 1 din OUG nr. 114/2011 de trimitere directă la aplicarea Legii nr.101/2016.

Astfel, nu se aplică în prezenta cauză precedentul invocat de către CNSC în decizia declinare a competenței în favoarea Tribunalului, anume Decizia civilă nr. ###/4.06.2019 din dosarul nr. ###/2/2019 al Curții de Apel București, Secția a IX-a Contencios administrativ și fiscal, de anulare a unei decizii a CNSC în cazul unei achiziții directe în care s-a apreciat că instanța competentă ar fi fost de fapt Tribunalul București. Obiectul acelei cauze în constituia contestația depusă de către SC ##### SRL împotriva rezultatului procedurii de atribuire a contractului având ca obiect Servicii de audit extern independent în vederea

evaluării calității managementului ANABI pentru anul 2018, în baza Legii nr. 98/2016, și interpretarea acestui act normativ în lumina Legii nr. 101/2016.

Un argument în plus în diferențierea prezentului litigiu de modul de aplicare și interpretare a prevederilor Legii nr. 98/2016 din cauza precitată o constituie chiar prevederile art. 37 din acest act normativ care dispun că prezenta lege se aplică contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru atribuite și concursurilor de soluții organizate în domeniile apărării și securității naționale, cu excepția celor pentru care se aplică dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 195/2012, și a celor pentru care nu se aplică dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 114/2011, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 195/2012, potrivit art. 21, 22 sau art. 56 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 114/2011, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 195/2012.

Așadar, reglementarea distinctă din OUG nr. 114/2011, în domeniul special de reglementare al acestei ordonanțe, anume achizițiile publice în domeniile apărării și securității, prevederea expresă în cuprinsul art. 56 al OUG nr. 114/2011 al achiziției directe și în special, trimiterea expresă la Legea nr. 101/2016 prin art. 188 alin 1 impun o interpretare diferită în prezenta cauză decât cea avută în vedere în speța amintită anterior.

Din această perspectivă, prezenta cauză este asemănătoare cu cea care a făcut obiectul dosarului nr. #####/3/2017 al Tribunalului București (cererea înregistrată la CNSC sub nr. 7888/30.05.2017) în care Înalta Curte de Casație și Justiție, în soluționarea conflictului negativ de competență apărut între Curtea de Apel București și Tribunalul București a pronunțat decizia nr. 1050/13 martie 2018 prin care a stabilit, într-o cauză fundamentată pe dispozițiile OUG nr. 114/2011, că aparține CNSC competența de soluționare a cauzei (filele ##### dosar TB).

Sub acest aspect, Curtea apreciază ca fiind corectă soluția Tribunalului București de declinare a competenței de soluționare a cauzei în favoarea CNSC, urmând să substituie însă motivarea sub aspectul concluziilor instanței cu privire la aplicarea în prezenta cauză a Directivei nr. 2009/81/CE privind coordonarea procedurilor privind atribuirea anumitor contracte de lucrări, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii de către autoritățile sau entitățile contractante în domeniile apărării și securității și de modificare a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE.

Trebuie subliniat faptul că pentru a intra în domeniul specific de aplicare al acestei Directive care vizează achizițiile publice în domeniile apărării și securității, trebuie îndeplinite atât condițiile prevăzute de art. 2 din Directivă (adică să aibă ca obiect contractele enumerate de la lit. a)- c) având ca obiect furnizarea de echipamente militare, inclusiv orice fel de piese de schimb, componente și/sau îmbinări ale acestora; furnizarea de echipamente sensibile, inclusiv orice fel de piese de schimb, componente și/sau îmbinări ale acestora; lucrări, bunuri și servicii legate în mod direct de echipamentele menționate la literele (a) și (b), pentru oricare stadiu sau pentru totalitatea stadiilor din ciclul de viață al acestora; lucrări și servicii special destinate unor scopuri militare, sau lucrări și servicii cu caracter sensibil), cât și cele prevăzute de art. 8 din Directivă vizând pragurile valorice pentru contracte (Prezenta directivă se aplică contractelor a căror valoare estimată, fără taxa pe valoarea adăugată (TVA), este egală cu sau mai mare decât următoarele praguri: (a) 418 000 EUR, pentru contractele de furnizare de bunuri și de servicii; (b) # ### ### EUR, pentru contractele de lucrări.) Aceste praguri valorice sunt cele în prezent aplicabile ca urmare a modificării operate prin Regulamentului (UE) ##### de modificare a Directivei 2009/81/CE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește pragurile de aplicare pentru procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice.

Aplicând aceste prevederi la prezenta cauză, în absența altor elemente adiționale cu privire la o altă valoare a contractului de furnizare cartușe – anume, 26.000 lei), Curtea nu poate împărtăși concluziile Tribunalului cu privire la referințele vizând aplicarea în cauză a Directivei nr. 2009/81/CE privind coordonarea procedurilor privind atribuirea anumitor contracte de lucrări, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii de către autoritățile sau entitățile contractante în domeniile apărării și securității și de modificare a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE, având în vedere situarea sub pragurile valorice reglementate de către art. 8 din Directivă.

În concluzie, deși atât O.U.G nr. 114/2011, cât și Legea nr. 101/2016 au ca scop generic și transpunerea directivelor europene incidente în materia achizițiilor publice, în litigiul

de față ne aflăm într-o situație de drept pur intern, conflictul de competență urmând să fie soluționat în baza legislației naționale anterior prezentată.

Curtea subliniază că în baza art. 188 alin 1 din OUG nr. 114/2011, sunt aplicabile cauzei de față prevederile Legii 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, prevederi ce au caracter special și derogatoriu față de prevederile comune cuprinse în Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Potrivit art. 4 alin. 1 din Legea ##### „Pentru soluționarea contestației pe cale administrativ-jurisdicțională, persoana care se consideră vătămată se adresează Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, denumit în continuare Consiliu”.

De asemenea, potrivit art. 12 alin. 1 din Legea ##### „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)”.

Din acest motiv, Curtea apreciază că prevederile Legii nr. 101/2016 se aplică prezentei proceduri de achiziție directă reglementate de art. 56 din OUG nr. 114/2011 în baza normei de trimitere exprese cuprinse de art. 188 alin 1 din același act normativ.

Pentru considerentele expuse, Curtea în baza art. 135 alin 3 C pr civ, stabilește competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

PENTRU ACESTE MOTIVE

ÎN NUMELE LEGII

HOTĂRĂȘTE:

Stabilește competența de soluționare a cauzei privind pe reclamanta

SRL, cu sediul în str. #####
nr. 8, #####, sector 2, și cu punctul de lucru în sat Fundeni, Comuna Dobroiești, #####
în contradictoriu cu pârâțul ..., cu sediul în Craiova, #####
în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Definitivă.

Pronunțată în ședință publică, astăzi, 26 septembrie 2019.”

Aceeași abordare privind competența de soluționare a C.N.S.C. în cazul **achizițiilor directe** organizate în temeiul O.U.G. nr. 114/2011 a fost îmbrățișată de Consiliu în deciziile pronunțate, respectiv:

- în Decizia nr. 1350/C1/1266 din 09.08.2019 Consiliul a reținut următoarele:

”Având în vedere prevederile 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 se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei, Consiliul, constată următoarele:

Prin punctul de vedere depus la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a invocat excepția lipsei competenței materiale a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, motivat de faptul că prezenta procedură nu este una din procedurile de atribuire prevăzute de OUG nr. 114/2011, ci este o cumpărare directă.

În analiza excepției, Consiliul reține că într-adevăr autoritatea contractantă a ales ca achiziția de muniție, respectiv „Cartuș cal. 40 mm cu efect iritant lacrimogen pentru armă lansator”, să se facă prin cumpărare directă.

Însă, în luarea deciziei de respingere a excepției privind lipsa competenței materiale a Consiliului, acesta va reține în soluționare dispozițiile art. 1 din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „(1) Prezenta lege reglementează remediile, căile de atac și procedura de soluționare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”.

De asemenea, art. 3 din Legea nr. 101/2016 definește astfel:

- „c) contract - oricare dintre următoarele:

(i) contractul de achiziție publică, astfel cum este definit în legislația privind achizițiile publice”.

Potrivit Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice care reglementează domeniul achizițiilor publice, contractul de achiziție publică este definit la art. 3 alin. (1) lit. l) astfel: „contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii” iar potrivit art. 3 pct. 10 din OUG nr. 114/2011 cu modificările și completările ulterioare, definiția contractelor de achiziție publică este „contracte asimilate, potrivit legii, actelor administrative, care includ și categoria contractelor sectoriale, astfel cum sunt definite la art. 3 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, cu titlu oneros, încheiate în scris între una sau mai multe autorități contractante, pe de o parte, și unul ori mai mulți operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, în sensul prezentei ordonanțe de urgență”.

Astfel, întrucât cumpărarea directă are ca obiect achiziționarea de produse, în speță: „Cartuș cal. 40 mm cu efect iritant lacrimogen pentru armă lansator” prin încheierea unui contract de achiziție publică, competența de soluționare revine Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, având în vedere considerentele ce urmează.

În luarea deciziei de respingere a excepției, Consiliul are în vedere că, prin **Decizia nr. 1050** pronunțată în dosarul **nr. 21736/3/2017**, inclusiv Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu privire la un conflict negativ de competență între Curtea de Apel și CNSC, referitor la o achiziție de muniție organizată de o autoritate contractantă prin procedură proprie, procedură care, ca și în cazul cumpărării directe din prezenta speță, nu se regăsește printre procedurile de atribuire stabilite de art. 54 din OUG nr. 114/2011.

După cum rezultă din Decizia nr. 1050 pronunțată în data de 13 martie 2018, conflictul negativ de competență a fost generat de următoarea situație, după cum reține și instanța:

„2. Hotărârile care au generat conflictul negativ de competență

Prin Decizia nr. 1465/C2/1839 din 15.06.2017 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a fost admisă excepția necompetenței materiale și s-a dispus trimiterea dosarului către Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal sub nr. 21736/3/2017 la data de 19.06.2017.

Prin sentința civilă nr. 4702/01.08.2017, Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal și-a declinat competența în favoarea Curții de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal invocând faptul că litigiul are ca obiect un act administrativ emis de o autoritate publică de rang central.

Prin sentința nr. 4378/15.11.2017, Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal a admis excepția necompetenței materiale a Curții de Apel București, a declinat competența de soluționare a cauzei având ca obiect contestația formulată de reclamanta (...), în contradictoriu cu pârâțul (...), în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și, constatând ivit conflictul negativ de competență, a suspendat judecata cauzei și a înaintat dosarul Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru soluționarea conflictului”.

Pentru a se pronunța în sensul competenței Consiliului, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut în considerente că:

„În cauză Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este competent să soluționeze litigiul ce formează obiectul dosarului 7827/99/2017 pentru considerentele ce urmează să fie expuse.

