CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 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. 9197/12.09.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 37276/12.09.2018, înaintată de SC ...SRL, cu sediul …, formulată împotriva deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, în temeiul art. 64 alin. (2) lit. a) şi art. 181 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 114/2011, comunicată prin adresa nr. 191201/03.09.2018, emisă de către ….., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă organizată în vederea atribuirii pe loturi, cu un singur operator economic, a acordului cadru având ca obiect *„Achiziție de muniție neletală de ordine publică – 3 loturi: cartuș cal. 12 cu bile de cauciuc; cartuș cal. 38 mm cu efect iritant – fumigen - lacrimogen; grenadă de mână cu efect iritant - lacrimogen”,* s-a solicitat:

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

- emiterea unei comunicări privind rezultatul etapei I a procedurii;

- emiterea unui nou raport intermediar al procedurii, aferent etapei I, prin care să se continue procedura de atribuire cu candidaţii rămaşi selectați, în vederea atingerii scopului procedurii de atribuire, respectiv atribuirea contractului și executarea acestuia.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ...SRL critică decizia autorității contractante

de anulare a procedurii de atribuire, în temeiul art. 64 alin. (2) lit. a) şi art. 181 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 114/2011.

În primul rând, petenta învederează Consiliului că, în ceea ce privește cauţiunea introdusă prin OUG nr. 45/2018, prezenta contestaţie nu se încadrează în condiţiile prevăzute de Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 45/2018 privind constituirea cauţiunii prevăzute la art. 61^1.

În opinia sa, este evident că 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 clar procedurile de atribuire cărora li se aplică, respectiv exclusiv celor derulate în baza Legilor nr. 98, 99 şi 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 trei 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.

Contestatoarea apreciază că este evident că legiuitorul a formulat clar şi explicit textul acestui articol, referindu-se expres la care situaţii se aplică, limitând aplicabilitatea lui la doar cele trei legi menţionate şi lăsând în afara ariei de aplicabilitate OUG nr. 114/2011. Acest fapt este demonstrat şi de art. 70 din Legea 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.

Astfel, dispoziţiile art. 61^1 alin. (1) trebuie interpretate strict, fără posibilitatea extrapolării sau a analogiei, conform şi principiului de drept *Ubi lex non distiguit, nec nos distinguere debemos*.

Totodată, contestatoarea face trimitere la răspunsul Preşedintelui CNSC la plângerea sa prealabilă formulată împotriva Hotărârii plenului Consiliului dată în interpretarea art. 61^1, prin care a criticat o aparentă nelegalitate a actului, deoarece foloseşte noţiuni necuprinse în lege, respectiv *„contestaţiile transmise sau depuse”,* dar şi adaugă la lege prin faptul că stabileşte o modalitate de reţinere a cauţiunii, situaţie care nu este prevăzută de Legea nr. 101/2016. Astfel, în opinia sa, 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, petenta apreciază că nu datorează cauţiunea prevăzută la art. 61^1 din Legea nr. 101/2016.

În continuarea, petenta învederează Consiliului că are un interes legitim în participarea la procedură, care este vătămată de actualele acte ale autorităţii contractante.

Afirmă că societatea sa 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.

Către actuala autoritate contractantă a livrat diverse categorii de muniţii, în cadrul unor contracte atribuite în urma unor proceduri derulate în mod competitiv. În majoritatea acestor proceduri, a fost singurul candidat selectat, autoritatea contractantă cunoscând foarte bine faptul că piaţa muniţiilor este selectivă şi restrânsă prin însăşi natura ei. Nu a existat în acest răstimp niciun impediment în a continua procedura cu atribuirea contractului către SC ...SRL, fiind cunoscut şi faptul această situaţie se manifestă şi la alte autorităţi contractante.

Pentru îndeplinirea acestor contracte în mod legal, SC ...SRL are calitatea de armurier autorizat de către Poliţia Română pentru comercializare de arme şi muniţi şi de persoană înregistrată la MAE-ANCEX pentru efectuarea de operaţiuni de comerţ exterior cu produse militare.

Interesul actual, personal şi legitim este să aibă o şansă reală să participe în procedura actuală în condiţii legale şi, ulterior, să poată executa contractul la nivelul capabilităţilor relevante pe care le are prin prisma livrărilor anterioare de produse similare.

Contestatoarea precizează că anularea procedurii a fost făcută pe baza unor motive artificiale, situație care o vatămă.

Totodată, aceasta arată că, în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, prezenta contestaţie este formulată şi depusă în termenul prevăzut de lege.

În fapt, în data de 03.09.2018, autoritatea contractantă i-a comunicat petentei adresa nr. 191201, prin care o informează că a decis anularea procedurii, deoarece doar un singur candidat îndeplineşte criteriile de selecţie pentru cele trei loturi care fac obiectul procedurii, invocând prevederile art. 64 alin. (2) lit. a) şi art. 181 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 114/2011.

