CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 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 contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., număr de identificare fiscală ..... din data de 01.09.1967, împotriva deciziei de respingere a ofertei, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., ..., în cadrul procedurii de licitație restrânsă organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare „.....", cod CPV 32552100-8 – Receptoare (Rev.2), s-a solicitat „să-i permită să fie un candidat în cadrul acestei licitații și să îi dea șansa egală în a participa în cadrul acestei proceduri".

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

Prin contestația de față, ... atacă decizia de respingere a candidaturii sale, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatorul menționează că respingerea candidaturii societății a constat în neîndeplinirea condițiilor referitoare la Autorizația de Securitate Industrială. ..... este integral deținută de către IAI LTD, care este o companie guvernamentală israeliană, cu o îndelungată tradiție în furnizare de echipamente militare pentru numeroase țări și guverne din întreaga lume.

Societatea contestatoare susține că deține ....., clasificare acordată de către ..... (.....), și care era guvernată de un acord de Securitate privind protecția informațiilor clasificate semnat între ..... Astfel,

contestatorul consideră că decizia ….., de a nu îi da posibilitatea să fie candidat, lăsând doar puține companii la procedură, nu a fost rezonabilă. De asemenea, mai consideră că …… a greșit prin neacordarea Autorizației de Securitate Industrială.

..... susține că probele furnizate erau suficiente pentru a fi considerat ca furnizor clasificat în această procedură.

Prin adresa nr. ……../22.10....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……/22.10....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia, pe cale de excepție pentru lipsa formei actelor așa cum a fost cerută de lege și/sau pentru lipsa semnării și lipsa dovezii calității de reprezentant și/sau drept tardivă și/sau pentru lipsa obiectului, iar pe fond drept neîntemeiată și nefondată și menținerea actelor emise.

Autoritatea achizitoare prezintă un scurt istoric al modului de desfășurare a procedurii, arătând totodată motivele care au stat la baza respingerii societății contestatoare.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă a solicitat respingerea/ anularea contestației invocând nulitatea actului pe motive de formă, potrivit art. 10 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 148, art. 150 și art. 174 din Codul de procedură civilă.

Se învederează faptul că redactarea contestației nu a fost realizată conform normelor legale în vigoare, fiind depusă împreună cu anexele sale în limba engleză, fără respectarea cerinței de formă, respectiv traducerea legalizată a documentelor în limba română.

De asemenea, solicită pe cale de excepție respingerea, anularea contestației invocând nulitatea actului pe motive ce țin de lipsa semnării și lipsa dovezii calității de reprezentant a domnului ……, potrivit art. 10 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 80, art. 148 și art. 174 din Codul de procedură civilă, art. 5 din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică și argumentând faptul că această contestație a fost depusă prin mijloace electronice, respectiv e-mail, documentul are extensie tip „pdf” și nu este semnat digital, dl. …… nu este reprezentant legal al operatorului economic, iar la contestație nu a fost anexat un document din care să rezulte o împuternicire/delegare de competențe care să îi acorde dl. …….. dreptul de a formula/semna contestație către CNSC.

Autoritatea contractantă consideră contestația ca tardiv depusă în temeiul prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu cele ale art. 134 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 114/2011.

Astfel, raportând data de depunere a contestației la data de comunicare a rezultatului Etapei I a procedurii de licitație restrânsă – adresa nr. ……../....., comunicată în ..... și împlinirea termenului limită de depunere a contestației, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, respectiv 10 zile calendaristice începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante, la data de 15.10..... și, neîndeplinirea de către operatorul economic a obligației expres prevăzute de Legea nr. 101/2016 la art. 16 alin. (1),

respectiv comunicarea concomitentă, atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă a contestației.

Conform adresei înregistrate sub nr. ……../..... și aflată la dosarul achiziției, din mesajul electronic al ....., datat 15.10....., s-a observat faptul că la comunicarea către CNSC nu a fost atașată contestația propriu-zisă, comunicarea contestației către Consiliu având loc la data de .....

Autoritatea achizitoare invocă lipsa obiectului în baza art. 10 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 148 și art. 174 din Codul de procedură Civilă.

