



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

I. Prin contestația nr. 7325/19.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31843/20.10.2016, formulată de către ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., cu sediul procedural ales la punctul de lucru din ..., reprezentată legal de administrator și director general Dinu Solojan, împotriva comunicării privind rezultatului etapei I - selectarea candidaților nr. A3/5915/26.09.2016, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație restrânsă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Ochelari de protecție balistică”, cod CPV 33735100-2 - Ochelari de protecție (Rev.2), se solicită următoarele:

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

- în principal, obligarea autorității contractante la adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului etapei I de calificare și selecție și a invitației de participare la etapa a II-a de ofertare adresate candidaților de naționalitate străină, a raportului intermediar al procedurii și a tuturor actelor subsecvente pentru partea corespunzătoare calificării, selectării și invitării cu oferta a candidaților de naționalitate străină;

- reevaluarea candidaturilor depuse de candidații de naționalitate străină, prin aplicarea strictă a prevederilor documentației de atribuire și a legislației aplicabile și, în consecință, respingerea candidaturilor candidaților de naționalitate străină ca neîndeplinind criteriile de calificare și selecție, așa cum au fost prevăzute în

documentația de atribuire, prin imposibilitatea acestora de a îndeplini contractul de furnizare în condițiile legislației achizițiilor publice, emiterea unui nou raport intermediar al procedurii aferent etapei I în care să fie înscrise în mod obiectiv modalitățile de îndeplinire a cerințelor de calificare și selecție prin prisma rolului acestora;

- accesul la dosarul format /depus la Consiliu și formularea de concluzii scrise, constituindu-se dosarul nr. .../2016.

II. Prin contestația nr. 7340/24.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32338/25.10.2016, formulată de aceiași ..., împotriva documentației de atribuire aferentă etapei a II-a a licitației restrânse și a răspunsului la clarificări - punctul/răspunsul nr. 3, emise de autoritatea contractantă ..., în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită următoarele:

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

- în principal, obligarea autorității contractante la adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

- anularea documentației de atribuire pentru etapa a II-a a procedurii, deoarece conține prevederi care încalcă principiile transparenței, tratamentului egal și nediscriminării prin prevederile D4, F5, precum și Modelele acord-cadru și contract subsecvent;

- emiterea unei noi documentații de atribuire care să nu creeze condiții favorizante de executare a contractului operatorilor economici străini implicați în procedura;

- stabilirea unei noi date de depunere a ofertelor;

- revocarea adresei nr. A3/6531 din 18.10.2016 privind răspunsurile la întrebările din solicitarea de clarificări, pentru punctul/răspunsul nr. 3;

- emiterea unui nou răspuns la întrebările din solicitarea de clarificări, pentru punctul/răspunsul nr. 3, din care să reiasă că operatorul economic invitat să depună oferta este singurul responsabil de toate formalitățile legate de elaborarea ofertei, în condițiile pe care le-a prezentat în candidatură, autoritatea contractanta neputând interveni în acest process, deoarece este ținută să respecte principiul tratamentului egal și al nediscriminării;

- în subsidiar și prin raportare la contestația care face obiectul dosarului nr. .../.../2016, se solicită reevaluarea candidaturilor depuse de candidații de naționalitate străină la etapa I și respingerea candidaturilor acestora dacă nu au făcut dovada îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, așa cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, respectiv dacă nu au făcut dovada că pot desfășura singuri toate operațiunile și formalitățile necesare derulării acestui contract, inclusiv cele ce fac obiectul OUG 158/1999;

- accesul la dosarul format/depus la Consiliu și formularea de concluzii scrise, constituindu-se dosarul nr. .../....

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexe pentru a se pronunța o

soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexând dosarele nr. .../2016 și nr. .../2016, contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31843/20.10.2016 și nr. 32338/25.10.2016 urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. .../2016.

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

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

I. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația nr. 7325/19.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31843/20.10.2016, formulată de către ..., prin care acesta critică adresa de comunicare a rezultatului etapei I - selectarea candidaților nr. A3/5915/26.09.2016.

Contestatorul arată că are un interes actual, personal și legitim în participarea la procedură, care este profund vătămat de actele autorității contractante, fiind unul dintre furnizorii principali de produse militare pentru instituțiile armate ale României, având o experiență de 12 ani în participarea la procedurile de achiziție de astfel de produse.

... menționează că a mai livrat către autoritatea contractantă diverse categorii de produse, fiind înregistrată la MAE - ANCEX pentru efectuarea de operațiuni de comerț exterior cu produse militare, existând, deci, premise reale pentru a câștiga și acest contract, dacă procedura se va derula în mod legal.

În opinia contestatorului, refuzul neîntemeiat al autorității contractante de a adopta măsuri de remediere ca urmare a notificării crează premisele unei concurențe viciate în această procedură, prin accesul la acesta al unor operatori economici care nu îndeplinesc criteriile de calificare și selecție.

Contestatorul precizează că, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea 101/2016, a transmis notificarea prealabilă nr. 7283/06.10.2016, la care autoritatea contractantă a răspuns, prin adresa nr. A3/6312/10.10.2016, în care a comunicat că nu va adopta măsurile de remediere solicitate.

În fapt, contestatorul arată că prin actul de comunicare a rezultatului etapei I a procedurii au fost selectați și invitați la etapa a II-a și candidații de naționalitate străină ...din ..., ...din ..., ...din ... și ... din

Contestatorul învederează că din procesul-verbal al ședinței de deschidere a candidaturilor rezultă ca acești candidați au depus candidatură individuală, situație în care prezumă că acești candidați nu sunt capabili să îndeplinească singuri contractul de furnizare, deoarece acesta necesita efectuarea anumitor operațiuni pe teritoriul României, pe care operatorii economici străini deveniți furnizori nu le pot efectua.

În opinia contestatorului, prin calificarea și selectarea acestor candidaturi, autoritatea contractantă a deviat substanțial rolul impunerii criteriilor de calificare și selecție, dând posibilitatea apelării la

subcontractanți sau asocieri ascunse sau chiar la cesiuni interzise ale obligațiilor contractuale, precum și la intervenția nepermisă a autorității contractante în derularea contractului de furnizare, prin evitarea declarării acestor aspecte în cadrul.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă a introdus, astfel, un tratament discriminatoriu pentru candidații români și favorizant pentru cei străini, care sunt dispensați de obligativitatea deținerii unor autorizări sau certificări speciale, necesare circulației produselor care fac obiectul contractelor, care sunt produse special concepute și realizate pentru scopuri militare și au regim special de circulație.

Contestatorul opinează că această situație reprezintă o instigare a autorității contractante la încălcarea prevederilor art. 179¹ din O.U.G. nr. 114/2011, prin cesionarea ascunsă a obligațiilor contractuale, fiind viciată concurența prin intervenția autorității contractante în favoarea candidaților străini.

Neadoptarea măsurilor de remediere echivalează, în opinia autorității contractante, cu încălcarea principiilor tratamentului egal și nediscriminării, cu favorizarea candidaților străini și cu o expunere evidentă a procedurii riscurilor de a fi contestată și de a se întârzia semnificativ încheierea contractelor.

În contestație se arată că situația de față este similară celei din procedura „Pistol cal 9 mm”, în care autoritatea contractantă a decis respingerea candidaturilor unor operatori economici străini ca urmare a notificării prealabile formulate de ... și a reevaluării candidaturilor depuse.

Invocând prevederile art. 154 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2011, contestatorul arată că criteriile de calificare au ca scop demonstrarea capacității fiecărui operator economic și trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul ce se va atribui, neputând fi invitați la etapa de ofertare candidații care nu au îndeplinit criteriile de calificare și selecție sau care nu au demonstrat îndeplinirea lor în condițiile impuse, conform art. 65 alin. (2) din O.U.G. nr. 114/2011.

În contestație se invocă, de asemenea, prevederile art. 175, art. 176 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2011 și art. 5 din O.U.G. nr. 158/199 și se specifică faptul că produsele care fac obiectul acordului-cadru sunt supuse unor standarde militare stricte, unele chiar clasificate, iar ochelarii fabricați în ... sunt controlați sub ITAR, nefiind permisă divulgarea buletinelor de testare fără licența specială obținută atât de autoritatea contractantă, cât și de către candidat.

Contestatorul susține că orice candidat, indiferent de naționalitate, trebuie să îndeplinească aceleași criterii de calificare și selecție privind capacitatea efectivă de a îndeplini contractul.

Se menționează că furnizarea efectivă a produselor către achizitor nu poate fi îndeplinită decât operatorul economic devenit contractant-furnizor, însă din documentele de calificare depuse candidații străini nu reiese cum, cine și în ce condiții va importa produsele, cine le va transporta, cine va asigura paza și securitatea transportului, alte aspecte inerente furnizării acestor produse, obținerea licențelor de import, cine va figura în EUC, iar autoritatea contractantă nu poate să intervină în sensul

preluării unor obligații contractuale care sunt în sarcina furnizorului, în sensul îndeplinirii/suplinirii de către autoritatea contractantă a acestor/anumitor operațiuni.

Referitor la depunerea unei candidaturi în asociere, cu subcontractanți sau cu terț susținător, contestatorul învederează că deținerea autorizațiilor impuse de legile speciale trebuie demonstrată de fiecare candidat asociat și de către candidat și subcontractanți, autorizația nefiind transmisibilă sau echivalabilă și nu se poate susține lipsa acesteia.

Contestatorul menționează că, prin depunerea unei candidaturi individuale, operatorii economici străini s-au angajat că vor efectua singuri, fără ajutorul altor entități, furnizarea acestor produse la locul indicat de autoritatea contractantă și că vor îndeplini și alte obligații legate de acceptanța produselor, niciuna dintre aceste obligații neputând fi cesionată, conform prevederilor legale.

Contestatorul susține că în procesul de evaluare a candidaturilor, autoritatea contractantă trebuia să se asigure că a fost îndeplinit rolul imperativ al criteriilor de calificare și selecție, respectiv să analizeze în mod eficient dacă orice candidat străin a declarat fără echivoc modul în care va efectua toate operațiunile și formalitățile în legătură cu executarea contractului sau dacă a nominalizat în candidatură orice alt operator economic care va interveni în contract, indicind partea concretă de contract pe care o va îndeplini și calitatea acestuia, dacă este cazul.

