



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr..../.../..., ...

Data:...

Prin contestația nr. 6169/02.11.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21245/03.11.2015, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., ... și sediul procesual ales în sat ..., comuna ..., str. ..., județul ..., având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ..., formulată împotriva adresei nr. 1236270/27.10.2015, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă în cadrul procedurii de „cerere de ofertă” cu fază finală de licitație electronică pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „FURNIZARE ...” organizată de către ..., cu sediul în comuna ..., localitatea .., str. ... nr. 482, județul ..., în calitate de autoritate contractantă, cod CPV 35330000-6, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la suspendarea procedurii de atribuire până la adoptarea măsurilor ce asigură respectarea prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice, pentru a evita producerea unei pagube iminente în detrimentul SC ... SRL și a interesului public și pentru a asigura respectarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării și principiul asigurării unei concurențe reale, nedistorsionate, precum și pentru a evita derularea unui proces de atribuire ce este afectat de abateri legislative;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin prezenta, respectiv:

- anularea raportului procedurii referitor la declararea admisibilă și, după caz, câștigătoare a ofertei ... a tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii și transmiterii acestor decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a celor ce vizează etapa finală de licitație electronică, dacă aceasta s-a derulat;
- anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 1236270 din 27.10.2015 privind excluderea ofertei depuse de SC ... SRL, a raportului procedurii și a tuturor actelor autorității Contractante ce au stat la baza emiterii și transmiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei

depuse de ... în conformitate cu cele reținute în motivarea deciziei Consiliului și, pe cale de consecință, emiterea unui nou raport intermediar, cu aplicarea corespunzătoare a criteriilor de selecție impuse prin documentația de atribuire și a cerințelor tehnice, cu consecința excluderii ofertei depuse de ... pentru neîndeplinirea cerințelor de calificare referitoare la criteriul obiectului de activitate și al posibilității legale de a îndeplini contractul de furnizare, datorită absenței autorizației pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții emise de organul de poliție abilitat conform Legii 295/2004 privind regimul armelor și al munițiilor, precum și pentru neîndeplinirea unor cerințe ale caietului de sarcini și a nedemonstrării lor în mod corespunzător;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SC ... SRL în conformitate cu cele reținute în motivarea deciziei Consiliului și, pe cale de consecință, emiterea unui nou raport intermediar, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor art. 156 din OUG 114/2011 și a dreptului european în materia achizițiilor publice obligatoriu de aplicat, cu consecința admiterii ofertei depuse de SC ... SRL deoarece este acceptabilă și conformă, deci admisibilă și invitarea ei la etapa finală de licitație electronică;
- anularea procedurii dacă erorile și omisiunile manifestate nu mai pot fi corectate, în condițiile legii.

Prin contestația nr. 6196/09.11.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 217145/09.11.2015, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., ... și sediul procesual ales în sat Fundeni, comuna Dobroiești, str. Cântecului nr. 9, județul Ilfov, având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ..., formulată împotriva deciziei de anulare a procedurii de atribuire în temeiul art. 181 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 114/2011 și necomunicarea acesteia în condițiile impuse de lege, emisă în cadrul procedurii de „cerere de ofertă” cu fază finală de licitație electronică pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „FURNIZARE ...” organizată de către ... cu sediul în comuna .., localitatea ..., str. ..., județul ... în calitate de autoritate contractantă, cu 35330000-6, s-a solicitat:

- ...lor publice, pentru a evita producerea unei pagube iminente în detrimentul SC ... SRL și a interesului public și pentru a asigura respectarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării și principiul asigurării unei concurențe reale, nedistorsionate, precum și pentru a evita derularea unui proces de atribuire ce este afectat de abateri legislative;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin prezenta, respectiv:

- anularea raportului procedurii nr. 1236293 din 28.10.2015 referitor la anularea procedurii de atribuire, a tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii și transmiterii acestui Raport, precum și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a celor ce vizează etapa finală de licitație electronică, dacă aceasta s-a derulat;
- anularea actului decizia de anulare a procedurii de atribuire emise în baza raportului procedurii și a tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii și transmiterii acestei decizii,

precum și a tuturor actelor subsecvente.

