



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.

Data: 2019

Prin contestația nr. 10788/21.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 42096/21.10.2019, formulată de SC SRL cu sediul în, str., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr., întocmită de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul achiziției directe având ca obiect: „.....”, cod CPV 35331500-8, s-a solicitat:

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

- emiterea unui nou raport al procedurii cu excluderea ofertei SC SRL ca fiind inadmisibilă, ca având un preț neobișnuit de scăzut, care nu include toate costurile aferente, aducând astfel atingere concurenței loiale, ca fiind neconformă tehnic și stabilirea unei alte oferte câștigătoare dintre cele admisibile.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul precizează că a formulat contestație împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 181.594 din

18.10.2019 și a declarării ofertei câștigătoare ca fiind cea a SC SRL, acte pe care le consideră nelegale.

Referitor la cautiunea introdusă prin OUG nr. 45/2018, menționează că prezenta contestație nu se încadrează în condițiile prevăzute de Legea nr. 101/2016 modificată prin OUG nr. 45/2018 privind constituirea cautiunii prevăzute la art. 61¹.

În opinia sa prevederile art. 61¹ alin. (1) se aplică exclusiv procedurilor de atribuire și doar celor derulate în baza Legilor nr. 98, 99 și 100 din 2016, nu și a celor derulate în baza OUG nr. 114/2011.

De asemenea, învederează și art. 10 din Codul Civil: *Interzicerea analogiei: Legile care derogă de la o dispoziție generală, care restrâng exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege.*

Față de aceste aspecte, susține că nu datorează cautiunea prevăzută la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Referitor la competența materială a CNSC, arată că prin decizia nr. 1050/2018 din 13.03.2018, obținută într-o cauză similară, ICCJ a stabilit că achizițiile sau procedurile ce implică încheierea unui contract de achiziție publică așa cum este el definit în legislația achizițiilor publice, iar unul dintre participanți se consideră vătămat în drepturile sale, acesta poate să conteste actul nelegal în temeiul Legii nr. 101/2016 la CNSC.

Contestatorul susține că în motivarea deciziei sale, ÎCCJ invocă și jurisprudența CJUE din cauza C-26/03 Stadt Halle contra RPH Lochau.

Contestatorul face precizarea că această decizie vizează stabilirea competenței CNSC inclusiv în contractele de achiziție publică încheiate în urma unor proceduri exceptate de la aplicarea legislației incidente sau a achizițiilor sub pragul de procedură, în aplicarea principiilor stabilite de CE prin note directoare și de CJUE privind obligativitatea respectării principiilor fundamentale ale achizițiilor publice și în cazul contractelor care nu sunt atribuite prin una din procedurile descrise în legislație.

Contestatorul susține că, esența cauzei actuale este aceea că se încalcă principiul utilizării eficiente a fondurilor publice și necesitatea

asigurării unei concurențe efective și loiale prin achiziția unui produs care nu îndeplinește toate cerințele tehnice și este oferat la un preț care nu poate fi justificat și care are caracterul unui preț de dumping.

Aceste principii trebuie cu atât mai mult respectate cu cât achiziția se derulează pe bază de documentație de atribuire și pe bază de valoare estimată, situație care obligă autoritatea contractantă inclusiv la verificarea veridicității prețurilor neobișnuit de scăzute.

De asemenea, contestatorul susține că a obținut decizii prin care s-a stabilit competența CNSC în achizițiile directe și de la Curtea de Apel Craiova și de la Curtea de Apel Tg. Mureș.

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

Contestatorul susține că este unul dintre furnizorii principali de muniții, arme ușoare și armament de infanterie pentru instituțiile armate ale României, având o experiență de 15 ani în participarea la procedurile de achiziție de astfel de produse.

Totodată, arată că pentru actuala autoritate contractantă a livrat diverse categorii de muniții, în cadrul unor contracte atribuite în urma unor proceduri derulate în mod competitiv.

Contestatorul susține că, pentru îndeplinirea acestor contracte în mod legal, are calitatea de armurier autorizat de către Poliția Română pentru comercializare de arme și muniții și de persoană înregistrată la MAE-ANCEX pentru efectuarea de operațiuni de comerț exterior cu produse militare.

Interesul actual, personal și legitim este să aibă o șansă reală de a câștiga și executa contractul la nivelul capabilităților relevante pe care le are prin prisma livrărilor anterioare de produse similare.

Declararea ofertei SC SRL drept câștigătoare este făcută în opinia sa cu eludarea obligației de a verifica prețul neobișnuit de scăzut și cu nesocotirea unor cerințe tehnice, situație care îl vatămă profund.

Referitor la motivele de fapt și de drept ale formulării contestației contestatorul precizează următoarele:

Comunicarea rezultatului achiziției nu conține informațiile obligatorii impuse de art. 138 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 114/2011. Ea are un caracter general, nu indică prețul ofertei câștigătoare și nici alte avantaje relative pe care le are oferta declarată câștigătoare. În concluzie, comunicarea este considerată nelegală și trebuie a fi anulată.

Contestatorul consideră că prețul ofertei desemnate câștigătoare este neobișnuit de scăzut.

În susținere, menționează că din alte achiziții sau proceduri de atribuire derulate recent și la care SC SRL sau interpușii săi au participat și nu le-au câștigat în concurență reală cu societatea sa, știe că acesta oferă un preț nesustenabil și care nu poate fi justificat corespunzător, atât pentru produs, cât și pentru livrarea acestuia la sediul autorității contractante.

Prețul neobișnuit de scăzut se determină atât prin raportarea la prețurile pieței, cât și la prețurile oferite de ceilalți concurenți.

Cu privire la acest aspect, arată că autoritatea contractantă cunoaște atât prețurile pieței, pe cele oferite la alte instituții din MAI - IGPR, IGPF, IGJR, cât și pe cele oferite în achiziție, deci avea toate elementele necesare la dispoziție pentru a sesiza aparența de preț neobișnuit de scăzut.

Cu toate acestea, consideră că autoritatea nu a făcut verificările necesare și nu a cerut ofertantului SC SRL justificarea riguroasă a prețului.

Contestatorul menționează că oferta SC SRL are un preț nerealist, nesustenabil și nejustificat prin raportare la cantitatea contractului, situație generată în principal de neconformitatea tehnică a produsului oferit, dar și de calitatea neverificată a acestuia, precum și de costurile nereale pentru livrare, fapt care trebuie să conducă la respingerea ofertei acestuia.