Pentru stabilirea competenței este necesar a se clarifica obiectul cauzei, în speță reclamanta SC ... SRL a formulat contestație împotriva actelor autorității contractante (...) referitoare la procedura de atribuire având ca obiect «Acord-cadru furnizare muniție diferite calibre». Astfel, obiectul litigiului este reprezentat de o contestație împotriva unei proceduri de achiziție publică pe care autoritatea contractată, (...), a desfășurat-o potrivit unei proceduri proprii, pentru care a invocat excepția prevăzută de art. 22 lit. a) din OUG nr. 114/2011, ce privește atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității.

În esență, procedura de achiziție publică derulată de (...) are în vedere încheierea unui contract de achiziție publică astfel cum acesta este definit de art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr.

98/2016, iar în situația în care unul dintre ofertanți apreciază că procedura de achiziție impusă de solicitant îi cenzurează posibilitatea de participare, fapt ce conduce implicit la vătămarea drepturilor sale, are posibilitatea contestării procedurii conform Legii nr. 101/2016.

Înalta Curte constată că, în cauză, Curtea de Apel a interpretat corect legislația privitoare la competența materială de soluționare a cauzelor cu un asemenea obiect, apelând în soluționarea excepției necompetenței materiale și la argumente ce țin de jurisprudența CJUE. Relevantă situației supusă judecății este cauza C-26/03 Stadt Halle contra RPL Lochau, analizată în raport cu prevederile art. 31 din Directiva 2009/81/CE, prevederi similare cu excepția privitoare la procedura achizițiilor publice prevăzută de art. 22 lit. a) din OUG nr. 114/2011, din care rezultă că la procedurile de achiziție publică unde se invocă excepția sus-amintită se poate solicita control juridico-administrativ de către părțile interesate.

Înalta Curte este în acord cu această interpretare și o confirmă, apreciind că în cauză reclamanta are posibilitatea de a formula cale de atac administrativ-jurisdicțională conform prevederilor Legii nr. 101/2016”.

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

- în Decizia nr. 2894/C4/3128 din 12.11.2018, Consiliul a reținut următoarele:

”În susținerea excepției autoritatea contractantă, apreciază cumpărarea directă ca nefiind o procedură de atribuire întrucât aceasta nu se regăsește printre procedurile de atribuire prevăzute la art. 54 din OUG nr. 114/2011, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor fiind competent să soluționeze numai contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor.

Însă, în luarea deciziei de respingere a excepției privind lipsa competenței materiale a Consiliului, acesta va reține în soluționare dispozițiile art. 1 din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „(1) Prezenta lege reglementează remediile, căile de atac și procedura de soluționare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”.

De asemenea, art. 3 din Legea nr. 101/2016 definește astfel:

- „c) contract - oricare dintre următoarele:

(i) contractul de achiziție publică, astfel cum este definit în legislația privind achizițiile publice;”.

Potrivit Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice care reglementează domeniul achizițiilor publice, contractul de achiziție publică este definit la art. 3 alin. (1) lit. I) astfel: „contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii;”.

Astfel, întrucât cumpărarea directă are ca obiect achiziționarea de produse, în speță Muniție: Cartușe cal. 9 x 19 mm cu glonț obișnuit – Lot II, prin încheierea unui contract de achiziție publică, competența de soluționare revine Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

În luarea deciziei de respingere a excepției, Consiliul are în vedere că prin Decizia nr. 1050 pronunțată în dosarul nr. 21736/3/2017, inclusiv Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu privire la un conflict negativ de competență între Curtea de Apel și CNSC, referitor la o achiziție de muniție organizată de o autoritatea contractantă prin procedură proprie, procedură care, ca și în cazul cumpărării directe din prezenta speță, nu se regăsește printre procedurile de atribuire stabilite de art. 54 din OUG nr. 114/2011.

(...)

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

- în Decizia nr. 1088/C6/1100 din 05.07.2019 Consiliul a reținut următoarele:

„În considerarea art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: „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”, Consiliul are în vedere excepția lipsei competenței materiale a CNSC, invocată de autoritatea contractantă, pe care o respinge ca neîntemeiată.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul reține că autoritatea contractantă a publicat pe SICAP anunțul de participare nr. ADV 1081837 din 28.05.2019, potrivit căruia autoritatea contractantă a ales ca achiziția de cartușe în cauză să se efectueze **prin cumpărare directă**.

Cu toate acestea, în acest anunț se regăsește menționat „caiet de sarcini: ST și PR cartușe.pdf”, precum și rubrica „Condiții referitoare la contract” unde se precizează: „**Se va încheia contract de furnizare de bunuri cu ofertantul declarat câștigător**”, informații care presupun, în mod cert, invitarea unor operatori economici din domeniu. În concluzie, chiar dacă această achiziție se regăsește la rubrica „cumpărări directe” din anunț, aceasta îmbracă formele unei proceduri simplificate, care se încadrează în prevederile art. 68 alin. (1) lit. (i) din Legea nr. 98/2016 sau ale art. 54 lit. d) din OUG nr. 114/2011.

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca neîntemeiate afirmațiile autorității contractante, potrivit cărora contestația formulată de SC ... SRL nu ar intra în sfera de competență a CNSC, raportat la art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, care stabilește: „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. \(2\)](#)”, ci ar fi aplicabile dispozițiile alin. (2) al aceluiași articol, potrivit cărora: „Contestațiile care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicțională competent”.

În justificarea celor de mai sus, Consiliul are în vedere și faptul că autoritatea nu a realizat o achiziție directă în sensul dispozițiilor art. 56 din OUG nr. 114/2011: „Autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii 1 a cap. II, nu depășește echivalentul în lei a 100.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ”, astfel încât să cumpere direct de la un operator economic produsele dorite, ci a derulat o competiție, în cazul de față cu participarea a doi ofertanți, aspecte care conduc, în mod cert, la incidența prevederilor art. 54 lit. d) din OUG nr. 114/2011: „Procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică sunt: (...) d) cererea de oferte, respectiv procedura simplificată prin care autoritatea contractantă solicită oferte de la mai mulți operatori economici”, astfel că nu se mai poate face vorbire de existența unei cumpărări directe a acestor produse, care presupune încheierea directă a unui contract sau întocmirea unei facturi fiscale cu un singur operator economic.

Or, în cazul de față, prin întocmirea procesului-verbal de testare a pieței nr. 3541100 din 30.05.2019, în care s-au consemnat următoarele: «au fost declarate admisibile din punct de vedere tehnic ofertele următorilor operatori economici, în temeiul criteriului „prețul cel mai scăzut”, au fost comparate ofertele declarate admisibile și s-a întocmit clasamentul pentru stabilirea ofertei câștigătoare, după cum urmează (...)», precum și a procesului-verbal de analiză a specificațiilor tehnice nr. 3541100/1 din 30.05.2019, conduce, în mod evident, la faptul că au fost analizate, verificate ofertele depuse, stabilite admisibilitatea lor, precum și desemnarea ofertei câștigătoare, fiind aplicate prevederile art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016 - Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice din 02.06.2016, care stabilesc atribuțiile comisiei de evaluare.

De asemenea, Consiliul are în vedere faptul că, potrivit Referatului de necesitate nr. 3.547.804 din 06.05.2019, această achiziție are loc prin încheierea unui contract.

Prin urmare, raportat la dispozițiile art. 1 din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „(1) Prezenta lege reglementează remediile, căile de atac și procedura de soluționare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”, coroborat cu cele ale art. 3 lit. c) pct. (i) din același act normativ, respectiv: „c) contract - oricare dintre următoarele: (i) contractul de achiziție publică, astfel cum este definit în legislația privind achizițiile publice (...)”, precum și cu definiția contractului stabilită de art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, astfel:

„contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”, competența de soluționare a cauzei revine Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Relevante în stabilirea concluziei de mai sus este Decizia nr. 1050 pronunțată în dosarul nr. 21736/3/2017, de Înalta Curte de Casație și Justiție, care a stabilit competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu privire la un conflict negativ de competență între Curtea de Apel și CNSC, referitor la o achiziție de muniție organizată de o autoritatea contractantă prin procedură proprie, procedură care, ca și în cazul cumpărării directe din prezenta speță, nu se regăsește printre procedurile de atribuire stabilite de art. 54 din OUG nr. 114/2011.

(...)

Ținând seama de cele evocate, Consiliul va respinge excepția necompetenței sale materiale, invocată de autoritate, și va proceda la analiza pe fond a cauzei.”

În speța de față Consiliul are în vedere faptul că, potrivit Raportului de nr. CA/A-2583/09.09.2022 această achiziție derulată are loc prin **încheierea unui contract de furnizare.**

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

În considerarea celor antemenționate sunt judicioase susținerile contestatoarei potrivit căroră:

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

(...)

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

Consiliul determină că în cauza supusă acum verificării nu există autoritate de lucru judecat și obligativitate, însă există **relevanța dezlegărilor date**, litigiul anterior fiind similar celui aflat pe rol.

Interpretarea dată spețelor similare este pertinentă și concludentă în cauza de față, mai cu seamă că, la cap. VII din Legea nr. 101/2016, se

pune accent pe prevenirea pronunțării de către Consiliu a unor soluții diferite în cauze similare, astfel cum dispune art. 62 din Legea nr. 101/2016:

Art. 62. - (1) La nivelul Consiliului se organizează întâlniri lunare ale membrilor, în care sunt discutate problemele de drept care au condus la pronunțarea de soluții diferite în cauze similare. De asemenea vor fi discutate aplicarea și interpretarea reglementărilor nou-apărute în domeniul achizițiilor publice, precum și în orice alte domenii care interesează activitatea profesională a membrilor Consiliului.

(2) Problemele de drept prevăzute la alin. (1) sunt analizate, în prealabil, de către unul sau mai mulți membri ai Consiliului desemnat/desemnați de președintele acestuia, care prezintă un studiu asupra acestora, cu referire și la practica la nivelul Consiliului și cea judiciară națională și europeană, în care, în mod obligatoriu, își expune/își expun opinia motivată, studiu care se supune dezbaterii membrilor.

(3) Pentru unificarea practicii administrativ-jurisdicționale, Consiliul organizează semestrial seminare cu judecători din cadrul instanțelor judecătorești și specialiști din cadrul ANAP, precum și alte categorii de experți. "

Așadar, organul administrativ este ținut de obligația asigurării practicii unitare prin soluțiile pe care le pronunță.

Deciziile instanțelor de judecată și ale Consiliului sunt opozabile nu doar prin prisma dispozitivului lor, ci și a considerentelor reproduse mai sus, față de dispozițiile art. 431 alin. (2) C. proc. civ. (*„Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”*) și ale art. 435 alin. (2) C. proc. civ. (*„Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.”*).

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

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform căroră *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale (...).”*

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea contestatoarei de studiere a dosarului cauzei.

Potrivit art. 10 din O.U.G. nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, sunt prevăzute următoarele:

Art. 10. - Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei ordonanțe de urgență, autoritatea contractantă are obligația de a asigura garantarea protecției acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

La art. 186 din O.U.G. nr. 114/2011 legiuitorul a prevăzut următoarele:

Art. 186. - Accesul persoanelor la informațiile din dosarul achiziției publice se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016 prevăd următoarele:

„(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți. ”

Iar dispozițiile art. 123 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 prevăd următoarele: „(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.”