În temeiul art. 273 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, cele două contestații au fost conexe

În baza dispozițiilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite în parte contestația nr. 6169/02.11.2015 și admite contestația nr. 6196/09.11.2015, contestații formulate de către SC ... SRL în contradictoriu cu

Dispune:

- anularea parțială a procesului-verbal nr. 1236256/23.10.2015 în partea referitoare la decizia privind ofertantul SC ... SRL și anularea adresei nr. 1236270/27.10.2015, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii.
- anularea deciziei de excludere a ofertantului SC ... SRL pentru motivul invocat în raportul procedurii nr. 1236293/28.10.2015 și în adresa nr. 1236270/27.10.2015, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii.
- anularea deciziei de anulare a procedurii, a raportului procedurii nr. 1236293/28.10.2015 precum și a tuturor comunicărilor subsecvente.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (4) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, dispune continuarea procedurii, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin evaluarea ofertei tehnice depuse de către SC ... SRL, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca rămase fără obiect criticile din cuprinsul contestației nr. 6169/02.11.2015 privind oferta depusa de cătreSRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

SC ... SRL a formulat contestație împotriva adresei nr. 1236270/27.10.2015, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emis în cadrul procedurii de „cerere de ofertă” cu fază finală de licitație electronică pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect

„FURNIZARE...” organizată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cod CPV 35330000-6, solicitând:

- obligarea autorității contractante la suspendarea procedurii de atribuire până la adoptarea măsurilor ce asigură respectarea prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice, pentru a evita producerea unei pagube iminente în detrimentul SC ... SRL și a interesului public și pentru a asigura respectarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării și principiul asigurării unei concurențe reale, nedistorsionate, precum și pentru a evita derularea unui proces de atribuire ce este afectat de abateri legislative;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin prezenta, respectiv:

- anularea raportului procedurii referitor la declararea admisibilă și, după caz, câștigătoare a ofertei ..., a tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii și transmiterii acestor decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a celor ce vizează etapa finală de licitație electronică, dacă aceasta s-a derulat;
- anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 1236270 din 27.10.2015 privind excluderea ofertei depuse de SC ... SRL, a raportului procedurii și a tuturor actelor autorității Contractante ce au stat la baza emiterii și transmiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... în conformitate cu cele reținute în motivarea deciziei Consiliului și, pe cale de consecință, emiterea unui nou raport intermediar, cu aplicarea corespunzătoare a criteriilor de selecție impuse prin documentația de atribuire și a cerințelor tehnice, cu consecința excluderii ofertei depuse de ... pentru neîndeplinirea cerințelor de calificare referitoare la criteriul obiectului de activitate și al posibilității legale de a îndeplini contractul de furnizare, datorită absenței autorizației pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții emise de organul de poliție abilitat conform Legii 295/2004 privind regimul armelor și al munițiilor, precum și pentru neîndeplinirea unor cerințe ale caietului de sarcini și a nedemonstrării lor în mod corespunzător;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SC ... SRL în conformitate cu cele reținute în motivarea deciziei Consiliului și, pe cale de consecință, emiterea unui nou raport intermediar, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor art. 156 din OUG 114/2011 și a dreptului european în materia achizițiilor publice obligatoriu de aplicat, cu consecința admiterii ofertei depuse de SC ... SRL deoarece este acceptabilă și conformă, deci admisibilă și invitarea ei la etapa finală de licitație electronică;
- anularea procedurii dacă erorile și omisiunile manifestate nu mai pot fi corectate, în condițiile legii.

În fapt, contestatorul arată că în prezenta procedură au fost depuse două oferte, respectiv cea depusă de SC ... SRL și cea depusă de SC ... I... SRL. Cu privire la oferta SCSRL contestatorul a sesizat autoritatea că acest operator economic nu are în obiectul de activitate furnizarea/comercializarea de arme și muniții și nici nu deține autorizația

pentru efectuarea de operațiuni cu arme și munții letale emisă de organul de poliție în condițiile Legii 295/2004.

Prin adresa nr. 1236270/27.10.2015 contestatorul a fost informat de către autoritatea contractantă despre excluderea din procedură deoarece se încadrează în situațiile prevăzute la art. 156 din OUG nr. 114/2011, respectiv că "*relațiile contractuale cu o autoritate contractantă au fost viciate prin neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale asumate, astfel cum reiese din cuprinsul documentului constatator nr. 1619969 din 10.04.2014*". Autorul contestației apreciază că acest act este nelegal prin motivul invocat, autoritatea contractantă nerespectând prevederile documentației de atribuire în evaluarea îndeplinirii criteriilor de calificare. Contestatorul critică atitudinea autorității contractante, care, conform celor afirmate de contestator, a susținut intrarea nelegală pe piață a unui alt operator economic, SC ... SRL invocând în susținere atât decizii date de CNSC, respectiv nr. 671/C2/791, nr. 684/C7/617, și nr. 1404/C8/1468 precum și sentința definitivă a Curții de Apel ... din data de 30.06.2015 și deciziile autorităților contractante - Ministerul Apărării Naționale în procedura nr. 158466/03.04.2015 și nr. 159982/04.06.2015 și Inspectoratul General al Jandarmeriei Române în procedura nr. 157211/18.02.2015.