În opinia petentei, autoritatea contractanta nu a oferit justificări suficiente şi credibile pentru decizia luată, aceasta fiind o decizie abuzivă şi nelegală.

MOTIVELE DE NELEGALITATE A ANULĂRII PROCEDURII:

1. Obligaţia informării candidaţilor

Invocând prevederile art. 137 – 138 și art. 182 din OUG nr. 114/2011, petenta susține că niciuna dintre obligaţii nu a fost îndeplinită în mod corespunzător de către ..., iar motivul de anulare prezentat este, în plus, artificial, motive care trebuie să conducă la anularea actului nelegal emis.

2. Obligaţia încheierii acordului - cadru

Scopul iniţierii unei proceduri de atribuire este acela de a atribui contractul de achiziţie publică, prin aceasta fiind satisfăcute necesitățile autorității contractante sau ale beneficiarilor produselor și realizată cheltuirea eficientă a fondurilor publice.

Art. 175 din OUG nr. 114/2011 stabilește această obligaţie în mod expres. Anularea procedurii de atribuire este o situație de excepţie, care

trebuie motivată și justificată în mod detaliat și complet, conform art. 182 *„cât şi motivul concret care a determinat decizia de anulare”.*

În opinia petentei, simpla invocare a textului art. 64 alin. (2) lit. a) pentru decizia de anulare a procedurii nu oferă legalitate deplină acestei decizii, având în vedere că, pe de o parte, lipsesc justificarea și motivarea în fapt, iar pe de altă parte, autoritatea contractantă are la dispoziţie și posibilitatea continuării procedurii în temeiul art. 64 alin. (2) lit. b). Este evident că prevederile lit. a) și ale lit. b) au forţa juridică cel puţin egală. Cu alte cuvinte, dreptului de a anula procedura i se opune dreptul de a o continua. Având forţă juridică cel puţin egală și subzistând obligaţia de a atribui contractul, autoritatea contractantă trebuie să justifice în mod convingător de ce decide să anuleze procedura. În cazul concret al achiziţiei de faţă, nu se îndeplinesc condiţiile legale, simpla invocare a articolului de lege neconstituind o justificare în sensul legii.

Simpla invocare a prevederilor art. 64 în general nu constituie motivarea concretă a deciziei de anulare a procedurii, din moment ce acest text normativ cuprinde inclusiv opţiunea de continuare a procedurii chiar cu un singur candidat selectat.

Contestatoarea susține că, ... avea obligaţia de a indica, în mod clar, în anunţul de atribuire, regulile aplicabile selecţiei, conform prevederilor imperative ale art. 63 alin. (3), precum şi de a stinge dreptul de opţiune conferit de art. 64 alin. (2), prin indicarea clară a ceea ce va face dacă numărul de candidaţi care îndeplinesc criteriile de selectie este mai mic decât cel minim impus. De asemenea, petenta arată că autoritatea nu a indicat în anunţ numărul minim de candidaţi selectaţi, ci numărul de operatori economici invitaţi, iar Consiliul a statuat că aceşti termeni nu sunt echivalenţi, potrivit Deciziei nr. ...din 01.09.2016. Mai mult, prin coroborarea prevederilor art. 2 și 175 cu cele ale art. 64, prevalează ca forţă juridică opţiunea de continuare a procedurii, mai ales în situația concretă a alegerii unei licitații restrânse și a domeniului sensibil al armamentelor militare, în care din start există un număr mic de participanţi, datorită unor motive strict obiective.

În susținere, autoarea contestației invocă practica unitară a Consiliului, respectiv B02015_2169 și B02015_1900, în care anularea procedurii este apreciată ca *„o măsură extremă”,* ce trebuie evitată. Însă, în opinia petentei, decizia care motivează cel mai bine situaţia anulării nelegale a procedurilor este Decizia nr. ...din 01.09.2016.

În plus, apreciază că nelegalitatea deciziei de anulare porneşte şi de la faptul că autoritatea contractantă unifică cele 3 loturi, deşi prevederile anunţului de atribuire şi ale fișei de date prevăd faptul că participarea se poate face pe unul sau pe mai multe loturi.

3. Încălcarea obligaţiei de motivare a actului emis

Conform art. 182 din OUG nr. 114/2011 *„autoritatea contractantă are obligaţia de a comunica în scris tuturor participanţilor la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile lucrătoare de la data anulării, atât încetarea obligaţiilor pe care aceştia şi le-au creat prin depunerea de oferte, cât şi motivul concret care a determinat decizia de anulare”*.

Astfel, petenta susține că adresa de comunicare a anulării procedurii nu conţine acest motiv concret, ceea ce conduce la invalidarea actului

emis. Autoritatea contractantă avea obligaţia de a motiva, în concret, de ce nu poate continua procedura, simpla invocare a textului art. 64 şi 181 din OUG nr. 114/2011 neţinând loc de motivare. În acest sens, contestatoarea citează Sentinţă civilă nr. 6185 din data de 29.10.2013, emisă de Tribunalul Arad, bazată pe decizii ale ICCJ și ale CJUE.

