CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 9722/15.01.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 1849/16.01.2019, depusă de către SC .... SRL, cu sediul ales în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii de cerere de oferte privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Pistol mitralieră cal. 9 mm”, organizată de către ...A, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea comunicării şi a tuturor actelor care au condus la decizia de respingere a ofertei sale şi de anulare a procedurii de atribuire, a raportului procedurii şi a tuturor actelor subsecvente,
- eliminarea în conformitate cu deciziile relevante ale CJUE, a cerinţei C.11 din specificaţia tehnică având codul ST-G-17-3263.v.1, ca fiind nereală şi neaparţinând produsului descris,
- reevaluarea ofertei SC ... SRL prin raportare strictă la situaţia de fapt care arată că cerinţa invocată drept neîndeplinită este nereală şi nu aparţine produsului descris prin specificaţia tehnică, nefiind asumată de fabricantul produsului, precum şi prin raportare la principiul proporţionalităţii, cu consecinţa declarării ei drept acceptabilă şi conformă, deci admisibilă,
- emiterea unui nou raport al procedurii aferent etapei a II – a, prin care să se continue procedura de atribuire în vederea atingerii scopului procedurii de atribuire, respectiv atribuirea contractului şi executarea acestuia.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 9722/15.01.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 1849/16.01.2019, SC ... SRL, în calitate de ofertant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante comunicată prin adresa nr. SA/24 din 10.01.2019 prin care oferta sa este declarată neconformă şi se decide anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 181 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 114/2011.

Contestatoarea menţionează că prezenta acţiune nu se încadrează în condiţiile prevăzute de Legea nr. 101/2016 privind constituirea cauţiunii prevăzute la art. 61^1.

Astfel prevederile art. 61^1 alin. (1) nu se aplică procedurilor derulate în baza OUG nr. 114/2011, din moment ce în cuprinsul acestui articol sunt enumerate în clar procedurile de atribuire cărora li se aplică, respectiv exclusiv celor derulate în baza Legilor nr. 98, nr. 99 şi nr. 100 din 2016. Având în vedere că pragurile stabilite pentru procedurile organizate în baza OUG nr. 114/2011 sunt diferite de cele prevăzute prin cele 3 acte normative menţionate, ele trebuiau precizate clar în textul acestui articol dacă intenţia legiuitorului era aceea de a stabili o cauţiune şi pentru contestaţiile formulate în cadrul procedurilor organizate în baza OUG nr. 114/2011.

Trebuie avut în vedere că cele cinci acte normative de bază din materia achiziţiilor publice, Legea nr. 98/2016, Legea nr. 99/2016, Legea nr. 100/2016, Legea nr. 101/2016 şi OUG nr. 114/2011 sunt acte normative speciale, de rang egal, iar prevederile lor trebuie interpretate strict.

Contestatoarea învederează şi prevederile art 10 Cod Civil: Interzicerea analogiei: Legile care derogă de la o dispoziţie generală, care restrâng exerciţiul unor drepturi civile sau care prevăd sancţiuni civile se aplică numai în cazurile expres şi limitativ prevăzute de lege.

Este evident faptul că legiuitorul a formulat clar şi explicit textul acestui articol, referindu-se expres la care situaţii se aplică, limitând aplicabilitatea lui la doar cele 3 legi menţionate şi lăsând în afara ariei de aplicabilitate OUG nr. 114/2011. Acest fapt este demonstrat şi de art. 70 din Legea nr. 101/2016, care menţionează că, în cazul OUG nr. 114/2011, trimiterile se fac la „dispoziţiile corespunzătoare din prezenta lege". Astfel se observă cu uşurinţă că art. 61^1 alin. (1) enumeră toate actele normative cărora le este aplicabil, lipsind menţionarea OUG nr. 114/2011, deci acest articol nu este o dispoziţie corespunzătoare pentru OUG nr. 114/2011.

Totodată contestatoarea invocă răspunsul Preşedintelui CNSC la plângerea prealabilă formulată de aceasta împotriva Hotărârii plenului Consiliului dată în interpretarea art. 61^1 prin care s-a criticat o aparenţă de nelegalitate a actului deoarece se folosesc noţiuni necuprinse în lege, respectiv „contestaţiile transmise sau depuse", dar se şi adaugă la lege prin faptul că se stabileşte o modalitate de reţinere a cauţiunii, situaţie care nu este prevăzută de Legea 101/2016.

Astfel, se adânceşte starea de nelegalitate creată de această hotărâre din moment ce dispoziţiile art. 63 alin. (3) arată că hotărârile plenului sunt obligatorii, dar Preşedintele CNSC indică prin adresa nr. 27650 din

06.07.2018 că această hotărâre nu produce efecte juridice, existând, deci, elemente evidente de îndoială cu privire la efectele Hotărârii plenului Consiliului, evidenţiate de chiar conducerea Consiliului.

Faţă de aceste aspecte, contestatoarea conchide că nu datorează cauţiunea prevăzută la art. 61^1 din Legea nr. 101/2016.

Referitor la calitatea de persoană vătămată, contestatoarea menţionează că este unul dintre furnizorii principali de muniţii, arme uşoare şi armament de infanterie pentru instituţiile armate ale României, având o experienţă de 15 ani în participarea la procedurile de achiziţie de astfel de produse.

Contestatoarea susţine că a livrat diverse categorii de arme şi muniţii către actuala autoritate contractantă, în cadrul unor contracte atribuite acesteia în urma unor proceduri derulate în mod competitiv. Totodată, multitudinea de contracte de înzestrare cu armamente pe care le-a câştigat pentru toate instituţiile înarmate ale României o situează pe poziţia fruntaşă pe piaţa specializată, având, astfel, experienţă şi autoritate în cunoaşterea pieţei internaţionale.

Produsul „Aparat optic de ochire la distanţă medie pentru armamentul individual/de grup cu montare pe şină Picatinny" se află deja în dotarea MApN, fiind ales ca cel care satisface cel mai bine necesităţile beneficiarilor săi şi este unicul descris prin specificaţia cu codul ST-G-17-3263.v.l. Astfel produsul ofertat de contestatoare se încadrează în cerinţele impuse, deci oferta nu putea fi considerată drept neconformă.

În opinia contestatoarei, declararea ofertei drept neconformă şi anularea procedurii este făcută pe baza unor motive artificiale, situaţie care o vatămă profund.

Contestatoarea menţionează că în această procedură, autoritatea contractantă a inclus două specificaţii tehnice: cod ST-G.18-3848.v.1 pentru produsul Pistol mitralieră cal. 9 mm (care este produsul de bază al achiziţiei) şi cod ST- G. 17-3263.v.1 pentru aparatul optic de ochire.

Contestatoarea învederează Consiliului lipsa de diligenţă a autorităţii contractante în derularea procedurii, din moment ce a uitat să comunice în SEAP specificaţia pentru aparatul optic de ochire, aceasta fiind comunicată exclusiv ca urmare a clarificării cerute de contestatoare, de altfel aceasta fiind singura participantă la procedură.