Învederează faptul că, din analiza atentă a conținutului contestației, nu a ..... clar obiectul a acesteia, în sensul că nu a fost contestat explicit un document sau o acțiune a autorității contractante, nu a fost solicitată dispunerea unei soluții de remediere, ci au fost prezentate afirmații circumstanțiale și subiective.

Hotărârea autorității contractante cu privire la rezultatul Etapei I are la bază decizia unui terț - …….. (…….) și, prin urmare, orice decizie a CNSC sau a unei instanțe de judecată care să pună în sarcina autorității contractante a unele obligații de determinare/interpelare a acestei instituții spre a obține un răspuns favorabil unui candidat ar fi o interferare în atribuțiile ORNISS, fapt contrar legii, excedând atribuțiilor autorității contractante.

Autoritatea contractantă menționează că la punctul C9 din documentația de atribuire Etapa I a descris fazele în care s-a desfășurat etapa de calificare a procedurii de licitație restrânsă.

…… menționează caracterul formal al fazei de selecție a candidaților după primirea răspunsului ORNISS, precum și explicațiile pe larg referitoare la protecția informațiilor clasificate.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită respingerea ca neîntemeiată și nefondată.

Menționând extrase din documentația de atribuire, autoritatea contractantă susține că aceasta a fost întocmită conform prevederilor legale, respectiv art. 49, art. 162 și art. 163 alin. (4) din OUG nr. 114/2011.

Autoritatea contractantă avea obligația să impună operatorilor economici deținerea de autorizații privind accesul și gestionarea informațiilor clasificate care să fie eliberate în conformitate cu legislația națională în domeniu sau recunoscute de ……., în baza tratatelor, acordurilor sau protocoalelor internaționale la care România este parte.

Potrivit Standardelor Naționale de protecție a informațiilor clasificate în România, aprobate prin HG nr. 585/2002: ……. eliberează autorizația și certificatul de securitate industrială, la cererea persoanelor juridice interesate - art. 199 lit. b), autoritățile desemnate de securitate au numai rol de suport al ……., atribuțiile acestora fiind strict limitate la cele prevăzute la art. 200.

…….. are atribuții de asigurare a respectării standardelor naționale privind gestionarea documentelor clasificate conform art. 1 alin. (4) lit.

c) din OUG nr. 103/2002. Astfel, menționează *„faptul că Ministerul Apărării Naționale, prin structura sa de specialitate, are calitate de autoritate desemnată de securitate și nu se poate substitui atribuțiilor …….. Acordul la care a făcut trimitere contestatorul fiind încheiat la nivel departamental și nu se putea ridica la rangul de tratat, acord sau protocol de nivel de stat sau de guvern*".

Prin adresa nr. ……/.....-...../25.10....., Consiliul a solicitat contestatorului comunicarea actul atacat al autorității contractante, în sensul prevederilor art. 10 lit. d) din lege; dovada datei la care ați luat cunoștință de actul atacat; contestația în original, însoțită de mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care le-ați avut în vedere la formularea contestației. De asemenea, având în vedere că semnatarul contestației este dl. ……/....., s-au mai solicitat: copia actului din care să rezulte calitatea dl. …… de reprezentant legal al societății; împuternicirea pentru dl…….. de a se semna contestația formulată de ....., împuternicire semnată de către reprezentanți legali ai .....

Contestatorul a transmis adresa nr. ...../……., înregistrată la Consiliu cu nr. ……../29.10....., la care a atașat documentele solicitate, a reiterat cele din contestație dar a inclus și două cereri noi privind anularea procedurii de licitație restrânsă şi reluarea acesteia cu introducerea în Documentația de atribuire a criteriului de selecție referitor la firmele care provin din țări care au semnate acorduri privind protecția informațiilor clasificate la nivel departamental sau la nivel ministerial.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

……, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație restrânsă, offline, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare „.....", sens în care a publicat, în SEAP, anunțul nr. ...../15.05..... Valoarea estimată a contractului este de 17.700.000 euro (echivalent a 81.920.910 lei), iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut". Termenul limită pentru depunerea candidaturilor a fost 26.06.....

La procedură au fost depuse documente de calificare de către 9 candidați, printre care și .....