În absența acestei motivări și a acestor motive, contestatoarea apreciază că decizia este pur și simplu arbitrară și contrară interesului public și vătămătoare.

4. Desconsiderarea necesității autorității contractante, afectarea eficentei utilizări a fondurilor publice

Contestatoarea apreciază că, fiind evident că la baza iniţierii procedurii de atribuire stau necesități obiective, este clară afectarea acestor necesități și a eficientei utilizări a fondurilor publice, deoarece necheltuirea fondurilor publice reprezintă tot o formă de ineficienţă în utilizarea acestora. Interpretând jurisprudența naţională și comunitară (sintetizate în Decizia nr. 387/16.02.2010 a Curţii de Apel Cluj), la situația actuală, este evident că autoritatea trebuia să facă aplicarea principiului privind eficienţa utilizării fondurilor publice şi să nu anuleze procedura în baza unui formalism excesiv și tendenţios.

Prin adresa nr. 38172/2838-C4/19.09.2018, Consiliul a înştiinţat autoritatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC ...SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie, copia dosarului achiziției, copia ofertei depusă de contestatoare, precum și corespondența purtată cu aceasta pe perioada de evaluare a ofertelor.

Autoritatea contractantă a transmis documentele relevante în soluționarea prezentei contestații, atașate punctul său de vedere nr. 191344/25.09.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 39209/26.09.2018, prin care solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

I. În primul rând, aceasta înţelege să ridice excepţia nulităţii contestaţiei pentru neconstituirea cauţiunii, invocând prevederile art. 61^1 alin. (1) partea introductivă şi alin. (2) din Legea nr. 101/2016, precum şi ale art. 188 alin. (1) din OUG nr. 114/2011.

Având în vedere faptul că temeiul contestaţiei îl reprezintă art. 8 din Legea nr. 101/2016, rezultă şi incidenţa prevederilor art. 61^1 din acelaşi act normativ şi obligaţia privind plata cauţiunii corespunzătoare până la momentul depunerii contestaţiei.

Cu privire la susţinerile contestatorului, autoritatea contractantă consideră că acestea sunt neîntemeiate din următoarele considerente:

Art. 61^1 din Legea nr. 101/2016 nu menţionează faptul că se aplică exclusiv procedurilor derulate în temeiul actelor normative prevăzute în cadrul acestuia, ci stabileşte anumite praguri pentru calcularea şi determinarea cuantumului cauţiunii raportat la valoarea estimată a achiziţiei şi la tipul contractului/acordului-cadru prin care este finalizată procedura de achiziţie.

Acest aspect reiese şi din prevederea de la art. 3 alin. (1) pct. 8 din OUG nr. 114/2011 care defineşte contractul ca fiind *„orice contract de achiziţie publică sau acord-cadru".*

Urmând logica contestatorului reiese faptul că nici actul emis de autoritatea contractantă nu poate fi contestat pe calea prevăzută de art. 8 din Legea nr. 101/2016, acesta neputând fi încadrat drept act al autorităţii contractante, în sensul definiţiei prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. (a) din actul normativ sus-menţionat care prevede faptul că act al autorităţii contractante *este „orice act, orice operaţiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, cu modificările şi completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, cu modificările şi completările ulterioare",* fapt ce ar face inaplicabile prevederile art. 188 alin. (1) din OUG nr. 114/2011.

Faţă de aceste aspecte, având în vedere faptul că, din conţinutul contestaţiei depuse reiese faptul că, sunt contestate toate cele trei loturi, S.C. ...S.R.L. trebuia să facă dovada plăţii cauţiunii conform prevederilor art. 61^1 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, raportat la pct. 11.1.4 alin. (7) din fişa de date.

În concluzie, potrivit art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, solicită respingerea contestaţiei S.C. ...S.R.L. ca neîntemeiată, respectiv nulă, întrucât contestatorul nu face dovada constituirii în prealabil a cauţiunii.

II. Pe fondul cauzei dedusă judecăţii, faţă de susţinerile contestatoarei, autoritatea contractantă învederează Consiliului următoarele aspecte:

<u>1. Obligaţia informării candidaţilor, respectiv încălcarea obligaţiei de motivare a actului emis:</u>

În conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1), prin adresele transmise către candidaţii participanţi la procedura de achiziţie, autoritatea contractantă şi-a îndeplinit obligaţia de a informa operatorii economici implicaţi în procedura de atribuire *„despre deciziile referitoare la rezultatul selecţiei ... ori, după caz, la anularea procedurii de atribuire”,* atât pe singurul candidat selectat asupra rezultatului procedurii, cât şi pe candidaţii respinşi, prin prezentarea motivului concret care a determinat decizia de anulare, şi anume, existenţa condiţiilor prevăzute de art. 64 alin. (2) lit. a) şi art. 181 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziţii publice în domeniile apărării şi securităţii.