Acest fapt demonstrează că oferta SC SRL nu a ținut cont de costurile reale ale livrării produselor și de anvergura transportului special, deci prețul nu conține elemente reale.

Astfel, arată că muniția de cal. 9x19 mm oferită de SC SRL este fabricată în județul Bistrița-Năsăud, fapt care adaugă costuri suplimentare și o logistică mai complexă, lungind și timpii de executare a livrării. De la Bistrița la sediul DGPMB sunt peste 450 km doar dus, dar cheltuielile cu transportul și escorta conform legii se calculează și pe întors, deci pentru minim 900 km. La fel, livrarea nu se poate realiza într-o singură zi, dat fiind programul de testare ce trebuie parcurs, precum și dificultatea drumului pe cca. 50% din distanță (drum de munte cu numeroase serpentine).

În concluzie, susține că nu există garanția că aceste prețuri sunt reale și nu sunt de fapt prețuri de dumping.

Referitor la propunerea tehnică contestatorul consideră că aceasta nu îndeplinește cerințele tehnice și de siguranță impuse.

Ca informație relevantă, susține că muniția 9x19 mm fabricată de SC SRL a mai fost ofertată în anii 2018 și 2019 la proceduri organizate de IGPR, IGPF (2 proceduri), MAPN, oferte care au fost toate respinse. Pentru acest motiv, la procedura organizată de IGJR nu a mai depus ofertă.

Consideră că această situație ar fi trebuit să genereze o atitudine prudentă a autorității contractante în evaluarea și declararea drept câștigătoare a acestei oferte.

Astfel, arată că autoritatea a mai primit oferte pentru acest tip de cartuș și cunoaște faptul că el nu este conform tehnic, fapt confirmat și de excluderea ofertei pentru acest tip de cartuș de către IGPR la procedura din anul 2019.

De asemenea, susține că la achiziția de cartușe de la IGPF din 2018 a depus un document care are toate elementele pentru a fi considerat conținând elemente de falsificare. Prin acest document, se recunoaște de către fabricant că produsul nu este omologat conform normelor de siguranță aplicabile.

Aceste norme aplicabile sunt cele ale Comisiei Internaționale Permanente pentru Testarea armelor de foc portabile de la Bruxelles, prescurtat CIP. Armele pe care autoritatea contractantă le are în dotare sunt garantate pentru funcționarea în siguranță exclusiv cu muniție omologată CIP, iar unele cu muniție omologată SAAMI (omologul din SUA al CIP) sau NATO.

Cu privire la acest aspect, contestatorul susține că muniția ofertată de SC SRL nu deține omologare corespunzătoare pentru aceste standarde.

În ceea ce privește neconformitățile tehnice, dorește să releve faptul că produsul ofertat de către SC SRL pentru cartușul 9x19 mm nu îndeplinește cel puțin următoarele cerințe tehnice din Specificația tehnică impusă:

- nu este destinat funcționării în pistoale automate, conf. cerinței de la pct. 2;

- nu este demonstrat parametrul în conformitate cu cerința, el fiind exprimat la 10 m de gura țevii și nu este depus document probant relevant pentru cerința de la pct. 3.5;

- nu îndeplinește cerința și nu a depus documentele probante impuse pentru demonstrarea preciziei prin metoda semiperimetrului pentru cerința de la pct. 3.6;

- tubul cartuș nu este inscripționat cu anul de fabricație conform cerinței 5.2.

- nu este îndeplinită condiția impusă de la cerința 6.

Totodată, contestatorul precizează că propunerea tehnică trebuie să fie însoțită de documentele probante, conform art. 31 din OUG nr. 114/2011. Nu pot fi avute în vedere declarații pe proprie răspundere a ofertantului.

În același timp, susține că fiind cunoscut produsul pe care încearcă să-l fabrice SC Phoenix MS SRL, nu se poate accepta faptul că el ar putea să producă un cartuș 9x19 mm cu alte caracteristici decât cel pe care îl are efectiv în producție. În această ipoteză, ar rezulta că acesta a oferat un produs inexistent la momentul prezentării ofertei, pentru care nu pot exista confirmări că el va îndeplini cerințele impuse.

Astfel, arată că produsul oferat trebuie să fie existent la momentul ofertării și să se demonstreze că el îndeplinește toate cerințele specificației tehnice.

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

De asemenea, solicită acces la dosarul depus la Consiliu în vederea formulării de concluzii scrise.

Prin adresa nr. 10811/24.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 42947/25.10.2019, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205828179/1, tranzacția: 908439759/1660409360 din data de 24.10.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 730,00 lei.

Prin adresa nr. 209458/24.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 43016/25.10.2019, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză și dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă invocă excepția de necompetență materială a Consiliului în soluționarea cauzei, iar în subsidiar, în măsura respingerii excepției, solicită respingerea contestației ca fiind neîntemeiată, pentru considerentele următoare:

Cu privire la competența materială a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor de a soluționa contestația formulată de către SC SRL, împotriva actelor autorității contractante întocmite pentru achiziționarea de muniție (cartușe calibru 9x19 mm - cod CPV 35331500-8), inițiată cu anunț de publicitate nr. ADV publicat în SEAP la data de 03.10.2019, solicită Consiliului să constate faptul că în prezenta speță nu este vorba de o procedură de atribuire.

Autoritatea contractantă precizează că nu a derulat niciuna din procedurile de atribuire prevăzute de Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, pentru achiziționarea de - cod CPV 35331500-8), respectiv licitația restrânsă, dialogul competitiv, negocierea, cererea de oferte, cum sunt enumerate limitativ la art. 3 pct. 27 din OUG nr. 114/2011.

Autoritatea contractantă susține că și-a exercitat dreptul de a achiziționa direct produsul, drept prevăzut de art. 56 din OUG nr. 114/2011 care stipulează că *„autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii 1 a cap. II, nu depășește echivalentul în lei a 100.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ”* întrucât valoarea estimată fără TVA a achiziției nu depășește pragul valoric de 100.000 de euro prevăzut de art. 56.

În conformitate cu prevederile art. 12 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 este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2)”*, iar potrivit dispozițiilor art.12 alin. (2) din același act normativ *„contestațiile care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicțională competent”*.