În acest sens, se invocă prevederile art. 179¹ din O.U.G. nr. 114/2011, Decizia C.N.S.C. nr. 1982/221/C9/2183 din 01.07.2014.

De asemenea, se invocă prevederile art. 57 (ex-art. 50 TCE), art. 61 (ex-art. 54 TCE), art. 49 (ex-art. 43 TCE) și se susține că actele autorității contractante au permis calificarea și selectarea unor candidați care nu dețin și nici nu pot demonstra capacitatea efectivă de a îndeplini contractul.

În contestație se concluzionează că actualele acte ale autorității contractante discriminează operatorii economici români și favorizează pe cei străini, având în vedere că demonstrarea capacității de îndeplinire a contractului trebuie făcută la data de depunere a candidaturilor și în condițiile legilor române, din moment ce contractul se derulează pe teritoriul României.

Se subliniază că un furnizor care nu efectuează efectiv operațiunile în legătură cu furnizarea produselor nu va putea factura produsele, iar un terț neparte în contract nu va putea fi plătit de autoritatea contractantă.

Se învederează că implicarea autorității contractante în derularea contractului crează facilități financiare operatorilor economici străini, care se vor reflecta în prețul produselor, fiind influențat chiar rezultatul procedurii.

În drept, sunt invocate prevederile O.U.G. nr. 114/2011, Legii nr. 295/2004 și Legii nr. 101/2016.

În probațiune au fost depuse, în copie, o serie de înscrisuri.

Constatând că această contestație nu îndeplinește condițiile de formă, prevăzute la art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat ... să completeze contestația cu motivele de fapt și de drept,

respectiv să precizeze în mod concret numele candidaților de naționalitate străină la care face referire și criteriile de calificare și selecție neîndeplinite de fiecare dintre aceștia.

Cu adresa nr. 7348/36.10.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 32739/27.10.2016, ... a răspuns solicitării Consiliului, precizând că motivele în fapt și în drept sunt cele prezentate în contestație, în care sunt prezentate și numele candidaților de naționalitate străină la care facem referire, respectiv: ...din ..., ...din ..., ...din ... și ... din ..., așa cum au fost menționați în actul atacat, comunicarea privind rezultatul etapei I - selectarea candidaților nr. A3/5915 din 26.09.2016.

Contestatorul arată că, în conformitate cu documentația aferentă etapei I a procedurii, candidații trebuie să îndeplinească criteriile de calificare și de selecție, printre care și acela de a fi autorizat pe teritoriul României, conform O.U.G. nr. 158/1999, având în vedere că obiectul contractului îl reprezintă produse militare supuse regimului de control.

De asemenea, contestatorul invocă răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări din data de 22.08.2016, respectiv:

„În cazul în care produsele/subansamble ale produselor furnizate de ofertantul declarant câștigător al licitației au producător extern, atunci furnizorul va respecta prevederile O.U.G. nr. 158/1999 privind regimul de control al exporturilor, importurilor și altor operațiuni cu produse militare, întocmind documentele necesare aprobării licențelor de export/import aferente.”

Se arată că aceste produse militare au un regim special în fiecare țară, și, drept urmare, dacă acești candidați străini nu au depus candidatura în asociere și nu au declarat subcontractanți nu au cum să îndeplinească procedura prevăzută de O.U.G. nr. 158/1999 pentru produsele ce fac obiectul contractului, astfel că nu au capacitatea de a derula și finaliza contractul, care presupune pe lângă exportul/importul produselor conform O.U.G. nr. 158/1999 și alte operațiuni (transport autorizat, testare de acceptanță în România, etc.).

Contestatorul subliniază că întocmirea „documentelor necesare aprobării licențelor de export/import aferente” nu se poate face decât de persoane înregistrate la ANCEX, adică autorizate să desfășoare operațiuni de comerț exterior cu produse militare, iar demonstrarea îndeplinirii acestei cerințe se face la data-limită de depunere a candidaturilor

În acest sens, se invocă decizia Consiliului nr. 1982/221C9/2183 din 01.07.2014.

Referitor la criteriile de selecție pentru etapa a II-a, contestatorul invocă prevederile Secțiunii VI pct VI.3) din anunțul de participare, conform cărora: „Evaluarea candidaturilor/ofertelor se realizează conform metodologiei de evaluare publicată în SEAP”, precum și prevederile art. 6 pct. (4) din această metodologie, și susține că în etapa a II/-a a procedurii nu puteau fi calificați și selectați candidații străini enunțați în comunicare, deoarece nu îndeplinesc condițiile stabilite prin documentația de atribuire.

În opinia contestatorului, calificarea oricărui candidat în orice condiții nu asigură o concurență reală, ci afectează grav concurența,

deoarece, desconsiderând criteriile de calificare și selecție ale etapei I, candidații selectați nu sunt pe picior de egalitate în etapa a II-a, existând astfel un tratament discriminatoriu pentru candidații români și favorizant pentru cei străini.

În plus, contestatorul evidențiază riscul autorității contractante de a atribui un contract unui operator economic care nu are capacitatea de a-l îndeplini, încălcându-se astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, în condițiile în care nu este permisă modificarea ulterioară a condițiilor de executare a contractului, respectiv de modificare a structurii participării la procedură ulterior datei-limită de depunere a candidaturilor, prin modificarea unei candidaturi individuale în una în asociere sau cu subcontractanți ori intervenția autorității contractante în sprijinul operatorului economic pentru derularea contractului.

În drept, se invocă prevederile documentației de atribuire, O.U.G. nr. 114/2011, Legii nr. 101/2016, O.U.G. nr. 158/1999.

Pentru toate aceste considerente, ... solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În probațiune au fost depuse, în copie, o serie de înscrisuri.

Cu adresa nr. A316785/27.10.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 32829/28.10.2016, ... a formulat, în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, punctul său de vedere asupra contestației nr. 7325/19.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31843/20.10.2016, depusă de către ..., în care arată că în cadrul acestei proceduri au fost declarați calificați și selectați următorii 12 candidați: ..., ..., ... - ..., ... - ..., ..., ..., ... - ..., ..., ..., ... - ..., ... și
-

Cu privire la susținerea contestatorului, conform căreia candidații de naționalitate străină nu îndeplinesc criteriile de calificare și selecție prevăzute în documentația de atribuire, autoritatea contractantă susține că a selectat candidații în baza criteriilor de selecție prevăzute la cap. III.2.1 – III.2.3 din documentația de atribuire, respectiv:

„III. 2.1) Situația personală a operatorilor economici

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

1. Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 155 din O.U.G. nr. 114/2011, Formular nr. 3;
2. Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 156 din O.U.G. nr. 114/2011, Formular nr. 4;
3. Certificate constatatoare privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată a impozitelor și taxelor către stat, inclusiv cele locale, precum și a contribuției pentru asigurările sociale de stat, pentru candidații străini astfel:

- Documente edificatoare pentru demonstrarea faptului că și-au îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor către bugetul de stat și bugetul local (certificate, caziere fiscale sau alte documente echivalente), eliberate de autorități competente, în conformitate cu legislația națională a țării de origine sau a țării în care

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

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

4. Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 150 din O.U.G nr. 114/2011 - Formular nr. 5;

5. Declarație privind calitatea de participant la procedură - Formular nr. 6.

6. Certificat de participare la procedură cu ofertă independentă, conform art. 147 alin. (2) din O.U.G. nr. 114/2011: - Formular nr. 7.

III. 2.1.b): Capacitatea de exercitare a activității profesionale

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

Documente solicitate, persoane juridice străine:

- documente edificatoare care să dovedească o formă de înregistrare ca persoană juridică sau de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile legale din țara în care operatorul economic este rezident.

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

111.2.2): Capacitatea economică și financiară

Cerința minimă de calificare: media cifrei de afaceri anuală, pe ultimii trei ani financiari încheiați, respectiv 2013, 2014, 2015, trebuie să fie de minim: 6.370.140,00 lei

Candidații din categoria IMM beneficiază de reduceri cu 50% pt. criteriul legat de cifra de afaceri. În cazul unei asocieri, pentru a beneficia de această reducere, toți membrii asociației trebuie să se încadreze în categoria IMM. Documente solicitate:

1. Declarație privind cifra de afaceri (Secțiunea Formulare Etapa I-a - Formular nr. 9), care cuprinde tabelul cu cifrele de afaceri anuale și media cifrei de afaceri anuale pe ultimii 3 ani.

2. Bilanțurile contabile pentru ultimii doi ani financiari încheiați (2014 și 2015) vizate și înregistrate de organele competente sau orice alte documente legale edificatoare prin care candidatul poate dovedi capacitatea economico - financiară cum ar fi: rapoartele anuale, scrisori de bonitate din partea băncilor sau a unor societăți recunoscute de audit financiar și contabil etc.

3. Declarația pe proprie răspundere privind încadrarea în categoria întreprinderilor mici și mijlocii, dacă este cazul.

III.2.3. b.) Standarde de asigurare a calității

Cerința de calificare: Candidații trebuie să aibă implementat un sistem de management al calității, în conformitate cu standardul ISO-

9001 sau echivalent, pentru activitatea proprie de producție/comercializare. Documente solicitate:

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

Autoritatea contractantă prezintă modul de îndeplinire a criteriilor de selecție de către candidații de stabilite de documentația de atribuire:

Astfel, autoritatea contractantă arată că în conformitate cu anexa nr. 5 la procesul-verbal de analiză a scrisorilor de interes și a documentelor de calificare depuse în cadrul procedurii nr. A3/5584/13.09.2016 și a raportului intermediar al procedurii etapa 1 - selectarea candidaților nr. A3/5841 din 21.09.2016, candidatul S.C. ...- ... a depus Certificatul de înregistrare seria MD nr. 0024137/22.03.2005, emis de Camera înregistrării de stat și Extrasul din Registrul de stat al persoanelor juridice nr. 15423/ 08.08.2016 din care reiese ca activitate principală comerțul cu ridicata pe bază de tarife sau contracte (cod CAEN 4690 conform formular nr. 9). Se menționează că S.C. ...are filială în România.