<u>2. Obligaţia încheierii acordului-cadru şi desconsiderarea necesităţii autorităţii contractante, afectarea eficentei utilizări a fondurilor publice:</u>

Autoritatea contractantă susţine că, într-adevăr, scopul iniţierii unei proceduri de achiziţie este acela de a atribui un contract de achiziţie publică prin care s-ar satisface necesităţile sale sau ale beneficiarilor produselor sau serviciilor furnizate sau prestate, dar în condiţiile prevăzute de art. 64 alin. (2) lit a), autoritatea contractantă nu ar mai avea asigurate unul dintre scopurile OUG nr. 114/2011, cel prevăzut la

art. 2 alin. (1) lit. (a) *„promovarea concurenţei dintre operatorii economici”*, precum şi unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziţie publică, cel referitor la *„eficienţa utilizării fondurilor publice”.*

Întrucât contestatorul nu are o poziţie de monopol, produsele solicitate fiind oferite şi de către alţi operatori economici, rezultă că există o concurenţă reală pe piaţa de profil, astfel că, prin reluarea competiţiei, autoritatea contractantă are interesul justificat de a se asigura respectarea principiului enunţat anterior.

În acest sens se arată că, în conformitate cu prevederile pct. VI.3) - ALTE INFORMAŢII, din anunţul de participare nr. 183898 din 24.03.2018, conform prevederilor art. 64 din OUG nr. 114/201, autoritatea contractantă şi-a exprimat dreptul de opţiune de a anula procedura de licitaţie restrânsă, conform deciziei transmisă contestatorului prin adresa nr. 191.201/03.09.2018.

În concluzie, faţă de cele sus menţionate solicită respingerea contestaţiei introduse de către contestatorul S.C. ...S.R.L. ca fiind neîntemeiată.

Urmare punctului de vedere al autorităţii contractante, precum și a studierii dosarului achiziției, petenta a transmis adresa nr. 9266/02.10.2018, înregistrate la Consiliu cu nr. 40328/03.10.2018, reprezentând concluzii scrise, prin care aduce următoarele precizări:

1. Referitor la obligaţia informării candidaţilor cu privire la situaţia propriei candidaturi, analiza textului art. 137 arată, fără dubiu, că aceasta este prioritară şi că cea referitoare la rezultatul procedurii - atribuire sau anularea - este subsidiară şi secundară primei.

Dacă nu îl informezi pe candidat asupra situaţiei propriei candidaturi şi asupra motivelor pentru care aceasta a fost respinsă, atunci îl privezi de dreptul de a cunoaşte, care derivă din obligaţia de a se asigura transparenţa procedurii, dar mai grav, îl privezi de dreptul de a ataca o respingere nelegală.

La fel în situaţia candidaturilor admise, acest lucru trebuie adus la cunoştinţa celor care le-au depus, dar şi a celor respinşi, în virtutea principiului transparenţei şi a aceluiaşi drept de a ataca o decizie nelegală.

Astfel, contestatoarea nu se consideră legal informată şi nu este de acord cu consideraţiile abuzive şi nelegale ale UM 0251.

Referitor la dreptul UM 0251 de a anula procedura, aceasta subliniază că a arătat pe larg, în contestaţie, că acesta a fost exercitat în mod nelegal şi abuziv, deoarece nu a fost menţionat în anunţul de participare.

De asemenea, UM 0251 nu are de unde să ştie că există şi alţi operatori economici care oferă aceste produse, din moment ce aceştia nu participă în aceste proceduri, iar cei care participă nu îndeplinesc cerinţele. Promovarea concurenţei, pe de altă parte, nu se face prin intervenţia autorităţilor contractante în favoarea anumitor operatori economici.

Contractele de muniţii neletale sunt contracte sensibile, având în vedere că trebuie să existe un grad mai mare de rigurozitate în producerea acestor muniţii decât în cazul celor letale, ceea ce face ca

numărul de operatori economici care să îndeplinească cerinţele de calificare şi selecţie este din start redus. Muniţiile letale trebuie să rănească sau să omoare, în timp ce cele neletale trebuie să stopeze o acţiune nelegală a unui cetăţean sau grup de cetăţeni prin crearea unui disconfort sporit care să determine renunţarea acestuia la acţiune, fară ca efectele mecanice sau chimice ale muniţiei să producă rănirea, îmbolnăvirea sau moartea cetăţenilor. A se vedea în acest sens dezbaterile publice legate de intervenţia Jandarmeriei din 10 august a.c.

Or, în ultimii 10 ani pe piaţa românească au acces la contracte de muniţii neletale doar 2 operatori economici: C.N. … S.A., care este o societate comercială a statului român, şi T….. Acordul-cadru 2015-2018 a fost atribuit de către … către ….. Din moment ce chiar firma statului român nu a fost calificată, cum se poate gândi UM 0251 că alţi operatori economici privaţi de genul celor care nu au derulat contracte de muniţii neletale se pot califica? Şi ce garanţie are că aceştia vor furniza produse care să îndeplinească cerinţele tehnice foarte stricte?