Având în vedere faptul că achiziția directă nu reprezintă o procedură de atribuire, autoritatea consideră că competența de soluționare a contestației formulată de SC SRL nu aparține Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor ci Tribunalului - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, întrucât este o autoritate publică locală și nu centrală, aspect relevat de art. 12 alin. (1) din Legea nr. 218/2002 privind organizarea și funcționarea Poliției potrivit căruia *„în municipiul se organizează și funcționează ca unitate cu personalitate juridică, condusă de un director general, ajutat de adjuncți”*.

În susținere invocă și art. 10 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ care stipulează că *„litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 3.000.000 de lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale,*

precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 3.000.000 de lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede altfel”.

În susținerea celor menționate anterior invocă Decizia CNSC nr. 1297/C3/1439/01.08.2019 de declinare a competenței de soluționare în favoarea Tribunalului - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, pronunțată într-o speță identică în care autoritatea a avut calitatea de pârât precum și Decizia civilă nr. 244/04.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel - Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 2470/2/2019.

În fapt, autoritatea contractantă susține că achiziționarea de - cod CPV 35331500- 8) se realizează prin „*achiziție directă*”, în conformitate cu prevederile art. 56 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, deoarece valoarea estimată a achiziției este de 36.500 lei fără TVA, respectiv 7.686,96 euro fără TVA (la cursul BNR 1 euro = 4,7483 lei din data de 03.10.2019).

Pentru realizarea acestei achiziții, necesară exercitării atribuțiilor sale, astfel cum sunt reglementate de Legea nr. 218/2002 privind organizarea și funcționarea, precum și pentru respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 114/2011: nediscriminarea, tratamentul egal, transparența eficientizarea utilizării fondurilor publice, autoritatea a publicat la data de 03.10.2019 în SEAP anunțul publicitate numărul ADV care conține caietul de sarcini și specificația tehnică a produsului, informațiile privind caracteristicile produselor, depunerea ofertei, documentele solicitate, condițiile contractului și condițiile de participare.

În urma publicării anunțului publicitate și în termenul limită de primire a ofertelor stabilit în anunț, respectiv 07.10.2019 ora 14⁰⁰, autoritatea precizează că au fost depuse 2 oferte de preț de la următorii operatori

economici: SC SRL (înregistrată cu nr. 180.875 din 07.10.2019) și SC SRL (înregistrată cu nr. 180.860/07.10.2019).

În cadrul ofertelor depuse, operatorul economic SC SRL a depus declarație de confidențialitate, în sensul că declară confidențiale propunerea tehnică, toate documentele probante aferente propunerii tehnice din cadrul ofertei depuse în procedură.

După primirea ofertelor depuse, având în vedere atribuțiile instituției reglementate prin Legea nr. 218/2002 și Legea nr. 360/2002, autoritatea contractantă susține că specialiștii din cadrul Serviciului de Logistică, în scopul verificării și evaluării ofertelor, au solicitat clarificări suplimentare de la cei doi ofertanți și au primit răspunsuri. În urma acestei evaluări, autoritatea contractantă, prin Serviciul de Logistică, a constatat că ambele oferte sunt conforme și corespund din punct de vedere tehnic cu cerințele solicitate prin caietul de sarcini și specificațiile tehnice (anexă a caietului de sarcini), fiind admisibile din punct de vedere tehnic.

Autoritatea contractantă susține că pentru respectarea principiului „*eficiența utilizării fondurilor publice*” prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 114/2011, a stabilit că oferta depusă de SC SRL este oferta cu „*prețul cel mai scăzut*”.

De asemenea, autoritatea precizează că în urma acestor activități, în temeiul art. 56 și art. (2) alin. 2 lit. f) din OUG nr. 114/2011 s-a propus de către Serviciul de Logistică și aprobat de către ordonatorul de credite ca achiziționarea acestor produse să se facă prin cumpărare directă de la operatorul care are prețul cel mai mic și propunerea tehnică conformă cu cerințele caietului de sarcini și specificațiile tehnice și admisibilă din punct de vedere tehnic, respectiv de la SC SRL.

Întrucât art. 56 prevede doar condiția că achiziția directă se realizează pe bază de document justificativ, autoritatea susține că urmează a se încheia contract de furnizare cu acest operator economic.

După finalizarea activităților precizate anterior, pentru respectarea principiului transparenței, în temeiul art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 114/2011, autoritatea contractantă susține că a comunicat prin adresă ofertanților, inclusiv contestatorului rezultatul procedurii, respectiv că pentru - cod CPV 35331500-8) oferta acestuia nu a fost declarată câștigătoare și că oferta câștigătoare a fost cea depusă de către SC SRL a cărei propunerea financiară a fost mai avantajoasă (prețul este mai mic).

Studiind motivele de fapt invocate de contestator la paginile 3, 4, 5, 6 și 7 din contestație, autoritatea contractantă susține că se deduce faptul că acestea se referă la nerespectarea unor principii și reguli aplicabile doar procedurilor de atribuire prevăzute limitativ de lege la art. 3 pct. 27 din OUG nr. 114/2011, principii și reguli prevăzute la art. 137, art. 138, art. 151, art. 153 alin. (1), art. 154 alin. (3) și (4), art. 158, art. 172, art. 177, dispoziții legale care nu sunt aplicabile achiziției directe, achiziția directă fiind efectuată în temeiul altor prevederi legale,

respectiv art. 2 alin. (2) lit. a) - g) și art. 56 din OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității.

Autoritatea contractantă precizează că aceste reguli și principii privesc criteriile de calificare și selecție aplicate în cazul unei proceduri de atribuire, reglementate de art. 151, art. 153 alin. (1), art. 154 alin. (3) și (4), art. 158, art. 172, obligațiile autorităților contractante în privința comunicărilor și motivărilor deciziilor în cadrul unei proceduri de atribuire reglementate prin art. 137 și art. 138, fundamentarea prețului neobișnuit de scăzut, reglementată la art. 177 din OUG nr. 114/2011.

Cu referire la activitățile mai sus descrise autoritatea susține că acestea s-au materializat în rapoarte, procese-verbale și adrese pe care le atașează la prezentul punct de vedere.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate faptul că susținerile contestatorului sunt neîntemeiate.

În temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, menționează că în cadrul ofertelor depuse, operatorul economic SC SRL a declarat confidențiale propunerea tehnică și toate documentele probante aferente propunerii tehnice.

Mai precizează că, datorită faptului că achiziția de muniție s-a efectuat prin cumpărare directă conform art. 56 din OUG nr. 114/2011, prin publicarea în SEAP a unui anunț de publicitate, nu există posibilitatea tehnică de a publica în SEAP contestația în termen de o zi lucrătoare de la primire (art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016), achiziția nefăcând obiectul vreunui anunț de participare/anunț de participare simplificat.