Autoritatea contractantă pretinde că oferta contestatoarei nu îndeplineşte cerinţa C.31 din specificaţia cod ST-G. 18- 3848.v.1, ceea ce este nereal. Cerinţa C.11 este o cerinţă ce descrie completul de livrare al produsului Pistol mitralieră cal. 9 mm, iar aceasta nu poate fi neîndeplinită din moment ce SC ... SRL a ofertat exact produsul Aparat de ochire descris prin specificaţia cod ST-G. 17- 3263.v.1. Cerinţa C.31 putea fi neîndeplinită doar dacă contestatoarea nu oferta aparatul de ochire sau dacă oferta alt aparat de ochire decât cel descris de specificaţia cod ST-G. 17-3263.v.1.

Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinţei C.11 din specificaţia cod ST-G. 17-3263.v.1, acest motiv este artificial deoarece cerinţa C.11 nu este aplicabilă acestui produs, ea neexistând în documentele publice sau în cele interne ale fabricantului produsului, fiind deci nereală. În acelaşi timp, oferta este făcută pentru produsul care este solicitat prin această specificaţie, neexistând un alt produs pe piaţa mondială care să

îndeplinească cerinţele specificaţiei în cauză, aceasta fiind dedicată acestui produs şi numai lui.

Astfel, specificaţia cod ST-G. 17-3263.v.1 este întocmită pe baza produsului ELCAN SPECTER DR 1.5x/6x fabricat de către gigantul RAYTHEON şi comercializat pe piaţa mondială de către ... din Canada, gigantul Raytheon fiind cel de la care statul român achiziţionează direct, fără competiţie, controversatele sisteme de rachete Patriot, pentru suma de 4 miliarde de euro.

Specificaţia tehnică nu are în vedere niciun alt produs similar, adică un alt tip de aparat de ochire adaptat montării pe Pistolul mitralieră cal. 9 mm, iar SC ... SRL a ofertat exact tipul de aparat de ochire pentru care este întocmită specificaţia tehnică.

Pe durata derulării procedurii, autoritatea contractantă a solicitat clarificări pentru cerinţa C.11 privind rezoluţia aparatului optic de ochire, iar contestatoarea a răspuns pe larg acestora, depunând rapoarte de testare şi poziţia fabricantului privind valoarea solicitată şi unitatea de măsură impusă.

Din documentele probante depuse, a rezultat că produsul ELCAN SPECTER DR 1.5x/6x are o rezoluţie foarte bună pentru tipul de aparat de ochire din care face parte, adică un aparat de ochire pentru distanţe medii, rezoluţia fiind exprimată în unităţi de măsură caracteristice acestui tip de aparat de ochire.

Din aceste documente a reieşit, totodată, faptul că valoarea rezoluţiei, precum şi unitatea de măsură impuse în specificaţia tehnică nu sunt caracteristice produsului descris prin specificaţia tehnică respectivă, chiar fabricantul produsului indicând faptul că nu deţine documente din care să reiasă aceste valori şi unitatea de măsură.

Specificaţia tehnică trebuie să aibă la bază documente certe, mai ales atunci când beneficarii produselor nu doresc decât un singur produs. Faptul că emitentul specificaţiei nu a avut la dispoziţie documente certe privind rezoluţia aparatului pe care l-a descris prin specificaţia tehnică şi a adăugat acest parametru după propria sa gândire sau nivel de informaţie nu poate conduce la respingerea ofertei care prezintă exact aparatul de ochire pe care beneficarul îl doreşte şi a înţeles să îl descrie prin specificaţie şi pe care, mai mult, îl are deja în dotare şi este mulţumit de performanţele acestuia.

Faţă de faptul că SC ... SRL a demonstrat îndeplinirea cerinţei prin rapoarte de testare şi documente din dosarul producătorului este cert, autoritatea contractantă trebuia să aplice principiul proporţionalităţii şi să constate că există o neconcordanţă între ceea ce s-a cerut prin specificaţia tehnică şi produsul exclusiv descris de aceasta, sens în care trebuia să aplice măsura cea mai puţin constrângătoare şi care să ducă la realizarea scopului achiziţiei, respectiv să constate că cerinţa este îndeplinită prin faptul că a fost ofertat exact produsul dorit de RTH.

Or, este evident că dacă specificaţia tehnică descrie un singur produs existent pe piaţă şi un ofertant prezintă în propunerea tehnică exact acest produs, atunci oferta nu poate fi neconformă. Faptul că în specificaţia tehnică există parametri care nu rezultă din niciun document aferent produsului descris de specificaţie nu poate determina declararea drept

neconformă a ofertei, fiind evident că se invocă un motiv pe care autoritatea contractantă nu îl poate justifica şi nici demonstra.

Autoritatea contractantă nu poate demonstra faptul că cerinţa C.11 aşa cum este ea formulată este aferentă produsului ELCAN SPECTER DR l,5x/6x. Concluzia din adresa de comunicare a rezultatului procedurii este nereală, deoarece cerinţa C.11 este îndeplinită.

Situaţia acestei cerinţe este supusă deciziilor relevante ale CJUE care constată că legalitatea cerinţei poate fi atacată în termenul aferent atacării deciziei privind rezultatul procedurii, deoarece caracterul nelegal al cerinţei a fost descoperit exclusiv pe parcursul derulării procedurii, el nefiind evident pentru operatorii economici şi nici cunoscut acestora la momentul publicării documentaţiei de atribuire.

Este de observat şi faptul că autoritatea contractantă nu motivează în concret de ce consideră că cerinţa nu este îndeplinită, obligaţie care îi incumbă în mod explicit prin art. 182 din OUG nr. 114/2011.

Autoritatea contractantă a transmis o copie a dosarului achiziţiei cu adresa de înaintare nr. R-408/18.01.2019, înregistrată la Consiliu sub nr.2488/21.01.2019 precum şi punctul de vedere nr. R-417/21.01.2019 cu privire la contestaţia formulată de către SC ... SRL.

Autoritatea contractantă menţionează că cererea de ofertă a fost organizată în conformitate cu prevederile OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziţii publice în domeniile apărării şi securităţii, cu modificările şi completările ulterioare, precum şi conform Metodologiei de evaluare publicată pe pagina de internet a Departamentului pentru armamente www.dpa.ro.

Procedura de achiziţie a fost anulată prin raportul procedurii nr. A3/102/07.01.2019, în temeiul art. 181 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 114/2011, coroborat cu art. 32 alin. (2) lit. k) din Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziţie organizate în baza OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziţii publice în domeniul apărării şi securităţii.

Autoritatea contractantă invocă excepţia lipsei de interes, întemeiată pe dispoziţiile art. 33 Cod procedură civilă.

În susţinerea excepţiei invocate, autoritatea contractantă arată că potrivit prevederilor legale, interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual.