În punctul de vedere se menționează că, în conformitate cu anexa nr. 4 la procesul-verbal nr. A3/5584/13.09.2016 și a raportului intermediar al procedurii nr. A3/5841 din 21.09.2016, candidatul ... - ... a depus Declarație privind autorizația de funcționare, din care reiese că este producător de ochelari balistici având codul de înregistrare M19636 din ... (detalii pe site-ul Departamentului de Comerț al ... www.bis.doc.gov). Se precizează că acest candidat a mai depus următoarele documente: Certificat de înregistrare nr. 3644/30.06.2004, emis de Departamentul pentru persoane juridice, Certificat de modificare din 24.10.2010 a certificatului de înregistrare, Declarație din 23.03.2016 privind calitatea firmei de membru al Camerei de comerț, documente care sunt însoțite de traduceri autorizate în limba română.

Referitor la candidatul ... - ..., autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu anexa nr. 8 la procesul-verbal nr. A3/5584/13.09.2016 și a raportului intermediar al procedurii nr. A3/5841 din 21.09.2016, acest candidat a depus Certificatul constatator nr. T 210637205/21.04.2016, emis de Camera de comerț, industrie, artizanat și agricultură ..., din care reiese ca activitate principală: cod 46.9 - vânzare en-gro/cu ridicata nespecificată și activități secundare: cod 25.4 - fabricare de arme și muniții și cod 46.69 - vânzare angro/cu ridicata de mașinării și echipament, cod 47.78 - alte vânzări la bucată de bunuri noi în locații specializate (însoțit de traducere autorizată în limba română). Se specifică faptul că ... este și producător de ochelari de protecție balistică, așa cum rezultă din formularul nr. 13 transmis cu ocazia solicitărilor de clasificări ale autorității contractante.

În ceea ce privește candidatul - ..., autoritatea contractantă menționează că, în conformitate cu anexa nr. 13 la procesul-verbal nr. A3/5584/13.09.2016 și a raportului intermediar nr. A3/5841 din 21.09.2016, acest candidat a depus, însoțit de traduceri autorizate în limba română, Certificatul constatator nr. U 19202 UP 2001 PTC 026027 din 04.05.2001 privind înregistrarea firmei ca societate cu răspundere limitată conform legislației din ..., Certificatul de înmatriculare actualizat pentru denumirea nr. 2026027/1546/28.07.2005 și actul constitutiv din care reiese că firma are în activitate producție, import, finisare, distribuție, dealer, stocuri, comerț, agent de comisionare pentru toate tipurile de ochelari, dispozitive de vedere pe timp de noapte, optică, binocluri, piese și accesorii și diverse alte echipamente.

Referitor la susținerea contestatorului privind faptul că autoritatea contractantă a permis calificarea și selectarea unor candidați care nu pot demonstra capacitatea lor efectivă de a îndeplini contractul întrucât nu dețin autorizații/nu sunt înregistrați pentru comercializarea produselor, autoritatea contractantă precizează că în cadrul anunțului de participare nu a fost inclusă această cerință, iar criteriile de selecție au fost prevăzute în documentația de atribuire, publicată în SEAP în data de 28.07.2016, care un au fost contestate de către ...

În opinia autorității contractante, raportat la data publicării anunțului de participare, respectiv 28.07.2016, și la prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, o solicitare pentru remedierea unei pretense încălcări a legislației în anunțul de participare este indamisibilă.

Autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 3 alin. (1) și alin. (2), art. 10 din O.U.G. nr. 158/1999 și art. 44 din Legea nr. 31/1990 - Legea societăților, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și precizează că operatorii economici străini pot importa în România produsele care fac obiectul procedurii de atribuire, fie prin intermediul persoanelor fizice sau juridice înregistrate deja la ANCEX fie își deschid filiale în România și se înregistrează la ANCEX.

Întrucât un operator economic care are calitatea de ofertant sau candidat la procedură se poate înregistra sau apela la intermediari pentru efectuarea importului și după ce acesta va fi desemnat câștigător, autoritatea contractantă a apreciat, în virtutea principiului asumării răspunderii, că nu este necesară introducerea, nici în cadrul criteriilor de selecție și nici în cadrul celor de calificare, a obligației privind deținerea unei autorizații/înregistrări pentru comercializarea produselor, întrucât, pe de o parte, s-ar restrânge concurența, și, pe de altă parte, cerința nu este proporțională cu necesitatea autorității contractante.

Referitor la cesiunea ulterioară a contractului, autoritatea contractantă precizează că în conținutul documentației de atribuire și în raportul intermediar nu este menționat faptul că autoritatea contractantă va cesiona obligațiile asumate în contractul de achiziție publică ce se va încheia.

Referitor la critica privind faptul că nu s-a demonstrat de către candidații străini numele operatorilor economici și condițiile în care se vor importa produsele care fac obiectul contractului, autoritatea contractantă menționează că în cadrul documentației - etapa I nu a fost prevăzută

obligatia îndeplinirii acestui criteriu de selecție, iar critica este tardivă. Se subliniază că în cadrul documentației de atribuire - etapa a II-a, pct. VIII din caietul de sarcini și art. 14.2 din proiectul de contract subsecvent (secțiunea IV a documentației - clauze contractuale obligatorii) s-a specificat faptul că livrarea se realizează în condiția DDP sediul beneficiarului/beneficiarilor din București. Autoritatea contractantă precizează că nu va prelua nicio obligație a furnizorului, condiția de livrare DDP conform INCOTERMS 2010, stipulând în sarcina acestuia plata tuturor taxelor, asumarea riscurilor asociate și ducerea mărfii la destinație.

Autoritatea contractantă susține că criteriile de selecție prevăzute în anunțul de participare au fost respectate întocmai de candidații selectați.

Autoritatea contractantă apreciază că procedura de atribuire s-a desfășurat în mod legal, cu respectarea actelor normative enumerate în fișa de date a achiziției, astfel încât afirmațiile contestatorului sunt cel puțin tendențioase și neîntemeiate.

În punctul de vedere se subliniază că remarca privind faptul că este înregistrat la MAE-ANCEX pentru efectuarea operațiunilor de import este irelevantă în această speță, deoarece în aceeași situație sunt foarte mulți operatori economici, iar numai acest fapt nu garantează nici câștigarea unei licitații, nici seriozitatea operatorilor economici și livrarea în condiții optime a unor produse de acest tip.

În opinia autorității contractante, interesul contestatorului este de a rămâne singur în procedură, prin respingerea candidaturilor celorlalți operatori economici. Autoritatea contractantă învederează că acțiunea de respingere a notificării formulate de contestator se circumscrie interesului autorității contractante de a respecta legislația din domeniul achizițiilor publice, prevederile documentației de atribuire, precum și de a se asigura o competiție reală între operatorii economici, în scopul utilizării eficiente a fondurilor publice, iar acțiunile întreprinse creează premisele unei concurențe reale, prin aplicarea principiilor care stau la baza achizițiilor publice.

Față de numărul mare de notificări prealabile și de contestații adresate atât ..., cât și altor autorități contractante, autoritatea contractantă consideră că ... acționează cu rea-credință, cu intenția vădită de a împiedica derularea în mod natural a procedurilor de achiziție.

Față de cele din punctul de vedere, ... solicită respingerea, ca tardivă și nefondată, a contestației nr. 7325/19.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31843/20.10.2016, formulată de către ...

II. Prin contestația nr. 7340/24.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32338/25.10.2016, formulată de aceiași ..., împotriva documentației de atribuire aferentă etapei a II-a a licitației restrânse și a răspunsului la clarificări - punctul/răspunsul nr. 3, emise de autoritatea contractantă ..., în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită următoarele:

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

- în principal, obligarea autorității contractante la adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

- anularea documentației de atribuire pentru etapa a II-a a procedurii, deoarece conține prevederi care încalcă principiile transparenței, tratamentului egal și nediscriminării prin prevederile D4, F5, precum și Modelele acord-cadru și contract subsecvent;

- emiterea unei noi documentații de atribuire care să nu creeze condiții favorizante de executare a contractului operatorilor economici străini implicați în procedura;

- stabilirea unei noi date de depunere a ofertelor;

- revocarea adresei nr. A3/6531 din 18.10.2016 privind răspunsurile la întrebările din solicitarea de clarificări, pentru punctul/răspunsul nr. 3;

- emiterea unui nou răspuns la întrebările din solicitarea de clarificări, pentru punctul/răspunsul nr. 3, din care să reiasă că operatorul economic invitat să depună oferta este singurul responsabil de toate formalitățile legate de elaborarea ofertei, în condițiile pe care le-a prezentat în candidatură, autoritatea contractanta neputând interveni în acest process, deoarece este ținută să respecte principiul tratamentului egal și al nediscriminării;

- în subsidiar și prin raportare la contestația care face obiectul dosarului nr. .../.../2016, se solicită reevaluarea candidaturilor depuse de candidații de naționalitate străină la etapa I și respingerea candidaturilor acestora dacă nu au făcut dovada îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, așa cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, respectiv dacă nu au făcut dovada că pot desfășura singuri toate operațiunile și formalitățile necesare derulării acestui contract, inclusiv cele ce fac obiectul OUG 158/1999;

- accesul la dosarul format/depus la Consiliu și formularea de concluzii scrise.

În ceea ce privește documentația de atribuire pentru etapa a II-a, contestatorul arată că aceasta i-a fost transmisă de către autoritatea contractanta la data de 04.10.2016.

În opinia contestatorului prevederea D4 din această documentație de atribuire este profund nelegală, creând o discriminare între operatorii economici români și cei străini, în favoarea celor străini.

Contestatorul opinează că autoritatea contractantă a decis să încalce în mod deliberat prevederile O.U.G. nr. 114/2011 și a introdus prevederea nelegală de la pct. D4 din documentația de atribuire aferentă etapei a II-a, prin care introduce ca parte în contract ...

... susține că ... are rolul de a prelua de la eventualul ofertant străin declarat câștigător al contractului cele mai importante obligații contractuale: obținerea licențelor de import și efectuarea formalităților aferente importului produselor, depozitarea acestora, transportul la locul de livrare, altele asemănătoare.

Se subliniază că una dintre cele mai importante facilități acordate străinilor este aceea că ... poate plăti în valută și prin acreditiv documentar irevocabil (ceea ce crează posibilitatea prelungirii unei livrări în anul financiar următor), facilități care se vor reflecta în prețul

produsului, care va fi mai mic pentru operatorii economici străini, având în vedere că achizitorul va suporta o parte din aceste costuri, deși acestea trebuie să aparțină furnizorului.