Astfel, petenta reiterează decizia nr. ...din 01.09.2016, unde se sancţionează acest pretins drept de opţiune al autorităţii contractante care se exercită în mod oportunistic doar după ce se cunoaşte cine este singurul candidat selectat:

„Dreptul de opţiune reglementat la art. 64 alin. (2) din OUG nr. 114/2011 trebuie adus la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi, ca regulă aplicabilă procedurii încă de la etapa de iniţiere, în cadru anunţului de participare conform art. 63 alin. (4) din Ordonanţă (pentru respectarea principiului transparenţei), drept care nu poate fi lăsat doar la latitudinea autorităţii contractante pentru a uza de el în finalul etapei de selecţie după bunul plac în funcţie de identitatea operatorului/operatorilor economici selectat/ţi”.

În concluzie, contestatoarea apreciază că dreptul de opţiune al UM 0251 a fost exercitat nelegal, în acest sens sprijinindu-se nu doar pe prevederile documentaţiei de atribuire sau ale deciziei ...din 01.09.2016, dar şi pe concluziile Curţii de Apel Bucureşti din decizia 5398/2016 din 11.11.2016.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

…., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație restrânsă, pe loturi, cu etapă finală de licitație electronică, privind încheierea acordului-cadru cu un singur operator economic, pe 4 ani, având ca obiect *„Achiziție de muniție neletală de ordine publică – 3 loturi: cartuș cal. 12 cu bile de cauciuc; cartuș cal. 38 mm cu efect iritant – fumigen - lacrimogen; grenadă de mână cu efect iritant - lacrimogen”.* În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. 183898/24.03.2018, valoarea estimată a procedurii fiind cuprinsă între 1.205.300 lei, fără TVA și 5.258.000 lei, fără TVA, data limită pentru depunerea candidaturilor în SEAP fiind stabilită la 07.05.2018, ora 16:00.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire a formulat contestație SC ...SRL, asupra căreia Consiliul s-a pronunțat prin Decizia ...în data 11.05.2018, în sensul admiterii acesteia și obligă

autorității contractante la modificarea documentației de atribuire cu privire la două dintre cerințele de calificare.

Printr-o nouă contestație, ce face obiectul prezentei cauze, SC ...SRL, contestă rezultatul procedurii de atribuire prin care formulează critici privind decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire, solicitând:

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

- emiterea unei comunicări privind rezultatul etapei I a procedurii;

- emiterea unui nou raport intermediar al procedurii, aferent etapei I, prin care să se continue procedura de atribuire cu candidaţii rămaşi selectați, în vederea atingerii scopului procedurii de atribuire, respectiv atribuirea contractului și executarea acestuia.

Luând în considerare intrarea în vigoare, începând cu data de 04.06.2018, a OUG nr. 45/2018, prin care Legea nr. 101/2016 a fost modificată prin introducerea art. 61¹ potrivit căruia *„**Pe c** formulate în condiţiile art. 8 sau art. 49, **sub s a c es t eia**, persoana care se consideră vătămată **t c au e** (...)”,* Consiliul va verifica, cu prioritate, dacă prevederea legală a fost respectată de către contestatoare.

În acest sens, Consiliul constată că prin adresa nr. 37553/2838-C4/14.09.2018 i-a solicitat contestatoarei prezentarea dovezii constituirii cauțiunii în cuantum de 46.152 lei, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. c), coroborat cu art. 61¹ alin. (2) din Legea nr. 101/2106, așa cum a fost completată și modificată de OUG nr. 45/2018.

Consiliul constată că prin contestația formulată SC ...SRL invocă faptul că în prezenta procedură de atribuire nu este obligatorie constituirea cauțiunii, întrucât această contestație nu se încadrează în condițiile prevăzute de Legea nr. 101/2016 modificată prin OUG nr. 45/2018, prezentând totodată argumente în acest sens.

Cu toate acestea, cu adresa nr. 9214/17.09.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 37925/18.09.2018, a fost depusă în original recipisa de consemnare nr. 204898809/2 din 17.09.2018 a sumei de 46.152,00 lei, emisă de CEC BANK Sucursala Victoriei, respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul constată că prin punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, este invocată excepția „nulității” contestației

pentru neconstituirea cauțiunii, excepție care va fi analizată cu precădere în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În soluționarea excepției, Consiliul constată că deși inițial contestatoarea a invocat faptul că nu este obligată la constituirea cauțiunii în prezenta procedură de atribuire, situație care a determinat autoritatea contractantă să invoce excepția în discuție, în perioada premergătoare soluționării contestației, SC ...SRL a înțeles să constituie cauțiunea, motiv pentru care excepția va fi respinsă.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că SC ...SRL critică decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire comunicată prin adresa nr. 191.201/03.09.2018 prin care i se aduce la cunoștință faptul că:

„În conformitatea cu prevederile art. 64 alin. (2) lit. a) și art. 181 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, având în vedere prevederile Secțiunii VI: INFORMAȚII SUPLIMENTARE, Cap. VI.3) ALTE INFORMAȚII, Notă – alin. 1) din cadrul Documentației pentru Elaborarea și Prezentarea Ofertei nr. 189.466 din 09.03.2018, raportat la faptul că, pentru cele trei loturi care fac obiectul prezentei proceduri, 1 (un) singur candidat îndeplinește criteriile de selecție, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire, prin licitație restrânsă a acordului-cadru având ca obiect achiziționarea de muniție (lot nr.1 - «Cartuș cal. 12 cu bile de cauciuc» - cod CPV 35331500-8, lot nr. 2 - «Cartuș cal. 38 mm cu efect iritant-fumigen-lacrimogen» - cod CPV 35331500-8 și lot 3 «Grenadă de mână cu efect iritant-lacrimogen» - cod CPV 35331300-3)”.

Cu privire la comunicarea menționată anterior, contestatoarea consideră că aceasta încalcă prevederile art. 137, 138 și art. 182 din OUG nr. 114/2011, motiv pentru care ar trebui anulată, în condițiile în care simpla motivare concretă a deciziei de anulare este invocarea prevederilor art. 64 din același act normativ iar acest text de lege cuprinde inclusiv opțiunea de continuare a procedurii de atribuire chiar cu un singur candidat selectat.

Contestatoarea invocă, de asemenea, faptul că decizia de anulare a procedurii de atribuire este nelegală, întrucât încalcă scopul și principiile achizițiilor publice, deoarece actul nu este motivat, fiind, astfel, lezat interesul public, prin neîncheierea contractului în termenele asumate de către autoritatea contractantă, cât și interesul societății sale de a încheia contractul.

Consiliul constată că potrivit textelor de lege invocate de către contestatoare, respectiv prevederile OUG nr. 114/2011, acestea stabilesc următoarele:

„Art. 137. - (1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a informa operatorii economici implicaţi în procedura de atribuire despre deciziile referitoare la rezultatul selecţiei, la rezultatul procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică sau de încheiere a acordului-cadru ori, după caz, la anularea procedurii de atribuire şi eventuala iniţiere ulterioară a unei noi proceduri, în scris şi cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la emiterea acestora. (…);

Art. 138. (…) (2) În cadrul comunicării prevăzute la art. 137 alin. (3), autoritatea contractantă are obligaţia de a informa ofertanţii/candidaţii care au fost respinşi sau a căror ofertă nu a fost declarată câştigătoare 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 şi/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerinţelor de funcţionare şi performanţă prevăzute în caietul de sarcini şi nici cerinţelor referitoare la securitatea informaţiilor şi la securitatea aprovizionării;

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

d) fiecărui operator economic dintre cei prevăzuţi la lit. a)-c), data-limită până la care au dreptul de a depune contestaţie, avându-se în vedere prevederile cap. III secţiunea 1 din Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare. (…)

Art. 182. - Autoritatea contractantă are obligaţia de a comunica în scris tuturor participanţilor la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile lucrătoare de la data anulării, atât încetarea obligaţiilor pe care aceştia şi le-au creat prin depunerea de oferte, cât şi motivul concret care a determinat decizia de anulare".

Analizând conținutul adresei de comunicarea a rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul constată că aceasta conține motivele concrete care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire, respectiv participarea unui număr mai mic de participanți decât cel stabilit în documentație. De altfel, contestatoarea critică pe larg, în conținutul contestației sale și în concluziile depuse, acest motiv, prin urmare, nu poate invoca nemotivarea deciziei autorității.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a informat contestatoarea cu privire la faptul că motivul concret și detaliat de anulare își are izvorul în prevederile documentației de atribuire, respectiv a anunțului de participare, prevederi cunoscute de către operatorii economici interesați, inclusiv a contestatoarei, încă de la data publicării în SEAP a anunțului de participarea nr. 183898/24.03.2018, potrivit cărora:

„IV.1.2.) Limitarea numărului de operatori economici invitați să prezinte oferte sau să participe

Număr minim preconizat: 3; număr maxim: 10

Sub rez. prev. art. 64 din OUG 114/2011, AC are dreptul: fie de a anula proced.; fie de a continua proced. cu alec/acei candidat candidați care îndepl. crit.".

În condițiile în care 1 (un) singur candidat îndeplinește criteriile de selecție, situație confirmată și de către contestator, autoritatea

contractantă are dreptul de a lua oricare dintre cele două decizii, respectiv fie de a anula procedura de atribuire, așa cum a procedat în prezenta procedură de atribuire, fie să continue procedura, situație în care nu poate fi invocată existența unor motive artificiale de anulare a procedurii.

