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.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin Sentința nr. 1050 din 13.03....., pronunțată în Dosarul nr. 21736/3/2017, Înalta Curte de Casație și Justiție a soluționat conflictul negativ de competență ivit între Tribunalul ..... – Secția a II-a Civilă și de Contencios administrativ și fiscal, și Curtea de Apel ..... – Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în ceea ce privește competența materială de soluționare a cererii formulată de reclamanta ..... SRL în contradictoriu cu pârâta …… ....., stabilind competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Prin adresa din ....., transmisă de Înalta Curte de Casație și Justiție s-a retrimis contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ……/....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. ……., ..., cu sediul ales în vederea comunicării actelor de procedură la punctul de lucru din ……., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CIF ....., reprezentată legal de Administrator și Director General ..... și convențional prin ……., cu sediul în ....., ……., ..., împotriva „actelor autorității contractante în ceea ce privește inițierea unei proceduri netransparente și necompetitive în alte condiții decât cele prevăzute de lege cu scopul de a restrânge sau distorsiona concurența și de a interveni pe piața liberă în favoarea/defavoarea unor operatori economici, documentației de atribuire sau ..... descriptivă, invitațiilor de participare, precum și refuzul de a răspunde Notificării prealabile”, emise de către ……. ....., cu sediul în ....., ..., sector ....., cod poștal ……., în calitate de organizatoare a procedurii având ca

obiect „Acord-cadru furnizare «muniție diferite calibre»”, s-au solicitat suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea contestației, modificarea documentației de atribuire, anularea tuturor invitațiilor de participare, emiterea unor noi acte, stabilirea unei alte date pentru depunerea candidaturilor/ofertelor, ... de atribuire și sesizarea ANAP în condițiile art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

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

Fiind stabilită competența în favoarea Consiliului, în ceea ce privește soluționarea contestației prin care SC ..... SRL reclamă procedura de atribuire în cauză elaborată de …… ....., Consiliul reține că acesta își argumentează calitatea de persoană vătămată și capătul de cerere privind suspendarea procedurii, precizând că are un interes legitim în participarea în procedură, 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.

În data de 25.05.2017, contestatorul a primit din partea unor fabricanți de muniții cu care are relații de colaborare, o serie de documente din care rezultă că se află în derulare o procedură de achiziție de muniții în cadrul …….. Din aceste documente a rezultat că era vorba de o procedură de achiziție organizată pe mai multe loturi, pentru diferite tipuri de muniții, fără să fie publicată în SEAP și a cărei valoare estimată era de cca. 11.000.000 RON (cca. 2.450.000 EUR).

Societatea contestatoare consideră că autoritatea contractantă a inițiat o procedură de achiziție netransparentă, cu concurență restricționată și simulată și în care a intervenit direct în sensul alterării mecanismelor pieței concurențiale, folosind, direct sau prin interpuși, metode de influențare a participării/neparticipării unor operatori economici, metode de testare a intenției de participare/neparticipare a anumitor operatori economici și metode de aflare a unor prețuri.

..... SRL consideră că procedura este inițiată și derulată cu încălcarea flagrantă a normei de drept aplicabile și invocă dispozițiile art. ..... alin. (.....) lit. a) din OUG nr. 114/2011 și art. 5 lit. a) din OUG nr. 158/1999.

Totodată, precizează că prezenta procedură are ca obiect furnizarea de muniții, care sunt produse militare, către o instituție militară, munițiile cu aceste caracteristici supunându-se nu doar regimului de control instituit prin OUG nr. 158/1999, ci, în primul rând, celui instituit prin Legea nr. 295/2004, art. 101 alin. (3), acte normative care stabilesc fără echivoc caracterul de produs militar al produselor care fac obiectul contractului, fiind evident că procedura nu poate fi derulată decât prin aplicarea prevederilor OUG nr. 114/2011.

Contestatorul arată că tipul de procedură nu a fost permis de niciuna dintre prevederile OUG nr. 114/2011, în niciunul dintre cazurile posibile.

A invocat prevederile art. 13 din Legea nr. 544/2001, precum și ale art. 53 din OUG nr. 114/2011.

Ca urmare a celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, contestatorul invocă OUG nr. 114/2011, Legea 101/2016, Directivele europene, comunicările interpretative şi directoare ale CE, Codul Civil.

Prin adresa nr. 1208917/06.06.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 22091/07.06.2017, autoritatea contractantă precizează că a demarat achiziția de muniție, având o valoare estimată de 10.317.568,00 lei, în baza art. 22 litera a) din OUG nr. 114/2011, care stabilește: *„prezenta ordonanță de urgență nu se aplică în următoarele cazuri: a) contractelor pentru care aplicarea prezentei ordonanțe de urgență ar obliga statul român să ofere informații a căror divulgare este considerată ca fiind contrară intereselor sale fundamentale de securitate (...)*”.

În aplicarea articolului de lege indicat, autoritatea contractantă a justificat aplicarea excepției în baza argumentelor prezentate în Nota justificativă nr. 1207609/18.04.2017, anexată punctului de vedere.

Ca urmare a celor antemenționate, autoritatea contractantă invocă lipsa competenței materiale a Consiliului în soluționarea litigiului de față și solicită declinarea competenței, în aplicarea prevederilor art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016. Având în vedere acest context, autoritatea contractantă consideră că nu există motive întemeiate care să conducă la suspendarea achiziției.

În documentul *„Notă justificativă privind aplicarea unei proceduri proprii de achiziție având ca obiect furnizare muniție*”, anexat punctului de vedere prezentat anterior, autoritatea contractantă a precizat că atribuirea acordurilor-cadru de furnizare muniție se realizează prin aplicarea unei proceduri de achiziție proprii, neclasificate, prin excepție de la prevederile OUG nr. 114/2011, în temeiul art. 22 lit. a).

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ……./....., Consiliul i-a comunicat acestuia termenul de acces la dosarul cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise, prin adresa nr. ……/.....-...../09.05....., solicitând și un punct de vedere cu privire la excepția rămânerii fără obiect a capetelor de cerere din contestație, mai puțin capătul de cerere privind ..... de atribuire, având în vedere că procedura s-a finalizat prin semnarea acordurilor-cadru la 13.07.2017. Contestatorul s-a prezentat în vederea studierii în data de 10.05.....

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ……../09.05....., contestatorul reiterează capetele formulate prin contestația inițială,

astfel cum au fost precizate prin cererea precizatoare depusă la Curtea de Apel ..... în dosarul nr. ……. la termenul de judecată din data de 01.11.2017, precum și argumentele și apărările dezvoltate în fața Tribunalului ..... și a Curții de Apel .....