În conținutul contestației SC ... SRL critică oferta depusă de SC ... SRL apreciind că aceasta este atât inadmisibilă cât și neconformă cu cerințele caietului de sarcini.

Cât privește oferta sa contestatorul arată că în conformitate cu prevederile legislației în vigoare, excluderea ofertei sale pe motivul existenței unui document constatator care ar arata o pretinsă îndeplinire defectuoasă a unor obligații contractuale anterioare este nelegală.

1. Documentul constatator nu se poate aplica/invoca în procedura curentă.

În acest sens se arată că prezenta procedură este organizată în baza OUG nr. 114/2011, în timp ce documentul constatator este emis în baza HG nr. 925/2006, acest act normativ fiind un act dat în executarea OUG nr. 34/2006. Contestatorul mai adaugă că OUG nr. 114/2011 și OUG nr. 34/2006 sunt acte normative de nivel ierarhic egal, care reglementează domenii diferite și distincte, fapt demonstrat de existența a două directive europene care reglementează domeniile respective și pe care ordonanțele de urgență le transpun. Totodată, contestatorul susține că prevederile art. 20 alin. (2) din OUG nr. 114/2011 precizează că: "*Prevederile OUG nr. 34/2006 nu se aplică contractelor a căror atribuire este reglementată de prezenta ordonanță de urgență (...)*"., în textul OUG nr. 114/2011 fiind făcute trimiteri exprese la OUG nr. 34/2006 doar pentru aspecte care vizează unele definiții și secțiunea Căi de atac. Autorul contestației învederează că în afara acestor trimiteri exprese, OUG nr. 34/2006 nu se aplică în procedurile reglementate de OUG nr. 114/2011 în susținere fiind invocate art. 14 și art. 16 alin. (1) din Legea nr. 24/2000. În consecință se menționează că OUG nr. 34/2006 este un act normativ special și de același nivel cu OUG nr. 114/2011, dar cu sferă de aplicabilitate diferită. În plus, se afirmă că, HG nr. 925/2006 este actul dat în executarea OUG nr. 34/2006 iar conform Legii nr. 24/2000 privind tehnica legislativă, art. 4 alin. (3) "*Actele normative date în executarea legilor,*

ordonanțelor sau a hotărârilor Guvernului se emit în limitele și potrivit normelor care le ordonă.", astfel că HG nr. 925/2006 nu poate fi aplicabil procedurilor reglementate de OUG nr. 114/2011, deoarece acest act este ordonat exclusiv de OUG 34/2006.

Concluzionând, contestatorul afirmă că documentul constatator emis de, structura-sora a actualei autorități contractante, în baza art. 97¹ din HG 925/2006 nu este aplicabil în procedura de față, deoarece OUG nr. 114/2011 nu face o trimitere expresă la actul normativ principal care ordona HG nr. 925/2006.

2. Instituția documentului constatator nu există în OUG nr. 114/2011.

Contestatorul afirmă că în nicio parte a OUG nr. 114/2011 nu se face vreo referire la documentul constatator și/sau la rolul său în evaluarea unei oferte iar în textul art. 156, care este de expresă aplicabilitate ca și criteriu de calificare, nu există o referire la documentul constatator. De asemenea se arată că în conformitate cu prevederile exprese din OUG nr. 114/2011, nu se poate împrumuta instituția documentului constatator din HG nr. 925/2006 și nici adăuga la documentația de atribuire odată ce ofertele au fost depuse.

Astfel, în aprecierea contestatorului rezultă că în evaluarea încadrării SC ... SRL în situațiile prevăzute de art. 156 din OUG nr. 114/2011, autoritatea nu a respectat nici textul legii și nici modalitatea de îndeplinire impusă prin cerința din documentația de atribuire, nici în litera și nici în spiritul acestora.

Astfel, neputând invoca documentul constatator și nici să îi atribuie acestuia forța absolută probantă cu de la sine putere, contestatorul consideră că evaluarea trebuia să analizeze îndeplinirea cumulativă a condițiilor expuse în textul art. 156, precum și îndeplinirea cerinței din documentație, respectiv existența Formularului nr. 6 completat în concordanță cu modelul impus.