Dacă era posibilă doar continuarea procedurii atunci prevederea fișei de date a achiziției citată nu ar mai avea niciun sens.

Referitor la conținutul anunțului de atribuire, contestatoarea susține că potrivit prevederilor art. 63 alin. (3) din OUG nr. 114/2011, autoritatea contractantă avea obligația de a indica în mod clar regulile aplicabile selecției, precum și de a stinge dreptul de opțiune conferit de art. 64 alin. (2) prin indicarea clară a ceea ce va face dacă numărul de candidați care îndeplinesc criteriile de selecție este mai mic decât cel minim impus cât și faptul că autoritatea contractantă nu a indicat în anunțul de participare numărul minim de candidați selectați, ci numărul de operatori economici invitați.

Referitor la susținerile contestatoarei potrivit cărora autoritatea contractantă nu a indicat în anunțul de participare numărul minim de candidați selectați, ci numărul de operatori economici invitați, Consiliul constată că interpretarea dată de SC ...SRL textului din fișa de date, respectiv cap. IV.1.2) - *„Limitarea numărului de operatori economici invitați să prezinte oferte sau să participe”,* este una secvențială, trunchiată, neținând seama de întregul conținut al cerinței respective.

Este adevărat că sistematic, clauza respectivă se referă la limitarea numărului de candidați, respectiv la situația în care numărul de candidați care îndeplinesc cerințele este mai mare de 10, dar conținutul ei este mai larg decât cel la care face referire contestatoarea, respectiv conține și prevederi referitoare numărul minim de candidați cu trimirtere expresă la textul de lege refertitor la posibiilitatea autorității de a opta între varianta continuării procedurii și varianta anulării: *„IV.1.2.) Limitarea numărului de operatori economici invitați să prezinte oferte sau să participe*

Număr
m
m

p ***3****; număr maxim: 10*

Sub r p art 64 d OUG 114/ AC a d f
d a a p f d a c p cu al c

În ceea ce privește obligațiile stipulate de art. 63 și 64 din OUG nr. 114/2011, Consiliul constată că acestea au fost respectate de către autoritatea contractantă la publicarea anunțului și a documentației de atribuire în SEAP, respectiv prevederile potrivit cărora:

„Art. 63. - (…) (3) Autoritatea contractantă are obligaţia de a indica în anunţul de participare criteriile de selecţie şi regulile aplicabile, numărul minim al candidaţilor pe care intenţionează să îi selecteze şi, dacă este cazul, numărul maxim al acestora.

Art. 64. - (1) ***Numărul***
p
a
rti

(2) În cazul în care numărul candidaţilor care îndeplinesc criteriile de selecţie este mai mic decât numărul minim indicat în anunţul de participare, autoritatea contractantă are dreptul:

*a) **fie de a anula procedura de licitaţie restrânsă**;*

b) fie de a continua procedura de licitaţie restrânsă numai cu acel/acei candidat/candidaţi care îndeplineşte/îndeplinesc criteriile solicitate".

Din analiza celor două texte de lege rezultă că, în aplicarea procedurii de atribuire de licitație restrânsă conform OUG nr. 114/2011, autoritatea contractantă avea două opțiuni în cazul în care numărul de candidați care îndeplinesc criteriile de selecție este mai mic decât numărul minim indicat în anunțul de participare respectiv, fie anularea procedurii de licitație restrânsă, fie continuarea acesteia numai cu acel/acei candidat/candidați care îndeplinește/îndeplinesc criteriile solicitate în cadrul anunțului de participare.

În cadrul prezentei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă a comunicat prin anunțul de participare publicat în SEAP faptul că în cazul în care nu este îndeplinită condiția *„Număr minim preconizat: 3; număr maxim: 10",* își rezervă dreptul de a opta pentru oricare dintre cele două căi prevăzute de art. 64 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 114/2011, respectiv și-a rezervat dreptul de a anula procedura de atribuire sau de a continua procedura de atribuire, drept care nu a fost cenzurat nici de către ANAP și nici prin formularea unei contestații cu critici legate de această prevedere, deci operatorii aveau cunoștință la data depunerii candidaturii de posibilitatea anulării procedurii în situația în care sunt selectați un număr mai mic de candidați decât numărul minim stabilit.

Faptul că autoritatea contractantă a luat decizia anulării procedurii de atribuire și nu cea de a o continua, nu poate fi considerată o decizie nelegală, luată cu încălcarea prevederilor documentației de atribuire, în speță a anunuțului de participare, și nici nu poate fi reținută susținerea contestatoarei referitoare la crearea de motive artificiale în vederea anulării procedurii, de vreme ce a făcut cunoscut participanților rezervarea dreptului de a opta după data depunerii și verificării candidaturilor, pentru oricare dintre cele două variante, anulare sau continuare a procedurii, în cazul în care numărul minim de candidați care îndeplinesc condițiile de calificare este mai mic de 3, așa cum a stabilit în cadrul documentației de atribuire.