Prin adresa nr. 10834/31.10.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 44018/31.10.2019, contestatorul a depus concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei.

Referitor la competența materială a CNSC, contestatorul solicită respingerea excepției invocate de autoritatea contractantă, ea fiind deja contrazisă de situația de fapt.

Contestatorul susține că există deja numeroase decizii date de Curtea de Apel, Curtea de Apel Craiova și Curtea de Apel Tg. Mureș care confirmă competența materială a CNSC. Toate aceste instanțe au decis, suplimentar față de deciziile date de CNSC în spețe similare, că achizițiile directe realizate pe bază de documentație de atribuire, organizate competitiv și care urmăresc încheierea unui contract nu sunt achiziții directe, ci proceduri simplificate.

Cea mai recentă decizie obținută de contestator este cea dată de Completul 9 al CNSC prin decizia nr. 1866/C9/2000 din 24.10.2019 privind o achiziție directă realizată de IPJ Harghita împotriva declarării drept câștigătoare a ofertelor pentru

În concluzie, contestatorul consideră că Consiliul este competent să soluționeze această contestație.

Referitor la aplicabilitatea principiilor achizițiilor publice, consideră că încă o dată DGPMB se află în eroare.

Contestatorul reiterează faptul că atât CNSC, cât și instanțele au reținut că ceea ce au organizat majoritatea structurilor teritoriale de poliție a fost o procedură simplificată, prevăzută de art. 54 din OUG nr. 114/2011.

Mai mult, arată că aplicabilitatea principiilor fundamentale ale achizițiilor publice în achizițiile aflate sub pragurile de procedură este statuată de interpretările CJUE reunite în *comunicarea interpretativă a comisiei* cu privire la regulile comunitare aplicabile atribuirii contractelor nesupuse sau supuse parțial prevederilor Directivelor privind Achizițiile Publice (2006/C 179/02). Deciziile CJUE sunt obligatorii pentru toate statele membre, iar comunicarea învederează că principiile din achiziții publice sunt derivate din Tratat, fiind, deci, obligatorii și din această privință.

Contestatorul arată că această comunicare a fost transpusă în art. 2 al HG nr. 925/2006 și este actualmente transpusă în mod aproape identic în art. 1 alin. (1) din HG nr. 395/2004. *În procesul de realizare a achizițiilor publice orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, denumită în continuare Lege.*

Referitor la prețul ofertei câștigătoare contestatorul susține că este neobișnuit de scăzut deoarece din alte achiziții sau proceduri de atribuire derulate recent și la care SC SRL sau interpușii săi au participat și nu le-au câștigat în concurență reală cu societatea sa, știe că acesta oferă un preț nesustenabil și care nu poate fi justificat corespunzător, atât pentru produs, cât și pentru livrarea acestuia la sediul autorității contractante.

Contestatorul arată că chiar la DGPMB acesta a ofertat pentru o cantitate dublă de produse un preț de 0,75 lei/buc, fiind nerealist să se

considere că acum, pentru jumătate din această cantitate, va avea costuri mai mici.

În concluzie, contestatorul consideră că nu există garanția că aceste prețuri sunt reale și nu sunt de fapt prețuri de dumping, fiind obligatorie justificarea acestuia.

De asemenea, contestatorul susține că oferta nu îndeplinește cerințele tehnice și de siguranță impuse. În acest sens, se întreabă de ce DGPMB nu este deloc interesată că produsul nu este omologat conform normelor de siguranță aplicabile. Din postura de polițiști, adică de apărători ai legii, consideră că ar trebui să fie, în primul rând, interesați să combată falsurile în declarații, falsurile în înscrisuri și, în general, impostura, mai ales când acestea se petrec chiar sub ochii lor.

Totodată învederează Consiliului că muniția fabricată de SC SRL a mai fost ofertată către DGPMB la data de 11.07.2019, deci DGPMB se află în posesia documentelor tehnice pe care acesta le-a prezentat atunci. Susține că, dacă avea minima curiozitate să le compare pe cele din iulie cu cele din octombrie, ar fi constatat că acum, pentru același produs, SC SRL a depus o altă fișă tehnică, aceasta conținând, în mod evident, date nereale.

Astfel, susține că SC SRL produce un singur tip de și conform tipului NATO model M882.

Contestatorul anexează prezentelor concluzii documente depuse de SC SRL la achiziția din iulie, de unde susține că se observă justetea criticilor pe care le-a formulat, respectiv:

- în Fișa de informații a produsului se menționează arme tipice - pistol cal. 9x19, iar în raport de producție sunt listate armele cu care a fost testată muniția pentru funcționare: Glock 17, H&K SFP9, SIG Sauer SP2022, acestea fiind pistoale, nu pistoale automate, ceea ce confirmă critica că muniția nu este certificată pentru funcționarea în pistoale automate;

- tot din Fișa de informații a produsului se menționează viteza calculată la gură de 360 m/s și țeava de testare de 20 cm. Se confirmă

critica că produsul nu îndeplinește cerința de la pct. 3.5 și condiția de a fi testată cu țevă de 150 mm/15 cm;

- mai există și un alt document, denumit *Specificații tehnice pentru muniție calibru 9x19 mm Parabellum FMJ*, de unde rezultă la fel că țeava de testare are 20 cm, că viteza este prelevată la 10 m de gura țevii și nu la gura țevii, dar și că viteza înregistrează constructiv variații (AV) de 20 m/s, ceea ce conduce la nerespectarea cerinței minime pentru viteză. Un calcul simplu arată că aplicând toleranța de 10 m/s și variația constructivă de 20 m/s, se poate ajunge la viteze de 250-260 m/s la gură, ceea ce corespunde, de fapt, vitezei trecute în Fișa de informații;

- în propunerea tehnică prezentată în iulie 2019 prin interpusul Squad Store SRL, se confirmă neconformitățile criticate pentru viteză, precizie și neinscripționarea tubului cartuș cu anul fabricației, precum și faptul că nu sunt demonstrate intervalele climatice.

Contestatorul precizează că se observă că precizia este exprimată la distanța de 46 - 50 m și în principal prin raza medie a grupului de 10 lovituri, deci nu prin metoda semiperimetrului la distanța de 25 m, așa cum a fost impus.