Pentru a stabili dacă o parte are interes este necesar să se prefigureze folosul efectiv pe care contestatoarea l-ar obţine în ipoteza admiterii contestaţiei.

În practica judiciară şi în doctrină s-a reţinut în mod constant că interesul trebuie să fie şi juridic, şi nu pur teoretic sau economic; or, în prezenta speţă contestatorul, deşi admite că „există premise reale" ca să poată „câştiga un nou contract", în condiţiile în care prezenta procedură a fost anulată, urmăreşte, în fapt, eliminarea concurenţei ce ar putea apărea prin organizarea unei noi proceduri, situaţie în care interesul nu este legitim, deoarece stimularea concurenţei este o cerinţa vitală a economiei de piaţă.

Susţinerile contestatoarei referitoare la faptul că a livrat diverse categorii de arme şi muniţii, în cadrul unor contracte atribuite, iar

„multitudinea de contracte de înzestrare cu armamente pe care le-a câştigat pentru toate instituţiile înarmate ale României" îl „situează pe poziţia fruntaşă pe piaţa specializată, având, astfel, experienţă şi autoritate în cunoaşterea pieţei internaţionale" vin să probeze, în fapt, că interesul său este pur economic, situaţie în care nu mai este legitim.

Astfel, deşi interesul contestatorului este personal, în sensul că folosul practic urmărit se răsfrânge asupra sa, este determinat, adică concret, şi nu abstract, este născut şi actual, nu este legitim întrucât, interesul acestuia este pur economic şi urmăreşte eliminarea concurenţei.

De asemenea, pe cale de excepţie autoritatea contractantă invocă lipsa dovezii calităţii de reprezentant a semnatarului contestatiei, întemeiată pe dispoziţiile art. 82 Cod procedură civilă.

Din împuternicirea nr. 9579/19.11.2018 (Formularul nr. 2, parte din Documentaţia de atribuire), care a fost depusă de către contestator împreună cu documentele de participare la procedură, rezultă faptul că reprezentantul legal al SC ... SRL a mandatat, printre altele, să depună în numele său contestaţiile cu privire la
procedură alte două persoane, respectiv pe d-nul ..., având funcţia de director vânzări, precum şi pe d-na ..., având funcţia de director comercial.

Astfel cum rezultă din contestaţia formulată de SC ... SRL, semnatarul acesteia este d-nul ... - Administrator şi Director General şi nu vreuna dintre persoanele mandatate în mod expres pentru a proceda la depunerea acestei căi de atac.

Autoritatea contractantă solicită totodată respingerea contestaţiei depuse drept tardivă, raportat la susţinerea contestatoarei referitoare la pretinsa omitere a comunicării în SEAP a specificaţiei pentru aparatul optic de ochire (cod ST - G. 17-3263.v.1), întemeiată pe prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

În susţinerea excepţiei invocate, autoritatea contractantă arată următoarele :

- în data de 09.11.2018 a fost publicată în SEAP clarificarea nr. 2 (RFQ 1000102/00006) privind decalarea termenului de depunere a ofertei din 12.11.2018, în 21.11.2018;
- în data de 09.11.2018, prin e-mail-ul transmis la ora 2:54 PM, contestatoarea a fost informată atât cu privire la publicarea în SEAP a clarificării nr. 2, cât şi cu privire la conţinutul acesteia;
- în data de 12.11.2018 a fost publicată în SEAP clarificarea nr. 3 (RFQ 1000102/00007), respectiv specificaţia pentru aparatul optic de ochire (cod ST - G. 17-3263.v.1).

Astfel C.N. ...S.A. a depus diligenţele necesare atât în vederea publicării în SEAP a specificaţiei (cod ST - G. 17-3263.v.1), cât şi în ceea ce priveşte decalarea termenului de depunere a ofertei, astfel încât nu poate fi reţinută vreo vătămare a contestatoarei ca urmare a acţiunilor sau inacţiunilor autorităţii.

În acest context, în măsura în care contestatoarea s-ar fi considerat vătămată în vreun drept sau vreun interes, ar fi avut posibilitatea să-şi exercite dreptul de a contesta în termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, termen care se împlinea la data de 18.11.2018, lucru pe care nu l-a făcut.

Se solicită, de asemenea, respingerea contestaţiei depuse ca urmare a nedepunerii cauţiunii prevăzute la art. 61 indice 1 din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce priveşte fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită respingerea contestatiei depuse drept neîntemeiată şi nefondată pentru următoarele motive:

- susţinerile contestatoarei referitoare la pretinsa calitate de persoană vătămată, prin invocarea deciziei de anulare ca fiind „excesiv de formalistă şi puternic constrângătoare" nu pot fi reţinute, câtă vreme achiziţiile publice sunt reglementate de lege, în speţă de OUG nr. 114/2011, astfel că respectarea actului normativ incident este obligatorie,
- argumentele contestatoarei în sprijinul susţinerii vătămării suferite sunt lipsite de conţinut, în sensul în care aceasta afirmă că „declararea ofertei drept neconformă şi anularea procedurii este făcută pe baza unor motive artificiale”, în acest context se impune a fi precizat că neconformitatea din punct de vedere tehnic nu poate fi socotită „motiv artificial" întrucât, în fapt, prin specificaţiile tehnice, autoritatea contractantă defineşte în mod clar cerinţele care trebuie obligatoriu îndeplinite de produsele ofertate, cerinţe care în cazul de faţă nu au fost îndeplinite,
- potrivit dispoziţiilor art. 31 alin. (2) din OUG nr. 114/2011 „specificaţiile tehnice ...reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau fiecărei lucrări să fie descris/descrisă, în mod obiectiv, în aşa manieră încât să corespundă necesităţii autorităţii contractante";
- astfel cum rezultă din specificaţiile tehnice publicate în SEAP, autoritatea contractantă le-a definit în termeni de performanţă şi cerinţe funcţionale în deplină concordanţă cu prevederile art. 31 alin. (5) lit. b) din OUG nr. 114/2011, stabilind în mod clar cerinţele pe care produsul trebuie să le respecte;
- contrar susţinerilor contestatorului, cerinţa C.31 a specificaţiei tehnice cod ST-G.18- 3848.v.1 nu este îndeplinită prin prisma neîndeplinirii cerinţei C.11 din specificaţia tehnică ST- G.17-3263.v.1, aferentă produsului *Aparat de ochire la distanţă medie pentru armament individual/de grup, cu montare pe sina Picatinny*;
- în ceea ce priveşte neîndeplinirea cerinţei C.11, autoritatea contractantă menţionează următoarele:

- pentru îndeplinirea cerinţei C.11 din specificaţia tehnică ST-G. 17-3263.v.1, aferentă produsului Aparat de ochire la distanţă medie pentru armament individual/de grup, cu montare pe sina Picatinny, contestatorul a depus propunerea tehnică, înregistrată sub nr. 9653 din 20.11.2018, precizând în matricea de conformitate că "pe timp de zi, produsul asigură o rezoluţie la centru de minimum 7 lp/mrad pentru grosismentul mic şi de minimum 20 lp/mrad pentru grosismentul mare", însă în mijlocul probant pus la dispoziţie de către contestatoare, respectiv în fişa tehnică producător, nu se regăseşte acest parametru; în urma analizării propunerii tehnice depusă de către contestatoare, prin rapoarte tehnice succesive, subcomisia de experţi tehnici a solicitat mijloace probante pentru îndeplinirea cerinţei C.11;

- contestatoarea a răspuns solicitărilor de clarificări, după cum urmează:

- prin răspunsul nr. SA/487/26.11.2018 contestatoarea a comunicat faptul că la achiziţii anterioare pentru produsul ofertat, producătorul *„nu a prezentat documente probante pentru C.11", că nu înţelege de ce trebuie acum să prezinte astfel de documente, întrebându-ne „de unde a aparut această cerinţă";*

- prin răspunsul nr. SA/514/29.11.2018 contestatoarea a pus la dispoziţia subcomisiei de experţi tehnici documentul Test Procedure Report Log Number 2018048, din care rezultă rezoluţia pentru grosismentul mic, respectiv grosismentul mare, dar exprimată în lp/mm, în loc de lp/mrad; unitatea de măsură utilizată nu a permis subcomisiei de experţi tehnici verificarea parametrului rezoluţie, aşa cum este definit la cerinţa C.11;

- în raport de această situaţie, subcomisia de experţi tehnici s-a aflat în imposibilitatea verificării îndeplinirii cerinţei C.11, întrucât transformarea rezoluţiei din lp/mm în lp/mrad nu se poate realiza în lipsa unor parametrii constructivi ai lunetelor, respectiv ai aparatelor auxiliare utilizate, aspecte consemnate în Raportul tehnic nr. A3/12614/04.12.2018 (pct. B, nr. crt.1); pentru verificarea îndeplinirii cerinţei C.11, prin scrisoarea nr. SA/AA/592 din 10.12.2018 s-a solicitat contestatoarei punerea la dispoziţie a parametrilor, exprimaţi în lp/mrad;

- prin răspunsul nr. SA/610/13.12.2018, la pct. 2, contestatoarea a precizat că producătorul nu poate exprima rezoluţia în valorile solicitate, întrucât acesta (n.r. producătorul) nu foloseşte această metodă pentru determinarea performantelor produsului.

- având în vedere cele mai sus menţionate, atâta vreme cât contestatoarea nu a pus la dispoziţia subcomisiei de experţi tehnici nici mijloace probante, nici informaţii tehnice care să dovedească îndeplinirea cerinţei C.11, prin Raportul tehnic nr. A3/13390 din 14.12.2018, aceasta a propus respingerea ofertei;

- potrivit dispoziţiilor art. 31 alin. (9) din OUG nr. 114/2011 "ofertantul trebuie să dovedească, în oferta sa, într-un mod care să răspundă cerinţelor autorităţii contractante şi prin orice mijloace adecvate, că lucrările, produsele sau serviciile conforme cu standardul răspund performanţelor sau cerinţelor funcţionale ale autorităţii contractante";

- totodată, în documentaţia de atribuire, care a fost publicată în SEAP, deci făcută cunoscută contestatoarei, la Secţiunea V punctul I lit. a) se prevede în mod expres că cerinţele tehnice prevăzute în fişa de produs sunt minime şi obligatorii, precum şi faptul că neîndeplinirea oricărei cerinţe tehnice menţionată în fişa de produs va conduce la respingerea ofertei ca neconformă;

- nu a existat contestaţie sau acţiune înaintată instanţelor de judecată cu privire la cerinţele caietului de sarcini/specificaţiilor tehnice aferente prezentei proceduri,

- în ceea ce priveşte susţinerea potrivit căreia C.N. ... S.A. nu ar fi motivat, în concret, „de ce consideră că cerinţa nu este îndeplinită, obligaţie ce îi incumbă în mod explicit prin art. 182 din OUG 114/2011", aşa cum rezultă din adresa nr. SA/24 din 10.01.2019, a cărei primire este confirmată de către contestatoare prin e-mail-ul din data de 10.01.2019, ora 4:11 PM,

autoritatea contractantă a explicitat motivele concrete care au determinat decizia de anulare, astfel că afirmaţiile contestatoarei sunt simple alegaţii, lipsite de suport probator;
- deşi admite că există premise reale să poată „câştiga un nou contract", contestatoarea insistă în promovarea unei contestaţii lipsite de interes, care este unul pur economic, deci nu este legitim;

Contrar susţinerilor contestatoarei, procedura s-a desfăşurat în condiţii legale, aducându-i-se la cunoştinţă că oferta sa a fost declarată neconformă potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (2) lit. a) din Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziţie organizate în baza Ordonanţei de Urgenta nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziţii publice în domeniile apărării şi securităţii, cu modificările şi completările ulterioare, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini şi ale specificaţiilor tehnice, comunicându-i-se totodată că autoritatea contractantă a procedat la anularea procedurii, în conformitate cu obligaţiile impuse de legiuitor la art. 181 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 114/2011.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei depuse de SC Transcarpat Sportours International SRL, pe cale de excepţie drept lipsită de interes, tardivă şi/sau prin nedepunerea cauţiunii, iar pe fond drept neîntemeiată şi nefondată şi, implicit, menţinerea actelor autorităţii contractante aşa cum au fost emise pentru procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de furnizare a produselor „Pistol mitraliera cal. 9 mm".

Prin adresa nr. 9746/23.01.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 2915/23.01.2019, SC ... SRL reiterează solicitarea privind obligarea autorităţii contractante de a depune la dosarul procedurii anexele la specificaţia cod ST-G.17-3263.v.1 din care rezultă ce produse au stat la baza întocmirii ei.

Prin adresa nr. 9749/23.01.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 3045/25.01.2019, SC ... SRL precizează că a solicitat autorităţii contractante, anterior depunerii contestaţiei, anexele la specificaţia cod ST-G.17-3263.v.1, însă autoritatea contractantă a refuzat să îi pună la dispoziţie acest document, răspunsul dat fiind „documentele ST-G.18-3848.v.1 şi ST- G.17-3263.v.1 publicate în SEAP conţin toate cerinţele necesare a fi îndeplinite pentru satisfacerea necesităţii avute în vedere de autoritatea contractantă prin derularea procedurii de atribuire”.

În opinia contestatoarei, un astfel de răspuns nu face decât să demonstreze faptul că autoritatea contractantă are ceva de ascuns.

De asemenea, contestatoarea învederează faptul că la momentul la care a lansat procedura de achiziţie, autoritatea contractantă nu a publicat în SEAP de la bun început specificaţia tehnică ST-G.17-3263.v.1, aceasta fiind publicată abia în data de 12.11.2018 – clarificare nr. 3, urmare a unei solicitări de clarificări.