În contestație se susține că implicarea acestei entități în contract nu a fost stabilită și comunicată în mod legal, adică transparent și de la momentul inițierii procedurii, tuturor operatorilor economici interesați, prin intermediul anunțului de participare și a documentației de atribuire aferente acestuia (în etapa I).

În opinia contestatorului, prin faptul că a selectat în mod nelegal aceste candidaturi și prin adoptarea măsurii de implicare a unei alte entități în procedură, autoritatea contractanta a deviat substanțial de la rolul impunerii criteriilor de calificare și selecție ale etapei I, dând posibilitatea apelării la subcontractanți sau asocieri ascunse sau chiar la cesiuni interzise ale obligațiilor contractuale, precum și la intervenția nepermisă a autorității contractante în derularea contractului de furnizare, prin evitarea declarării acestor aspecte în cadrul candidaturilor până la data-limită de depunere a acestora.

Contestatorul învederează că autoritatea contractantă permite, după data-limită de depunere a candidaturilor, modificarea structurii participării la procedură, prin modificarea caracterului candidaturii, creând premisele modificării unei candidaturi individuale în candidatură cu asociați sau subcontractanți nedeclarați inițial.

Contestatorul critică faptul că autoritatea contractantă a dispensat candidații străini de obligativitatea deținerii și demonstrării deținerii unor autorizări sau certificări speciale, în lipsa cărora candidații individuali nu pot îndeplini contractul.

În contestație se subliniază că, prin această conduită a autorității contractante nu este atins scopul criteriilor de calificare și selecție din etapa I, acela de a demonstra capacitatea efectivă a candidaților de a îndeplini contractul în condițiile impuse de autoritatea contractantă, rămânând descoperite anumite formalități ce trebuie îndeplinite pe teritoriul României de către un operator economic străin, fără a fi necesară implicarea efectivă a autorității contractante sau a altor entități necunoscute/nedeclarate la momentul datei limita de depunere a candidaturilor, fiind, astfel, viciată concurența din această procedură.

... susține că prevederile documentației etapei a II-a modifică substanțial condițiile și criteriile de calificare și selecție stabilite în prima etapă, cât și părțile contractuale anunțate.

În acest sens, contestatorul arată că prin prevederile de la pct. D4 se introduce posibilitatea ca pentru ofertanții străini să se permită modificarea unor clauze din contracte, fără să se precizeze care sunt acestea, ca urmare a faptului ca aceștia vor încheia contractul cu ..., entitate ce va veni cu propriul model de contract și condiții proprii de finalizare a acestuia, aspecte care nu au fost cunoscute din prima etapă și nici nu au fost cuprinse în mod explicit în cadrul documentației pentru etapa a II-a.

În opinia contestatorului, prin intervenția ..., care va prelua o parte din obligațiile ofertantului declarant câștigător, se modifică situația și criteriile prezentate și cunoscute candidaților în etapa I.

Contestatorul învederează că rolul criteriilor de calificare și selecție din etapa I este de a demonstra capacitatea efectivă a candidaților de a îndeplini contractul, în conformitate cu prevederile art. 154 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2011, în condițiile stabilite în documentația de atribuire.

Având în vedere natura contractului, respectiv de furnizare a unor produse militare, definite în conformitate cu prevederile art. 5 din O.U.G. nr. 158/1999, care au regim special de circulație și de comercializare, în contestație se opinează că autoritatea contractantă trebuia să se asigure la finalul etapei I că fiecare candidat selectat are capacitatea concretă de a îndeplini contractul ce se va atribui și nu de a declara calificate toate candidaturile în prima etapă a procedurii, de a desconsidera notificarea nr. 7283/06.10.2016, iar în etapa a II-a a venit în sprijinul ofertanților străini și introdus în mod nepermis entitatea ... pentru a efectua o parte din obligațiile pe care ofertanții străini nu le pot îndeplini.

Contestatorul subliniază că orice candidat, indiferent de naționalitate, trebuie să beneficieze de aceleași condiții de îndeplinire a contractului și trebuie să îndeplinească aceleași criterii de calificare și selecție și capacitatea efectivă de a îndeplini contractul în aceleași condiții egale pentru toți participanții.

Contestatorul învederează că un contract de achiziție publică nu poate fi încheiat decât cu autoritatea contractantă care a inițiat procedura de atribuire, iar faptul că autoritatea contractantă avea intenția de a introduce în procedură o entitate terță care să preia din obligațiile ofertantului devenit furnizor trebuia adusă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați prin anunțul de participare, având în vedere că modul de participare la procedură depinde de aceste informații.

În contestație se arată că în situația în care informația de la pct. D4 era publicată în anunțul de participare, aceasta ar fi influențat modul de participare și de prezentare a candidaturii: individuală, în asociere sau cu subcontractanți, iar publicarea acestei informații în etapa actuală a procedurii de atribuire va influența în mod decisiv modul de elaborare a ofertei și costurile implicate, inclusiv prețul produsului oferat.

Contestatorul susține că pct. D4 conține și imprecizii care generează incertitudini cu privire la ce clauze contractuale se pot accepta, creând și suspiciunea că se vor putea accepta unele clauze în mod diferentiat, „în funcție de simpatiile autorității contractante, iar sintagma „vor fi modificate în mod corespunzător” este vagă.

Contestatorul presupune că nu s-a demonstrat de către candidații străini cum, cine și în ce condiții va importa produsele, cine le va transporta, cine va asigura paza și securitatea transportului, alte aspecte inerente furnizării acestor produse, obținerea licențelor de import, cine va figura în EUC, cine va presta testările în România solicitate pentru acceptanța produselor, etc. Se susține în contestație că autoritatea contractantă nu poate să intervină și să preia unele obligații contractuale care sunt în sarcina furnizorului, în sensul îndeplinirii/suplinirii de către aceasta a anumitor operațiuni.

Contestatorul invocă prevederile art. 179¹ din O.U.G. nr. 114/2016, conform cărora obligațiile contractuale nu se pot cesiona și nu se pot

schimba părțile originare declarate la data-limită a deschiderii candidaturilor.

Contestatorul critică și răspunsul la întrebarea nr. 3 din adresa autorității contractante nr. A3/6531 din 18.10.2016, despre care susține că încalcă prevederile documentației de atribuire și intervine în favoarea unui candidat selectat pentru a-l ajuta să-și elaboreze propunerea tehnică, respectiv pentru efectuarea anumitor operațiuni supuse controlului ANCEX, conform O.U.G. nr. 158/1999, atât la momentul elaborării ofertelor, cât și la momentul livrării.

Contestatorul susține că acest răspuns contravine prevederilor documentației de atribuire, candidatul fiind singurul responsabil de întocmirea ofertei, iar la momentul depunerii candidaturii pentru etapa I acesta trebuia să facă dovada că poate îndeplini singur, deci fără ajutorul autorității contractante, toate operațiunile și formalitățile necesare prezentării ofertei și, ulterior, derulării contractului de achiziție publică.

În opinia contestatorului, candidatul este singurul responsabil de obținerea și prezentarea documentelor solicitate pentru etapa a II-a a procedurii, iar autoritatea contractantă nu are niciun drept legal de a interveni în acest proces și, drept urmare, răspunsul prin care autoritatea contractantă confirmă semnarea End User Certificate (Certificat de Utilizare Finală, EUC) pentru rapoartele de testare și primirea acestora, altfel decât s-a stabilit prin documentația de atribuire, este unul nelegal.

Se învederează că, fiind controlate ITAR, modalitatea de transmitere a acestor documente la care face referire candidatul (rapoarte oficiale de testare care demonstrează conformitatea lentilei laser cu cerințele) nu va mai respecta instrucțiunile de la pct. B2 din documentația de atribuire, instrucțiuni obligatorii pentru toți candidații selectați.

Se subliniază că, în aceste condiții, candidatul/ofertantul care a transmis solicitarea neavând acces la aceste documente nu le va putea include și transmite odata cu oferta sa, ci aceste documente se vor transmite separat de ofertă prin terți, în alte condiții decât cele impuse pentru ceilalți candidați și la o dată care nu va putea fi controlată și cunoscută în mod transparent tuturor participanților, în raport de data-limită de depunere a candidaturilor.

Întrucât această modalitate de depunere a documentelor parte a propunerii tehnice nu a fost prevăzută prin documentația de atribuire, contestatorul opinează că autoritatea contractantă avea obligația de a preveni și evita această situație încă de la etapa I sau în urma primei notificări transmise de ... Se subliniază că documentele controlate ITAR nu pot face obiectul unei cai de atac eficiente, întrucât informațiile acestora necesită o licență specială, pe care, potrivit Legii nr. 101/2016, Consiliul nu are posibilitatea de a o obține, doar autoritatea contractantă având acces la conținutul documentelor respective, pe care nu le va putea include în dosarul procedurii, drept urmare nici în raportul procedurii.

Contestatorul subliniază că este importator de peste 20 de ani de produse fabricate în ... și Regatul Unit, controlate ITAR sau EAR, cunoaște foarte bine etapele acestei proceduri și dacă ar fi știut de la început că autoritatea contractantă va acționa ca un asociat sau

subcontractant al anumitor candidați, ar fi ales să ofere un produs controlat ITAR, deoarece efortul pentru pregătirea ofertei ar fi fost mai mic și costurile mai reduse.

Contestatorul concluzionează că, pe lângă încălcarea documentației de atribuire, este grav afectată și concurența, prin discriminarea candidaților romani prin favorizarea celor străini, iar implicarea autorității contractante în derularea contractului crează facilități financiare candidaților străini, acestea reflectându-se în prețul produselor, fiind influențai însuși rezultatul procedurii.

Pentru aceste motive, solicitam admiterea contestației așa cum a fost formulată. În drept,

Documentația de atribuire, OUG 114/2011, Legea 101/2016. Depunem următoarele documente în probă:

- Notificarea prealabilă nr. 7301 din 13.10.2016;
- Răspuns nr. A3/6503 din 17.10.2016 la notificarea prealabilă nr. 7301 din 13.10.2016;
- Notificarea prealabilă nr. 7323 din 19.10.2016;
- Răspuns nr. A3/6657 din 21.10.2016 la notificarea prealabilă nr. 7323 din 19.10.2016;
- Invitația de participare și Documentația de atribuire aferente etapei a II-a; Răspunsul la clarificări transmis prin adresă nr. A3/6531 din 18.10.2016.