Cu privire la inscripționarea tubului cartuș consideră că se impun următoarele comentarii:

Într-o achiziție publică, legea obligatorie pentru autoritatea contractantă și pentru participanți o reprezintă documentația de atribuire. Deci, chiar dacă în Legea nr. 295/2004 se prevede că muniția fabricată în România nu trebuie, în mod obligatoriu, să fie inscripționată cu anul de fabricație pe tubul cartuș, specificația tehnică o impune în mod clar, iar în anunț se menționează criterii de atribuire: „prețul cel mai scăzut” în condițiile respectării în totalitate a cerințelor din caietul de sarcini și în specificația tehnică anexată la acesta.

Pe de altă parte, arată că Legea nr. 295/2004 impune ca muniția fabricată în România să fie inscripționată pe tub cu tipul de muniție, condiție pe care muniția SC SRL nu o îndeplinește, deci nu se poate reține argumentul prezentat de acesta la toate IPJ-urile pentru a scuza neconformitatea ofertei sale.

De asemenea, contestatorul precizează că din dosarul procedurii se rețin ca fiind relevante alte 2 aspecte.

Primul este acela că acum propunerea tehnică a SC SRL este complet modificată, ea fiind, practic, o reluare a cerințelor, ceea ce nu este admisibil.

Al doilea este acela că răspunsul SC SRL la solicitarea de clarificări nr. 181227 din 11.10.2019, prin care i se cerea să depună documentele anexă ale propunerii tehnice din care să reiasă caracteristicile tehnice și performanțele produsului ofertat, constă într-o fișă tehnică care reia absolut neschimbate toate cerințele din specificația tehnică întocmită de DGPMB.

Cu privire la acest aspect contestatorul susține că această fișă este complet diferită de cea prezentată în iulie 2019, fiind evident că acest

document a fost întocmit exclusiv pentru a răspunde clarificării solicitate și că nu corespunde realității. Mai mult, susține că atrage atenția și faptul că se declară că muniția este produsă în anul 2019, or specificația conform căreia a produs muniția în anul 2019 este cea depusă la achiziția din iulie 2019.

În același timp, arată că fiind cunoscut produsul pe care încearcă să-l fabrice SC SRL, el fiind ofertat la toate IPJ-urile, nu se poate accepta faptul că el ar putea să producă un cartuș 9x19 mm cu alte caracteristici decât cel pe care îl are efectiv în producție. În această ipoteză, ar rezulta că acesta a ofertat un produs inexistent la momentul prezentării ofertei, pentru care nu pot exista confirmări că el va îndeplini cerințele impuse. Produsul ofertat trebuie să fie existent la momentul ofertării și să se demonstreze că el îndeplinește toate cerințele specificației tehnice.

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

Prin adresa nr. 209458/07.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 45472/08.11.2019, autoritatea contractantă a formulat concluzii scrise față de contestația formulată de SC SRL, prin care susține în continuare în totalitate excepția de necompetență materială a Consiliului și apărările formulate prin punctul de vedere nr. 209.458/24.10.2019.

Cu privire la competența materială a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor de a soluționa contestația formulată de către SC SRL, împotriva actelor autorității contractante întocmite pentru achiziționarea de muniție (cartușe calibru 9-19mm), inițiată cu anunț de publicitate nr. ADV publicat în SEAP la data de 03.10.2019, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că, în prezenta speță, nu este vorba de o procedură de atribuire ci de achiziție prin cumpărare directă, prevăzută de art. 56 din OUG nr. 114/2011 care stipulează că „autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii I a cap. II, nu depășește

echivalentul în lei a 100.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ”, întrucât valoarea estimată fără TVA a achiziției nu depășește pragul valoric de 100.000 de euro prevăzut de art. 56.

Autoritatea contractantă susține că nu a derulat niciuna din procedurile de atribuire prevăzute de OUG nr. 114 /2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, pentru), respectiv licitația restrânsă, dialogul competitiv, negocierea, cererea de oferte, cum sunt enumerate limitativ la art. 3 pct. 27 și art. 54 din OUG nr. 114/2011.

Contrar susținerilor contestatorului, arată că nu a organizat o procedură simplificată prevăzută de art. 54 din OUG nr. 114/2011, aspect ce rezultă din chiar conținutul anunțului publicat în SEAP în care se menționează fără echivoc tipul anunțului „*cumpărare directă*”, iar la rubrica „*Condiții referitoare la contract*” se menționează că „*Achiziția produselor se va realiza prin cumpărare directă în urma analizării ofertelor depuse*”.

De asemenea, autoritatea contractantă nu a aplicat criteriile de calificare și selecție, ci doar a precizat în anunțul de cumpărare directă nr. ADV tot la rubrica „*Condiții referitoare la contract*”, drept criteriu de atribuire „*prețul cel mai scăzut*” strict pentru respectarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice prevăzut la art. 2 lit. f) din OUG nr. 114/2011.

Totodată precizează că expresia „*criteriu de atribuire*” nu schimbă tipul de cumpărare, care este directă, nu are drept consecință juridică considerarea achiziției ca fiind procedură de atribuire, iar voința autorității contractante a fost și este aceea de a achiziționa direct produsul, așa cum rezultă și din procesul-verbal nr. 181.466/16.10.2019 (aflat la dosarul achiziției) prin care ordonatorul de credite a aprobat achiziția.

De asemenea, solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă nu a realizat achiziția directă „*pe bază de documentație de atribuire, organizate competitiv*” cum lasă să se înțeleagă contestatorul în concluziile scrise. Ceea ce contestatorul denumeste „documentație de atribuire” în opinia autorității contractante reprezintă, descrierea caracteristicilor produsului necesar a fi cumpărat, descriere realizată prin caietul de sarcini cu specificații tehnice, așa cum prevede OMAI nr. 29/2011 privind competențele de achiziție a produselor și serviciilor în Ministerul Administrației și Internelor.

Astfel, autoritatea contractantă susține că scopul publicării anunțului nr. ADV 1107038 a fost acela de a se respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. 2 lit. a), b), d), f) respectiv nediscriminare, tratament egal, transparența, eficiența utilizării fondurilor publice, și nu de a realiza o achiziție „organizată competitiv”.