Consiliul constată că potrivit Adresei nr. N2964/03.10.2022 autoritatea contractantă a precizat faptul că ambii ofertanți au declarat că ofertele tehnice și ofertele financiare conțin informații confidențiale (... S.R.L. - prin indicarea cu ștampilă a informațiilor, iar ...S.R.L. - prin declarație de confidențialitate privind informațiile din cadrul ofertei care au caracter confidențial).

Consiliul cu ocazia invitării ... S.R.L. la studierea dosarului achiziției publice prin adresa nr. 49489/2278C7/07.10.2022 a comunicat acesteia:

„Ținând seama de faptul că ofertantul ...S.R.L. a declarat confidențiale Propunerea tehnica .308 WIN, Propunerea tehnica .338 LM, Documente/fise tehnice .308 WIN si .338 LM și Propunerea financiară în situația în care doriți studierea respectivelor documente, trebuie să obțineți acordul scris al acestuia, conform art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.”

Contestatoarea afirmă că nu există justificare credibilă pentru confidențializarea unor documente din oferta societății declarate câștigătoare, documentele sunt publice, *după cum va demonstra și nu este precizat dreptul protejat și nici vătămarea care ar putea fi cauzată. Fișele tehnice și un pretins Function test nu reprezintă secrete comerciale, fiind evident că muniția funcționează.*

Astfel concluzia contestatoarei este aceea că *CNSC trebuie să observe absența motivelor de confidențializare a ofertei ...și să permită accesul la documentele în cauză*

Potrivit Declarației de confidențialitate depusă de ...S.R.L. se reține că ofertanta a precizat următoarele:

"Subsemnatul Horatiu Popa, in calitate de reprezentant legal al operatorului economic SC ...SRL - distribuitor unic pentru Romania al muniției RUAG Ammotec, având calitatea de ofertant, precizez ca următoarele părți/informații din propunerea tehnică și din propunerea financiară:

- a. Propunerea tehnica .308 WIN
- b. Propunerea tehnica .338 LM
- c. Documente/fise tehnice .308 WIN si .338 LM
- d. Propunerea financiara

au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele legitime ale producătorului RUAG Ammotec si ale noastre în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală, având în vedere:

1.obligațiile Autorității contractante prevăzute in cadrul art. 57 alin (1) din Legea 98/2016 „Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor le pa/e privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale,inclusiv secrete tehnice sau comer/a/e și elementele confidențiale ale ofertelor.

2. Art. 123, alin (1) din HG 395/2016 „Ofertantul elaborează ofeda i"n conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, i"n cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, i"n baza legislației aplicabile."

3. Art. 217, alin (5) din Legea 98/2016 "Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât i"n măsura i"n care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de " proprietate intelectuală, potrivit legii."

4. Art. 217, alin (6) din Legea 98/2016 "Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neingrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală".

5. Art. 19, alin (1) din Legea 101/2016 " La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții in care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cil excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, intrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, in special in ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă."

6. Art.19, alin.(3) din Legea101/2016 "In sensul alin.(1) documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, in mod explicit si vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferta este permisa numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți."

De asemenea, in virtutea art. 123, alin (1) din HG 395/2016, precizăm ca motivele pentru care partile/informatiile mai sus mentionate din propunerea tehnică și din propunerea financiară sunt confidențiale sunt următoarele:

- Oferta transmisa este unica si personalizata pentru autoritatea contractanta, luarea la cunostinta de către alti operatori economici a prețului oferit este de natura a ne cauza prejudicii economice atat noua cat si producătorului. Oferta a fost facuta de către producător special pentru Romania, luând in calcul situatia internaționala atat in ceea ce privește conflictul din Ucraina cat si majorarile de preturi la materia prima si transport precum si stocul existent la producător.

- Documentația tehnica este marcata cu „Protection notices DIN ISO 16016" ceea ce inseamna ca producătorul specifică notificările de protecție care servesc la prevenirea

utilizării necorespunzătoare a documentelor și a produselor a căror utilizare este restricționată. Notificările de protecție atrag atenția asupra existenței unui drept de proprietate industrială sau a unui drept de autor. În plus, acestea arată în mod clar că titularul dreptului solicită protecție juridică și restricționează utilizarea documentelor în cauză.”

Se rețin precizările achizitoarei care, urmare a primirii solicitării cu nr. N2696/12.09.2022 din partea ... S.R.L. prin care, în temeiul Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes public, a solicitat acces la dosarul achiziției, prin adresa nr. N2826/19.09.2022, a făcut demersuri suplimentare și a solicitat câștigătorului, prin adresa nr. N2737/14.09.2022, acceptul cu privire la punerea la dispoziție a informațiilor solicitate de contestator, dar acesta nu a fost de acord.

Așa cum a fost anterior reținut având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul luând act de documentele aflate la dispoziția sa și susținerile părților, de faptul că documentația tehnică este marcată cu „Protection notices DIN ISO 16016” ceea ce înseamnă ca producătorul specifică notificările de protecție care servesc la prevenirea utilizării necorespunzătoare a documentelor și a produselor a căror utilizare este restricționată, Consiliul a decis să nu pună la dispoziția contestatoarei care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, documentele declarate confidențiale ale contracandidatei acesteia, ...S.R.L., respectiv propunerea tehnică .308 WIN, propunerea tehnică .338 LM, documente/fise tehnice .308 WIN și .338 LM și propunerea financiară.

Astfel, conduita Consiliului de a nu pune la dispoziția societății contestatoare a documentelor declarate confidențiale de ofertanta ...S.R.L. este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul a ținut seama de rigorile la care este supus, prin regulile precizate, situație în care nu au fost puse la dispoziția ... S.R.L. documentele din cuprinsul propunerii tehnice și financiare provenind de ...S.R.L., întrucât constituie informații declarate confidențiale.

Date fiind rigorile la care este supusă atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul prin regulile precizate, precum și declarația ofertantei ...S.R.L., nu au fost puse la dispoziția ofertantei contestatoare, documentele provenind de la contracandidata sa, declarate confidențiale.

La nivel național, tema confidențialității ofertelor depuse în procedurile de achiziție publică este reglementată, cu titlu general, prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și normele sale de punere în aplicare, Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale și normele sale de punere în aplicare și 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.

Liberul acces la informații de interes public este garantat, fără a fi însă un drept/o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la

informații de interes publică comportă limitări. Astfel, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale (secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor).

Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care acestea le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

Legiuitorul a reglementat, cu titlu de principiu - de plano, faptul că accesul la informații de interes public este liber. Fără a nega sau încălca prevederile principiului transparenței, în procesul de achiziție publică/sectorială această aplicare a sa, de plano, fără o analiză apriorică fundamentată, în caz contrar, contracandidații ar intra în posesia unor informații sensibile și extrem de importante pe care le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, entitatea a cărei ofertă va fi făcută publică pierzând inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

Astfel, prin simpla invocare a principiului transparenței, nu se poate crea un avantaj sau/și oferirii datelor vitale din sistemul de producție a unui ofertant, unui contracandidat în procedură.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială intră în competiție concurenți de pe aceeași piață și implicit cu interese contrarii. Într-un astfel de context, informațiile confidențiale au o valoare extrem de importantă, rațiunea protejării lor fiind, în fapt, extrinsecă procedurii de achiziție publică în cauză.

Așadar, este perfect justificată menționarea ca și confidențiale a unor informații a căror dezvăluire ar putea prejudicia ofertanții. Acest aspect, este tratat și de legiuitor, care protejează, de plano, în etapa contestației, informațiile cuprinse în ofertele depuse declarate confidențiale, condiționând accesul la consultarea documentelor confidențiale de acordul scris al respectivilor ofertanți.

În concluzie, în vederea respectării dreptului la confidențialitate, legea însăși limitează aplicarea principiului transparenței, unul dintre principiile fundamentale din domeniul achizițiilor publice.

Potrivit jurisprudenței CJUE (Hotărârea Curții din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, Varec SA c. Etat belge, în prezenta Diehl Remscheid GmbH & Co), în etapa căilor de atac, obligația de respectare a confidențialității informațiilor se transmite de la autoritatea/entitatea contractantă către organismul responsabil cu soluționarea respectivei căi de atac – C.N.S.C., acesta din urmă fiind obligat să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici.

Orice decizie și motivare contrară din partea C.N.S.C. ar crea precedente cu privire la scopul pentru care unii operatori economici ar

promova calea contestației, de la scopul imediat - de a încerca eliminarea celorlalți participanți din procedură, prin efectuarea unei evaluări paralele - până la distorsionarea gravă a concurenței prin participarea la anumite proceduri și promovarea contestațiilor exclusiv pentru a afla anumite informații sau date confidențiale cu privire la concurenții de pe piață (ex. informații cu privire la resursele umane și/sau tehnice, informații privind managementul costurilor, furnizori, colaboratori, oferte și discount-uri, date bancare etc).

Jurisprudența a demonstrat că atât timp cât organismul responsabil cu soluționarea căii de atac – C.N.S.C., dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, acesta are posibilitatea de a cenzura dreptul de acces la toate informațiile referitoare la procedura de atribuire, astfel încât să fie asigurată menținerea concurenței loiale.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât calea de atac este formulată împotriva actului autorității contractante, ofertantul, ale cărui informații sunt în pericol a fi dezvăluite, fiind un terț față de litigiul respectiv.

Nu există repere obiective și dispoziții neechivoce în legislația română în materie față de care să se poată aprecia punctul de echilibru între contradictorialitate/transparență și confidențialitate, practica fiind singura care va stabili o anumită predictibilitate a acestor situații.

În sprijinul acestei aprecieri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, *Varec SA împotriva État belge*, în considerentele căreia s-a statuat:

„34 Obiectivul principal al normelor comunitare în materie de contracte de achiziții publice constă în deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre (a se

vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C-26/03, Rec.,

p. I-1, punctul 44).

35 Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare.

36 În plus, atât prin natura acestora, cât și potrivit sistemului reglementării comunitare în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Aceștia din urmă trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi.

37 Pentru aceste motive, articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 prevede că autoritățile contractante au obligația de a respecta caracterul confidențial al tuturor informațiilor puse la dispoziție de acești furnizori.

38 În cadrul specific al comunicării către un candidat sau un ofertant respins a motivelor respingerii candidaturii sau a ofertei acestuia, precum și în cel al publicării anunțului de atribuire a unui contract, articolul 7 alineatul (1) și articolul 9 alineatul (3) din respectiva

directivă recunosc autorităților contractante posibilitatea de a nu comunica anumite informații, în cazul în care divulgarea acestora ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale întreprinderilor publice sau private sau ar aduce atingere concurenței loiale dintre furnizori.”