Prin adresa nr. 9764/30.01.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 3608/30.01.2019 SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, în care precizează că interesul economic nu este în niciun caz un interes nelegitim. Contestatoarea susţine că este operator economic de tipul societate comercială, nu vreo entitate de binefacere, iar

scopul său social este acela de obţinere a veniturilor profesionale şi a profitului aferent. Atâta timp cât funcţionează în condiţiile prevăzute de lege, legitimitatea interesului economic este recunoscută şi protejată prin lege.

Faptul că în procedură nu au fost depuse alte oferte, nu poate fi imputat contestatoarei şi nu dă dreptul autorităţii contractante să inventeze motive artificiale de anulare a procedurii în numele unei stimulări a concurenţei ce nu este dovedită şi nici practicată de ....

Susţinerea contestatoarei că ..., aflat în postura de comitent al autorităţii contractante acţionează contrar regulilor economiei de piaţă este dovedit de documentele din dosarul procedurii, raportul şi minutele şedinţelor comisiei de evaluare, din care rezultă faptul că preşedintele comisiei de evaluare a susţinut în mod nelegal să fie anulată procedura încă înainte de prima şedinţă de evaluare, nemulţumit fiind de faptul că, la fel ca în majoritatea procedurilor de achiziţie de armament şi muniţii, SC ... SRL este singurul ofertant prezent sau admisibil.

Vătămarea rezultă în mod cert din faptul că fiind unicul ofertant în etapa de ofertare, contestatoarea se află în situaţia de a-i fi periclitată şansa de a deveni contractant din cauza unei atitudini a autorităţii contractante excesiv de formalistă, puternic constrângătoare şi neadecvată scopului ce trebuie atins.

Pentru aceste motive, această excepţie trebuie înlăturată.

De asemenea, contestatoarea învederează netemeinicia invocării de către autoritatea contractantă a excepţiei lipsei calităţii de reprezentant a semnatarului contestaţiei.

Autoritatea contractantă a impus prin documentaţia de atribuire prezentarea Formularului nr. 2 - împuternicire. Din conţinutul acestuia se observă că domnul Solojan are calitatea de Administrator şi Director General al Transcarpat.

Logica pe care se bazează autoritatea contractantă, este contrazisă inclusiv de prevederile din fişa de date a procedurii (pag. 7): *"În cazul în care oferta şi documentele ofertei nu sunt semnate de reprezentantul legal al operatorului economic ci de o altă persoană, se va prezenta o împuternicire, în original, din partea operatorului economic care să ateste că acea persoană este mandatată să semneze în numele operatorului economic. Prin reprezentant legal autoritatea contractantă înţelege administratorul/administratorii cu mandat valabil menţionat/menţionaţi în certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerţului".*

Calitatea de administrator al societăţii ... a domnului ... reiese în mod incontestabil din Certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerţului depus în cadrul ofertei - etapa I. Mai mult, dacă lipsea această calitate atunci întreaga ofertă semnată de acesta nu ar fi putut să fie considerată conformă cerinţelor documentaţiei de atribuire, nu doar contestaţia.

Referitor la excepţia tardivităţii contestaţiei, contestatoarea afirmă că, contestaţia nu vizează prevederile documentaţiei de atribuire, nici lămurirea sau modificarea acestora, după cum în mod total abuziv afirmă ... şi nici tardiva publicare a specificaţiei tehnice a aparatului de ochire.

Contestatoarea critică, pe de o parte, declararea drept neconformă a ofertei sale pentru pretinsa nedemonstrare a cerinţei C.ll din specificaţia tehnică cod ST-G. 17-3263.v.l, iar pe de altă parte, contestă caracterul artificial şi nerealist al cerinţei C.11, solicitând înlăturarea acesteia din cuprinsul specificaţiei.

Astfel, pentru declararea drept neconformă a ofertei, contestatoarea se află în termenul legal de 5 zile de la luarea la cunoştinţă de actul care o vatămă, respectiv comunicarea rezultatului.

Pentru înlăturarea cerinţei C.11, se află, de asemenea, în termenul legal, astfel cum a decis CJUE în deciziile următoare şi pe care Consiliul are obligaţia să le respecte:

În cauza C42/13 Cartiera dellAda SpA:

44 Astfel, pe de o parte, principiul egalităţii de tratament impune ca ofertanţii să dispună de aceleaşi şanse în formularea ofertelor lor şi implică, aşadar, ca aceste oferte să fie supuse aceloraşi condiţii pentru toţi ofertanţii. Pe de altă parte, obligaţia de transparenţă are ca scop să garanteze absenţa riscului de favoritism şi de arbitrar din partea autorităţii contractante. Aceasta implică formularea tuturor condiţiilor şi modalităţilor procedurii de atribuire în mod clar, precis şi neechivoc în anunţul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanţilor informaţi în mod rezonabil şi obişnuit de diligenţi să le înţeleagă conţinutul exact şi să le interpreteze în acelaşi mod şi, în al doilea rând, să permită autorităţii contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanţi corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest, sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctele 108-111).

Solicită să se aibă în vedere şi cauza C-538/13 eVigilo Ltd:

52 Potrivit jurisprudenţei Curţii, obiectivul prevăzut la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, de a garanta existenţa unor căi de atac efective împotriva încălcărilor dispoziţiilor aplicabile în materia atribuirii contractelor de achiziţii publice, nu poate fi atins decât dacă termenele prevăzute pentru introducerea unor acţiuni încep să curgă numai de la data la care reclamantul a luat cunoştinţă sau ar fi trebuit să ia cunoştinţă despre pretinsa încălcare a dispoziţiilor menţionate [a se vedea Hotărârea Uniplex (UK), EU:C:2010:45, punctul 32, precum şi Hotărârea Idrodinamica Spurgo Velox şi alţii, C-161/13, EU:C:2014:307, punctul 37].

58 În consecinţă, este necesar să se răspundă la prima întrebare litera c) că articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf din Directiva 89/665, precum şi articolul 2, articolul 44 alineatul (1) şi articolul 53 alineatul (1) litera (a) din Directiva 2004/18 trebuie interpretate în sensul că impun ca un drept la o cale de atac referitoare la legalitatea cererii de ofertă să fie accesibil, după expirarea termenului prevăzut de dreptul naţional, unui ofertant informat în mod rezonabil şi care dă dovadă de o diligentă normală care nu a putut să înţeleagă condiţiile cererii de ofertă decât în momentul în care autoritatea contractantă, după evaluarea ofertelor, a furnizat informaţii exhaustive cu privire la motivele care au stat la baza deciziei adoptate.

Un asemenea drept la o cale de atac poate fi exercitat până la expirarea termenului de introducere a căii de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului.