De asemenea, contrar susținerilor contestatorului, autoritatea arată că în conformitate cu art. 20 alin. (2) din OUG nr. 114/2016 „*Prevederile*

Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, și Legii nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, nu se aplică contractelor a căror atribuire este reglementată de prezenta ordonanță de urgență și nici celor excluse din domeniul de aplicare a prezentei ordonanțe de urgență, conform prevederilor din această secțiune” și prin urmare nu se aplică nici prevederile HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă arată că în conformitate cu prevederile art. 12 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 este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2)*” iar potrivit dispozițiilor art.12 alin. (2) din același act normativ „*contestațiile care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicțională competent*”.

Având în vedere faptul că achiziția directă nu reprezintă o procedură de atribuire, autoritatea contractantă consideră că competența de soluționare a contestației formulate de SC SRL nu aparține Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, ci Tribunalului Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, întrucât este o autoritate publică locală și nu centrală, conform art. 12 alin. 1 din Legea nr. 218/2002 privind organizarea și funcționarea potrivit căruia „în municipiul se organizează și funcționează ca unitate cu

personalitate juridică condusă de un director general, ajutat de adjuncți”.

Totodată art. 10 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ stipulează că *„litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 3.000.000 de lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 3.000.000 de lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede altfel”*.

În susținerea celor menționate anterior, invocă Decizia Consiliului nr. 1297/C3/1439/01.08.2019 de declinare a competenței de soluționare în favoarea Tribunalului - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, pronunțată într-o speță identică, în care autoritatea contractantă a avut calitatea de pârât, precum și Decizia civilă nr. 244/04.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel - Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul civil nr. 2470/2/2019.

Cu privire la susținerile contestatorului care apreciază că prețul oferit de SC SL. este neobișnuit de scăzut, solicită Consiliului să constate că acesta este un fapt neadevărat, deoarece, în conformitate cu art. 177 alin. 2 din OUG nr. 114/2011 *„O ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 85% din valoarea estimată a contractului respectiv sau, în cazul în care în procedura de atribuire sunt cel puțin 5 oferte care nu sunt considerate inacceptabile și/sau neconforme, atunci când prețul ofertat reprezintă mai puțin de 85% din media aritmetică a ofertelor calculată fără a se avea în vedere propunerea financiară cea mai mică și propunerea financiară cea mai mare”*.

Așadar susține că prețul neobișnuit de scăzut se stabilește prin raportare la valoare estimată a contractului, (în cazul de față valoarea estimată fără TVA a contractului este 36.500 lei) și nu prin raportare la prețurile pieței cum în mod eronat susține contestatorul.

De asemenea solicită Consiliului să constate că diferența dintre prețul (preț/buc.) oferit de către contestator și cel oferit de către SC SRL este de doar 0,02 lei.

Mai mult decât atât, susține că în prezenta speță, nefiind vorba de o procedură de atribuire ci de achiziție directă, autoritatea contractantă nu are obligația prevăzută la art. 177 de a analiza prețul aparent neobișnuit de scăzut și nu are obligația prevăzută la art. 138 de a comunica prețul, cum în mod eronat susține contestatorul.

Studiind motivele de fapt invocate de contestator la paginile 3, 4, 5, 6 și 7 din contestație și din concluziile scrise, autoritatea contractantă

susține că se deduce faptul că acestea se referă la nerespectarea unor principii și reguli aplicabile doar procedurilor de atribuire prevăzute limitativ de lege la art. 3 pct. 27 din OUG nr. 114/2011, principii și reguli prevăzute la art. 137, art. 138, art. 151, art. 153 alin. (1), art. 154 alin. (3) și (4), art. 158, art. 172, art. 177, dispoziții legale care nu sunt aplicabile achiziției directe, achiziția directă fiind efectuată în temeiul altor prevederi legale, respectiv art. 2 alin. (2) lit. a)-g) și art. 56 din OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității.

Cu privire la susținerile contestatorului că ofertantul SC SRL nu este omologat conform normelor de siguranță aplicabile (pag. 5 din contestație și pag. 3 din concluziile scrise), autoritatea contractantă atașează, în fotocopie, autorizația CIP a ofertantului, emisă în anul 2018, și anexa acesteia.

Cu privire la susținerile contestatorului că oferta/produsul oferat de către SC SRL nu îndeplinește cerințele tehnice și de siguranță (pag. 5 din contestație și pag. 3-4 din concluziile scrise), autoritatea contractantă atașează, în fotocopie, fișa tehnică a produsului oferat de către SC SRL, aceasta confirmând toate caracteristicile constructive din cadrul propunerii tehnice nr. 344/04.10.2019.

Cu privire la criticile formulate de către contestator, și anume că muniția ofertată de către SC SRL nu este certificată pentru funcționarea în pistoale automate, autoritatea contractantă atașează, în fotocopie, Certificatul de conformitate nr. 483/06.11.2019, prin care firma SC SRL certifică funcționarea sistemului armă-muniției în regim automat.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită Consiliului să admită excepția de necompetență materială și să decline competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal.

În subsidiar, în cazul respingerii excepției, solicită Consiliului să constate faptul că susținerile contestatorului sunt neîntemeiate, având în vedere

faptul că activitățile, materializate în înscrisurile depuse la dosarul cauzei, au fost efectuate și întocmite cu respectarea prevederilor OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității și să dispună respingerea contestației ca neîntemeiată.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat achiziția directă având ca obiect: „....., prin publicarea în SEAP, a anunțului publicitate nr./03.10.2019. Criteriul de atribuire ales este: prețul cel mai scăzut.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căroră Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei, Consiliul, constată următoarele:

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

În analiza excepției, Consiliul reține că într-adevăr autoritatea contractantă a ales ca achiziția de muniție, respectiv „.....”, să se facă prin cumpărare directă.

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

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

- „c) contract - oricare dintre următoarele:

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

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

sunt definite la art. 3 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, cu titlu oneros, încheiate în scris între una sau mai multe autorități contractante, pe de o parte, și unul ori mai mulți operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, în sensul prezentei ordonanțe de urgență”.

Astfel, întrucât cumpărarea directă are ca obiect achiziționarea de produse, în speță: „.....” prin încheierea unui contract de achiziție publică, competența de soluționare revine Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, având în vedere considerentele ce urmează.

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

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

„2. Hotărârile care au generat conflictul negativ de competență

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

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

Prin sentința civilă nr. 4702/01.08.2017, Tribunalul - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal și-a declinat competența în favoarea Curții de Apel - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal invocând

faptul că litigiul are ca obiect un act administrativ emis de o autoritate publică de rang central.