De asemenea, în Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14, s-au reținut următoarele:

„46 În cazul în care instituția vizată decide să refuze accesul la un document a cărui comunicare îi este cerută, acesteia îi revine, în principiu, obligația de a furniza explicații cu privire la modul în care accesul la acel document ar putea să aducă atingere concret și efectiv interesului protejat de o excepție prevăzută la articolul 4 din Regulamentul nr. 1049/2001 pe care această instituție o invocă. În plus, riscul unei astfel de atingeri trebuie să fie previzibil în mod rezonabil, iar nu pur ipotetic. Cu toate acestea, este permis instituției în cauză să se întemeieze în această privință pe prezumții generale care se aplică anumitor categorii de documente, considerații de ordin general similare fiind susceptibile să se aplice unor cereri de divulgare cu privire la documente de aceeași natură (Hotărârea din 29 ianuarie 2013,

Cosepuri/EFSA, T-339/10 și T-532/10, EU:T:2013:38, punctul 90).

47 Rezultă din jurisprudență că ofertele depuse de ofertanți în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă pot intra în domeniul de aplicare al excepției referitoare la protecția intereselor comerciale, în special datorită elementelor economice și tehnice cuprinse în oferte (a se vedea

în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T-339/10 și T-532/10,

EU:T:2013:38, punctul 95).

48 Pe de altă parte, protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este prevăzută de dispozițiile relevante din Regulamentul financiar și în special la articolul 113 alineatul (2) din acesta, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute. Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele Uniunii în materie de contracte de achiziții publice, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de

atribuire ulterioare (Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T-339/10 și T-532/10,

EU:T:2013:38, punctul 100).

49 Având în vedere cele ce precedă, jurisprudența a stabilit existența unei prezumții generale potrivit căreia accesul la ofertele ofertanților aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013,

Cosepuri/EFSA, T-339/10 și T-532/10, EU:T:2013:38, punctul 101).

50 Trebuie subliniat însă că prezumția generală menționată la punctul 49 de mai sus nu exclude posibilitatea de a demonstra că un anumit document a cărui divulgare este solicitată nu face obiectul acestei prezumții sau că există un interes public superior care justifică

divulgarea (Hotărârea din 28 iunie 2012, Comisia/Éditions Odile Jacob, C-404/10 P,

EU:C:2012:393, punctul 126).

51 Prezenta cauză trebuie examinată în lumina acestor principii.

52 În primul rând, trebuie arătat că, în speță, reclamantei i-a fost refuzat accesul la

oferta depusă de ofertantul reținut, din care fac parte borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ. În plus, anexa I.A la contract, la care Comisia a refuzat de asemenea accesul în întregime, cuprinde și borderoul de prețuri al ofertei ofertantului reținut. În ceea ce privește anexa II la contract, la care a fost refuzat de asemenea accesul, aceasta conține oferta ofertantului reținut. Prin urmare, este vorba despre exact același tip de documente ca

cele avute în vedere de Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA (T-339/10 și T-532/10,

EU:T:2013:38). Contrar celor susținute de reclamantă, nu se poate deduce din această hotărâre că privește numai o cerere de acces la ansamblul ofertelor ofertanților, iar nu o cerere de acces doar la oferta ofertantului reținut.

53 Astfel, este evident că documentele avute în vedere de prezenta cerere de acces, prin natura lor, pot conține elemente tehnice și economice confidențiale ale ofertantului reținut, printre care și informații cu privire la competențele și la metodele de lucru ale acestuia, la

know-how-ul său, la organizarea sa internă, la costurile sale și la prețurile propuse.

54 În aceste împrejurări, comisia a statuat în mod întemeiat, în deciziile atacate, că oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri, anexa I.A la contract, care conține borderoul de prețuri, și anexa II la contract, care conține oferta ofertantului reținut, erau acoperite de o prezumție generală potrivit căreia divulgarea lor ar aduce atingere, în principiu, protecției intereselor comerciale.

55 Pe de altă parte, trebuie subliniat că, tocmai în scopul de a menține confidențialitatea acestor informații comerciale sensibile, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu prevede comunicarea ofertei ofertantului reținut către ofertanții respinși și stabilește chiar că este posibilă omiterea comunicării anumitor elemente dacă aceasta ar aduce atingere intereselor comerciale legitime sau ar putea denatura concurența loială.

56 În al doilea rând, trebuie să se constate că, în nicio etapă a procedurii, reclamanta nu a prezentat nici cel mai slab argument care să permită să se demonstreze că documentele solicitate nu erau acoperite de prezumția menționată mai sus.

57 În ceea ce privește borderoul de prețuri în ansamblul său, reclamanta susține că divulgarea acestui document nu ar putea aduce atingere intereselor comerciale ale ofertantului reținut, întrucât anunțul de atribuire indica nivelul prețurilor din oferta acestuia. Acest argument nu poate fi reținut, întrucât borderoul de prețuri este un document mult mai detaliat care indică, la fiecare rubrică, prețul serviciilor propuse, în timp ce anunțul de atribuire se limitează să indice în mod global valoarea contractului atribuit.

58 Situația este aceeași în cazul borderoului de prețuri recapitulativ care figurează în anexa la ofertă. Trebuie să se constate că acest document conține de asemenea informații referitoare la prețul serviciilor propuse, care sunt mai detaliate decât informația divulgată prin anunțul de atribuire. Prin urmare, borderoul recapitulativ intră de asemenea în domeniul de aplicare al prezumției menționate mai sus.

59 În consecință, Comisia era îndreptățită să considere că documentele în discuție, și anume oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ, și anexele I.A și II la contract erau acoperite de excepția referitoare la protecția intereselor comerciale, fără a proceda la examinarea lor concretă și individuală, după cum pretinde reclamanta.

60 În ceea ce privește argumentele reclamantei referitoare la existența unui presupus interes public superior care justifică divulgarea, acestea vor fi examinate mai jos, în cadrul celui de al patrulea aspect.

61 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul reclamantei potrivit căruia informațiile care i-au fost furnizate de Comisie cu privire la prețul ofertei reținute nu îndeplinesc cerințele

articolului 113 din Regulamentul financiar, chiar dacă s-ar presupune că sunt admisibile, este

necesar să se constate că, contrar celor sugerate de reclamantă, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu impune obligația de a comunica ofertantului respins, cu titlu de caracteristici și de avantaje ale ofertei reținute, informații detaliate privind prețurile."

Elocvente sunt și următoarele considerente ale Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâștigător la documente celui declarat câștigător:

"[...] protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este coerentă cu dispozițiile relevante din Regulamentul financiar, în special articolul 100 alineatul (2) din acesta, vizat în egală măsură de EFSA în decizia sa din 15 septembrie 2010, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute (a se vedea, cu privire la divulgarea ofertei reținute, Ordonanța Evropaiki Dynamiki/AEE, punctul 49 de mai sus, punctul 39 și jurisprudența citată). Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele în materie de achiziții publice ale Uniunii, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a atinge acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare. În plus, atât prin natura lor, cât și potrivit sistemului reglementării Uniunii în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Operatorii economici trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi [...]."

În aceeași cauză *Varec*, C-450/06, în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac, s-au stabilit următoarele:

„39 Desigur, aceste dispoziții vizează conduita autorităților contractante. Totuși, se impune să se recunoască faptul că efectul util al acestora ar fi grav compromis dacă, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, toate informațiile privind această procedură de atribuire ar trebui, fără nicio limitare, puse la dispoziția autorului acestei acțiuni și chiar a altor persoane, precum intervenienții.

40 Într-un asemenea caz, simpla introducere a unei căi de atac ar da acces la informații

care ar putea fi utilizate pentru a denatura concurența sau pentru a aduce atingere intereselor legitime ale operatorilor economici care au participat la procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție. O astfel de posibilitate ar putea chiar stimula operatorii economici

să introducă acțiuni doar în simplul scop de a obține acces la secretele comerciale ale concurenților lor.

41 În cadrul unei asemenea acțiuni, pârâțul este autoritatea contractantă, iar operatorul economic ale cărui interese pot fi lezate nu este în mod necesar parte la litigiu și nici nu este

chemat în cauză pentru a-și apăra aceste interese. Pentru acest motiv, este cu atât mai

important să se prevadă mecanisme care garantează în mod corespunzător interesele unor astfel de operatori economici.

42 Obligațiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce privește respectarea confidențialității informațiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerința unor căi de atac eficiente prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 coroborat cu articolul 7 alineatul (1), cu articolul 9 alineatul (3) și cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispozițiilor menționate și, prin aceasta, să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi.

43 În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar.

44 Se pune problema dacă această interpretare este conformă noțiunii de proces echitabil în sensul articolului 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 (denumită în continuare „CEDO”).

45 Într-adevăr, după cum reiese din decizia de trimitere, Varec a invocat în fața Conseil

d'État că dreptul la un proces echitabil implică garantarea caracterului contradictoriu al oricărei proceduri judiciare, că principiul contradictorialității reprezintă un principiu general de drept, că își găsește temeiul în articolul 6 din CEDO și că acest principiu implică dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de toate înscrisurile sau observațiile prezentate instanței pentru a influența decizia acesteia și pentru a le discuta.

46 În această privință, trebuie subliniat că articolul 6 alineatul (1) din CEDO prevede, printre altele, că „[o]rice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și

într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială [...]”.

Potrivit jurisprudenței constante a Curții Europene a Drepturilor Omului, caracterul contradictoriu al unei proceduri reprezintă unul dintre elementele care permit să se aprecieze caracterul echitabil al acesteia, însă poate fi pus în balanță cu alte drepturi și interese.

47 Principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta. Cu toate acestea, în anumite cazuri, poate fi necesar ca anumite informații să nu fie comunicate părților pentru a putea garanta drepturile fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Rowe și Davis

împotriva Regatului Unit din 16 februarie 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 61, și

Hotărârea V. împotriva Finlandei din 24 aprilie 2007, nepublicată încă în Recueil des arrêts et décisions, § 75).

48 Printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private, consacrat la articolul 8 din CEDO și care decurge din tradițiile constituționale comune statelor membre și este reafirmat la articolul 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, proclamată la Nisa la 7 decembrie 2000 (JO C 364, p. 1) (a

se vedea în special Hotărârea din 8 aprilie 1992, Comisia/Germania, C-62/90, Rec., p. I-2575,

punctul 23, și Hotărârea din 5 octombrie 1994, X/Comisia, C-404/92 P, Rec., p. I-4737, punctul

17). În această privință, din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului reiese că nu se poate considera că noțiunea de viață privată trebuie interpretată ca excluzând activitățile profesionale sau comerciale ale persoanelor fizice sau juridice (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Niemietz împotriva Germaniei din 16 decembrie 1992, série A,

nr. 251-B, § 29, Hotărârea Société Colas Est și alții împotriva Franței din 16 aprilie 2002,

Recueil des arrêts et décisions 2002-III, § 41, precum și Hotărârea Peck împotriva Regatului

Unit din 28 ianuarie 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-I, § 57), activități care pot

include participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice.

49 De altfel, Curtea de Justiție a recunoscut protecția secretelor comerciale ca un principiu general (a se vedea Hotărârea din 24 iunie 1986, AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, 53/85, Rec., p. 1965, punctul 28, precum și Hotărârea din 19 mai 1994,

SEP/Comisia, C-36/92 P, Rec., p. I-1911, punctul 37).