Referitor la capetele de cerere ale contestației, astfel cum au fost precizate în fața instanțelor de judecată, societatea contestatoare a solicitat anularea integrală a procedurii de atribuire, a raportului ce a stat la baza organizării procedurii, a notei justificative nr. 1207609 din data de 18.04.2017, a documentației de atribuire nr. …….. din data de 18.04.2017, a invitațiilor de participare emise în temeiul raportului, precum și a tuturor actelor subsecvente, ca urmare a constatării faptului că UM0461 a recurs în mod nelegal la exceptarea reglementată la art. 22 lit. a) din OUG nr. 114/2011.

Totodată, contestatorul solicită, în măsura în care Consiliul va aprecia că recurgerea la exceptarea reglementată la art. 22 lit. a) din OUG nr. 114/2011 a fost legală, anularea parțială a prevederilor din procedură, respectiv din raport, anularea invitațiilor de participare emise în temeiul acestuia din urmă, precum și a tuturor actelor subsecvente prin care au fost nominalizate în mod netransparent și necompetitiv cele 13 societăți care au intrat în posesia documentației de atribuire ca urmare a analizei de piață efectuate de autoritatea contractantă în mod discreționar și nelegal, procedura de atribuire fiind o intervenție a autorității contractante pe piața liberă cu efect vădit de restrângere și distorsionare a concurenței în favoarea/defavoarea unor operatori economici, precum și recunoașterea drepturilor și intereselor legitime ale societății, prin obligarea autorității contractante la refacerea procedurii și a raportului cu respectarea prevederilor legale, în sensul nominalizării …… ca operator economic invitat să participe la procedura de achiziție, respectiv la emiterea invitațiilor de participare inclusiv către ……, astfel încât aceasta să poată participa la procedura de atribuire, în calitate de operator economic, lider al pieței munițiilor militare în România, scop în care urmează a se stabili o altă dată pentru depunerea candidaturilor/ofertelor.

Referitor la soluția Înaltei Curți de Casație și Justiție de declinare a competenței de soluționare a cauzei către CNSC, obligația Consiliului de a respecta și aplica legislația achizițiilor în materie militară și jurisprudența CJUE aferentă/starea de fapt actuală, contestatorul subliniază următoarele aspecte:

Pentru justa soluționare a prezentei cauze, CNSC urmează să aibă în vedere reperele jurisprudențiale stabilite de Curtea de Justiție a Uniunii Europene cu privire la interpretarea noțiunilor referitoare la interesele fundamentale de securitate ale statelor membre și cerințele legitime de interes național, necesitatea, proporționalitatea și sarcina probei în cazul recurgerii la o derogare de la prevederile Directivei 2009/81 și ale art. 346 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii

Europene, și de la regula desfășurării unei proceduri de achiziție prevăzute de lege.

Inițierea unei astfel de proceduri de achiziție internă, netransparentă și necompetitivă, contravine flagrant prevederilor art. 346 alin. (.....) lit. b) din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, deoarece prevalarea autorității contractante de exceptarea reglementată la art. 22 lit. a) din OUG nr. 114/2011 a fost abuzivă și nelegală și a condus la afectarea în mod grav a condițiilor de concurență pe piața internă.

Pe fondul cauzei, contestatorul menționează că, din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene relevantă în speță se desprind o serie de principii esențiale în interpretarea exceptării de la aplicabilitatea OUG 114/2011:

În sensul că exceptările sunt de strictă interpretare și că sarcina de a dovedi necesitatea recurgerii la exceptare revine autorității contractante; simpla invocare a intereselor esențiale de securitate nu poate fi suficientă pentru justificarea derogării de la procedura legală și faptul că autoritatea contractantă trebuie să probeze că recurgerea la procedurile reglementate de lege nu era în măsură să protejeze confidențialitatea informațiilor.

Referitor la „poziția" societății ..... SRL, aceasta reiterează alegațiile din contestație, subliniind că autoritatea contractantă a afectat grav libera concurență, prin îngrădirea abuzivă a dreptului său de a participa în procedură.

Societatea contestatoare consideră că motivele de nelegalitate a procedurii subzistă inclusiv în prezent, după încheierea acordurilor-cadru ce au făcut obiectul procedurii, trebuind a fi cenzurate de îndată de către CNSC.

Contestatorul precizează că, în prezent, în cadrul dosarului nr. ……. aflat pe rolul secției a II-a contencios administrativ și fiscal a Tribunalului ....., Societatea a formulat și acțiune pentru pronunțarea nulității absolute a acordurilor-cadru atribuite în urma procedurii, anume acordul cadru nr. ……./ 13.07.2017 și contractul subsecvent nr. ...../ 18.07.2017 încheiate cu ……. S.R.L., acordul cadru nr. 96/ 13.07.2017 și contractul subsecvent nr. ...../ 18.07.2017 încheiate cu …….. S.R.L. și Acordul cadru nr. 97/ 13.07.2017 și contractul subsecvent nr. ...../ 19.07.2017 încheiate cu ……. S.A., pentru motivele de nulitate prevăzute de prevederile art. 58 alin. (.....) și alin. (2) lit. a), b), c), d), e) din Legea nr. 101/2016, art. 107-108 din OUG nr. 114/2011 și art. 207 din Codul civil (dosarul a fost suspendat până la soluționarea definitivă a prezentului dosar în fața CNSC).

Referitor la modul de desfășurare a procedurii de atribuire, nota justificativă nr. ……./18.04.2017, rezultă că UM0461 a transmis invitații de participare la procedură către 13 societăți, astfel cum au fost stabilite prin raportul referit. Potrivit documentului intitulat „procedură

proprie privind achiziția de muniție organizată prin excepție de la OUG nr. 114/2011, conform art. 22 lit. a), cod ……. din 14.03.2017", „[...] se va întocmi un raport în care se vor consemna prețurile estimate ale munițiilor ce fac obiectul procedurii de achiziție. Cu această ocazie se vor identifica și operatorii economici care vor fi invitați să participe la procedura de achiziție. În acest sens, responsabilul de procedură va transmite unității de profil o adresă prin care se solicită verificarea acestora în vederea stabilirii oportunității de a intra în relații contractuale". Contestatorul subliniază că ……. nu a reușit să răspundă în baza căror criterii a stabilit „oportunitatea" intrării în relații contractuale și exclusiv cu aceștia. Un alt act abuziv și nelegal constă în faptul că a fost clasificată doar procedura de selectare a candidaților invitați, deci informațiile „sensibile" erau tocmai acelea care țineau de afectarea concurenței reale prin arbitrariul alegerii acestor participanți, nu cele ce țineau de tipul, cantitatea și armele destinate munițiilor obiect al procedurii.

Societatea contestatoare arată că …….. nu îndeplinește criteriile de calificare și selecție din fișa de date referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Obiectul acordurilor-cadru reiese din fișa de date (pct. II.....2 lit. b) - tipul contractului și locul pentru livrare/prestare/execuție): furnizare, respectiv cumpărare de către autoritatea contractantă. Având în vedere natura acordului-cadru/contractului subsecvent ce a fost atribuit și încheiat cu ……, adică de furnizare de produse în care …… vinde și autoritatea contractantă cumpără, caracterul acordului-cadru și al contractului subsecvent sunt de contract de comercializare care implică operațiunile principale de vânzare și cumpărare de muniții, având titlu oneros.