Astfel, Consiliul trebuie să aibă în vedere următoarele circumstanţe particulare ale cauzei:

- Având în vedere că cerinţa privind rezoluţia aparatului optic de ochire în ceea ce priveşte valorile şi unităţile de măsură nu figurează nicăieri în documentele oficiale emise de către fabricant, contestatoarea s-a aflat în imposibilitatea de a determina dacă această cerinţă este reală şi corectă;
- Având în vedere că ...are deja în dotare produsul solicitat prin specificaţia tehnică ST-G.17-3263.v.1, fapt care este de notorietate pe piaţa specializată, contestatoarea nu a putut să determine dacă cerinţa este reală şi corectă, fiind posibil ca ... să fi intrat la achiziţionarea produsului în posesia unei documentaţii tehnice elaborate de fabricant strict pentru acea livrare, în care acest parametru să fie menţionat în condiţiile specificaţiei tehnice, contestatoarea neavând acces la această documentaţie;
- În aceeaşi ordine de idei, ... ar fi putut să efectueze teste proprii din care să rezulte valorile şi unităţile de măsură, chiar dacă ele nu sunt caracteristice fabricantului produsului, contestatoarea iarăşi neavând acces la aceste informaţii;
- Chiar în condiţiile în care contestatoarea a fost extrem de diligentă şi este foarte bine informată asupra acestui produs, din moment ce l-a ofertat, nu a putut determina caracterul nereal şi artificial al acestei cerinţe, decât după ce a avut acces la poziţia fabricantului exprimată urmare a solicitărilor de clarificări.

Contestatoarea reiterează faptul că specificaţia descrie exclusiv produsul pe care l-a ofertat, situaţie în care oferta sa nu poate fi neconformă.

Faţă de aceste considerente, Consiliul va constata că autoarea contestaţiei se află în ipoteza analizată de CJUE în deciziile anterior citate, motiv pentru care criticarea acestei cerinţe care a fost formulată în mod artificial şi nerealist îi este permisă în termenul de atacare a deciziei privind rezultatul procedurii de atribuire.

Referitor la excepţia privind nedepunerea cauţiunii prevăzute la art. 61^1 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită respingerea cauţiunii în cuantum de 11.344,54 lei, prin recipisa de consemnare a cauţiunii nr. 205180526/1 din 17.01.2019 emisă de CEC Bank, depusă la sediul CNSC în data de 18.01.2019.

Pe fond, contestatoarea reiterează faptul că cerinţa C.11 din specificaţia tehnică ST-G.17-3263.v.1 a fost introdusă artificial de către autorul specificaţie, nu este caracteristică acestui produs şi nu se regăseşte în niciunul dintre documentele emise de către fabricant.

Mai mult, specificaţia descrie exclusiv produsul ofertat de contestatoare, acesta fiind apreciat de către beneficiari ca fiind singurul care le satisface necesităţile.

Din moment ce a ofertat exact produsul solicitat de autoritatea contractantă, oferta contestatoarei nu poate fi neconformă.

De asemenea, contestatoarea precizează faptul că la pretinsa neîndeplinire a cerinţei C.11, doi dintre membrii comisiei de evaluare au formulat note explicative individuale prin care nu sunt de acord cu această constatare a subcomisiei de experţi tehnici cooptaţi, mai mult apreciind că această subcomisie nu poate decide admisibilitatea unei oferte. Din punct de vedere procedural, se constată că sunt încălcate prevederile metodologiei de evaluare, deoarece situaţia nu a fost supusă votului comisiei de evaluare.

Totodată, din raportul întocmit de subcomisia de experţi tehnici în data de 14.12.2018 rezultă că nu există nicio evaluare concretă a valorilor referitoare la rezoluţia aparatului de ochire în ceea ce priveşte demonstarea în mod echivalent a îndeplinirii cerinţei, a modului în care această valoare echivalentă satisface necesităţile autorităţii contractante şi nici vreo evaluare a posibilei erori privind valoarea sau unitatea de măsură care a fost adusă la cunoştinţa lor prin scrisoarea fabricantului produsului. Astfel, au fost încălcate principiul proporţionalităţii şi al eficientei utilizări a fondurilor publice.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de cerere de oferte privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Pistol mitralieră cal. 9 mm”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP invitaţia de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 567.226,89 lei.

În cadrul procedurii în analiză, a fost depusă o singură ofertă, respectiv cea a contestatoarei SC ... SRL, iar în urma evaluării acesteia și respingerii ca neconformă, procedura a fost anulată, motiv pentru care a fost depusă contestația în analiză.

După depunerea contestației, contestatoarea a înaintat Consiliului, la solicitarea acestuia, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205180526/1 din 17.01.2018, emisă de CEC Bank SA – Sucursala Victoriei, în valoare de 11.344,54 lei, constituită pentru dosarul în analiză.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

În punctul de vedere autoritatea contractantă invocă o serie de excepții, care vor fi analizate, pe rând, de Consiliu:

În ceea ce privește lipsa de interes în promovarea contestației, autoritatea contractantă susține că, în prezenta speţă, contestatorul, deşi admite că „există premise reale" ca să poată „câştiga un nou contract", în condiţiile în care prezenta procedură a fost anulată, urmăreşte, în fapt, eliminarea concurenţei ce ar putea apărea prin organizarea unei noi proceduri, situaţie în care interesul nu este legitim, deoarece stimularea concurenţei este o cerinţa vitală a economiei de piaţă.

Consiliul va respinge excepția invocată, fiind cert că, în condițiile în care în procedura de față, contestatoarea este unica ofertantă, este absolut firesc să considere că are șanse mai multe să devină câștigătoare a

procedurii, în măsura în care oferta sa ar fi una admisibilă, participarea la o procedură viitoare neoferindu-i aceeași siguranță. În calitatea sa de ofertant, este evident că dorește câștigarea procedurii, acesta fiind și unicul motiv al oricărui ofertant de a participa la o procedură.

Consiliul va respinge și excepția lipsei calității de reprezentant al semnatarului contestației, excepție întemeiată de autoritatea contractantă pe existența la dosarul depus în procedură a împuternicirii nr. 9579/19.11.2018 (Formularul nr. 2, parte din Documentaţia de atribuire), din care rezultă că reprezentantul legal al SC ... SRL a mandatat, printre altele, să depună în numele său contestaţiile cu privire la procedură alte două persoane, respectiv pe d-nul ..., având funcţia de director vânzări, precum şi pe d-na ..., având funcţia de director comercial, contestația fiind depusă sub semnătura d-nul ... - Administrator şi Director General, şi nu vreuna dintre persoanele mandatate în mod expres pentru a proceda la depunerea acestei căi de atac. Motivul respingerii respectivei excepții este unul evident, neexistând nicio dispoziție legală în niciun sistem de drept din care să rezulte că existența unui mandat lipsește pe mandant de dreptul său de reprezentare. Este evident că, în calitatea sa de administrator şi director general, d-nul ... are dreptul de a semna contestația.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, autoritatea contractantă își întemeiază susținerile pe solicitarea contestatoarei referitoare la omiterea comunicării în SEAP a specificaţiei pentru aparatul optic de ochire (cod ST-G.17-3263.v.1), or aceste specificații au fost postate în SEAP printr-o serie de clarificări. Consiliul reține că actul atacat prin prezenta contestație este comunicarea nr. SA/24/10.01.2019, prin care oferta sa a fost declarată neconformă, iar procedura anulată, aprecierea tardivității depunerii contestației fiind făcută prin raportare la acest act. Că în motivele pentru care se solicită anularea acestei adrese se aduc argumente și critici împotriva documentației de atribuire, nu înseamnă că prezenta contestație ar fi una tardivă, obiectul ei fiind unul determinat, dar cu privire la criticile respective, Consiliul urmează a aprecia aspra tardivității lor odată cu analiza pe fond a contestației, și nu în prealabil.