50 În sfârșit, menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței citate la punctul 47 din prezenta hotărâre.

51 Rezultă astfel că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

52 Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea

din 13 iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. I-6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac

în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau

tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53 În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

54 Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29).

55 Prin urmare, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, coroborat cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36, trebuie interpretat în sensul că organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) menționat trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.”

În același sens s-a reținut și în Hotărârea Curtii din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55).

Și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenței].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia – Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T-353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți

și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Așa cum a fost anterior reținut, având în vedere că ...S.R.L. a invocat în justificarea caracterului confidențial al documentelor

- a. Propunerea tehnica .308 WIN
- b. Propunerea tehnica .338 LM
- c. Documente/fise tehnice .308 WIN si .338 LM
- d. Propunerea financiara

pentru a nu prejudicia interesele legitime ale producătorului RUAG Ammotec și ale propriei propuneri tehnice în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală și faptul că:

"- Oferta transmisă este unică și personalizată pentru autoritatea contractantă, luarea la cunoștință de către alți operatori economici a prețului oferit este de natură a ne cauza prejudicii economice atât noua cât și producătorului. Oferta a fost făcută de către producător special pentru România, luând în calcul situația internațională atât în ceea ce privește conflictul din Ucraina cât și majorările de prețuri la materia primă și transport precum și stocul existent la producător.

- Documentația tehnică este marcată cu „Protection notices DIN ISO 16016” ceea ce înseamnă că producătorul specifică notificările de protecție care servesc la prevenirea utilizării necorespunzătoare a documentelor și a produselor a căror utilizare este restricționată. Notificările de protecție atrag atenția asupra existenței unui drept de proprietate industrială sau a unui drept de autor. În plus, acestea arată în mod clar că titularul dreptului solicită protecție juridică și restricționează utilizarea documentelor în cauză.”

conduita Consiliului de a nu pune la dispoziția societății contestatoare a documentelor declarate confidențiale de ofertantă declarată câștigătoare este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

În aceeași direcție acționează și instanțele de judecată relevantă fiind Hotărârea nr. 354/2021 din data de 08.03.2021 emisă de Curtea de Apel Ploiești, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal care a reținut următoarele:

„În ceea ce privește **critica referitoare la asigurarea accesului la întregul dosar al cauzei** (în principal) sau cel puțin la înscrisurile care nu au fost declarate confidențiale de către Supercom la momentul depunerii ofertei (în subsidiar), petenta a susținut că solicitarea sa a fost respinsă atât de către autoritatea contractantă cât și de către CNSC, fără temei și fără argumente credibile/întemeiate, pe motiv că ofertele criticate sunt confidențiale în integralitate deoarece ofertanții le-au declarat confidențiale. Învederează petenta că acest refuz a determinat încălcarea dreptului la apărare și a accesului la probele care urmau a fi analizate de către CNSC, încălcarea principiului transparenței și al echității ("egalității armelor), petenta fiind în mod evident într-o poziție inferioară față de autoritatea contractantă, încercând să dovedească o situație de fapt și de drept fără a avea acces concret la dosarul de achiziție publică.

Curtea constată că, în mod neîntemeiat, petenta susține că se află într-o poziție de inferioritate față de autoritatea contractantă, esențială este asigurarea principiului egalității de tratament între ofertanți și nu în raport cu autoritatea contractantă.

Principiul egalității de tratament între ofertanți a fost respectat având în vedere faptul că toți ofertanții au depus declarații de confidențialitate în aceleași condiții. Pe de altă parte, autoritatea contractantă a avut acces la întregul dosar al achiziției publice, la fel și Consiliul.

Accesul la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii:

„(1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității/entității contractante, autoritatea/entitatea contractantă

are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității/entității contractante prevăzute la art. 66 și art. 91 și nici publicarea părților din contractele de concesiune încheiate fără caracter confidențial, inclusiv a eventualelor modificări ulterioare.

(3) Autoritatea/entitatea contractantă poate impune operatorilor economici cerințe care vizează protejarea caracterului confidențial al informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)".

Accesul părților la dosarul cauzei, la sediul CNSC, se face conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. (3) în sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.". Raportat la legislația în vigoare incidentă, se constată că, la autoritatea contractantă, ofertanții indică și dovedesc în cuprinsul ofertelor care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale (conform dispozițiilor art. 41 din Legea nr. 100/2016).

Curtea constată că S.C. Supercom SA a depus Declarația de confidențialitate odată cu depunerea ofertei (fila 242), iar adresa nr. 10793/04.11.2020 reprezintă dovedirea caracterului confidențial al înscrisurilor declarate, fiind astfel respectate dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 și art. 19 alin (1) din Legea nr. 101/2016.

(...)

Mai mult, Curtea constată că petenta a prezentat la rândul său declarație de confidențialitate, acționând în aceeași manieră ca și intimata. Astfel, asocierea S.C. RER SUD SA - S.C. Rer Ecologic Service București Rebu SA a prezentat declarație de confidențialitate cu privire la:

(...)

Potrivit jurisprudenței CJUE din cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Conseil d'Etat (Belgia), „Obligațiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce privește respectarea confidențialității informațiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerința unor căi de atac eficiente prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 coroborat cu articolul 7 alineatul (1), cu articolul 9 alineatul (3) și cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispozițiilor menționate și, prin aceasta, să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi. În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a

intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar. Rezultă astfel că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

52. Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. 1-6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53. În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

54. Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29)".

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca neîntemeiată, solicitarea ... S.R.L. adresată Consiliului, constatându-se că în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul a ținut seama de solicitarea formulată de ...S.R.L., privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate confidențiale, conform celor menționate anterior în considerentele expuse, dat fiind dispozițiile legiuitorului, care a prevăzut la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *„În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți”*. Un astfel de acord din partea ...S.R.L., nu a fost pus la dispoziția ... S.R.L.

Autoritatea contractantă a transmis pe email către trei operatori economici Adresa nr. CA/A 2339 din 23.08.2022 (invitație la cerere ofertă produse speciale), prin care a comunicat documentația de atribuire a cererii de ofertă, în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 114/2011, cartușe calibru. 308 WIN pentru arma de precizie și cartușe calibru. 338 LM pentru arma de precizie.

La solicitarea de ofertă au răspuns doi operatorii economici, respectiv ... S.R.L. și ...S.R.L.

În urma analizării ofertelor depuse, membrii comisiei de evaluare au stabilit că ambele oferte sunt admisibile, iar în urma aplicării criteriului de atribuire oferta depusă de ...S.R.L. a fost desemnată câștigătoare, clasându-se pe locul I, iar oferta depusă de ... S.R.L. s-a clasat pe locul al doilea, toate aceste aspecte fiind consemnate în

cuprinsul *Procesului-verbal nr. 11034/09.09.20322 evaluare oferte cartuse cal.. 308 WIN și cal..338LM pentru arma de precizie.*

În data de 09.09.2022 a comunicat potrivit actului nr. CA/A 2553/09.09.2022 autoarei contestației faptul că oferta depusă a fost declarată conformă din punct de vedere tehnic și faptul că oferta depusă s-a clasat pe locul al doilea în clasamentul ofertelor financiare.

Analizând criticile formulate de ... S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de nelegalitatea actului de comunicare a rezultatului procedurii transmis contestatoarei și aspecte legate de faptul că în opinia acesteia oferta declarată câștigătoare nu îndeplinește și nu a demonstrat îndeplinirea mai multor cerințe tehnice, prețul ofertat nu este sustenabil și anumite condiții contractuale nu au fost respectate.

... S.R.L. reclamă faptul că adresa nr. CA/A 2553 de comunicare a rezultatului procedurii nu respectă dispozițiile art. 137 și art. 138 alin. (2) lit. c) din O.U.G. nr. 114/2011.

Dispozițiile legale invocate de contestatoare prevăd:

"Art. 137. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a informa operatorii economici implicați în procedura de atribuire despre deciziile referitoare la rezultatul selecției, la rezultatul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică sau de încheiere a acordului-cadru ori, după caz, la anularea procedurii de atribuire și eventuala inițiere ulterioară a unei noi proceduri, în scris și cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la emiterea acestora.

(2) În sensul prevederilor alin. (1), se consideră operator economic implicat în procedura de atribuire orice candidat/ofertant pe care autoritatea contractantă nu l-a informat încă despre decizii care îi vizează direct candidatura/oferta proprie sau orice candidat/ofertant a cărui candidatură/ofertă nu a fost încă respinsă definitiv de autoritatea contractantă. O respingere este considerată definitivă dacă a fost comunicată operatorului economic în cauză și fie a fost considerată legală de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sesizat în legătură cu acest aspect, fie nu a făcut ori nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

(3) Comunicarea prin care se transmite informarea prevăzută la alin. (1) se transmite și prin fax sau prin mijloace electronice.

(4) În cazul în care autoritatea contractantă nu transmite comunicarea privind rezultatul aplicării procedurii și prin fax sau prin mijloace electronice, termenele prevăzute la art. 180 alin. (1) se majorează cu 5 zile.

Art. 138. - (1) În cadrul comunicării prevăzute la art. 137 alin. (3), autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertantul/ofertanții câștigător/câștigători cu privire la acceptarea ofertei/ofertelor prezentate.

(2) În cadrul comunicării prevăzute la art. 137 alin. (3), autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertanții/candidații care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor care au stat la baza deciziei respective, după cum urmează:

a) fiecărui candidat respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a candidaturii sale;

b) pentru fiecare ofertă respinsă, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini și nici cerințelor referitoare la securitatea informațiilor și la securitatea aprovizionării;

c) fiecărui ofertant care a prezentat o ofertă acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribue contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru;

(...).”

Se are în vedere că în data de 09.09.2022 achizitoarea a comunicat prin intermediul actului nr. CA/A 2553/09.09.2022 rezultatul procedurii astfel:

”În urma analizării ofertelor transmise la cererea de oferte înregistrată cu numărul CA/A 2339 din 23.08.2022, vă comunicăm că oferta dumneavoastră pentru Cartuş cal. .308 WIN pentru arma de precizie şi Cartuş cal. .338 LM pentru arma de precizie având număr de înregistrare 13684 / 07.09.2022 a fost declarată conformă din punct de vedere tehnic.

Comisia de evaluare numită în acest sens a constatat că oferta dumneavoastră îndeplineşte cerinţele din specificaţiile tehnice şi s-a clasat pe locul al II-lea în clasamentul ofertelor financiare.”

Ulterior, urmare a solicitării nr. 13689/09.09.2022, adresate de ... S.R.L., autoritatea contractantă transmite adresa nr. N 2826/19.09.2022 prin care comunică atât numele ofertantului câştigător, cât şi preţul ofertei câştigătoare astfel cum rezultă din adresa de comunicare:

„Ca urmare a adresei dumneavoastră nr. 13689 din 09/09/2022, prin care ne solicitaţi accesul la dosarul achiziţiei precum şi date şi informaţii în legătură cu achiziţia de Cartuş cal. .308 WIN pentru arma de precizie şi Cartuş cal. .338 LM pentru arma de precizie, în conformitate cu prevederile Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informaţii de interes public vă comunicăm următoarele:

Pentru achiziţia directă organizată potrivit prevederilor art. 56 din OUG 114/2011 au fost depuse două oferte. Oferta câştigătoare aparţine ...S.R.L. şi este în valoare de 155.295,00 lei, fără TVA.