Având în vedere că, în Certificatul constatator emis de către ONRC pentru …… nu există menționat obiectul de activitate comercializare de arme, ……. neavând nicio mențiune în acest sens, ceea ce trebuia să conducă la respingerea candidaturii acestuia.

Nelegalitatea acțiunilor …… și derogarea inacceptabilă de la prevederile propriei documentații de atribuire rezultă și din neevaluarea situației terțului susținător al ……., …… S.R.L., comerciant de ambulanțe, care nu are, nici acesta, nici obiectul de activitate impus și nici autorizările necesare derulării contractului. Se pune întrebarea cum a apreciat UM0461 că acesta îndeplinește nu doar criteriile de calificare și selecție, dar și posibilitatea efectivă de a interveni în derularea contractului conform legii dacă nu are nici experiență similară și nici nu este autorizat să deruleze astfel de operațiuni cu muniții.

De asemenea, contestatorul subliniază că a fost afectat interesul public, astfel reiese din atribuirea acordurilor cadru și contractelor subsecvente cu favorizarea ……., …… și ……., la prețuri mai mari decât valoarea maximă estimată și cu derularea nelegală a contractelor subsecvente peste termenele contractuale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ……../11.05....., autoarea contestației a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la depunerea la dosarul cauzei a copiei integrale a dosarului achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ……../16.05....., contestatorul a trimis „punctul de vedere" privind excepția rămânerii fără obiect a capetelor de cerere din cuprinsul contestației, menționând următoarele aspecte:

..... SRL menționează că, prin notele scrise formulate în dosar și transmise la data de 09.05..... a arătat la primul punct împrejurarea conform căreia capetele de cerere din contestaţia inițială au fost precizate prin cererea precizatoare depusă la Curtea de Apel ..... în dosarul nr. ……. la termenul din data de 01.11.2017, sens în care capătul principal de cerere se referă la anularea integrală a „procedurii proprii privind achiziția de muniție organizată prin excepție de la OUG nr. 114/2011, conform art. 22 lit. a)" și a raportului nr. …….. din data de 14.03.2017, a notei justificative nr. 1207609 din data de 18.04.2017, a documentației de atribuire nr. 1207611 din data de 18.04.2017, a invitațiilor emise în temeiul raportului, precum și a tuturor actelor subsecvente emise în cadrul procedurii, ca urmare a constatării faptului că …….. a recurs în mod nelegal la exceptarea reglementată la art. 22 lit. a) din OUG nr. 114/2011.

Astfel, urmare a precizării, restul capetelor de cerere au dobândit o natură subsidiară, fiind judecate numai în măsura în care Consiliul va aprecia că recurgerea la exceptare a fost legală, caz în care CNSC va dispune anularea invitațiilor de participare emise în temeiul raportului, precum și a tuturor actelor subsecvente prin care au fost nominalizate, în mod netransparent și necompetitiv, cele 13 societăți care au intrat în posesia documentației de atribuire ca o consecință a analizei de piață efectuate de autoritatea contractantă în mod discreționar și nelegal, cu consecința refacerii procedurii și raportului, în sensul recunoașterii drepturilor și intereselor legitime în această procedură.

Conform principiului disponibilității, solicită CNSC să țină cont de capetele de cerere în varianta precizată conform art. 204 din Codul de procedură civilă, dispozițiile art. 204 devenind temporar aplicabile, de la momentul declinării soluționării cauzei de la CNSC către Tribunalul ..... și până soluționarea conflictului de competență de către înalta Curte de Casație și Justiție înapoi în favoarea CNSC (recunoscându-se deci incidenţa Legii nr. 101/2016).

Menționând prevederile art. 9 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, contestatorul consideră că trebuie analizate pe fond toate criticile invocate prin contestație, deoarece, numai așa, se poate asigura o aplicare efectivă a dispozițiilor legale instituite prin reglementarea referită.

Având în vedere culpa …… în întârzierea soluționării contestației, o eventuală admitere a excepției rămânerii fără obiect a anumitor capete de cerere invocate de …… ar fi în măsură a prejudicia grav drepturile societății prin restrângerea accesului la o cale efectivă de atac împotriva unor acte abuzive ale autorității contractante, rezultând fără putință de tăgadă și o încălcare a dreptului european incident. Aceasta deoarece s-ar restrânge, practic, accesul societății la justiție, întrucât s-ar ajunge în situația în care critici de nelegalitate invocate de societate nu ar mai putea fi analizate de către un organ jurisdicțional din cauza unor tergiversări procedurale provocate în mod intenționat de autoritatea contractantă. Este exclus astfel ca, în timp ce …….. se face vinovată de întârzierea judecării contestației și de o eventuală rămânere fără obiect a capetelor de cerere invocate de ……, cea „pedepsită" să fie societatea, prin restrângerea dreptului de a supune unui control jurisdicțional efectiv și deplin neregularitățile actelor încheiate de ……. în cadrul procedurii de atribuire.

Concluzionând autoarea contestației solicită ca acestea să fie analizate pe fond, iar nu pe cale de excepție.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ……/30.05....., autoarea contestației a solicitat înaintarea de către organul administrativ -jurisdicțional către Curtea de Justiție a Uniunii Europene a unor întrebări preliminare, precum și suspendarea soluționării prezentei cauze până la pronunțarea unei hotărâri preliminare de către CJUE.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

……. ..... a inițiat procedura de achiziție proprie, neclasificată, pentru încheierea, pe loturi, a acordului - cadru de furnizare având ca obiect muniție diferite calibre și o valoare estimată de 10.317.568,00 lei.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost respinsă, ca rămasă fără obiect, prin Încheierea nr. ……./...../..... din 08.05.....

Conform celor descrise pe parcursul contestației, ... SRL este nemulțumit de modul în care autoritatea contractantă a înțeles să se conformeze prevederilor legale în ceea ce privește alegerea procedurii în cauză, apreciind că procedura impusă de …….. ..... îi cenzurează posibilitatea de participare, fapt ce conduce implicit la vătămarea drepturilor sale.