De altfel, dreptul autorității contractante de a alege singură calea de urmat, în conformitate cu principiul asumării răspunderii, drept consacrat legislativ și prin documentația de atribuire, nu poate fi pus în discuție de contestatoare, instituția achizitoare fiind singura în măsură să își evalueze propriul său interes. Este clar că, în situația în care nu a fost, încă, depusă propunerea financiară, nu poate exista o competiție cu un singur candidat, competiția presupunând minimum 2 candidați. Expresiile denigratoare la adresa autorității folosite de contestatoare sunt lipsite de orice relevanță juridică în cauza de față, fiind clar că autoritatea nu își poate asuma riscul continuării procedurii cu un singur operator, mai cu seamă că acordul-cadru va fi încheiat pe 4 ani. Documentația de atribuire prevede organizarea unei runde de licitație electronică, or, în situația în

care la această procedură participă un singur operator, este lipsită de sens parcurgerea acestor etape, fiind improbabilă obținerea unui preț mai favorabil în urma licitației electronice, în condițiile în care nu există vreun concurent pentru contestatoare.

În acest context, Consiliul constată nefondate și susținerile contestatoarei potrivit cărora prin coroborarea prevederilor art. 2 și art. 175 cu cele ale art. 64 din OUG nr. 114/2011, s-ar deduce că prevalează ca forță juridică opțiunea de continuare a procedurii de atribuire, motivat de numărul redus de candidați care operează în acest domeniu. Este lipsit de relevanță că pe piața românească sunt doar doi ofertanți, așa cum susține contestatoarea, procedura fiind deschisă și pentru operatori din alte țări.

Dacă s-ar admite interpretarea data de contestatoare, înseamnă că dispozițiile legale referitoare la posibilitatea anulării procedurii in situația în care cerințele sunt îndeplinite de un număr mai mic de candidați decât cel minim stabilit, ar fi inutilă, or dispozițiile legale și orice documentații de atribuire se interpretează în sensul în care să producă efecte, și nu în sensul în care să nu aibă niciun efect, conform principiului „Actus interpretandus est potius ut valeat quam pereat", respectiv „Legea trebuie interpretată în sensul aplicării ei, iar nu în sensul neaplicării".

Față de împrejurarea că prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate decât cu privire la două dintre cerințele de calificare, aprecierea că nelegalitatea deciziei de anulare porneşte şi de la faptul că autoritatea contractantă a unificat cele 3 loturi, deşi prevederile anunţului de atribuire şi ale fişei de date prevăd faptul că participarea se poate face pe unul sau pe mai multe loturi, Consiliul o va respinge ca nefondată.

Contestatoarea apreciază că dreptul de a continua procedura de atribuire prevalează față de cel de a o anula, deoarece dreptului de a o continua i se adaugă și interesul de a o continua și situația obiectivă din docmeniul achizițiilor publice, apreciere care nu poate fi reținută de către Consiliu ca un argument în luarea unei decizii de obligare a autorității contractante de a continua procedura de atribuire întrucât decizia de a anula sau de a continua procedura de atribuire îi aparține în mod exclusiv, singura care își poate aprecia interesul sau nu în continuarea procedurii fiind, de asemenea, tot autoritatea contractantă. De altfel, practica invocată de contestatoare este irelevantă în cauză, decizia citată pe larg în conținutul contestației referindu-se la o altă documentație de atribuire, unde clauza referitoare la dreptul de a opta al autorității contractante este redactată diferit față de cea din prezenta cauză.

Consiliul va reține ca relevante și argumentele autorității contractante comunicate prin punctul de vedere depus la dosarul cauzei potrivit cărora o eventuală decizie de continuare a procedurii de atribuire, în condiţiile prevăzute de art. 64 alin. (2) lit a), autoritatea contractantă nu ar mai avea asigurat unul dintre scopurile OUG nr. 114/2011, cel prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. (a) *„promovarea concurenţei dintre operatorii economici"*.

Consiliul constată astfel că motivul de anulare a procedurii de atribuire a fost în mod clar și întemeiat adus la cunoștința contestatoarei, astfel din punct de vedere procedural adresa conține motivul concret de

anulare a procedurii de atribuire, prin urmare, criticile potrivit cărora adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire încalcă dispozițiile art. 137, art. 138 și art. 182 din OUG nr. 114/2011, decizia de anulare a procedurii de atribuire dovedindu-se, de asemenea, legală, fiind luată în conformitate cu prevederile stabilite și comunicate în SEAP, situație în care criticile formulate prin prezenta contestație se dovedesc a fi nefondate.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de SC ...SRL, motiv pentru care în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către aceasta.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția nulității contestației SC ...SRL, invocată de autoritatea contractantă.

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 părţi, 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 patru exemplare, conţine 15 (cincisprezece) pagini.