Având în vedere că ofertantul declarat câştigător a declarat confidenţiale propunerea tehnică şi propunerea financiară, nu vă putem furniza alte date şi informaţii. Autoritatea contractantă a făcut demersuri suplimentare pentru a putea avea acces la informaţiile solicitate, însă nu a obţinut acordul ofertantului declarat câştigător.”

Se au în vedere precizările achizitoarei, respectiv faptul că prin adresa nr. N2826/19.09.2022, a comunicat ofertantei ... S.R.L., *atât numele ofertantului câştigător cât şi preţul ofertei câştigătoare care a fost mai scăzut decât cel al ofertei sale, acesta fiind singurul avantaj pe baza căruia autoritatea contractantă a informat de la început că va desemna oferta câştigătoare. Celelalte date şi informaţii solicitate nu i-au putut fi comunicate, acestea fiind declarate confidenţiale de către ofertant care nu a fost de acord să le pună la dispoziţie, deşi autoritatea contractantă i-a solicitat acceptul în mod expres prin adresa nr. N2737/14.09.2022.*

În raport de aspectele mai sus reţinute şi având în vedere criteriul de atribuire stabilit *”preţul cel mai scăzut per pachet de produse”*, se constată că actul de comunicare elaborat de achizitoare respectă exigenţele legale prevăzute de dispoziţiile legale antemenţionate, critica privind pretinsa nelegalitate a actului de comunicare urmând a fi respinsă ca nefondată.

Aşa cum a fost anterior reţinut sunt reclamate de ... S.R.L. aspecte legate de faptul că în opinia acesteia oferta declarată câştigătoare nu îndeplineşte şi nu a demonstrat îndeplinirea mai multor cerinţe tehnice, preţul ofertat nu este sustenabil şi anumite condiţii contractuale nu au fost respectate.

Astfel sunt reclamate următoarele aspecte:

- pentru cartușul cal. .308 Win pentru arma de precizie, pentru cerința nr. 12 - Funcționarea fără incidente cel puțin cu: Pușca B&T APR308 - nu au fost depuse mijloace probante relevante;

- pentru cartușul cal. .338 LM pentru arma de precizie pentru cerința nr. 12 - Funcționarea fără incidente cel puțin cu: Pușca B&T APR338 - nu au fost depuse mijloace probante relevante;

- pentru ambele loturi, oferta concurentă nu a depus mijloace probante relevante pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor 8, 9, 10 și 12 și nici nu a demonstrat îndeplinirea acestora în concordanță cu modul de formulare a lor;

- în ceea ce privește cerința 11, demonstrarea îndeplinirii acesteia nu s-a făcut la distanța de minim 300 m și nici din ambele tipuri de arme;

- în ceea ce privește propunerea financiară, aceasta nu este corelată cu propunerea tehnică prin raportare la cerințele minime impuse, în sensul că prețul ofertat este aferent unui produs neconform tehnic;

- referitor la transportul produselor, acestea nu este reflectat în prețul produselor la nivelul real, cu luarea în considerare a tuturor constrângerilor legate de cantitatea de produse, distanțele de parcurs, mijloacele de transport suplimentare implicate;

- tot legat de acest aspect, nu este îndeplinită de ofertantul concurent condiția contractuală ca transportul să fie efectuat cu mijloace proprii, acesta nedeținând mijloace proprii și neexistând corelație cu necesarul de mijloace de transport corespunzător prevederilor legale incidente din Legea 295/2004 și din Legea 333/2003.

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 înlăesnească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțieze soluționarea.

Potrivit înscrisurilor existente la dosarul cauzei obiectul contractului în cauză îl constituie achiziția, prin încheierea unui contract de furnizare a două tipuri de produse, astfel cum rezultă din cuprinsul Raportului nr. CA/A- 2583 din 09.09.2022 elaborat de către șeful B.A.T.S.I.S.

..., achiziționează prin cumpărare directă, în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, cu modificările și completările ulterioare, bunurile materiale menționate în tabelul de mai jos:

Denumirea produsului	Cant.	Termen maxim de livrare
Cartuș cal. .308 WIN pentru arma de precizie, conform specificațiilor tehnice prevăzute anexate - 2 file	10.000 buc	23.12.2022
Cartuș cal. .338 LM pentru arma de precizie, conform specificațiilor tehnice prevăzute anexate - 2 file	1.500 buc	

Criteriul de atribuire va fi prețul cel mai scăzut per pachet de produse.

S-au pus la dispoziția operatorilor economici specificațiile tehnice pentru cele două tipuri de produse și s-a solicitat acestora depunerea:

1. Oferta tehnică, semnată și ștampilată, conform Specificațiilor tehnice - anexate.
2. Oferta financiară, semnată și ștampilată - exprimată în lei fără TVA. Oferta financiară se va întocmi în condiția de livrare - franco sediul achizitorului.
3. Autorizație valabilă la data transmiterii ofertei din care să reiasă că sunteți autorizați să desfășurați comerț de arme și muniții, potrivit prevederilor Legii nr. 295/2004 privind regimul armelor și munițiilor, cu modificările și completările ulterioare."

Un prim aspect reclamat de autoarea contestației vizează faptul că în ceea ce privește admisibilitatea ofertei concurente, în opinia contestatoarei oferta declarată câștigătoare nu îndeplinește și nu a demonstrat îndeplinirea mai multor cerințe tehnice.

Prima critică formulată vizează cerința 11, contestatoarea apreciind că *demonstrarea îndeplinirii acesteia nu s-a făcut la distanța de minim 300 m și nici din ambele tipuri de arme.*

Argumentele aduse de contestatoare se bazează pe faptul că specificația tehnică nu precizează că parametrii calitativi și de performanță ai muniției trebuie să fie obținuți doar din țeavă de testare existentă la fabrică sau doar din arma APR în calibrul corespunzător. Față de modul de formulare a acestor cerințe, operatorul economic avea obligația să dovedească îndeplinirea lor din **ambele tipuri de arme**, dar cu precădere din arma APR în calibrul corespunzător.

Societatea contestatoare apreciază că necesitatea reală a autorității contractante este aceea de a cunoaște performanțele produselor în armele APR aflate în dotare, la nivel strict practic și nu la nivel teoretic, fiind cunoscut faptul că, având în vedere că nu s-a solicitat muniție de uz militar în sensul conformității acesteia cu seria de publicații STANAG emisă de NATO, care impune standardizare în mod cert pentru caracteristicile țevelor de testare, deci există uniformitate la nivelul tuturor producătorilor de muniție militară, la nivelul muniției de uz tactic nu există o astfel de uniformitate, fiecare fabricant optând pentru o anumită lungime și pas al ghinturilor pentru țevele de testare.

Astfel concluzia contestatoarei este aceea că rezultatele prezentate doar din țevele de testare de la fabrică nu sunt comparabile și nu se poate realiza o evaluare uniformă a ofertelor și nici nu este integral satisfăcută necesitatea ... de a avea muniție cu anumite performanțe obținute din *armele de precizie APR cal. 308 Win și cal. .338 LM*.

Consiliul va reține și argumentele aduse de autoritatea contractantă, în replică la cele reclamate, respectiv faptul că specificația tehnică nu precizează că parametrii calitativi și de performanță ai muniției trebuie să fie obținuți doar din țeavă de testare existentă la fabrică sau doar din armă APR în calibrul corespunzător.

Față de modul de formulare a acestor cerințe, operatorul economic avea obligația să dovedească îndeplinirea lor *"din ambele tipuri de arme,*

dar cu precădere din arma APR în calibrul corespunzător", achizitoarea precizează că cerința din caietul de sarcini a fost *"11. Gruparea a minimum 10 lovituri (precizia) trase din țeavă balistică/armă de testare"*, variantele de demonstrare fiind solicitate ca alternative și nu cumulative, varianta menționată de contestatoare fiind mai restrictivă din punct de vedere tehnic, dar nu în acord cu necesitatea autorității contractante. Astfel, cerințele din caietul de sarcini nu impun ofertanților să demonstreze precizia prin ambele metode, ci *minim una dintre acestea (țeavă balistică sau armă de testare)*.

Cerința 11 reclamată se regăsește astfel consemnată:

"11. Gruparea a minimum 10 lovituri (precizia) trase din țeavă balistică/armă de testare".

Analizând modul de elaborare al cerinței reclamate, se are în vedere că particula disjunctivă „/” din redactarea cerinței are funcția de a separa cele două posibilități ale ofertanților.

Pe de altă parte, din conținutul contestației rezultă că petenta este cea care pretinde interpretarea într-o anumită manieră a cerinței din fișa de date, prevalându-se de faptul că *rezultatele prezentate doar din țevele de testare de la fabrică nu sunt comparabile și nu se poate realiza o evaluare uniformă a ofertelor și nici nu este integral satisfăcută necesitatea ... de a avea muniție cu anumite performanțe obținute din armele de precizie APR cal. 308 Win și cal. .338 LM și făcând abstracție de particula disjunctivă"/*, menționată ca varianta alternativă de autoritatea contractantă. Or, o astfel de critică care vizează documentația de atribuire este la acest moment tardiv formulată.

Așadar abordarea autoarei contestației vizavi de înțelegerea precizărilor privind înțelegerea modului de îndeplinire a respectivei cerințe, nu pot fi primite de Consiliu în soluționare.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a furnizat potențialilor ofertanți toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 27 din O.U.G. nr. 114/2011, iar în măsura în care ofertanta contestatoare avea vreo nelămurire cu privire la obligația operatorilor economici în dovedirea îndeplinirii cerinței 11 din ambele tipuri de arme, atunci contestatoarea putea solicita clarificări, lipsa sa de diligență în acest sens neputând fi imputată autorității contractante.

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., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din documentația de atribuire, Consiliului îi este interzis să le cerceteze și să se pronunțe inclusiv sub aspectul legalității respectivei cerințe reclamate.

Se reține faptul că, ulterior ... S.R.L. a achiesat la cele susținute de achizitoare vizavi de înțelegerea modului de îndeplinire a respectivei cerințe, respectiv faptul că *cerință 11 prezintă o alternativă*.

În raport de cele anterior reținute critica vizavi de obligația operatorilor economici în dovedirea îndeplinirii cerinței 11 din **ambele tipuri de arme**, dar cu precădere din arma APR în calibrul corespunzător este neîntemeiată, urmând a fi respinsă.

Trecând la următoarele critici aduse ofertei depuse de ...S.R.L. se reține că acestea vizează ambele loturi, contestatoarea apreciind că oferta concurentă nu a depus mijloace probante relevante pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor 8, 9, 10 și 12 și nici nu a demonstrat îndeplinirea acestora în concordanță cu modul de formulare a lor.