Cu adresa nr. A3/6928/02.11.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 33337/02.11.2016, ... a formulat punctul său de vedere la contestația nr. 7340/24.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32338/25.10.2016, depusă de ..., în care, în ceea ce privește documentația de atribuire pentru etapa a II-a arată, referitor la implicarea COMPANIEI NAȚIONALE ...S.A. în derularea acordului-cadru și contractelor subsecvente că la punctul D4 din Secțiunea I - Fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire - etapa a II-a, s-a prevăzut: „În cazul în care ofertantul câștigător este declarat o persoană juridică străină, acesta va încheia acordul-cadru și contractele subsecvente de furnizare cu COMPANIA NAȚIONALĂ ...S.A., care va acționa în numele și pe seama autorității contractante (...). În acest caz, anumite clauze ale acordului-cadru și contractului subsecvent de furnizare vor fi modificate în mod corespunzător, fără a încălca prevederile documentației de atribuire.”

În punctul de vedere se prezintă date despre COMPANIA NAȚIONALĂ ...S.A.:

Această companie a fost înființată în baza H.G. nr. 738/2001.

Conform art. 1 alin. (1) din documentul de înființare, COMPANIA NAȚIONALĂ ...S.A. se află în coordonarea Ministerului Apărării Naționale.

Obiectul principal de activitate al companiei, stipulat la art. 1 alin. (3) este importul produselor, echipamentelor, instalațiilor, pieselor de schimb și materialelor de tehnică militară, tehnologiilor, asistenței tehnice și serviciilor în domeniul tehnicii militare, precum și alte operațiuni de comerț interior și exterior, de consultanță, de turism intern și internațional, care să îi asigure susținerea și dezvoltarea activității de bază, în condițiile obținerii de profit, conform actului constitutiv.

Compania a fost înființată prin reorganizarea Regiei Autonome ...BUCUREȘTI.

Regia autonomă ...BUCUREȘTI. s-a înființat prin H.G. nr. 236/1991, având ca obiect de activitate operațiuni de comerț exterior.

Din 1991 până în prezent, ... a derulat operațiunile de comerț exterior prin ... și, ulterior, prin succesoarea acesteia, ...

Având în vedere prevederea expresă a art. 1 alin. (1) din H.G. nr. 738/2001, pentru a realiza coordonarea Companiei, ... are raporturi juridice cu aceasta, stabilite în baza unui contract de mandat.

Autoritatea contractantă precizează că sintagma „care va acționa în numele și pe seama autorității contractante (...)” de la punctul D4 din fișa de date a achiziției definește raporturile juridice care se stabilesc între ... și ..., rezultate dintr-un contract de mandat cu reprezentare, în sensul definit de Capitolul IX Secțiunea a 2-a din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere natura contractului de mandat cu reprezentare și faptul că ... acționează în numele și pe seama ... nu înseamnă, în opinia autorității contractante, că aceasta îndeplinește unele obligații ale operatorului economic străin, căruia i se atribuie acest acord-cadru.

Referitor la condiția de livrare, autoritatea contractantă invocă prevederile documentației de atribuire, etapa a II-a:

- în coloana 3 din „Centralizator de prețuri - anexă la Formularul nr. 20” din Secțiunea formulare, se face referire la condiția de livrare: „Preț unitar, fără TVA, DDP la destinația finală (sediul beneficiarului)”;

- în Secțiunea IV - Clauze contractuale obligatorii (model acord-cadru și model contract subsecvent), la art. 14.2. al modelului de contract subsecvent este stipulat: „Condiția de livrare: DDP sediul beneficiarului/beneficiarilor - București, conform INCOTERMS 2010”;

- pentru clarificarea unor aspecte legate de condiția de livrare, la punctul F7- Condiții de livrare, ambalare, transport din Secțiunea I- Fișa de date a achiziției, este prevăzut: „Cheltuielile privind ambalarea, marcarea, expedierea, transportul la sediul beneficiarului cât și executarea lui efectivă, taxele, comisioanele și obținerea avizelor necesare aferente până la predarea produselor la beneficiar sunt în sarcina furnizorului și sunt incluse în prețul produselor” și „Furnizorul va asigura pe cheltuiala sa efectuarea testelor de acceptanță și recepție la furnizor, aceste costuri fiind incluse în prețul din ofertă al produselor.”

Autoritatea contractantă precizează că INCOTERMS 2010 reprezintă un set de reguli pentru comerțul național și termenii utilizați în comerțul internațional.

Autoritatea contractantă menționează că în situația prevăzută în documentația de atribuire a acestei procedurii, din condiția de livrare DDP sediul beneficiarului/beneficiarilor - București, rezultă următoarele:

- vânzătorul își îndeplinește obligația de livrare în momentul în care marfa a fost pusă la dispoziția beneficiarului/beneficiarilor din Ministerul Apărării Naționale, în București;

- vânzătorul trebuie să suporte toate cheltuielile și riscurile legate de aducerea mărfii până la beneficiarul/beneficiarii final/finali în București, inclusiv a taxelor vamale, a altor taxe și speze oficiale care se

plătesc la import, precum și a costurilor și riscurilor de îndeplinire a formalităților vamale;

- termenul poate fi folosit indiferent de modalitatea de transport.

În punctul de vedere se subliniază că această condiție de livrare DDP cuprinde obligațiile maxime pe care vânzătorul le poate avea, adică, de la sediul său până la destinația finală (locul în care sunt dispuși beneficiarul/beneficiarii final/finali), vânzătorul având asupra sa toate obligațiile și riscurile posibile, definite de INCOTERMS 2010.

Autoritatea contractantă susține că, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire privind condiția de livrare DDP, interpretate prin prisma INCOTERMS 2010, afirmația contestatorului potrivit căreia COMPANIA NAȚIONALĂ ...S.A. „are rolul de a prelua de la eventualul ofertant străin declarat câștigător al contractului cele mai importante obligații contractuale: obținerea licențelor de import și efectuarea formalităților aferente importului produselor, depozitarea acestora, transportul la locul de livrare, altele asemănătoare...”, reprezintă fiind simple speculații care nu au un suport factual sau legal.

Se învederează că în documentația de atribuire nu există prevederi privind plata prin acreditiv.

Referitor la posibilitatea autorității contractante de a realiza o cesiune prin implicarea COMPANIEI NAȚIONALE ...S.A., în punctul de vedere se invocă definiția cesiunii și a mandatului cu reprezentare din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, autoritatea contractantă precizează că, prevederile art. 179¹ din O.U.G. nr. 114/2011, invocat de contestator, nu este aplicabil speței la care face referire, deoarece nu este vorba de cesiune.

Referitor la afirmația contestatorului, privind posibilitatea autorității contractante de acceptare a unor clauze în mod diferențiat, autoritatea contractantă subliniază că toate obligațiile vânzătorului din acordul-cadru și din contractele subsecvente sunt în sarcina exclusivă a acestuia.

În ceea ce privește formularea de la pct. D4 din Secțiunea I- Fișa de date a achiziției, a documentației de atribuire, etapa a II-a: „...anumite clauze ale acordului-cadru și contractului subsecvent de furnizare vor fi modificate în mod corespunzător, fără a încălca prevederile documentației de atribuire.”, autoritatea contractantă învederează că sintagma „vor fi modificate în mod corespunzător” trebuie analizată în contextul în care a fost plasată.

Autoritatea contractantă precizează că, în această situație, singura modificare care poate fi realizată la textul contractului se referă doar la adăugarea unor informații în partea de definire a părților acordului-cadru/contractului subsecvent, respectiv la art. 1 din modelul de acord-cadru și art. 1 din modelul de contract subsecvent, referitoare la definirea părților, astfel:

- la definirea vânzătorului: acesta este necesar deoarece partenerii externi, în funcție de țara din care fac parte, pot avea date suplimentare de identificare diferite de cele ale altor parteneri străini sau români;

- la definirea cumpărătorului: aceasta este situația în care cumpărătorul este COMPANIA NAȚIONALĂ ...S.A. (în numele și pe

seama ...), iar acest lucru trebuie menționat în acordul-cadru, respectiv contractele subsecvente care se încheie cu un partener străin.

În ceea ce privește afirmația contestatorului, conform căreia implicarea COMPANIEI NAȚIONALE ...S.A. în contract nu a fost prevăzută în anunțului de participare și documentația de atribuire aferente acestuia (în etapa I), autoritatea contractantă arată că anunțul de participare nr. 168840/28.07.2018 publicat în SEAP cuprinde toate informațiile menționate în anexa 4 - Informații care trebuie incluse în anunțuri, din O.U.G. nr. 114/2011.

În acest sens, autoritatea contractantă menționează că pe site-ul SEAP, câmpurile care trebuie completate de autoritatea contractantă la publicarea anunțului de participare nu se referă la obligativitatea de a prezenta informații de natura celor la care se referă contestatorul.

Autoritatea contractantă precizează că publicitatea faptului că operatorul economic străin câștigător va semna acordul-cadru și contractele subsecvente la acesta cu un interpus al autorității contractante este o informație care trebuie cuprinsă în cap. „D. - Evaluarea ofertelor și încheierea acordului-cadru” din documentația de atribuire etapa a II-a - Evaluarea ofertelor depuse de candidații selectați Secțiunea I - fișa de date a achiziției, deoarece se referă la modul în care se încheie acordul-cadru, respectiv contractele subsecvente.

Se învederează că informațiile privind faptul că ... semnează și derulează acordul-cadru a fost pusă la dispoziția tuturor candidaților selectați, în același timp și sub aceeași formă, fără a realiza o discriminare a acestora.

Referitor la modul în care operatorii economici străini vor realiza importul în România a produselor, autoritatea contractantă arată că detaliile privind modul de îndeplinire a acordului-cadru/contractului subsecvent, inclusiv importul în România al produselor, vor rezulta din documentele prezentate de către ofertanți în cadrul etapei a II - a procedurii de atribuire, clauzele contractuale și caietul de sarcini fiind puse la dispoziția candidaților în cadrul acestei etape.