În fapt, …… ..... a desfășurat o procedura proprie invocând excepția prevăzută la art. 22 lit. a) din Ordonanţa de urgenţă nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziţii publice în domeniile apărării şi securităţii - Prezenta ordonanţă de urgenţă nu se aplică în următoarele cazuri:

a) contractelor pentru care aplicarea prezentei ordonanţe de urgenţă ar obliga statul român să ofere informaţii a căror divulgare este considerată ca fiind contrară intereselor sale fundamentale de securitate(…).

art. 36515262346Se impune precizarea că, în conformitate cu prevederile art. ..... alin. (.....) din actul normativ mai sus evocat Sub rezerva respectării prevederilor art. 36, 51, 52, 62 şi 346 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene, prezenta ordonanţă de urgenţă se aplică pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică, inclusiv a contractelor sectoriale, şi a acordurilor-cadru atribuite în domeniile apărării şi securităţii, care au ca obiect:

a) furnizarea de produse militare*, inclusiv orice fel de piese de schimb, componente şi/sau subansambluri ale acestora (…).*

Având în vedere definiția produselor militare, așa cum este ea prevăzută la art. 3 punctul 29 din OUG nr. 114/2011 produse militare - echipamente proiectate sau adaptate în mod special pentru scopuri militare şi destinate utilizării în calitate de arme, muniţii ori material de război și la art. 5 lit. a) din Ordonanţa de urgenţă nr. 158/1999 privind regimul de control al exporturilor, importurilor şi altor operaţiuni cu produse militare produse militare - armamente, muniţii, rachete, bombe, torpile, mine, vehicule terestre, aeriene şi maritime şi alte produse, echipamente şi sisteme proiectate şi realizate pentru scopuri militare, componente, părţi şi accesorii ale acestora, precum software şi tehnologia aferentă pentru realizarea acestora, este, fără dubiu, că achiziția muniției necesară desfășurării activităților ……. ..... intră sub incidența OUG nr. 114/2011, fapt, de altfel, nepus la îndoială de către niciuna dintre părți. Cu toate acestea, autoritatea contractantă a decis să se prevaleze de excepția instituită de art. 22 lit. a) din actul normativ, conform celor mai sus arătate, și să organizeze o procedură de achiziție proprie, motivând astfel:

Având în vedere

Specificul misiunilor Serviciului Român de informații, respectiv riscul furnizării informațiilor vizând muniția și tipurile de armament, prin comunicarea pe site-ul public www.e-licitatie.ro, ceea ce impune măsuri suplimentare de diminuare a posibilităților de divulgare a unor astfel de informații, cu implicații asupra intereselor esențiale de securitate

că nu se poate asigura protejarea naturii confidenţiale a informaţiilor vehiculate în cadrul procedurii prin aplicarea altor măsuri

prevederile art. 346 alin. (.....) lit. a) din Tratatul de Funcţionare a Uniunii Europene «niciun stat membru nu are obligaţia de a furniza informaţii a căror divulgare o consideră contrară intereselor esenţiale ale siguranţei sale»,

că măsurile speciale de siguranţă sunt proiectate în acord cu regimul special creat autorităţii contractante pentru desfăşurarea atribuţiilor legale, in baza prevederilor art. 8 din Legea nr. 14/1992 şi art. 8 din Legea nr. 51/1991, criteriile de ordin tehnic şi de protecţie a tipurilor de armament din dotare, precum şi capacitatea de acţiune a structurilor de intervenţie, relevând potenţialul adecvat şi exclusiv al acestor măsuri pentru soluţionarea necesităţii autorităţii contractante

asigurarea securităţii şi confidenţialităţii achiziţiei publice care decurge din aplicarea unei proceduri proprii (pentru evitarea eventualelor vulnerabilităţi ce ar putea apărea pe parcursul derulării contractului, in documentaţia aferentă va fi

inclus un acord de confidenţialitate, de către contractant, prin care se va preciza interdicţia dezvăluirii in spaţiul public a detaliilor referitoare la informaţiile cuprinse în caietul de sarcini)

prin Raportul nr. F/09258098 din 14.03.2017, directorul Serviciului Român de Informaţii a aprobat ca atribuirea acordurilor - cadru de furnizare muniţie *să se realizeze prin aplicarea unei proceduri de achiziţie proprii, neclasificate, prin excepţie de la prevederile O.U.G. nr. 114/2011, în temeiul art. 22 lit. a).*

Argumentele redate de mai sus se regăsesc în *nota justificativă nr. 1207609/18.04.2017,* aflată la dosarul cauzei.

În analiza legalității deciziei autorității contractante, de a recurge la o procedură internă în detrimentul procedurilor de atribuire reglementate de ordonanța de urgență, se are în vedere că exceptarea instituită de art. 22 lit. a) reprezintă transpunerea art. 13 lit. a) din Directiva 2009/81/CE *a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind coordonarea procedurilor privind atribuirea anumitor contracte de lucrări, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii de către autorităţile sau entităţile contractante în domeniile apărării și securităţii și de modificare a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE [Prezenta directivă nu se aplică în următoarele cazuri: (a) contractelor pentru care aplicarea normelor prezentei directive ar obliga un stat membru să ofere informaţii a căror divulgare este considerată de statul în cauză ca fiind contrară intereselor sale fundamentale de securitate].*

Corespondentul prevederilor de mai sus îl regăsim în articolul 346 (ex-articolul 296 TCE) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (denumit în continuare TFUE) (.....) Dispozițiile tratatelor nu contravin următoarelor norme: (a) nici un stat membru nu are obligația de a furniza informații a căror divulgare o consideră contrară intereselor esențiale ale siguranței sale.

b) orice stat membru poate lua măsurile pe care le consideră necesare pentru protecția intereselor esențiale ale siguranței sale și care se referă la producția sau comerțul cu armament, muniție și material de război; aceste măsuri nu trebuie să modifice condițiile de concurență pe piața internă în ce privește produsele ce nu sunt destinate unor scopuri specific militare.

Pentru o justă soluționare a prezentei cauze, Consiliul se va raporta în analiza sa și la Notele directoare ale Comisiei privind sfera de aplicare a Directivei 2009/81/CE ce cuprind o serie de repere esențiale, precum și la extrase din jurisprudența CJUE, privind limitele exceptării.

Astfel, în *Comunicarea interpretativă privind aplicarea articolului 296 din Tratat în domeniul achizițiilor publice în materie de apărare* emisă de Comisia Europeană la data de 07.12.2006 s-au arătat următoarele (sublinierile aparțin Consiliului):

(…)

Scutirea contractelor din domeniul apărării de la normele pieţei interne este o măsură legată de comerţul cu arme, muniţie şi material de război. În consecinţă, temeiul juridic al acesteia este articolul 296(.....)(b) din TCE. Statele membre pot folosi această scutire pentru atribuirea de contracte în domeniul apărării, sub rezerva îndeplinirii condiţiilor prevăzute în Tratat astfel cum acestea sunt interpretate de Curtea de Justiţie. În acelaşi timp, domeniul de aplicare al

articolului 296(.....)(b) din TCE este limitat de noţiunea de „interese esenţiale de securitate" şi de lista de echipamente militare menţionată în alineatul 2 al acelui articol.