Având în vedere că CNSC este ținut să judece în baza legii, contestatorul afirmă că motivele expuse mai sus ar fi suficiente pentru ca CNSC să constate nelegalitatea deciziei de excludere a ofertei depusă de SC ... SRL și să admită capătul de cerere referitor la anularea actului atacat.

3. În ipoteza în care, documentul constatator ar fi aplicabil contestatorul arată că oferta sa tot ar fi exclusă în mod nelegal și abuziv:

3.1 Documentul constatator conține date false.

Autorul contestației afirmă că în emiterea documentului constatator, autoritatea contractantă a atestat împrejurări neconforme adevărului, în sensul că în realitate nu a existat nicio nemenținere a prețului pentru unul din loturi sau refuz de semnare a contractelor subsecvente și nici nu a fost reziliat acordul-cadru de către autoritatea contractantă, aceasta neputând proba susținerile și nici nu le-a probat vreodată. În speță este vorba de faptul că Acordul-cadru a fost reziliat de către SC ... SRL datorită încălcării obligațiilor contractuale de către autoritatea contractantă, încălcări care nu mai puteau fi remediate. Astfel, se menționează că obligația legală și contractuală a acesteia era de a nu iniția o altă procedură pentru produse similare pe durata de valabilitate a acordului-cadru, dar aceasta a inițiat procedura cu anunț de participare nr. 150114 /02.04.2014, deși acordul-cadru mai era în vigoare încă 40 de zile.

Contestatorul arată că obligațiile contractuale sunt obligatorii pentru ambele părți, iar autoritatea contractantă aflată în culpă evidentă a ales să

comită un abuz de putere și să emită un document constatator fals în întregul său. În aceste condiții se apreciază că motivul de excludere invocat de către ... în actul atacat prin contestație, acela că ...fi "viciat o relație contractuală anterioară" este un motiv fals.

3.2. Existența unui document constatator nu conduce la excluderea ofertei.

Cu privire la acest aspect contestatorul afirmă că simpla existență a unui document constatator în care să fie menționate pretinse îndepliniri necorespunzătoare ale unor obligații contractuale nu poate conduce de plano la excluderea unei oferte.

În susținere se arată că, în procedură, criteriul de calificare este acela al neîncadrării în situațiile prevăzute la art. 156 din OUG nr. 114/2011 și acest articol nu instituie documentul constatator drept motiv sau instrument de excludere așa cum niciun alt articol din OUG nr. 114/2011 nu face vreo trimitere la acest document.

Dacă prin absurd, s-ar considera, că prevederile OUG nr. 34/2006 și ale HG nr. 925/2006 ar fi aplicabile, contestatorul identifică 2 aspecte:

- nici art. 181 lit. c1) din OUG 34/2006, omologul art. 156 lit. c) pe care se întemeiază decizia de excludere, nu face nicio trimitere la existența unui document constatator „negativ” ca motiv de excludere;
- nici art. 97¹ din HG nr. 925/2006 care tratează documentul constatator nu îi conferă niciun rol în evaluarea situației prevăzute la art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006.

În aceste condiții, se subliniază că textul legii trebuie aplicat așa cum este în actul normativ, iar textul de referință este cel al actului principal, nu al actului dat în executarea celui principal, după cum indica Legea 24/2000 privind tehnica legislativă.

„Art. 16 (4) Într-un act normativ emis pe baza și în executarea altui act normativ de nivel superior nu se utilizează reproducerea unor dispoziții din actul superior, fiind recomandabilă numai indicarea textelor de referință. În asemenea cazuri preluarea unor norme în actul inferior poate fi făcută numai pentru dezvoltarea ori detalierea soluțiilor din actul de bază”.

În acest context se învederează că singura mențiune care dezvoltă sau detaliază o prevedere expresă din OUG nr. 34/2006 este cea de la art. 97¹ alin. (6) care se referă la prevederile art. 204 alin. (1) și (1¹). De menționat în acest context sunt, în opinia contestatorului, și prevederile art. 70 alin. (2) și (3) din HG nr. 925/2006 unde legiuitorul a făcut o mențiune clară și neechivocă că nici această situație nu este asimilabilă situației prevăzută de art. 181 lit. c¹). Astfel, contestatorul afirmă că, în cazul expres al acordului-cadru, refuzul operatorului economic parte în acordul-cadru de a se angaja/semna contractul subsecvent nu este asimilabil situației prevăzute de art. 181 lit. c¹), deoarece „operatorul economic în culpa va suferi consecințele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligațiilor în sarcina sa”. În susținere se arată că rațiunea este simplă și izvorăște din chiar caracterul „incert” al acordului - cadru: un tip special de contract în care părțile sunt denumite „promitenți” și care stabilește un set de drepturi și obligații generale, spre deosebire de contract, care are forță executorie imediat după intrarea sa în vigoare, acordul-cadru fiind o promisiune de angajare în

raporturi comerciale. Acesta mai adaugă că inițierea procedurii pentru încheierea acordului - cadru și chiar semnarea sa nu implică asigurarea fondurilor publice necesare, contrar cazului contractului.