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

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

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

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

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

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

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

Totodată, în soluționarea excepției Consiliul apreciază ca relevante considerentele reținute de Curtea de Justiție a Uniunii Europene la punctele 26-28 din Hotărârea pronunțată în cauza C-391/15 și la punctele 46-46 în cauza C-260/17, după cum urmează:

- Cauza C-391/15 Marina del Mediterráneo SL și alții împotriva

Agencia Pública de Puertos de Andalucía:

„26 Trebuie amintit că modul de redactare a articolului 1 alineatul (1) din directiva menționată presupune, prin folosirea expresiei „în ceea ce privește [procedurile de atribuire a contractelor]”, ca orice decizie a unei autorități contractante care intră sub incidența normelor izvorâte din dreptul Uniunii în domeniul achizițiilor publice și care le poate încălca să fie supusă controlului jurisdicțional prevăzut la articolul 2 alineatul (1) literele (a) și (b) din aceeași directivă. Prin urmare, această dispoziție se referă în general la deciziile unei autorități contractante, fără a distinge între deciziile respective în funcție de conținutul sau de momentul adoptării lor (a se vedea Hotărârea din 11 ianuarie

2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C- 26/03, EU:C:2005:5, punctul 28 și

jurisprudența citată).

27 Această accepțiune largă a noțiunii „decizie” a unei autorități contractante este confirmată de faptul că dispoziția de la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 nu prevede nicio restricție în ceea ce privește natura și conținutul deciziilor pe care le vizează. În plus, o interpretare restrictivă a acestei noțiuni ar fi incompatibilă cu dispozițiile articolului 2 alineatul (1) litera (a) din directiva menționată, care obligă statele membre să prevadă proceduri de adoptare a unor măsuri provizorii în privința oricărei decizii adoptate de autoritățile contractante (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie

2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C- 26/03, EU:C:2005:5, punctul 30 și

jurisprudența citată).

28 Rezultă că decizia de admitere a unui ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire, cum este cea în discuție în litigiul principal, constituie o decizie în sensul articolului 1 alineatul (1) din directiva menționată”;

- Cauza C-260/17 Anodiki Services EPE împotriva GNA, O Evangelismos – Ofthalmiatreio Athinon – Polykliniki, Geniko Oykologiko Nosokomeio Kifisias – (GONK) „Oi Agioi Anargyroi”:

„45 În această privință, atunci când o autoritate contractantă decide să nu inițieze o procedură de atribuire pentru motivul că, în opinia sa, contractul de achiziții în cauză nu intră în domeniul de aplicare al normelor pertinente ale Uniunii, o asemenea decizie poate face obiectul unui control jurisdicțional (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau,

C- 26/03, EU:C:2005:5, punctul 33).

46 Astfel, o abordare potrivit căreia Directiva 89/665 nu impune o protecție jurisdicțională în afara unei proceduri formale de achiziții, astfel încât nici decizia autorității contractante de a nu iniția o astfel de procedură, nici cea având ca obiect să se stabilească dacă un contract de achiziții publice intră în domeniul de aplicare al normelor relevante ale Uniunii nu pot face obiectul unei căi de atac, ar avea drept consecință ca aplicarea normelor relevante ale Uniunii să devină facultativă, la latitudinea fiecărei autorități contractante, în timp ce aplicarea acestora este însă obligatorie în cazul în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute în cuprinsul lor (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11

ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C- 26/03, EU:C:2005:5, punctele 36

și 37)”.
În ceea ce privește practica instanțelor naționale, Consiliul reține

că, prin Hotărârea nr. 495 din 26.09.2019, pronunțată în dosarul nr. 22347/3/2019, Curtea de Apel a soluționat conflictul de competență dintre Tribunalul și Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în favoarea CNSC, în ceea ce privește soluționarea unei contestații formulate în cadrul unei achiziții directe organizată tot în temeiul OUG nr. 114/2011 ca și achiziția directă în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei.

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

Procedând la analiza pe fond a cauzei, Consiliul reține că obiectul contestației îl reprezintă desemnarea ca și câștigătoare a ofertei aparținând SC SRL, contestatorul susținând că autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta acestuia din urmă deoarece prețul ofertat este neobișnuit de scăzut în raport cu cerințele

documentației de atribuire și prețurile pieței dar și ca neconformă deoarece nu a respectat cerințele tehnice și de siguranță din caietul de sarcini, motiv pentru care, va analiza oferta acestuia prin raportare la cerințele documentației de atribuire și legislația specifică în materie.

Având în vedere obiectul contractului și valoarea estimată a acestuia, rezultă că achiziția a fost organizată de autoritatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 56 din OUG nr. 114/2011 potrivit căroră *„Autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii 1 a cap. II, nu depășește echivalentul în lei a 100.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ”*.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația luând în considerare prevederile documentației de atribuire și principiile statuate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 114/2011.

Referitor la criticile contestatorului potrivit căroră oferta depusă de SC SRL ar fi neobișnuit de scăzută, Consiliul reține următoarele aspecte:

- Potrivit înscrisului *„notă privind anunț de publicitate referitor la achiziție directă.....”* aflat la pag. 47-49 din dosarul cauzei, valoarea estimată a contractului care urmează a fi încheiat este de 36.500 lei pentru cantitatea de;
- Raportând suma de mai sus la cantitatea de cartușe rezultă valoarea estimată de 36.500 lei: 50.000 cartușe = 0,73 lei/cartuș.

Procedând la verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că, în cadrul prezentei achiziții directe au fost depuse 2 oferte respectiv oferta contestatorului de 0,73 lei/cartuș (reprezentând 100% din valoarea estimată) și oferta SC SRL de 0,71 lei/cartuș (reprezentând 97,26% din valoarea estimată). Diferența dintre cele 2 oferte este de 0,02 lei/cartuș.

Având în vedere cele de mai sus, nu poate fi reținută critica privind prețul neobișnuit de scăzut ofertat de SC SRL în condițiile în care propunerea financiară a acestuia reprezintă 97,26% din valoarea estimată a contractului de achiziție în cauză iar contestatorul nu a prezentat nici un element al propunerii financiare care să probeze lipsa de sustenabilitate a acesteia.

Referitor la susținerea contestatorului potrivit căreia oferta SC SRL ar fi neobișnuit de scăzută față de prețul pieței, Consiliul o va respinge ca nedovedită având în vedere faptul că societatea contestatoare nu a indicat care este în opinia sa acel „preț al pieței” la care ar fi trebuit să se raporteze autoritatea contractantă.