(…)

Curtea de Justiţie a indicat în mod clar şi constant faptul că orice derogare de la norme menită să asigure eficacitatea drepturilor conferite de Tratat trebuie să fie de strictă interpretare. [Hotărârea din 4 octombrie 1991, Cauza C-367/89 ***Richardt şi Les Accessoires Scientifiques,*** al. 20; *pentru achiziţiile publice în special: hotărârea din 3 mai 1994, Cauza C-328/92* ***Comisia vs. Spania,*** *al. 15; hotărârea din 28 martie 1995, Cauza C-324/93 Evans Medical și Macfarlam Simith, al. 48.] În plus, aceasta a confirmat faptul că acelaşi lucru este valabil şi pentru derogările aplicabile „situaţii susceptibile să afecteze siguranţa publică". În cauza Comisia vs. Spania, Curtea a hotărât că articolele în care Tratatul prevede astfel de derogări (inclusiv articolul 296 din TCE) „se referă la* ***cazuri excepţionale şi definite clar****. Din cauza caracterului lor limitat, acele articole nu pot* ***face obiectul unei interpretări extinse*** *[Hotărârea din 16 septembrie 1999, Cuza C-414/97 Comisia vs Spania, al. 21; hotărârea din 15 mai 1986, Cauza C-222/84 Johnston, al. 26]".*

Produsele militare incluse în lista din 1958 nu sunt scutite automat de la normele pieţei interne. Chiar Decizia 255/58 a Consiliului prevede faptul că lista include echipamente pentru care statele membre au un interes legitim în a putea lua măsurile prevăzute în articolul 296(.....)(b) din TCE. Cu alte cuvinte, decizia Consiliului nu prevede aplicarea automată a scutirii. În plus, Curtea a confirmat, în repetate rânduri, faptul că articolul 296 din TCE nu introduce o scutire automată în domeniul apărării.[Hotărârea din 26 octombrie 1999, Cauza C-273/97 Sirdar, al. 15-16; hotărârea din 11 ianuarie 2000, Cuza 285/98 kreil, al. 16; hotărîrea din 11 martie 2003, Cuza C-186/01 Dory, al. 30-31]. Dimpotrivă, o scutire se întemeiază din punct de vedere juridic pe articolul 296 din TCE, ceea ce înseamnă că un bun de pe listă poate fi scutit, dacă și numai dacă sunt îndeplinite condiţiile de utilizare din articolul 296 din TCE.

Conform articolului 296 din TCE, statele membre pot lua măsurile pe care le consideră necesare pentru protejarea intereselor lor esenţiale de securitate (…) Cu toate acestea, textul („necesare pentru protejarea...") demonstrează şi faptul că ***această libertate nu este nelimitată****.* ***Însăşi existenţa articolului 298 din TCE****, care prevede o procedură specială care trebuie urmată în cazul unei posibile utilizări inadecvate a articolului 296 din TCE,* ***confirmă faptul că statele membre nu au libertate absolută în decizia lor de a scuti un anumit contract de achiziţii publice de la normele pieţei interne****. Dimpotrivă, „****statul membru*** *care doreşte să se bazeze pe acesta [articolul 296 din TCE]* ***trebuie să prezinte dovezi că scutirile în cauză nu depăşesc limitele acestor cazuri*** *[definite clar]"* ***şi să demonstreze „că scutirile... sunt necesare pentru protejarea intereselor esenţiale ale securităţii sale****".[Cauza C-414/97 Comisia vs Spania, al. 22]*

Obiectivul care justifică scutirea este doar protejarea intereselor esenţiale de securitate ale unui stat membru. Alte interese, în special interesele industriale şi economice, deşi au legătură cu producţia şi comerţul de arme, muniţie şi material de război, nu pot justifica ele însele o scutire în baza articolului 296(.....)(b) din TCE.

(…)

În domeniul contractelor de achiziţii publice în materie de apărare, ***singura modalitate*** *pentru statele membre de a îşi reconcilia prerogativele din domeniul securităţii cu obligaţiile care le revin conform Tratatului* ***este aceea de a evalua cu mare atenţie pentru fiecare contract de achiziţii publice dacă se justifică sau nu o scutire de la normele comunitare****. Această evaluare de la caz la caz*

trebuie să fie deosebit de riguroasă la limita articolului 296 din TCE unde utilizarea scutirii poate fi controversată.

Acest lucru înseamnă, în special, că autorităţile contractante trebuie să evalueze:

- *Care interes esenţial de securitate este vizat?*
- *Care este legătura dintre acest interes de securitate şi decizia de achiziţie în cauză?*
- *De ce neaplicarea Directivei privind contractele de achiziţii publice în acest caz specific este necesară pentru protejarea acestui interes esenţial de securitate?*

De asemenea, relevante sunt și cele reținute în *Nota orientativă privind domeniul de aplicare al Directivei 2009/81/CE*, emisă de Comisia Europeană la 12.02.2016:

Directiva - ca instrument al legislaţiei secundare a UE - nu modifică Tratatul şi trebuie să respecte Tratatul (legislaţia primară a UE). Prin urmare, aplicarea sa face, de asemenea, obiectul excepţiilor prevăzute de Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene, în special articolele 36, 51, 52, 62 şi 346 din TFUE (ex-articolele 30, 45, 46, 55 şi 296 din Tratatul CE).

În contextul apărării, articolul 346 din TFUE este cea mai relevantă derogare bazată pe Tratate. Aceasta înseamnă în special că pot fi atribuite contracte fără aplicarea Directivei în cazurile în care acest lucru este necesar pentru protejarea intereselor esenţiale ale siguranţei unui stat membru.

Articolul 346 din TFUE se referă la măsurile pe care un stat membru „le consideră necesare pentru protecţia intereselor esențiale ale siguranţei sale" sau la „informaţii a căror divulgare o consideră contrară" intereselor respective. ***Definiţia intereselor esenţiale ale siguranţei lor este responsabilitatea exclusivă a statelor membre****.* ***Cu toate acestea****, în conformitate cu jurisprudenţa CEJ,* ***articolul 346 din TFUE nu permite statelor membre să se abată de la dispoziţiile Tratatului doar prin simpla menţionare a acestor interese****.[a se vedea hotărârile recente din 15 decembrie 2009 din cauzele C-284/05 comisia împotriva Finlandei, punctul 47, C-294/05 Comisia împotriva Suediei, punctul 45, C-372/05 Comisia împotriva Germaniei, punctul 70, C-387/05 Comisia împotriva Italiei, punctul 47, C-409/05 Comisia împotriva Greciei, punctul 52, C-461/05 Comisia împotriva Danemarcei, punctul 53, și C-239/06 Comisia împotriva Italiei, punctul 48]. De asemenea, CEJ a declarat că derogarea prevăzută la articolul 346 din TFUE se limitează la cazuri excepţionale şi clar definite şi că măsurile adoptate nu trebuie să depăşească limitele acestor cazuri.[a se vedea hotărârea în cauza C-414/97 Comisia împotriva Spaniei, punctul 22 și hotărârile din data de 15 decembrie 2009 de exemplu cauza C-239/06, punctul 68]. Ca orice altă derogare de la libertăţile fundamentale, aceasta trebuie interpretată în mod restrictiv.[a se vedea hotărârile din data de 15 decembrie 2009 de exemplu cauza C-239/06, punctul 69].*