Argumentul adus de contestatoare în favoarea criticii se bazează pe prevederile impuse de art. 31 din O.U.G. 114/2011, potrivit cărora orice parametru calitativ sau de performanță se demonstrează prin mijloace probante relevante și adecvate, *deci prin depunerea de fișe de țintă, buletine de testare a vitezei și a preciziei, etc., din armele de tip APR*.

Se rețin și precizările achizitoarei în replică la cele reclamate, respectiv faptul că membrii comisiei de evaluare au verificat atât îndeplinirea cerințelor tehnice cât și existența documentelor probante pe care le-a solicitat prin documentația pusă la dispoziție (fișe tehnice, rapoarte de testare etc.) rezultatul fiind consemnat în *Procesul-verbal nr. 11034/09.09.2022*.

Cerințele reclamate se regăsesc în cuprinsul specificațiilor tehnice, astfel:

"SPECIFICAȚIE TEHNICĂ PENTRU ACHIZIȚIA DE CARTUȘE
Cartușe cal. .308 WIN pentru arma de precizie

1. CARACTERISTICI TEHNICE

Nr. crt.	DETALII	CERINȚE
1	Calibrul	.308 WIN (7,62x51 mm)
2	Tipul proiectilului	HPBT (HOLLOW POINT BOATTAIL) - glonț de precizie pentru trageri la distanțe mari
3	Material tub cartuș	alamă
4	Tip capsă inițiere	necorozivă
5	Masa proiectilului	min. 11,3 g - max. 11,4 g
6	Încărcătură de azvârlire	pulbere cu bază simplă sau dublă
7	Forța de extracție a glonțului din tubul cartuș	min. 250 N
8	Viteza medie a glonțului la gura țeavii Vo, măsurată conform standardului C.I.P.	min. 770 m/s
9	Diferența între valoarea maximă și minimă a Vomediu	max 10 m/s
10	Valoarea medie a presiunii maxime, măsurată conform standardului C.I.P.	max. 4150 MPa
11	Gruparea a minimum 10 lovituri (precizia) trase din țeava balistică/arma de testare	max. 1 MOA la distanța de 300 m - similar
12	Funcționarea fără incidente cel puțin cu:	Pușca B&T APR308

13	Marcarea, inscripționarea și ambalarea	Cartușele vor fi marcate conform standardelor implementate de producători. Marcajul cartușelor va fi evidențiat în specificația tehnică aferentă cartușului oferat. Ambalajele vor fi inscripționate pentru asigurarea identificării, în concordanță cu datele înscrise în documentele de livrare. Ambalajele vor asigura integritatea cantitativă și calitativă pe timpul transportului și depozitării. Ambalajele vor asigura condițiile depozitării de lungă durată și vor permite transportul conform normelor ADR și IATA. Ambalajele vor rămâne în proprietatea achizitorului, costul acestora va fi inclus în valoarea cartușelor.
----	--	---

(...)

În mod similar au fost formulate aceleași cerințe și pentru produsul al doilea, **Cartușe cal. .338 LM pentru arma de precizie:**

2. CARACTERISTICI TEHNICE

Nr. crt.	DETALII	CERINȚE
1	Calibrul	.338 Lapua Mag. (8,6 x 70 mm)
2	Tipul proiectilului	HPBT (HOLLOW POINT BOAT TAIL) - glonț de precizie pentru trageri la distanțe mari
3	Material tub cartuș	alamă
4	Tip capsă inițiere	necorozivă
5	Masa proiectilului	16-16,4 g
6	Încărcătură de azvârlire	pulbere cu bază simplă sau dublă
7	Forța de extracție a glonțului din tubul cartuș	min. 250 N
8	Viteza medie a glonțului la gura țevii Vo, măsurată conform standardului C.I.P.	min.840 m/s
9	Diferența între valoarea maximă și minimă a Vomediu	max 10 m/s
10	Valoarea medie a presiunii maxime, măsurată conform standardului C.I.P.	max. 4250 MPa
11	Gruparea a minimum 10 lovituri (precizia) trase din țeavă balistică/arma de testare	max. 1 MOA la distanța de 300 m - similar
12	Funcționarea fără incidente cel puțin cu:	Pușca B&T APR338
13	Marcarea, inscripționarea și ambalarea	Cartușele vor fi marcate conform standardelor implementate de producători. Marcajul cartușelor va fi evidențiat în specificația tehnică aferentă cartușului oferat. Ambalajele vor fi inscripționate pentru asigurarea identificării, în concordanță cu datele înscrise în documentele de livrare. Ambalajele vor asigura integritatea cantitativă și calitativă pe timpul transportului și depozitării. Ambalajele vor asigura condițiile depozitării de lungă durată și vor permite transportul conform normelor ADR și IATA. Ambalajele vor rămâne în proprietatea achizitorului, costul acestora va fi inclus în valoarea cartușelor.

Prezintă relevanță și precizarea din cuprinsul *Specificației tehnice pentru achiziția de cartuse:*

"2. ALTE CERINȚE

(...)

2.3. DOCUMENTELE ÎNȘOȚITOARE PENTRU CARTUȘELE OFERTATE

2.3.1. La ofertare:

2.3.1.1. **Specificația tehnică a cartușelor oferate, fișe tehnice, raport cu rezultatele obținute la testarea și evaluarea unui lot de cartușe de tipul celor oferate sau alte documente întocmite și certificate de producător care să ateste îndeplinirea cerințelor tehnice solicitate."**

Se reține faptul că membrii comisiei de evaluare au inventariat documentele/înscrierile regăsite în cuprinsul propunerii tehnice depuse de ...S.R.L.:

- pentru produsul nr. 1 - Cartușe cal. .308 WIN pentru arma de precizie, ...S.R.L. a oferat cartuș .308 WIN RUAG SWISS P Target 11,3g și a depus următoarele înscrieri: Technical Terms TLB_331543_EN0_01 și Technical Specification TS 353586 EN0 00;

- pentru produsul nr. 2 - Cartușe cal. .338 LM pentru arma de precizie, ...S.R.L. a oferat cartuș .338 Lapua Mag.RUAG SWISS P Target 16,2g (8,6 x 70 mm) și a depus următoarele înscrieri: Fisa tehnica 8020_338_Lapua„Mag, Inspection Certificate LAT.338 SWISS P TARGET 16.2G, Funcțional testing, Technical Terms TLB_312190_EN0_04 și Technical Specification TS_315032_EN0J)3.

Examinând activitatea desfășurată de membrii comisiei de evaluare se constată că în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 11034/09.09.2022 evaluare oferte cartuse cal.. 308 WIN și cal..338LM pentru arma de precizie* se regăsește doar concluzia la care au ajuns membrii comisiei de evaluare, respectiv s-a consemnat că:

”Evaluarea îndeplinirii cerințelor impuse a fost efectuată pe baza specificațiilor tehnice a cartușelor oferate, fișelor tehnice, rapoartelor cu rezultatele obținute la testarea produselor, precum și în alte documente întocmite și certificate de producător care să ateste îndeplinirea cerințelor tehnice solicitate, depuse astfel:

- ...S.R.L. (Propunerea tehnică cartuș .308, Technical Terms TLB 331543_EN0_01, Technical Specification TS_353586_EN0__ 00, -Propunerea tehnică cartuș .338, Fisa tehnica 8020_338_Lapua_Mag, Inspection Certificate LAT.338 SWISS P TARGET 16.2G, Funcțional testing, Technical Terms TLB_312190_EN0_04, Technical Specification TS_315032_EN0 03, alte fișe de la producător).

- ... SPORTOURS S.R.L. (Propunerea tehnică cartuș .308, Fișa tehnică TD000736, Propunerea tehnică cartuș .338, Fișa tehnică TD000746, imagini rezultate teste).

Având în vedere cele prezentate mai sus, comisia de evaluare a hotărât următoarele:

- **oferta transmisă de ...S.R.L. îndeplinește cerințele solicitate prin specificațiile tehnice, fiind conformă din punct de vedere tehnic** și în clasamentul propunerilor financiare s-a clasat pe locul I pentru produsul nr. 1 și produsul nr. 2;

- **oferta transmisă de ... S.R.L. îndeplinește cerințele solicitate prin specificațiile tehnice, fiind conformă din punct de vedere tehnic** și în clasamentul propunerilor financiare s-a clasat pe locul II pentru produsul nr. 1 și produsul nr. 2.”

Așadar se constată că analiza comisiei a constatat în inventarierea documentelor depuse, din precizările consemnate în cuprinsul procesului-verbal amintit nu se poate stabili corespondența specificațiilor tehnice oferate (cu trimitere la referințe din cuprinsul documentelor anexate) cu specificațiile tehnice solicitate în vederea stabilirii corectitudinii specificațiilor tehnice oferate.

Simpla menționare a documentelor depuse în dovedirea specificațiilor tehnice și concluzionarea îndeplinirii cerințelor minime, nu echivalează cu analiza pe care membrii comisie trebuiau să o materializeze în cuprinsul respectivului proces-verbal amintit.

Niciunde nu se regăsește modul în care membrii comisiei au ajuns la concluzia îndeplinirii de către ...S.R.L. a respectivelor cerințe reclamate.

Așadar Consiliul apreciază că evaluarea realizată de achizitoare a avut un caracter formal, contrar 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.”

Astfel sunt întemeiate susținerile contestatoarei vizavi de faptul că *„procesul-verbal de evaluare este „foarte zgârcit” cu informațiile despre modul în care au fost evaluate în mod efectiv îndeplinirile cerințelor impuse. De fapt, nu există nicio mențiune despre modul în care a fost evaluată efectiv fiecare cerință în parte, nu rezultă fundamentarea declarării cerințelor drept îndeplinite, raționamentele și corelațiile pe care le-a făcut comisia de evaluare pentru a concluziona cerință minimă îndeplinită.*

Un astfel de proces-verbal care conține exclusiv bifări neargumentate, fără vreo trimitere la documentul pretins probant din care ar rezulta îndeplinirea fiecărei cerințe, nu poate rămâne în ființă, CNSC trebuind să îl anuleze și să dispună efectuarea unei evaluări reale.”

Cu titlu de exemplu, sunt întemeiate susținerile contestatoarei, potrivit cărora pentru specificația tehnică/parametrul „precizie”, din examinarea Fișei tehnice 8020_338_Lapua„Mag, ale RUAG SWISS P Target, pentru specificația tehnică precizie se menționează: S_a și este exprimat în mm, în timp ce cerința impusă de achizitoare este în MOA.

Pentru produsul 1, Cartușe cal. .308 WIN pentru arma de precizie, ...S.R.L. nu a depus fișa tehnică de la producătorul RUAG SWISS P Target.