În ....., autoritatea contractantă a transmis către ..... rezultatul etapei de calificare și selectare a candidaților, informându-l despre respingerea candidaturii, întrucât nu deține Autorizația de Securitate Industrială (ASI). Nemulțumit de ....., acesta a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentelor cauze.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, pe care le-a sesizat, dar și ridicate de unitatea achizitoare.

Excepțiile invocate se referă la:

- prezentarea contestației în limba engleză;
- lipsa obiectului contestației;

- lipsa semnăturii şi lipsa dovezii calității de reprezentant a domnului …..;
- nedepunerea contestației în original;
- tardivitatea contestației.

În ceea ce privește tardivitatea contestației, Consiliul va respinge excepția autorității contractante, deoarece ..... a transmis în 15.10....., o contestație în limba engleză, iar în ....., o contestație în limba română, cu aceleași critici ca prima. Având în vedere că rezultatul selecției a fost comunicat în ....., termenul de contestare s-a împlinit în 15.10....., fiind stabilit conform art. 8 lit. a) din Legea nr. 101/2016:

Art. 8. - Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

Consiliul, observând că ..... a prezentat contestația, în original, împuternicirea pentru ……, clarificări privind obiectul contestației, respinge excepția de anulare a contestației, pusă în discuție de autoritatea contractantă.

Fiind lichidate aspectele de procedură, Consiliu procedează la analiza pe fond a contestației, reținând următoarele prevederi din anunțul de participare:

III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala

Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate: […]

2. Op ec (candid, candid asoc, terții susț th/prof, precum şi subcontr decl care urmează să exec părți din ctr care necesită acces la inf clasif) trebuie să obțină ASI, elib de ....., în baza HG585/2002. […]

Modalitatea de indeplinire: Doc solicitate: […] b. Dovada dep la ..... a cererii de eliberare a ASI şi a chestion de sec, complet aşa cum s-a precizat la pct C.6 din

DA (nr.de înreg la .....,copie borderou etc.);

VI.3 Informatii suplimentare

1.Data limită pentru depunerea scrisorilor de înaintare (Secțiunea Formulare Etapa I-a - Formular nr. 1) şi a documentelor de calificare şi selecție, precum şi a „Chestionarului de securitate" completat în vederea obținerii „Autorizației de securitate industrială (ASI)", conform

precizărilor din Documentația de Atribuire şi anexa 25 din HG 585 / 2002: 26.06....., ora 10.00.

„Chestionarul de securitate" va fi completat cu toate datele solicitate, introdus într-un plic separat, sigilat, conform precizărilor art. 221, alin. (1), lit. b) din HG 585/2002. Acesta va fi depus la sediul …….. (…….), împreună cu cererea de eliberare a ASI şi cu celelalte documente necesare obținerii ASI.

În vederea obținerii …….. (.....), de către operatorii economici străini, autoritatea contractantă a inclus în *Documentația de atribuire etapa I/ Secțiunea C6,* următoarele informații: *[…] în cazul operatorilor economici înregistrați în străinătate, obținerea ASI este condiționată si de existența unui acord-cadru privind protectia reciproca a informațiilor clasificate, încheiat la nivel guvernamental, de acelaşi nivel de clasificare, conform prevederilor legale.*

Pentru a participa la procedura de atribuire în cauză, ... a depus, în 20.06....., o cerere la …… (…….) pentru autorizarea accesului unei persoane fizice sau juridice la informații clasificate ale României. La solicitarea sa a primit adresa nr. ……../12.07....., cu refuz din partea ORNISS, motivată de lipsa unui acord internațional.

Nedeținând autorizația de securitate industrială, autoritatea contractantă a decis, în Raportul nr. ……/04.10....., respingerea candidaturii .....

În susținerea criticii sale, de respingere a candidaturii, contestatorul a prezentat, în 30.10.....:

a. Scrisoarea care atestă existența unui acord privind protecția informațiilor clasificate încheiat în anul 1995 între Ministerul Apărării Naționale din România şi Ministerul Apărării din Israel

b. Scrisoarea care atestă existența …….. pentru ....., eliberată de către …… (……..) - …… (…….).

c. Aprobare din partea ……, privind aprobarea pentru ..... în calitate de furnizor de sisteme operaționale, clasificate ……. (…….).