Totodată, având în vedere că potrivit înscrisului „notă raport” nr. 177804/19.07.2019, autoritatea contractantă a mai încheiat în luna iulie 2019 un contract de la prețul de 0,73 lei/cartuș urmare a unui alt anunț publicitate, Consiliul apreciază că valoarea de 0,73 lei/cartuș rezultată din achiziția anterioară poate fi considerată preț al pieței, față de care oferta SC Phoenix MS SRL reprezentând tot 97,26% nu poate fi considerată aparent neobișnuit de scăzută.

Mai mult, având în vedere prevederile art. 177 alin. (2) din OUG nr. 114/2011 potrivit cărora *„O ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă **mai puțin de 85% din valoarea estimată** a contractului respectiv sau, în cazul în care în procedura de atribuire sunt cel puțin 5 oferte care nu sunt considerate inacceptabile și/sau neconforme, atunci când prețul ofertat reprezintă mai puțin de 85% din media aritmetică a ofertelor calculată fără a se avea în vedere propunerea financiară cea mai mică și propunerea financiară cea mai mare”* Consiliul reține că o ofertă de 97,26% din valoarea estimată nu este considerată neobișnuit de scăzută nici măcar în cazul procedurilor de atribuire prevăzute de OUG nr. 114/2011, cu atât mai puțin în cazul achiziției directe organizată conform aceluiași act normativ.

Referitor la criticile contestatorului referitoare la cerințele tehnice și de siguranță a produsului ofertat, Consiliul reține următoarele aspecte:

- potrivit anunțului publicitate, aflat la dosarul cauzei, criteriul de atribuire ales de autoritatea contractantă este *„prețul cel mai scăzut în condițiile respectării în totalitate a cerințelor din caietul de sarcini și în specificația tehnică anexată acestuia”*;
- la secțiunea „condiții referitoare la contract” punctul 5 din anunțul publicitate, autoritatea contractantă a stabilit că **„la elaborarea ofertei se va avea în vedere cuprinderea tuturor cerințelor** menționate în caietul de sarcini și în specificația tehnică anexată acestuia”
- la capitolul 1 „introducere” din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a precizat: *„caietul de sarcini (...) constituie ansamblul cerințelor pe baza cărora se elaborează de către*

fiecare ofertant propunerea tehnică. Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice. Acestea definesc, după caz și fără a se limita la cele ce urmează, caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, siguranța în exploatare, dimensiuni precum și sisteme de asigurare a calității, terminologie, simboluri, teste și metode de testare, ambalare, etichetare, marcare, condițiile pentru certificarea conformității cu standarde relevante sau altele asemenea”;

- în anexa caietului de sarcini se regăsește specificația tehnică nr. 685060/27.10.2017 cuprinzând caracteristicile cartușelor solicitate de autoritatea contractantă;
- la capitolul 5 „recepția produselor” din caietul de sarcini este precizat faptul că muniția livrată va fi testată iar recepția este condiționată de „situația conformității produselor livrate cu specificațiile tehnice”.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că atât SC SRL cât și societatea contestatoare au depus în vederea dovedirii caracteristicilor produselor oferite câte o fișă tehnică emisă de producătorul cartușelor, care sunt în concordanță cu cerințele din specificația tehnică, diferența constând în faptul că SC SRL este și producătorul cartușelor oferite iar contestatorul a oferit cartușe fabricate de un alt operator economic.

Suplimentar fișei tehnice a Parabellum 115 gr (7,45 g) FMJ care este în concordanță cu specificația anexă a caietului de sarcini, SC SRL a mai depus următoarele înscrisuri:

- autorizație armurier seria AO nr. 586/2016;
- declarație de conformitate;
- certificat de omologare CIP;
- certificat de atestare a implementării sistemului de management conform standardului SR EN ISO 9001:2015.

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la achiziția directă, iar prin depunerea ofertelor pentru achiziția în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (anunțul publicitate, caietul de sarcini și specificația tehnică a cartușelor) devine obligatorie atât pentru ofertanți în ceea ce privește modalitatea de elaborare a ofertelor cât și pentru autoritate, în cadrul verificării ofertelor depuse.

Având în vedere faptul că documentele depuse în oferta SC SRL sunt în concordanță cu specificațiile impuse în caietul de sarcini iar autoritatea contractantă nu a solicitat demonstrarea îndeplinirii specificațiilor tehnice prin rapoarte de testare sau alte documente similare ci a precizat că va stabili *„situația conformității produselor livrate cu specificațiile tehnice”* prin testare în cadrul procedurii de recepție, Consiliul reține că activitatea autorității contractante în etapa de verificare a ofertei SC SRL respectă rigorile impuse prin anunțul publicitate și documentele anexate.

Consiliul nu poate reține ca întemeiate afirmațiile contestatorului potrivit cărora ofertantul declarat câștigătorul procedurii de achiziție directă a depus în cadrul unei proceduri anterioare o fișă tehnică pentru, ... grame, având specificații tehnice diferite față de cele din prezenta cauză, deoarece astfel cum se menționează în copia fișei de produs prezentată, testarea cartușului în cauza anterioară s-a făcut pe o țeavă de presiune având o lungime de 200 mm și nicidecum de 150 mm, cum s-a solicitat și ofertat în prezenta achiziție.

Prin urmare, în lipsa unor documente contrare, devin incidente prevederile art. 249 c.p.c *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat”*.

Având în vedere prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că, în cadrul procesului civil, sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propune-rea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să dovedească faptul că produsul oferat de SC SRL nu îndeplinește cerințele din specificația tehnică impusă de autoritatea contractantă.

Or, contestatorul s-a limitat la simple susțineri privind pretinsa neconformitate a cartușelor oferate de SC SRL fără însă a produce vreo probă care să demonstreze că produsele oferate nu ar avea caracteristicile solicitate prin documentația de atribuire (funcționarea în pistoale automate, inscripționarea cu anul de fabricație) sau nu ar îndeplini performanțele cerute (viteză, precizie) în condițiile de testare stabilite de autoritatea contractantă.

Mai mult, Consiliul reține că, în situația în care aprecia că declararea ofertei câștigătoare a avut la bază prezentarea unor documente/fișe tehnice false sau care nu corespund cu realitatea, contestatorul avea dreptul de a sesiza organele de cercetare penală, Consiliul neavând competența de a se substitui acestora.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția lipsei de competență a CNSC, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 24 (douăzecișipatru) pagini.