Prin urmare, în cazul în care un stat membru intenţionează să invoce articolul 346 din TFUE pentru a atribui un contract care face obiectul Directivei (sau al Directivelor 2004/17/CE sau 2004/18/CE) fără a respecta cerinţele procedurale prevăzute de Directivele respective, acesta trebuie ***să se asigure că măsura aleasă*** *- de exemplu, atribuirea directă a contractului unui producător –* ***este necesară pentru protejarea interesului esențial al siguranței sale****.[a se vedea hotărârile din data de 15 decembrie 2009 de exemplu cauza C-239/06, punctul 72]. Prin urmare,* ***decizia de a recurge la articolul 346 din TFUE trebuie să se bazeze pe o evaluare de la caz la caz, care identifică interesele esențiale ale siguranței în cauză și apreciază necesitatea măsurii specifice, respectiv neaplicarea Directivei, luând în considerare principiul proporționalității și necesitatea unei interpretări stricte a articolului 346 din TFUE****.*

Totodată, din jurisprudența CJUE se desprind o serie de concluzii care ajută la interpretarea excepțării de la aplicabilitatea OUG nr. 114/2011, respectiv:

- exceptările sunt de strictă interpretare, sarcina de a dovedi încadrarea în situația de excepție revine autorității contractante; *57.Potrivit jurisprudenţei Curţii, derogările de la normele care urmăresc să garanteze efectivitatea drepturilor recunoscute de tratat în domeniul contractelor de achiziţii publice trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte (a se vedea Hotărârea din 18 mai 1995, Comisia/Italia, C-57/94, Rec., p.I-1249, punctul 23, Hotărârea din 28 martie 1996, Comisia/Germania, C-318/94, Rec., p.I-1949, punctul 13, şi Hotărârea din 2 iunie 2005, Comisia/Grecia, C-394/02, Rec., p.I-4713, punctul 33). Prin urmare, cu riscul de a priva Directiva 93/36 de efectul său util, statele membre nu pot să prevadă ipoteze de utilizare a procedurii negociate care nu sunt prevăzute de directivă sau să adauge ipotezelor expres prevăzute de directiva respectivă condiţii noi care au ca efect să înlesnească recurgerea la procedura menţionată (a se vedea în acest sens Hotărârea din 13 ianuarie 2005, Comisia/Spania, citată anterior, punctul 48).*

58 ***În plus, trebuie să se amintească faptul că sarcina de a proba că împrejurările excepţionale care justifică o derogare există în mod efectiv îi revine celui care intenţionează să se prevaleze de această derogare*** *(a se vedea Hotărârea din 10 martie 1987, Comisia/Italia, 199/85, Rec., p.1039, punctul 14, şi Hotărârea Comisia/Grecia, citată anterior, punctul 33). - Hotărârea Curții (Marea cameră) din 8 aprilie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Republica Italiană (Cauza C-337/05).*

- simpla invocare a intereselor esențiale de securitate nu poate fi suficientă pentru justificarea derogării de la procedura legală;

Rezultă că simplul fapt de a afirma că bunurile în cauză sunt declarate secrete, că sunt însoțite de măsuri speciale de securitate sau că este necesar să fie excluse din sfera normelor comunitare pentru protejarea intereselor esențiale de securitate ale statului nu poate fi suficient pentru a se demonstra că împrejurările excepționale care justifică derogările prevăzute la articolul 2 alineatul (.....) litera (b) din Directiva 93/36 există efectiv - Hotărârea Curții (Camera a doua) din 2 octombrie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Republica Italiană (Cauza C-157/06).

- autoritatea contractantă trebuie să probeze că recurgerea la procedurile reglementate de lege nu era în măsură să protejeze confidențialitatea informațiilor;

51.Cu toate acestea, trebuie să se constate că Republica Italiană ***nu a indicat motivele pentru care, în opinia sa, caracterul confidenţial al datelor comunicate pentru producerea elicopterelor fabricate de Agusta ar fi mai puţin garantat*** *în cazul în care această producere ar fi încredinţată altor societăţi, indiferent dacă sunt stabilite în Italia sau în alte state membre.*

52. În această privinţă, ***necesitatea de a prevedea o obligaţie de confidenţialitate nu împiedică în niciun mod recurgerea la o procedură de licitaţie pentru atribuirea unui contract*** *- Hotărârea Curții (Marea cameră) din 8 aprilie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Republica Italiană (Cauza C-337/05).*

Așadar, așa cum a stabilit CJUE prin jurisprudența sa, nu-i este permis autorității contractante să se prevaleze de excepție prin simpla invocare a unui interes fundamental de securitate. Sarcina probei cu

privire la existența unui interes fundamental de securitate îi revine autorității contractante.

Consiliul constată că …… ..... a invocat o exigență de securitate prevalându-se de regimul special creat autorității contractante pentru desfășurarea atribuțiilor sale legale în baza art. 6 și 41 din Legea nr. 14/1992 și art. 10 din Legea nr. 51/1991, imposibilitatea asigurării protejării naturii confidențiale a informațiilor vehiculate în cadrul procedurii prin aplicarea altor măsuri, art. 346 alin. (.....) lit. a) din TFUE, publicitatea privind caracteristicile armamentului și tehnicii de luptă poate dezvălui întreaga capacitate de acțiune a structurilor de intervenție (aspecte rezultate din nota justificativă nr. 1207609/18.04.2017, întâmpinarea depusă în dosarul nr. 21763/3/2017 format la Tribunalul ..... cu ocazia soluționării excepției de necompentență, precum și din punctul de vedere nr. ……../13.06.2017 transmis Consiliului).

Însă nu orice interes de securitate permite invocarea unei exceptări, ci doar unul **fundamental/esențial**, așa cum însuși legiuitorul subliniază în chiar articolul invocat de autoritate. Or, un astfel de interes autoritatea contractantă nu a fost în măsură să-l motiveze. Calitatea conferită de lege autorității contractante nu poate constitui o justificare a derogării de la procedura legală, fiind irelevantă, mai cu seamă că, în aplicarea excepției, prezintă relevanță destinația produselor ce vor fi achiziționate.