Consiliul constată că ..... contestă, de fapt, neacordarea de către …… a ……. Însă, această nemulțumire a candidatului se referă la o relație cu o terță instituție care nu este implicată în procedura de atribuire. Litigiul cu ……, referitor la neacordarea autorizării solicitate poate fi rezolvat de petent în instanța de judecată competentă, nu la CNSC. Rolul Consiliului este acela de soluționare a contestațiilor cu privire la procedurile de atribuire a contractelor, conform art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv de examinare din punct de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat, așa cum impune art. 26 alin. (2) din aceeași lege, și nu de rezolvare a divergențelor între candidați/ofertanți și terțe instituții care nu sunt părți în procedura de achiziție.

Așadar, comisia de evaluare a candidaturilor a procedat corect la analizarea modului de îndeplinire a cerințelor de selecție, prin raportare la prevederile documentației de atribuire, respectiv a verificat dacă fiecare candidat a prezentat această autorizație.

Documentația de atribuire conține informații clare, precise, necesare operatorilor economici pentru a se edifica asupra modalității de obținere a autorizației în cauză.

Dacă ..... ar fi avut neclarități în ceea ce privește construirea candidaturii sale, respectiv asupra obținerii acestei autorizații, ar fi trebuit să solicite clarificări de la autoritatea contractantă până la data limită de depunere a candidaturilor. Însă, unitatea achizitoare nu a primit nicio cerere în acest sens și nici nu a fost formulată vreo contestație la documentația de atribuire.

Criticarea la acest moment a modului de îndeplinire a cerinței de calificare, privitoare la Autorizația De Securitate Industrială, se dovedește a fi tardivă, având în vedere termenul de contestare, de 10 zile, impus de art. 8 lit. a) Legea nr. 101/2016.

Scrisoarea care atestă existența ……. pentru ....., eliberată de către …… (……), nu poate fi asimilată autorizației cerute, întrucât cerința din anunțul de participare se referă strict la …….. În pofida existenței acestui document, …….. nu l-a considerat a fi echivalent cu cel pe care ea însăși îl emite. În consecință, nici comisia de evaluare nu avut posibilitatea să asimileze autorizația emisă de …. cu cea emisă de ……..

Dacă unitatea achizitoare ar accepta alte documente, dar care se abat de la dispozițiile documentației de atribuire, comisia de evaluare ar crea un avantaj evident acestui candidat și ar încălca principiul tratamentului egal, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 114/2011. Prin contestația sa, candidatul încercă să transforme o candidatură neconformă într-una conformă.

Relevantă în acest sens este hotărârea CJUE, în cauza C 538/13 eVigilo Ltd împotriva Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos:

33 Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C 42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44).

34 Obligația de transparență, care constituie corolarul acestui principiu, are în esență ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante față de anumiți ofertanți sau față de anumite oferte .

În concluzie, întrucât ..... nu a făcut dovada deținerii Autorizației de Securitate Industrială emisă de ORNISS, candidatura se dovedește a fi, în mod clar, inacceptabilă.

Asupra solicitărilor de anulare a procedurii de licitație restrânsă şi reluarea acesteia cu introducerea în Documentația de atribuire a criteriului de selecție referitor la firmele care provin din țări care au semnate acorduri privind protecția informațiilor clasificate la nivel departamental sau la nivel ministerial, Consiliul nu se va pronunța,

acestea fiind formulate pe calea concluziilor scrise, transmise la CNSC în 30.10....., la o distanță de 25 de zile de la data comunicării rezultatului procedurii de atribuire (.....), deci în afara termenului de contestare. O judecare a lor în cadrul prezentei decizii ar conduce la acceptarea repunerii în termenul de contestare a noilor pretenții, ceea ce reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 101/2016. Astfel, Consiliul respinge ca inadmisibile aceste critici, având în vedere prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: 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.

Pentru argumentele de mai sus, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ....., în contradictoriu cu …….

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ....., în contradictoriu cu …….

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

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

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

Redactată în …… exemplare, conține …… pagini