În ceea ce privește lipsa depunerii cauțiunii, așa cum s-a arătat mai sus, la solicitarea Consiliului, contestatoarea a depus recipisa de consemnare a cauțiunii, deci excepția a rămas fără obiect.

Pe fondul contestației, contestatoarea solicită anularea comunicării şi a tuturor actelor care au condus la decizia de respingere a ofertei sale şi de anulare a procedurii de atribuire, a raportului procedurii şi a tuturor actelor subsecvente; eliminarea în conformitate cu deciziile relevante ale CJUE, a cerinţei C.11 din specificaţia tehnică având codul ST-G-17-3263.v.1, ca fiind nereală şi neaparţinând produsului descris; reevaluarea ofertei SC ... SRL prin raportare strictă la situaţia de fapt care arată că cerinţa invocată drept neîndeplinită este nereală şi nu aparţine produsului descris prin specificaţia tehnică, nefiind asumată de fabricantul produsului, precum şi prin raportare la principiul proporţionalităţii, cu consecinţa declarării ei drept acceptabilă şi conformă, deci admisibilă; emiterea unui nou raport al procedurii aferent etapei a II – a, prin care să se continue procedura de

atribuire în vederea atingerii scopului procedurii de atribuire, respectiv atribuirea contractului şi executarea acestuia.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă a publicat inițial în SEAP doar specificațiile pistolului mitralieră, nu și pe cele ale sistemului de ochire, aspect recunoscut de autoritate. În urma solicitării de clarificări din partea a doi operatori economici, unul dintre ei fiind contestatoarea din prezenta cauză, autoritatea a publicat în SEAP o clarificare cu nr. 3/12.11.2018, la care este atașată Specificația tehnică pentru achiziție aparat de ochire la distanță medie pentru armament individual/de grup cu montare pe șină Picantiny, cod specificație ST-G.17-3263.v.1.

În cadrul procedurii de atribuire a fost depusă o singură ofertă, cea a contestatoarei, ofertă care, în urma evaluării, a fost respinsă ca neconformă, comisia de evaluare luând în considerare raportul tehnic A3/13390/14.12.2018, din care rezultă că nu este îndeplinită cerinţa C.31 a specificaţiei tehnice cod ST-G.18- 3848.v.1, care prevede la litera e că Aparatul de ochire la distanţă medie pentru armament individual/de grup, cu montare pe sina Picatinny trebuie să fie conform specificației tehnice ST- G.17-3263.v.1, or aparatul nu îndeplinește cerinţa C.11 din specificaţia tehnică invocată, respectiv "pe timp de zi, produsul asigură o rezoluţie la centru de minimum 7 lp/mrad pentru grosismentul mic şi de minimum 20 lp/mrad pentru grosismentul mare", însă în mijlocul probant pus la dispoziţie de către contestatoare, respectiv în fişa tehnică producător, nu se regăseşte acest parametru.

Concret, pentru pistolul mitralieră există în documentația de atribuire specificaţia tehnică cod ST-G.18- 3848.v.1, care cuprinde la lit. e și prevederea referitoare la compatibilitatea Aparatului de ochire la distanţă medie pentru armament individual/de grup, cu montare pe sina Picatinny cu specificația tehnică ST-G.17-3263.v.1. În cadrul acestei ultime specificații, ST-G.17-3263.v.1, aparținând aparatului de ochire la distanță medie pentru armament individual/de grup cu montare pe șină Picantiny, se regăsește cerința C.11, - "**pe timp de zi, produsul asigură o rezoluţie la centru de minimum 7 lp/mrad pentru grosismentul mic şi de minimum 20 lp/mrad pentru grosismentul mare",** cerință pe care contestatoarea recunoaște că nu a dovedit-o, solicitând în petitul al doilea ,,eliminarea în conformitate cu deciziile relevante ale CJUE, a cerinţei C.11 din specificaţia tehnică având codul ST-G-17-3263.v.1, ca fiind nereală şi neaparţinând produsului descris''.

Contestatoarea mai arată că specificația tehnică ST-G.17-3263.v.1. a fost întocmită pe baza produsului ELCAN SPECTER DR 1.5x/6x fabricat de către gigantul RAYTHEON şi comercializat pe piaţa mondială de către Armament Technology din Canada, în oferta sa fiind ofertat exact produsul ELCAN SPECTER DR 1.5x/6x, în aceste condiții, fiind clar că produsul său este unul conform.

În ceea ce privește specificația C11, contestatoarea susține că nu aparține produsului ELCAN SPECTER DR 1.5x/6x, neavând cunoștință despre proveniența ei în documentație. În acest sens, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să depună justificări din care să rezulte cum a fost introdusă cerința. Consiliul consideră neconcludentă și inutilă cauzei de față solicitarea probei respective, din moment ce procedura în

discuție se află în etapa comunicării rezultatului procedurii, contestația vizând acest rezultat, și nu conținutul documentației de atribuire.

În această etapă, nu mai pot fi formulate critici cu privire la conținutul documentației de atribuire, ambele părți, atât contestatoarea, cât și autoritatea contractantă având obligația respectării cu strictețe a prevederilor documentației, astfel cum a fost modificată prin clarificări și erate, solicitarea înlăturării acestei specificații fiind un demers tardiv.