Astfel, Consiliul găsește util a supune atenției cele expuse de Avocatul General, în concluziile sale, la 19 ianuarie 2012 în cauza C-615/10– Insinööritoimisto InsTiimi : (…)46. Din simpla împrejurare că în calitate de cumpărător apar forțele armate ale unui stat membru sau că o altă autoritate publică achiziționează produsele în folosul forțelor armate nu se poate deduce că un produs este destinat unor scopuri specific militare. În caz contrar, orice creion ar dobândi calitatea de produs militar pentru simplul motiv că a fost achiziționat în folosul armatei, aspect care ar fi contrar cerinței privind interpretarea strictă a articolului 296 alineatul (.....) litera (b) CE și ar afecta în mod nejustificat principiul pieței interne.(…)

Transpuse la datele speței nu orice muniție achiziționată de UM 0461 va avea o destinație specific militară pentru simplul fapt că autoritatea contractantă are atribuții militare. De altfel, și textul de lege, de care se prevalează autoritatea contractantă, se referă la oferirea de informații a căror divulgare este considerată a fi contrară intereselor fundamentale de securitate ale statului, așadar informațiile menite a fi protejate privesc produsele ce urmează a fi achiziționate, nicidecum calitatea organizatoarei procedurii.

Totodată, autoritatea contractantă vorbește despre o imposibilitate a asigurării protejării naturii confidențiale a informațiilor vehiculate în cadrul procedurii, însă, nu a găsit de cuviință să procedeze la clasificarea informațiilor pretinse a afecta siguranța națională ținând cont de cele reglementate la art. 15 din Legea nr. 182/2002 *privind protecţia informaţiilor clasificate, b) informaţii clasificate - **informaţiile, datele, documentele de interes pentru securitatea naţională**, care, datorită*

nivelurilor de importanţă şi consecinţelor care s-ar produce ca urmare a dezvăluirii sau diseminării neautorizate, trebuie să fie protejate;

c) clasele de secretizare sunt: secrete de stat şi secrete de serviciu;

d) ***informaţii secrete de stat*** *-* ***informaţiile care privesc securitatea naţională****, prin a căror divulgare se pot prejudicia siguranţa naţională şi apărarea ţării.*

Nu lipsit de importanță este faptul că potrivit reglementările art. 49 din OUG nr. 114/2011 - (.....) În cazul în care participarea la procedura de atribuire sau executare a unui contract de achiziţii publice/acord- cadru implică accesul sau gestionarea de informaţii clasificate, autoritatea contractantă este obligată să impună în anunţul/invitaţia de participare şi în documentaţia de atribuire ca ofertantul/candidatul/contractantul/subcontractantul să deţină autorizaţii în acest sens, eliberate în conformitate cu legislaţia naţională în domeniu sau recunoscute de Oficiul Registrului Naţional al Informaţiilor Secrete de Stat - ORNISS, în baza tratatelor, acordurilor sau protocoalelor internaţionale la care România este parte.

De altfel, documentația de atribuire este menționată ca având caracter *confidențial,* iar participanților li s-a cerut doar încheierea unu acord de confidențialitate și nu deținerea autorizației ORNISS. Amintind doar de confidențialitate, se poate concluziona că nu suntem în prezența unui interes fundamental de securitate, fiind de neconceput invocarea acestuia în condițiile în care autoritatea nu a întreprins măsuri adecvate pentru protejarea informațiilor privind tipurile de muniții și cantitățile ce fac obiectul prezentului contract.

www.e-licitatie.roDeși invocă tipurile de armament din dotare, în încercarea de a justifica derogarea de la procedura legală, Consiliul observă că nu puține sunt procedurile de atribuire publicate în SEAP, organizate în baza OUG nr. 114/2011, ce au ca obiect tipul de muniție ce se dorește a fi achiziționată prin prezenta procedură. Cu titlu de exemplu, indicăm procedura de licitație restrânsă organizată de ……. ..... în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect furnizare grenade mână – anunț de participare nr. ……/23.12.2016, procedura de licitație restrânsă organizată de Inspectoratul General al Poliției Române, având ca obiect furnizare de muniție diferite calibre și grenade – anunț de participare nr. ……../20.03.2015, procedura de licitație restrânsă organizată de ……. ..... în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare muniții (cartușe) – anunț de participare nr. ……/18.02.2015, procedura de licitație restrânsă organizată de însăși autoritatea din prezenta cauză, respectiv de ……....., în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect furnizare cartușe – anunț de participare nr. ……/02.04.2014.Exemplele cu proceduri organizate, în mod transparent, de autorități cu atribuții în domeniul apărării și securității, precum ….., ……., privind achiziția de muniție pot continua, dovadă în acest sens fiind multitudinea de anunțuri de participare

extrase de pe site-ul www.e-licitatie.ro și depuse în susținerea celor criticate de autoarea contestației.

Așadar, cu toate că UM 0461 a urmărit, și în trecut, achiziționarea aceluiași tip de muniție nu a ridicat problema existenței sau protejării unui interes de securitate fundamental.

nr. 114/2011*nr. 195/2012*Important a fi supus atenției este și ceea ce legiuitorul a prevăzut la art. 20 alin. (3) din OUG nr. 114/2011, în sensul că Guvernul are dreptul de a stabili circumstanțele și procedurile specifice pentru atribuirea contractelor de achiziție publică în situațiile prevăzute de art. 346 din TFUE. În acest sens, se impune aducerea în discuție a HG nr. 48/..... privind aprobarea circumstanţelor şi a procedurii specifice aferente Programului de înzestrare esenţial "Corvetă multifuncţională" unde, la punctul 6 din anexă, se precizează în mod clar că aplicarea uneia dintre procedurile prevăzute de Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziţii publice în domeniile apărării şi securităţii, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 195/2012, care transpune în legislaţia naţională dispoziţiile comunitare specifice materiei achiziţiilor publice în domeniul apărării şi securităţii, duce la neprotejarea şi afectarea interesului esenţial de securitate în cauză. Or, în prezenta cauză, autoritatea contractantă a stabilit de la sine putere că poate desfășura o procedură internă eludând prevederile OUG nr. 114/2011.

Determinând că justificările autorității contractante în alegerea unei proceduri interne pentru achiziționarea tipului de muniție ca cel din prezenta cauză sunt pur formale, fără niciun suport atât legal, cât și tehnic, Consiliul va admite criticile ..... SRL în ceea ce privește nelegalitatea procedurii organizate. De altfel, nici apărările expuse în fața instanței și Consiliului nu au fost în măsură să convingă asupra legalității demersului întreprins. Așa cum Consiliul a arătat, simpla invocare a calității autorității contractante, a exigențelor de confidențialitate sau simpla referire la prevederile art. 346 alin. (.....) lit. a) din Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene, fără o argumentație solidă, nu poate fi suficientă pentru a demonstra că împrejurările care justifică măsura derogatorie de la aplicarea unei proceduri transparente în baza OUG nr. 114/2011, există efectiv.