Se are în vedere că în cuprinsul propunerii tehnice, ...S.R.L. a precizat pentru produsul nr. 1 - Cartușe cal. .308 WIN pentru arma de precizie specificația tehnică 11 - Gruparea a minim 10 lovituri (precizia) trase din țeava balistică/arma de testare: *„3 serii a câte 20 de cartușe trase cu țeava de precizie fixată într-un dispozitiv de montare pentru a menține un punct de ochire constant. Seriile sunt trase într-o țintă la o distanță de 300 m. Măsurătorile se fac de la centru la centru al găurilor de glonț. S mediu $(H+S) \leq 18$ mm Sub 1MOA”, cerința solicitată fiind: „Max. 1 MOA la distanța de 300 m - similar.”*

În mod similar, ...S.R.L. a precizat pentru produsul 2 Cartușe cal. .338 LM pentru arma de precizie, specificația tehnică 11 - Gruparea a minimum 10 lovituri (precizia) trase din țeavă balistică/arma de testare: *„ $S_a \leq 25$ mm la distanța de 300 de metri”, cerința solicitată fiind: „Max. 1 MOA la distanța de 300 m - similar.”*

Se are în vedere și faptul că, autoarea contestației susține că raza medie, raza 50%, deviația standard nu corespund cerinței impuse. În MOA sau, după caz, în MIL (mrad, miliradiani) se exprimă împrăștierea maximă a grupului de x lovituri, iar aceasta nu se poate calcula din parametrii raza medie, raza 50%, deviația standard.

Astfel concluzia contestatoarei este că cerința privind precizia este neîndeplinită din moment ce rezultatul înscris în fișa tehnică nu face referire la mărimea grupului de lovituri și nu este exprimat în unitatea de măsură MOA.

Un alt exemplu semnalat de contestatoare vizează parametrul viteză, contestatoarea reclamând faptul că nu sunt depuse documente probante relevante pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței.

Astfel că în absența analizei membrilor comisiei de evaluare, Consiliul nu se poate substitui în atribuțiile acestora, fiind necesar ca autoritatea contractantă să revizuiască actele evaluării și să consemneze modalitatea în care este realizată **corespondența** specificațiilor tehnice oferite cu cele solicitate, prin identificarea clară a specificațiilor tehnice în cuprinsul documentelor probante depuse, motiv pentru care admite, în limita considerentelor de mai sus, criticile formulate de ... S.R.L. pentru specificațiile tehnice de la pct. 8, 9, 10, 11 și 12.

Procedurile de achiziție publică sunt concepute să garanteze concurența operatorilor economici, transparența selecției și a actului decizional și asumarea răspunderii își asumă răspunderea, conform art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 114/2011, de către autoritățile contractante.

Jurisprudența Consiliului este constantă, în sensul că orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele.

Cu alte cuvinte, în absența analizei membrilor comisiei de evaluare, cele raționate de autoritate în punctul său de vedere nu pot fi reținute, așadar Consiliul obligă autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaluare să reia procesul de evaluare a ofertei depuse de ...S.R.L. și să materializeze decizia care a condus la constatarea admisibilității ofertei depuse, sub aspectul cerinței reclamate, astfel cum dispune art. 131 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

Referitor la critica care vizează modalitatea în care a fost evaluată propunerea financiară, un prim aspect reclamat vizează faptul că prețul ofertat nu este sustenabil, fiind nejustificat de scăzut.

Referitor la transportul produselor, acestea nu este reflectat în prețul produselor la nivelul real, cu luarea în considerare a tuturor constrângerilor legate de cantitatea de produse, distanțele de parcurs, mijloacele de transport suplimentare implicate.

Astfel, contestatoarea consideră că se confirmă critica conform căreia acesta este nejustificat de scăzut, el necuprinzând toate conceptele care sunt incluse în costurile aferente livrării: transport extern și intern raportat la distanțele de parcurs, costurile cu escorta transportului, toate acestea necesitând mijloace suplimentare.

Tot legat de acest aspect, nu este îndeplinită de ofertantul concurent condiția contractuală ca transportul să fie efectuat cu mijloace

proprii, acesta nedeținând mijloace proprii și neexistând corelație cu necesarul de mijloace de transport corespunzător prevederilor legale incidente din Legea nr. 295/2004 și din Legea nr. 333/2003.

Se reține și precizările autorității contractante, în replică la cele reclamate: *"În ceea ce privește celelalte critici ale contestatoarei referitoare la propunerea financiară, prețul ofertat, transportul produselor, autoritatea contractantă precizează că acestea sunt afirmații care nu au fost demonstrate."*

Referințe vizavi de activitatea de transport se regăsesc în cuprinsul *Specificației tehnice*:

"2.4. TRANSPORTUL CARTUȘELOR OFERTATE

2.4.1. Condiția de livrare: franco-depozit beneficiar - București.

2.4.2. Transportul cartușelor la depozitul achizitorului va fi efectuat de furnizor cu mijloace proprii."

Și cu ocazia transmiterii *Invitației de participare nr. CA/A 2339 din 23.08.2022* autoritatea contractantă a precizat următoarele cerințe privind modul de întocmire a propunerii financiare:

"2. Oferta financiară, semnată și ștampilată - exprimată în lei fără TVA. **Oferta financiară se va întocmi în condiția de livrare - franco sediul achizitorului."**

Potrivit celor precizate în *Procesul-verbal nr. 11034/09.09.2022 evaluare oferte cartuse cal. .308 WIN și cal. .338 LM pentru arma de precizie*, prețurile ofertate de ...S.R.L. și ... S.R.L. sunt următoarele:

Produsul nr. 1 - Cartușe cal. .308 WIN pentru arma de precizie

- ...S.R.L. - 121.380 lei cu TVA
- ... S.R.L. - 177.310 lei cu TVA lei.

Produsul nr. 2 - Cartușe cal. .338 LM pentru arma de precizie

- ...S.R.L. - 33.915 lei cu TVA;
- ... S.R.L. - 52.300,50 lei cu TVA.

Se are în vedere că membrii comisiei de evaluare nu au consemnat niciun fel de analiză efectuată vizavi de propunerile financiare depuse, singurele mențiuni vizează clasamentul, respectiv:

"Având în vedere cele prezentate mai sus, comisia de evaluare a hotărât următoarele:

- oferta transmisă de ...S.R.L. îndeplinește cerințele solicitate prin specificațiile tehnice, fiind conformă din punct de vedere tehnic și în clasamentul propunerilor financiare s-a clasat pe locul I pentru produsul nr. 1 și produsul nr. 2;

- oferta transmisă de ... SPORTOURS S.R.L. îndeplinește cerințele solicitate prin specificațiile tehnice, fiind conformă din punct de vedere tehnic și în clasamentul propunerilor financiare s-a clasat pe locul II pentru produsul nr. 1 și produsul nr. 2."

În contextul diferenței substanțiale dintre prețurile ofertate de cele două ofertante, autoritatea contractantă trebuia să aprecieze că există un risc privind sustenabilitatea propunerilor financiare depuse de ...S.R.L. pentru cele 2 produse, iar în temeiul dispozițiilor art. 136 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 (În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse

prin documentația de atribuire) avea obligația legală să clarifice cu ofertanta acest aspect, înainte de a declara oferta câștigătoare.

Același rol activ trebuia avut în vedere de achizitoare și vizavi de transport, având în vedere faptul că în cuprinsul ofertei depuse de ...S.R.L. nu se regăsesc precizate aspecte legate de transport, impunându-se clarificarea cu ofertanta în discuție aspectelor care privesc transportul cartușelor ofertate.

Din economia dispozițiilor legale incidente mai sus amintite rezultă că legiuitorul a stabilit în sarcina autorităților contractante analizarea /evaluarea elementelor de preț ale unei oferte, neinterzicând să solicite lămuriri asupra unor elemente de preț din cadrul ofertelor financiare, chiar dacă criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut.

Autoritatea contractantă nu prezintă Consiliului nicăieri cum și-a îndeplinit atribuțiile prevăzute la dispozițiile art. 127 alin. (1) lit. h) coroborat cu art. 133 din H.G. nr. 395/2016 așa cum a fost mai sus reținut, rezultând că analiza membrilor comisiei de evaluare a fost pur formală.

Văzând și dispozițiile art. 173 alin. (1) partea introductivă din O.U.G. nr. 114/2016, în secțiunea dedicată criteriilor de atribuire – Art. 173. - *(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor legislative sau administrative privind remunerarea anumitor servicii [...]*”, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă are obligația de a clarifica legalitatea oricărui preț aparent neobișnuit de scăzut ofertat anterior luării unei decizii în privința ofertei. Prețul propus nu este un element pur formal al ofertei, prezumat a fi valabil și admis indiferent de quantumul său, ci reprezintă un element esențial al propunerii financiare ale cărui realitate și legalitate trebuie să fie verificate de comisia de evaluare și confirmate de ofertant prin documentele înaintate autorității.

Orice decizie a autorității contractante trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente.

Se are în vedere și obligația achizitoarei de aplicare pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 114/2011.

În mod similar, ca și în cazul evaluării tehnice, în absența analizei membrilor comisiei de evaluare a propunerilor financiare depuse, cele raționate de autoritate în punctul său de vedere nu pot fi reținute, așadar Consiliul obligă autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaluare să reia procesul de evaluare a ofertei depuse de ...S.R.L. și să materializeze decizia care a condus la constatarea admisibilității ofertei depuse, sub aspectul cerinței reclamate, astfel cum dispune art. 131 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

În concluzie, în lipsa unei evaluări riguroase și a rolului activ al autorității contractante în clarificarea aspectelor în referință, se constată

că evaluarea realizată de autoritate a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care Consiliul determină că în speță se impune clarificarea aspectelor reclamate.

Față de situațiile și înscrisurile din cadrul altor proceduri de achiziție publică, invocate în susținerea criticilor atât de ... S.R.L., cât și de ... și polemicile rezultate din aceste susțineri ale părților, Consiliul nu se va pronunța și precizează faptul că analiza sa, în prezenta cauză, are în vedere actele emise de ... în prezenta procedură de achiziție publică, a căror legalitate o verifică prin prisma strictă a aspectelor de fapt și de drept cu care a fost investit prin contestație și prin raportare la dispozițiile legale incidente.

În considerarea celor antemenționate se au în vedere și următoarele:

- rolul organismului jurisprudențial este cel stabilit de dispozițiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

„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).”

- iar dispozițiile art. 8 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: (...).”

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.

Documentele/înscrisurile supuse polemicilor în dezbatere din alte proceduri de achiziție publică nu sunt emise de către autoritatea contractantă în cazul prezentei procedurii de atribuire .

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, admite contestația depusă de ... S.R.L., în contradictoriu cu ... și anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 11034/09.09.2022 evaluare oferte cartuse cal. .308 WIN și cal. .338 LM pentru arma de precizie*, în secțiunea aferentă evaluării ofertei depuse de ...S.R.L. precum și adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depuse de ...S.R.L. 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.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția de necompetență materială a Consiliului Național de Soluționarea a Contestațiilor, excepție invocată de

Admite contestația formulată de către ... S.R.L., cu sediul social în ..., având domiciliul ales în vederea comunicării actelor de procedură la punctul de lucru din ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 11034/09.09.2022 evaluare oferte cartuse cal. .308 WIN și cal. .338 LM pentru arma de precizie*, în secțiunea aferentă evaluării ofertei depuse de ...S.R.L. precum și adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depuse de ...S.R.L. 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.

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,

...

Redactat practicaua deciziei,

...