Autoritatea contractantă precizează că a solicitat tuturor operatorilor economici să prezinte, inclusiv în cadrul propunerii tehnice (conform pct. B2 din documentația de atribuire etapa II), Declarația privind lista cu subcontractanții care urmează să îndeplinească parte/părți din contractul de achiziție publică, elaborată conform modelului din Secțiunea II Formulare Etapa II - Formular nr. 24, cuprinzând informații referitoare la: subcontractanți (nume, adresă, telefon, fax etc.), partea de contract pe care o execută, pondere de participare, alte informații considerate utile. Se menționează că în conformitate cu prevederile art. 37 din O.u.G. nr. 114/2012, ofertantul câștigător este liber să-și selecteze subcontractanții.

În ceea ce privește răspunsul la clarificări - punctul /răspunsul nr. 3, transmis prin adresa nr. A3/6531 din 18.10.2016, autoritatea contractantă precizează că solicitarea de clarificări a unui candidat cu privire la End User Certificate (Certificat de Utilizare Finală, EUC) a intervenit în contextul în care la pct. B2 din documentația de atribuire s-a solicitat operatorilor economici să prezinte, în cadrul propunerii tehnice,

mijloace probante pentru demonstrarea conformității produsului oferat cu cerințele specificației tehnice pentru achiziție de tipul: fișe tehnice/ dosarul tehnic/ părți din dosarul tehnic al producătorului, prospecte, foi de catalog care să prezinte produsul oferat; certificări emise de instituții/organisme abilitate; rapoarte de încercare /testare emise de un organism recunoscut. Totodată, s-a făcut precizarea ca în cazul în care anumite părți din propunerea tehnică sunt confidențiale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, să fie marcate în mod corespunzător.

Autoritatea contractantă precizează că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, pentru punctul /răspunsul nr. 3 din adresa nr. A3/6531/18.10.2016, a specificat: „Ministerul Apărării Naționale, prin reprezentantul împuternicit al autorității contractante, poate semna documentul EUC prezentat de către operatorul economic, în cazul care este de acord cu conținutul acestuia, pentru rapoartele oficiale de testare care demonstrează conformitatea lentilei laser cu cerințele”.

În punctul de vedere se menționează că răspunsul a fost comunicat, la aceeași dată, tuturor candidaților selectați, în acest fel realizându-se un tratament egal și nediscriminatoriu, iar până la data de 18.10.2016 niciun operator economic nu a depus ofertă.

Autoritatea contractantă precizează că un astfel de document (End User Certificate, Certificat de Utilizare Finală, EUC) poate fi solicitat de un operator economic străin sub diferite forme:

- atunci când legea din țara de origine a exportatorului nu cere emiterea unui astfel de document, acesta poate fi o simplă declarație a autorității contractante prin care se angajează să respecte destinația și utilizarea finală a datelor și informațiilor puse la dispoziția sa de către ofertant, în cazul de față ca mijloace probante în cadrul ofertei;

- atunci când legea din țara de origine a exportatorului cere emiterea unui astfel de document (de exemplu mijloacele probante sunt supuse controlului ITAR), ofertantul nu le poate transmite la autoritatea contractantă decât cu respectarea reglementărilor din țara sa privind obținerea licențelor de export. De regulă, în astfel de situații exportatorul emite și prezintă un document asiguratoriu pentru semnare de către utilizatorul final. Prin semnarea documentului asiguratoriu, utilizatorul final (...) se angajează să respecte destinația și utilizarea finală declarată a documentelor puse la dispoziție (rapoarte de testare, prezentate ca mijloace probante în cadrul propunerii tehnice).

În punctul de vedere se subliniază că, indiferent dacă legea din țara exportatorului solicită/nu solicită emiterea unui EUC, documentul pe care autoritatea contractantă îl semnează este de fapt o declarație prin care aceasta se angajează să respecte destinația și utilizarea finală a datelor și informațiilor puse la dispoziția sa de către ofertant

În acest sens, se invocă și prevederile art. 10 din O.U.G. nr. 114/2011.

Autoritatea contractantă subliniază că, prin semnarea EUC, nu intervine în favoarea vreunui ofertant și nici nu modifică prevederile punctului B2 din documentația de atribuire - Modul de prezentare a propunerii tehnice.

În punctul de vedere se concluzionează că, prin răspunsul nr. A3/6531/18.10.2016 la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă nu a operat modificări în cadrul documentației de atribuire, rapoartele de testare la care se face referire trebuind să se găsească în cadrul propunerii tehnice.

Față de cele din punctul de vedere se solicită respingerea, ca nefondată a contestației nr. 7340/24.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32338/25.10.2016, formulată de ...

Autoritatea contractantă a depus, în copie conformă cu originalul, dosarul achiziției publice.

Cu adresa nr. 7387/07.11.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 34129/08.11.2016, ... a formulat, în temeiul art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, „concluzii scrise” față de punctele de vedere ale autorității contractante și ca urmare a studierii dosarului la C.N.S.C.

Referitor la punctul de vedere nr. A3/6785 din 27.10.2016, contestatorul reiterează că prima sa contestație nu a vizat neîndeplinirea cerinței de înregistrare, ci neîndeplinirea scopului introducerii criteriilor de calificare și selecție, respectiv oferirea garanției către autoritatea contractantă că respectivul candidat va putea îndeplini contractul în condițiile impuse și în cele asumate prin documentele candidaturii.

Referitor la tardivitatea contestației nr. 7325/19.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31843/20.10.2016, contestatorul precizează că nu critică documentația de atribuire, ci modul defectuos și nelegal în care au fost analizate candidaturile anumitor candidați și considerate îndeplinite criteriile de calificare și selecție de către aceștia.

Apelarea la intermediari pentru efectuarea importului/operațiunilor cu produse militare echivalează, în opinia contestatorului, cu cedarea unei părți din contract, aspect care nu mai este permis, dacă nu a fost declarat în prima etapă. Se subliniază că operațiunile aferente O.U.G. nr. 158/1999 nu pot fi cesionate, dreptul de import aparținând doar părții care are calitatea de furnizor în contractul de furnizare.

Contestatorul învederează că răspunsul la clarificări din data de 22.08.2016, este obligatoriu pentru toți candidații, inclusiv autoritatea contractantă, și se referă la obligativitatea respectării prevederilor O.U.G. nr. 158/1999.

Clarificarea este obligatorie pentru toți candidații, inclusiv pentru candidații străini și în egala măsură pentru autoritatea contractantă.

Contestatorului subliniază că în această procedură sunt candidați care au ca obiect principal de activitate comerțul cu tractoare, fabricarea de cămăși și pantaloni, telefonie și comunicații, calculatoare, firmă de echipamente de airsoft susținută de un fabricant de betoane, vânzător de costume de scafandru, etc.

Din prezentarea documentelor depuse de către candidații străini în prima etapă și concluziile pe care le prezintă autoritatea în acest PDV în ceea ce privește candidaturile acestora, rezulta foarte clar că autoritatea a făcut o evaluare superficială a candidaturilor și nu s-a asigurat de

îndeplinirea scopului impunerii respectivelor cerințe de calificare și selecție.

Referitor la candidatul S.C. ...din ..., contestatorul învederează că din certificatul de înregistrare reiese că activitate principală este „comerțul cu ridicata pe baza de tarife sau contracte”, nerezultând că obiectul de activitate este de „producere/comercializare de produse de natura celor ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire”, astfel cum este formulată cerința, iar faptul că acest candidat are filială în România nu-l exonerează de depunerea formularelor 12 și 13 și nici nu demonstrează cum va derula operațiunile prevăzute de O.U.G. nr. 158/1999.

De asemenea, contestatorul menționează că ...din ... nu a depus formularele 12 și 13, iar autoritatea contractantă nu a verificat cum va derula acest candidat operațiunile prevăzute de O.U.G. nr. 158/1999.

Despre candidatul ... din ..., face aceleași considerații ca și în cazul celorlalte oferte, subliniind că în formularul 12 privind subcontractantii a declarat: „nu este cazul”.

Despre candidatul ... din ..., contestatorul precizează că nu a depus formularele 12 și 13, deci nu a declarat subcontractanți, nu a depus oferta în asociere și nici nu a oferit alte informații pentru a dovedi cum derulează contractul pe teritoriul României.

Faptul că autoritatea contractantă a solicitat depunerea formularului privind subcontractanții tuturor candidaților care nu l-au depus, cu excepția candidatului ...din ..., față de care a considerat „Nu e cazul. Candidatul este producătorul”, reprezintă, în opinia contestatorului, cea mai evidentă probă de discriminare, comisia de evaluare având obligația de a solicita clarificări acestui candidat, cu atât mai mult cu cât a solicitat acest formular și celorlalți candidați.

Contestatorul invocă deciziile C.N.S.C. nr. 1447/C9/1653 din 18.08.2016, menținută de Curtea de Apel, și decizia nr. 1535/C1/1727 din 01.09.2016, prin care s-au soluționat contestații la proceduri de atribuire în care sunt aceleași părți ca și în această procedură.

În ceea ce privește punctul de vedere nr. A3/6919 din 02.11.2016, contestatorul susține că de la început procedura trebuia să fie inițiată și derulată de către ..., care a inițiat și alte proceduri de atribuire.

În opinia contestatorului, la acest moment al procedurii și mai ales pentru că nu a fost menționată în anunțul de participare, ... nu poate interveni să preia ce a început singura autoritate contractanta cunoscuta candidaților în etapa I și anume ...

Contestatorul subliniază că nu există niciun motiv plauzibil pentru care o parte dintre candidați să încheie contractul cu ... și altă parte cu ..., dacă nu ar exista diferențe evidente între prevederile acestor contracte.

Contestatorul afirmă că toată expunerea autorității contractante despre mandat cu reprezentare, livrare DDP, modalitate de plată, modificarea contractului doar în ceea ce privește datele de identificare ale părților, etc. este inutilă, deoarece nu există nicio dovadă că așa se va întâmpla, iar aceste date nu au fost aduse la cunoștința operatorilor

economici implicați nici în documentația de atribuire aferentă etapei a II-a.

... subliniază că în documentația de atribuire aferentă etapei a II-a trebuia să existe modelul de contract pe care eventualul ofertant declarat câștigător de naționalitate străină să îl cunoască și să poate formula clarificări asupra lui și, în mod identic, și operatorii economici români trebuiau să fie informați în mod transparent despre ce clauze se vor impune străinilor, pentru a putea să atace aceste clauze dacă acestea sunt favorizante pentru străini.