Practica europeană invocată de contestatoare este inadecvată speței de față, prima hotărâre a CJUE citată de contestatoare, respectiv cauza C42/13 Cartiera dellAda SpA, având drept corolar tocmai contrariul susținerilor contestatoarei, respectiv obligativitatea documentației de atribuire, după cum urmează:

*,,42 Curtea a hotărât deja că **unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii** (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).*

*43 **Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici**, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.*

*44 Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. **Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză** (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C496/99 P, EU:C:2004:236, punctele 108-111).*

*45 În consecință, în împrejurări precum cele din litigiul principal, **articolul 45 din Directiva 2004/18 coroborat cu articolul 2 din aceasta nu se opune excluderii unui ofertant din cauza faptului că nu a anexat la oferta sa o declarație echivalentă privind persoana desemnată drept director tehnic în această ofertă. În special, în măsura în care autoritatea contractantă consideră că această omisiune nu constituie o neregularitate pur formală, aceasta nu poate permite respectivului ofertant să remedieze ulterior această omisiune, în orice mod, după expirarea termenului acordat pentru depunerea ofertelor**.*

*46 Mai mult, în astfel de împrejurări, **articolul 51 din directiva menționată, care dispune că autoritatea contractantă poate invita operatorii economici să completeze sau să clarifice certificatele și documentele prezentate în temeiul articolelor 45-50 din aceeași directivă, nu poate fi interpretat în sensul că permite acesteia să admită rectificări ale omisiunilor care, potrivit dispozițiilor exprese ale documentelor achiziției, trebuie să conducă la excluderea ofertei**".*

În situația analizată de Consiliu, autoritatea contractantă a solicitat de două ori ofertantei să dovedească îndeplinirea cerinței C11, însă aceasta nu a reușit, solicitând, prin contestație, anularea acestei cerințe. Contestatoarea nu a reușit, încă, să furnizeze practică europeană, națională și nici un temei de drept din care să rezulte posibilitatea eliminării unei specificații tehnice după depunerea ofertelor, inexistența

acelei specificații C11 în fișele tehnice care au stat la baza elaborării ST-G.17-3263.v.1., dacă ar fi dovedită ca reală, și inexistența pe piață a altor produse similare care să îndeplinească cerința, conduc la concluzia că ne-am afla în fața unui alt motiv de anulare a procedurii. În măsura în care specificațiile tehnice nu aparțin niciunui produs de pe piață, soluția nu poate fi redefinirea specificațiilor în funcție de unicul produs participant la licitație, într-o atare situație încălcându-se principiul transparenței, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 114/2011, singura măsură legală fiind anularea procedurii de atribuire.

De asemenea, nici cauza C-538/13 eVigilo Ltd nu este relevantă în speța dedusă soluționării, nici aceasta neavând ca obiect modificarea documentației de atribuire, a eratelor și clarificărilor după data depunerii ofetelor. Potrivit celor reținute de CJUE în prezenta cauză, ,,52 Potrivit jurisprudenței Curții, obiectivul prevăzut la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, de a garanta existența unor căi de atac efective împotriva încălcărilor dispozițiilor aplicabile în materia atribuirii contractelor de achiziții publice, nu poate fi atins decât dacă termenele prevăzute pentru introducerea unor acțiuni încep să curgă numai de la data la care reclamantul a luat cunoștință sau ar fi trebuit să ia cunoștință despre pretinsa încălcare a dispozițiilor menționate [a se vedea Hotărârea Uniplex (UK), EU:C:2010:45, punctul 32, precum și Hotărârea Idrodinamica Spurgo Velox și alții, C161/13, EU:C:2014:307, punctul 37].

53 Trebuie să se constate că criteriile de atribuire a contractelor trebuie să figureze în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, iar faptul că acestea sunt neinteligibile sau lipsite de claritate poate constitui o încălcare a Directivei 2004/18.

54 La punctul 42 din Hotărârea SIAC Construction (C19/00, EU:C:2001:553), Curtea a statuat că criteriile de atribuire trebuie să fie formulate, în caietul de sarcini sau în anunțul de participare, astfel încât să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și care dau dovadă de o diligență normală să le interpreteze în același mod.

55 Rezultă de aici că revine instanței de trimitere sarcina să verifice dacă ofertantului vizat îi era efectiv imposibil să înțeleagă criteriile de atribuire în cauză sau dacă ar fi trebuit să le înțeleagă aplicând standardul unui ofertant informat în mod rezonabil și care dă dovadă de o diligență normală.

56 În cadrul acestei examinări, trebuie să se țină seama de faptul că ofertantul vizat și ceilalți ofertanți au fost în măsură să depună oferte și că ofertantul vizat, înainte de prezentarea ofertei sale, nu a solicitat clarificări din partea autorității contractante.

57 În cazul în care din această examinare rezultă că **condițiile cererii de ofertă erau efectiv neinteligibile pentru ofertant și că acesta a fost împiedicat să formuleze o cale de atac în termenul prevăzut de dreptul național, introducerea unei căi de atac este posibilă până la expirarea termenului prevăzut în privința deciziei de atribuire a contractului**.

58 În consecință, este necesar să se răspundă la prima întrebare litera c) că articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf din Directiva 89/665, precum și articolul 2, articolul 44 alineatul (1) și articolul 53 alineatul (1) litera (a) din Directiva 2004/18 trebuie interpretate în sensul **că impun ca un drept la o cale de atac referitoare la legalitatea cererii de ofertă să fie accesibil, după expirarea termenului prevăzut de dreptul național, unui ofertant informat în mod rezonabil și care dă dovadă de o diligență normală care nu a putut să înțeleagă condițiile cererii de ofertă decât în momentul în care autoritatea contractantă, după evaluarea ofertelor, a furnizat informații exhaustive cu privire la motivele care au stat la baza deciziei adoptate. Un asemenea drept la o cale de atac poate fi exercitat până la expirarea termenului de introducere a căii de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului.**''

Speța citată se referă la clauze obscure sau nescrise, cu un conținut neinteligibil, or clauza C11 este una clară, fiind nerelevant dacă aceasta a fost prevăzută inițial în documentația de atribuire sau a fost adăugată pe

parcurs, în urma claificărilor depuse inclusiv de contestatoare. De asemenea, nu se poate reține nici argumentul că oferanta contestatoare nu ar fi remarcat clauza respectivă, din moment ce, așa cum arată, este unul dintre furnizorii principali de muniţii, arme uşoare şi armament de infanterie pentru instituţiile armate ale României, având o experienţă de 15 ani în participarea la procedurile de achiziţie de astfel de produse. De asemenea, din moment ce ea însăși a solicitat publicarea specificațiilor Aparatului de ochire la distanţă medie pentru armament individual/de grup, specificații a căror publicare a fost inițial omisă de autoritatea contractantă, se prezumă că în momentul publicării a verificat conținutul lor, alegând să depună ofertă. Deci, ofertanta nu aduce nicun fel de dovezi din care să rezulte că respectiva cerință este una obscură, prin urmare, practica invocată nu prezintă relevanță în cauză.

Practic, nu există niciun temei legal în contestația depusă care să permită autorității contractante sau Consiliului eliminarea aacelei specificații după data depunerii ofertelor, contestația fiind lipsită de fundament juridic.

Dimpotrivă, situația faptică expusă de contestatoare (inexistența acelei specificații pentru produsele similare de pe piața de profil), în măsura în care ar fi analizată pe fond și găsită întemeiată de Consiliu, ar reprezenta un motiv în plus de anulare a procedurii, nicidecum de declarare drept câștigătoare a procedurii a unicului ofertant care recunoaște, în chiar conținutul contestației, că nu o respectă, solicitând eliminarea ei.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... .

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

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

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

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 18 (optsprezece) pagini.