În legătură cu motivele de contestare noi (neregulile nou-invocate), pe care contestatoarea le formulează la 10.05..... în notele scrise, în ceea ce privește operatorii economici participanți la procedura proprie organizată de autoritatea contractantă, ele se vădesc a fi inadmisibile, nefiind supuse în prealabil discuției cu autoritatea contractantă prin intermediul notificării prealabile și al contestației. În același sens este și art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care dispune că este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

TratatulTratatulVizavi de cererea de înaintare a unor întrebări preliminare către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, adresată Consiliului, de ..... SRL la data de 30.05.2018, se are în vedere că, în conformitate cu dispozițiile art. 267 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (fost 234 Tratatul Comunităților Europene), Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la: (a) interpretarea tratatelor; (b) validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii; În cazul în care o asemenea chestiune se invocă în fața unei instanțe dintr-un stat membru, această instanță poate, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință îi este necesară pentru a pronunța o hotărâre, să ceară Curții să se pronunțe cu privire la această chestiune.

Consiliul constată că opinia preliminară solicitată nu este necesară în prezenta cauză. De altfel, prin maniera de formulare a solicitării, petenta tinde, în realitate, să obțină mai degrabă o decizie de îndrumare în soluționarea în concret a cauzei de către Consiliu, din partea Curții de Justiție a Uniunii Europene, ceea ce este inadmisibil, întrucât excede competența sa.

În ceea ce privește suspendarea cauzei până la pronunțarea hotărârii preliminare de către CJUE, Consiliul are în vedere că suspendarea poate fi solicitată conform art. 25 din Legea nr. 101/2016, în următoarele circumstanțe:

.....) Consiliul, prin încheiere, poate suspenda procedura de soluționare a contestației:

a) în situația în care aceasta depinde în tot sau în parte de existența ori inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăți;

b) când s-a pus în mișcare acțiunea penală pentru o infracțiune săvârșită în legătură cu actul atacat de contestator.

(2) Suspendarea procedurii de soluționare a contestației produce efecte până la rămânerea definitivă a hotărârii în cauza care a provocat suspendarea.

(3) Consiliul poate reveni motivat asupra suspendării, dacă se constată că partea care a cerut-o nu are un comportament diligent în cadrul procesului care a determinat suspendarea, tergiversând soluționarea acestuia, ori dacă soluționarea acțiunii penale care a determinat suspendarea durează mai mult de un an de la data la care a intervenit suspendarea, fără a se dispune o soluție în acea cauză.

(4) Încheierea pronunțată potrivit prevederilor alin. (3) se poate ataca cu plângere, la instanța competentă prevăzută la art. 32 alin. (.....), în mod separat, în termen de 5 zile de la comunicare.

(5) Suspendarea procedurii de soluționare a contestației întrerupe curgerea termenului de soluționare prevăzut la art. 24 alin. (.....). De la reluarea soluționării curge un nou termen.

Suspendarea reprezintă un incident procedural survenit în cursul desfășurării judecății și are ca efect sistarea temporară a procedurii de judecată ca urmare a apariției unor împrejurări voite de părți sau independente de voința lor.

În același sens sunt și dispozițiile art. 413 alin. (.....) din Codul de procedură civilă:

Instanța poate suspenda judecata:

.....când dezlegarea cauzei depinde, în tot sau în parte, de existența ori inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăți;

2. când s-a început urmărirea penală pentru o infracțiune care ar avea o înrâurire hotărâtoare asupra hotărârii ce urmează să se dea, dacă legea nu prevede altfel.

Aceste prevederi reglementează un caz de suspendare facultativă a judecății, permițând instanței, dar și Consiliului, să aprecieze cu privire la necesitatea întreruperii vremelnice a cursului judecății. Potrivit alin. (2) al aceluiași articol, *suspendarea va dura până când hotărârea pronunțată în cauza care a provocat suspendarea a devenit definitivă*.

Consiliul constată că motivarea cererii societății contestatoare privește înaintarea către Curtea de Justiție a Uniunii Europene a unor întrebări preliminare în legătură cu TFUE și Directiva 2009/81/CE, demers care urmează a fi întreprins de către Consiliu, în continuare.

Față de situația expusă de solicitant, Consiliul constată că aceasta nu se încadrează în condițiile de la art. 25 alin. (.....) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016 și art. 413 alin. (.....) din Codul de procedură civilă, antecitate.

De asemenea, întrebările preliminare, pe care societatea contestatoare intenționează să le transmită, prin intermediul Consiliului, Curții de Justiție a Uniunii Europene, au ca reper situația creată în prezenta procedură, însă nu pot conduce la suspendarea judecării cauzei.

Pe de altă parte, nefiind posibilă cunoașterea termenului de soluționare de către CJUE, o eventuală suspendare a procedurii de soluționare a contestațiilor nu ar conduce decât la o prelungire nejustificată a unei proceduri deja compromisă.

Consiliul, referitor la cererea societății contestatoare, cuprinsă în adresa înregistrată sub nr. ……./11.05....., privind obligarea autorității contractante să depună orice documente care stabilesc sau îndrumă …… cu privire la modul de verificare a operatorilor economici în vederea stabilirii oportunității de a intra în relații contractuale, precum și la modul de identificare a celor 13 operatori economici care au fost invitați să participe la procedura de atribuire, nu o consideră necesară având în vedere faptul că probele și înscrisurile aflate la dosarul cauzei sunt suficiente și relevante în raport cu soluționarea contestaţiei.

Pentru considerentele expuse, Consiliul va admite contestația ..... SRL în ceea ce privește capătul de cerere privind .....

În ceea ce privește capetele de cerere privind obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere constând în modificarea documentației de atribuire, anularea invitațiilor de participare, acestea nu mai pot fi aduse la îndeplinire în circumstanțele date (procedura contestată a fost finalizată prin încheierea acordurilor-cadru la data de 13.07.2017, cu o durată de 24 luni), Consiliul stabilește că acestea au rămas fără obiect şi urmează a fi respinse ca atare.

Referitor la capetele de cerere privind emiterea unor noi invitații de participare și stabilirea unei alte date pentru depunerea candidaturilor/ofertelor, acestea vor fi respinse ca inadmisibile, fiind atributul exclusiv al autorității contractante în ceea ce privește întreprinderea demersurilor pentru demararea unei noi proceduri.

Relativ la capătul de cerere privind sesizarea ANAP în condițiile art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, Consiliul determină că nu se impune un astfel de demers, nefiind identificate alte documente care încalcă prevederile legislației și va fi respins ca atare.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei decizii, admite în parte, contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu ……. ..... și anulează procedura de achiziție proprie, neclasificată, pentru încheierea, pe loturi, a acordului - cadru de furnizare având ca obiect muniție diferite calibre.

Potrivit art. 26 alin. (6), respinge, ca rămase fără obiect, capetele de cerere privind obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere constând în modificarea documentației de atribuire, anularea invitațiilor de participare, ca inadmisibile pe cele privind emiterea unor noi invitații de participare și stabilirea unei alte date pentru depunerea candidaturilor/ofertelor și ca nefondat pe cel privind sesizarea ANAP.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în …….. exemplare, conține …… pagini.