Contestatorul opinează că singura modalitate legală prin care se poate remedia această încălcare a legislației este ca autoritatea contractantă să publice în SEAP modelul de contract aplicabil candidaților/ofertanților străini și justificarea disjungerii obligațiilor în mod diferențiat pe baza naționalității operatorilor economici.

Contestatorul exemplifică printr-o procedură de atribuire derulată în întregime de către ... (anunțul de participare nr. 169268/24.08.2016).

Contestatorul susține că ofertanții români trebuie să includă în preț toate obligațiile, taxe, etc., astfel că prețul lor este, pentru produse cu caracteristici egale, mai mare decît cel al străinilor, care este micșorat în mod artificial de intervenția autorității contractante.

Contestatorul susține că în anunțul de participare există numeroase rubrici în care se putea include mențiunea referitoare la încheierea de contracte diferite în funcție de naționalitatea ofertantului declarat câștigător, și se exemplifică prin cap. VI.3 sau IV.4.3.

De asemenea, se învederează că anunțul de participare și fișa de date anexă a acestuia conțin precizări în extenso depre garanția de participare și cea de bună execuție, modul de prezentare a ofertei, etc., toate acestea fiind aferente etapei a II-a.

... învederează că din definiția cesiunii reiese că aceasta se poate face oricând, atît înainte de încheierea contractului, cît și pe parcursul său, fapt care contravine prevederilor art. 179¹ din O.U.G. nr. 114/2011, care sunt aplicabile speței curente și suntem în prezența unei veritabile cesiuni a obligațiilor contractuale între ... și ...

Contestatorul susține că în documentația de atribuire a etapei a II-a nu exista cerințe sau precizări privind modul de îndeplinire al contractului de către ofertanți în etapa a II-a și nici în ceea ce privește operațiunile prevăzute de O.U.G. nr. 158/1999, aceasta obligație fiind principala condiție de selectare a candidaturilor în urma primei etape.

Chiar dacă și în etapa a II-a se solicită formularul privind subcontractanții, contestatorul susține că ofertanții nu-și mai pot schimba opțiunea declarată în etapa I, respectiv nu mai pot să declare subcontractanți dacă nu au făcut-o în etapa I, conform prevederilor art. 65 alin. (2) din O.U.G. nr. 114/2011.

Se invocă prevederile art. 10 din același act normativ și se subliniază că în această etapă nu se mai analizează capacitatea ofertanților de a îndeplini contractual.

În opinia contestatorului, nu există nicio incidență și nicio relevanță a art. 37 în această cauză. În acest sens, se invocă decizia C.N.S.C. nr. 709/C2/725 din 21.05.2015.

În ceea ce privește pct. 3 din răspunsul la clarificări, contestatorul reiterează că respectivul candidat este singurul responsabil de obținerea și prezentarea documentelor solicitate pentru etapa a II-a a procedurii, iar autoritatea contractantă nu are niciun drept legal de a interveni în acest proces.

Contestatorul susține că, fiind controlate ITAR, modalitatea de transmitere a rapoartelor oficiale de testare care demonstrează conformitatea lentilei laser cu cerințele nu va mai respecta instrucțiunile de la pct. B2 din documentația de atribuire, instrucțiuni care sunt obligatorii pentru toți candidații selectați.

În opinia contestatorului, răspunsul prin care autoritatea contractantă confirmă semnarea End User Certificate (Certificat de Utilizare Finală, EUC) pentru rapoartele de testare și primirea acestora, altfel decât s-a stabilit prin documentația de atribuire, este unul nelegal și profund discriminatoriu.

Contestatorul învederează că nu există nicio legătură între prevederile art. 10 din O.U.G. nr. 114/2011 și situația în care autoritatea contractantă ajută un operator economic să își întocmească oferta.

Susținând că intervenția autorității contractante în sprijinul unui/unor candidați afectează grav concurența, încalcă legislația achizițiilor publice, discriminează candidații români și favorizează pe cei străini, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat procedura de atribuire, prin licitație restrânsă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Ochelari de protecție balistică”, cod CPV 33735100-2 - Ochelari de protecție (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a acordului-cadru, este de 17.039.820 lei, fără TVA.

Procedând la soluționarea contestațiilor ce fac obiectul prezentei cauze, Consiliul are în vedere că întrucât obiectul procedurii de atribuire este reprezentat de achiziționarea de ochelari de protecție balistică, legislația aplicabilă este cea prevăzută de O.U.G. nr. 114/20011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității.

În ceea ce privește procedura de soluționare a cauzei, Consiliul reține în speță incidența dispozițiilor art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, potrivit căroră *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”*, astfel că procedura de soluționare a contestației ce face obiectul prezentei cauze va fi cea stabilită prin acest act normativ (care a intrat în vigoare în data de 26.05.2016).

Preliminar, Consiliul are în vedere că ... a transmis autorității contractante notificările nr. 7301/13.10.2016 și nr. 7323/19.10.2016, înregistrate la autoritatea contractantă cu nr. DMC/2193/14.10.2016 și

nr. DMC/2241/19.10.2016, îndeplinind procedura de notificare prealabilă, prevăzută la art. 6 din Legea nr. 101/2016.

I. Analizând contestația nr. 7325/19.10.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 31843/20.10.2016, Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul etapei I a procedurii de atribuire a acordului cadru pentru furnizare „Ochelari de protecție balistică”, fiind formulate critici cu privire la modul de îndeplinire a criteriilor de calificare și selecție de către candidații de naționalitate străină.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere faptul că, în baza prevederilor art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 32434/.../.../25.10.2016, C.N.S.C. a solicitat ... indicarea, în mod concret, a candidaților de naționalitate străină la care se face referire în contestație și a criteriilor de calificare și selecție pe care aceștia nu le-au îndeplinit, iar contestatorul, prin adresa nr. 7348/26.10.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 32739/22.10.2016, a făcut referire la faptul că toți candidații cu naționalitate străină, participanți la procedura de atribuire, nu au făcut dovada că sunt autorizați pe teritoriul României conform O.U.G. nr. 158/1999 privind regimul de control al exporturilor, importurilor și altor operațiuni cu produse militare.

Raportat la precizările ... din cuprinsul adresei nr. 7348/26.10.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 32739/22.10.2016, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire a acordului-cadru având ca obiect furnizarea de „*Ochelari de protecție balistică*” prin organizarea unei proceduri de licitație restrânsă, în conformitate cu prevederile art. 58 – 71 din O.U.G. nr. 114/2004, prevăzută a se desfășura în două etape, conform metodologiei de evaluare a candidaturilor/ofertelor, postată în SEAP împreună cu anunțul de participare nr. ..., fiind prevăzute două etape: etapa I – selectarea candidaților, prin aplicarea criteriilor de selecție și etapa II – evaluarea ofertelor depuse de candidații selectați, prin aplicarea criteriului de atribuire.

În ceea ce privește etapa I - selectarea candidaților, prin aplicarea criteriilor de selecție, Consiliul reține că în cuprinsul fișei de date a achiziției sunt prevăzute criteriile de selecție ale candidaților, între care nu figurează și autorizarea candidaților conform O.U.G. nr. 158/1999, pentru desfășurarea pe teritoriul României a activităților de import, export de produse militare.

Astfel, Consiliul constată că, în măsura în care a considerat necesar ca autoritatea contractantă să prevadă printre criteriile de selecție ale candidaților și obligația ca aceștia să fie autorizați pe teritoriul României conform O.U.G. nr. 158/1999, se impunea ca ... să formuleze o contestație cu privire la conținutul documentației de atribuire, în termenul prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016, cu îndeplinirea procedurii prealabile prevăzute la art. 6 al aceluiași act normativ.

Or, în situația în care nu a făcut acest demers, conținutul documentației de atribuire își consolidează conținutul obligatoriu atât pentru candidați cât și pentru autoritatea contractantă, care este obligată să efectueze selectarea candidaților numai prin raportare la criteriile de selecție prevăzute în fișa de date a achiziției.

În ceea ce privește faptul că prin clarificarea nr. 2, postată în SEAP în data de 22.08.2016, la întrebarea nr. 3, formulată în temeiul art. 69 alin. (1) din O.U.G. nr. 114/2011, de un operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire, respectiv *"Se solicită certificat de utilizator emis de guvernul României cum ar fi MOD, MOI sau altele?"*, autoritatea contractantă a răspuns că *"În cazul în care produsele/subansamble ale produselor furnizate de ofertantul declarant câștigător al licitației au producător extern, atunci furnizorul va respecta prevederile O.U.G. nr. 158/1999 privind regimul de control al exporturilor, importurilor și altor operațiuni cu produse militare. Republică, întocmind documentele necesare aprobării licențelor de export/import aferente"*, Consiliul are în vedere că aceste aspecte vizează obligația câștigătorului procedurii de a respecta prevederile O.U.G. nr. 158/1999 și nu a candidaților, astfel că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă nu modifică prevederile documentației de atribuire referitoare la criteriile de selecție a candidaților care vor participa la etapa a II-a a procedurii de atribuire.

În legătură cu acest aspect, Consiliul reține ca fiind relevante susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. 32828/28.10.2016 prin care arată că *"întrucât un operator economic care are calitatea de ofertant sau candidat la procedură, se poate înregistra sau apela la intermediari pentru efectuarea importului și după ce acesta va fi declarat câștigător, autoritatea contractantă a apreciat, în virtutea principiului asumării răspunderii, că nu este necesară introducerea, nici în cadrul criteriilor de selecție și nici în cadrul celor de calificare, o obligației privind deținerea unei autorizații/înregistrări pentru comercializarea produselor întrucât se ajunge la o restrângere a concurenței și cerința nu este proporțională cu necesitatea autorității contractante"*, întrucât aceste susțineri sunt în concordanță cu prevederile art. 154 alin. (1) și alin. (2) din O.U.G. nr. 114/2011 potrivit cărora *"(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit.*

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească", iar în conformitate cu prevederile art. 151 alin. (1) din actul normativ anterior menționat, autoritatea contractantă are dreptul și nu obligația de a stabili criterii de calificare și selecție.

Prin urmare Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de ... cu privire la modul în care autoritatea contractantă a desfășurat etapa I – selecția candidaților, motiv pentru care, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația nr. 7325/19.10.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 31843/20.10.2016, formulată de către ..., în contradictoriu cu

II. În ceea ce privește contestația nr. 7340/24.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32338/25.10.2016, Consiliul reține că prin aceasta au fost formulate critici cu privire la documentația de atribuire aferentă etapei a II-a -

evaluarea ofertelor depuse de candidații selectați, prin aplicarea criteriului de atribuire, precum și critici referitoare la răspunsul autorității contractante la întrebarea nr. 3 din clarificarea nr. A3/6531 din 18.10.2016, transmisă de autoritatea contractantă tuturor candidații selectați pentru etapa a II-a.

Referitor la criticile formulate de ... cu privire la documentația de atribuire, Consiliul reține că au fost vizate prevederile de la punctul D.4 din cuprinsul documentației de atribuire pentru etapa a II-a – evaluarea ofertelor depuse de candidații selectați, potrivit cărora *"D.4 – În cazul în care ofertantul câștigător este declarat o persoană juridică străină, acesta va încheia acordul-cadru și contractele subsecvente de furnizare cu Compania Națională ...S.A., care va acționa în numele și pe seama autorității contractante (...). În acest caz, anumite clauze ale acordului-cadru și contractului subsecvent de furnizare vor fi modificate în mod corespunzător, fără a încălca prevederile documentației de atribuire"*.

Astfel, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a mandatat pe ... să acționeze în numele și pe seama sa în situația în care acordul-cadru și contractele subsecvente vor fi încheiate cu persoane juridice străine, aspect care nu este interzis de legislația în materia achizițiilor publice.

În ceea ce privește susținerile contestatorului ... referitoare la faptul că *"această entitate are rolul de a prelua de la eventualul ofertant străin declarat câștigător cele mai importante obligații contractuale: obținerea licențelor de import și efectuarea formalităților aferente importului produselor, depozitarea acestora, transportul la locul de livrare"*, Consiliul are în vedere că prin documentația de atribuire pentru etapa a II-a, la punctul F.7 – "Condiții de livrare, ambalare, transport" este prevăzut că *"a)Cheltuielile privind ambalarea, marcarea, expedierea, transportul la sediul beneficiarului cât și executarea lui efectivă, taxele, comisioanele și obținerea avizelor necesare aferente până la predarea produselor la beneficiar sunt în sarcina furnizorului și sunt incluse în prețul produselor; b)Furnizorul va asigura pe cheltuiela sa efectuarea testelor de acceptanță și recepție la furnizor, aceste costuri fiind incluse în prețul din ofertă al produselor"*.

De asemenea, la punctul 14.2 din modelul de contract subsecvent este prevăzut "Condiția de livrare: DDP sediul beneficiarului/beneficiarilor – București, conform INCOTERMS 2010".

Astfel, Consiliul constată că prin trimiterea la codurile INCOTERMS (Clauze de Comerț Internațional) - termeni comerciali ce condensează într-o formă cât mai simplificată posibil, situațiile cele mai uzuale, autoritatea contractantă a stabilit că acordul-cadru și contractul subsecvent ce urmează a fi încheiate vor fi guvernate de acești termeni.

Indicarea termenului **DDP** - Delivered Duty Paid - Franco destinație vămuit – presupune că vânzătorul plătește toate taxele și riscurile care intervin, ducând marfa la destinație (reprezentând un maxim de obligații care-i revin vânzătorului), rezultând că prin indicarea ... ca mandatar al autorității contractante, eventualii ofertanți străini declarați câștigători nu sunt absolviți de obligații contractuale, așa cum eronat susține contestatorul.

În ceea ce privește susținerile contestatorului referitoare la faptul că "sintagma «vor fi modificate corespunzător» este vagă", Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a precizat că *"anumite clauze ale acordului-cadru și contractului subsecvent de furnizare vor fi modificate în mod corespunzător, fără a încălca prevederile documentației de atribuire"*, rezultând că nu vor fi modificate clauzele contractuale, ci doar aspectele referitoare la individualizarea părților din contract, respectiv includerea ... ca parte în contract, motiv pentru care respinge criticile formulate de contestator.

Referitor la afirmația ..., exprimată în cuprinsul contestației nr. 32338/25.10.2016 potrivit căreia *"Implicarea acestei entități în contract nu a fost comunicată în mod legal, adică transparent și încă de la momentul inițierii procedurii, tuturor operatorilor economici interesați"*, Consiliul are în vedere că, la pag. 212-217 din dosarul achiziției transmis de autoritatea contractantă, se regăsesc invitațiile de participare la etapa a II-a – adresate tuturor candidaților selectați pentru această etapă, la care a fost anexată documentația de atribuire (30 de file), compusă din secțiunea I – fișa de date a achiziției, secțiunea II – Formulare, fișă de produs pentru achiziție, clauze contractuale obligatorii atât pentru modelul de acord-cadru cât și pentru contractul subsecvent.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a transmis către toți operatorii economici implicați în procedură, în mod transparent, informațiile necesare participării la etapa a II-a, astfel că aceștia cunoșteau din data de 29.09.2016 faptul că ... semnează și derulează acordul cadru în numele autorității contractante, fiind respectate principiile tratamentului egal și el al transparenței, prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din O.U.G. nr. 114/2011, criticile formulate de contestator, sub acest aspect, fiind neîntemeiate.

Cu privire la răspunsul la întrebarea nr. 3 din solicitarea de clarificări nr. A 6531/18.10.2016, Consiliul reține că la întrebarea formulată de către unul dintre candidații invitați la etapa a II-a, respectiv *"Având în vedere că lentila laserului este un ITAR, este posibil ca noi să nu putem fi în măsură să vă punem la dispoziție rapoartele oficiale de testare care demonstrează conformitatea cu cerințele, cu excepția cazului în care am putea primi anterior un EUC (End User Certificate) semnat de către autoritatea contractantă, respectiv de către ... și de către dumneavoastră, urmat de licență emisă de către BIS. Vă rugăm/întrebăm pe această cale, dacă ... este în măsură să furnizeze acest EUC?"*.

Autoritatea contractantă a răspuns astfel: *"..., prin reprezentantul împuternicit al autorității contractante, poate semna documentul EUC prezentat de către operatorul economic, în cazul în care este de acord cu conținutul acestuia, pentru rapoartele oficiale de testare care demonstrează conformitatea lentilei laser cu cerințele. O copie a documentului EUC va fi depusă la ANCEX.*

Facem precizarea că, rapoartele de testare care vor fi primite de către autoritatea contractantă, vor fi puse la dispoziția comisiei de evaluare și a experților tehnici cooptați pe lângă comisia de evaluare în

vederea stabilirii conformității propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini (fișei de produs pentru achiziție).

Membrii comisiei de evaluare și experții tehnici cooptați vor semna o declarație de confidențialitate cu privire la informațiile la care au acces și le-au fost date ori aduse la cunoștință drept secrete și/sau confidențiale”.

Astfel, Consiliul constată că întrucât unul dintre candidați a invocat faptul că produsul oferat este supus controlului ITAR (International Traffic in Arms Regulations) și, pe cale de consecință nu poate demonstra conformitatea produsului prin prezentarea fișei de producător decât în situația în care autoritatea contractantă îi pune la dispoziție un document End User Certificate, prin care se angajează să respecte destinația și utilizarea finală a datelor, autoritatea contractantă a fost de acord să semneze documentul EUC prezentat de operatorii economici.

Sub acest aspect, Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. 33328/02.11.2016 potrivit căroră *”un astfel de document (End User Certificate, Certificat de Utilizare Finală, EUC), funcție de reglementările din țara exportatoare, poate fi solicitat de un operator economic străin sub diferite forme:*

- atunci când legea din țara de origine a exportatorului nu cere emiterea unui astfel de document, acesta poate fi o simplă declarație a autorității contractante prin care se angajează să respecte destinația și utilizarea finală a datelor și informațiilor puse la dispoziția sa de către ofertant, în cazul de față ca mijloace probante în cadrul ofertei;*

- atunci când legea din țara de origine a exportatorului cere emiterea unui astfel de document (de exemplu mijloacele probante sunt supuse controlului ITAR), ofertantul nu le poate transmite la autoritatea contractantă decât cu respectarea reglementărilor din țara sa privind obținerea licențelor de export. De regulă, în astfel de situații exportatorul emite și prezintă un document asiguratoriu pentru semnare de către utilizatorul final. Prin semnarea documentului asiguratoriu, utilizatorul final (...) se angajează să respecte destinația și utilizarea finală declarată a documentelor puse la dispoziție (rapoarte de testare, prezentate ca mijloace probante în cadrul propunerii tehnice)”.*

Astfel, Consiliul constată că sunt incidente prevederile art. 10 din O.U.G. nr. 114/2011 care dispun că *”Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei ordonanțe de urgență, autoritatea contractantă are obligația de a asigura garantarea protejării acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”.*

Prin urmare, Consiliul nu reține susținerile contestatorului referitoare la faptul că *”răspunsul prin care autoritatea contractantă confirmă semnarea End USER Certificate (Certificat de Utilizare Finală, EUC) pentru rapoartele de testare și primirea acestora, altfel decât s-a stabilit prin documentația de atribuire, este unul nelegal și profund discriminatoriu”* și constată că prin răspunsul formulat, autoritatea

contractantă a arătat că asigură protecția informațiilor furnizate de operatorii economici participanți la procedura de atribuire, fără a modifica în vreun fel prevederile documentației de atribuire.

Dimpotrivă, în situația în care autoritatea contractantă nu ar fi fost de acord să pună la dispoziția ofertanților un document End User Certificate, atunci ar fi restricționat participarea la procedura de achiziție publică a ofertanților care nu pot proba conformitatea produsului prin prezentarea fișei de producător, motivat de faptul că nu au garanția că informațiile puse la dispoziția autorității contractante vor fi protejate.

Prin urmare, Consiliul constată că prin demersul făcut, autoritatea contractantă nu a creat un avantaj vreunui dintre candidații selectați pentru participarea la etapa a II-a, motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate de contestator.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept, anterior expuse, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația nr. 7325/19.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31843/20.10.2016, formulată de către ..., cu sediul social în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...

Respinge, ca nefondată, contestația nr. 7340/24.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32338/25.10.2016, formulată de ... în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 32 (treizecișidouă) pagini.