În contestația formulată se mai arată că, din coroborarea articolelor indicate se observă existența unui element comun și anume existența „propriei culpe” a operatorului economic însă, în opinia contestatorului ...nu s-a aflat în niciuna dintre aceste situații în relația contractuală pe care ...pretinde că a ...viciat-o prin neîndepliniri corespunzătoare, drept pentru care, documentul constatator nu poate produce efectul prevăzut de art. 97¹ alin. (6).

De asemenea se menționează că există o confuzie evidentă între „ofertantul declarat câștigător” și „contractant”, deși nu ar trebui să existe având în vedere definițiile inequivoce de la art. 3 lit. i) și p) din OUG nr. 34/2006 și pe cele ale art. 3 pct. 9 și 23. Astfel, un operator economic semnatar al unui acord-cadru nu mai este ofertant declarat câștigător, ci este contractant în forma specifică acordului-cadru, adică promitent-furnizor în cazul furnizării de produse. În cazul invitării sale la semnarea unui contract subsecvent, el devine furnizor. Contestatorul subliniază că astfel de extrapolări sunt nepermise, reprezentând adevărate adăugiri la lege. Având în vedere că acordul-cadru nu reprezintă o obligație de executare a sa pentru autoritatea contractantă/promitentul - achizitor, în aprecierea contestatorului, se naște dreptul promitentului - furnizor de a refuza semnarea anumitor contracte subsecvente. Concluzionând contestatorul afirmă că nu este just ca un operator economic să sufere posibila sancțiune a excluderii din alte proceduri pe baza documentului constatator, care nu poate surprinde toate situațiile existente în derularea contractelor și, mai ales a acordurilor cadru și nici reaua credință a autorității contractante. Mai mult se arată că art. 70 din HG nr. 925/2006 indică, fără echivoc, că ...trebuia să analizeze, în procesul de evaluare, conținutul acordului-cadru pentru a determina care sunt sancțiunile permise de acesta.

3.3. Documentația de atribuire nu face trimitere la documentul constatator.

Autorul contestației afirmă că, în speță, criteriul de calificare nu lasă loc de confuzie iar autoritatea contractantă trebuie să evalueze modalitatea de îndeplinire a criteriului prin stricta raportare la modul în care acesta este formulat în documentația de atribuire. Astfel, modalitatea de îndeplinire a criteriului de calificare „neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 156” este depunerea Formularului nr. 6. În aceste condiții contestatorul învederează că documentul constatator putea să servească doar la constatarea unui eventual fals în declarații comis de ..., caz în care motivul de excludere nu mai putea să fie pretinsa „viciere/neîndeplinire a unor obligații contractuale”, ci prezentarea de informații false în scopul demonstrării îndeplinirii criteriilor de calificare. Contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a invocat aceasta situație este tocmai faptul că știe că informațiile cuprinse în documentul constatator sunt false, caz în care nu poate să sesizeze organele abilitate, deoarece situația s-ar întoarce împotriva membrilor comisiei de evaluare. Mai mult, se subliniază că indiferent de motivul invocat - viciere/neîndeplinire obligații contractuale sau prezentare de informații false -

mențiunea inechivocă din Formularul nr. 6 că autoritatea contractantă poate să solicite documente doveditoare de la operator în scopul verificării și confirmării declarațiilor date indică faptul ca autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări și nu putea să excludă automat oferta.

3.4. Comisia de evaluare este ținută să evalueze.

Contestatorul precizează că inexistența oricărei referiri în legislație la efectul automat al excluderii unei oferte prin simpla existența a unui document constatator „negativ”, obligă autoritățile să analizeze modul în care sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 156 din OUG nr. 114/2011, respectiv, după caz, ale art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006. Acesta mai adaugă că, modul de acțiune a autorității este indicat chiar de textul articolului respectiv, precum și de textul declarației din Formularul nr. 6, care reprezintă documentul prin care se atestă încadrarea/neîncadrarea în situațiile prevăzute la articolele menționate.

În acest sens, se constată că trebuie evaluată îndeplinirea cumulată a celor 3 condiții indicate în textul articolului: să existe o neîndeplinire sau o îndeplinire defectuoasă, aceasta să indice o culpă imputabilă ofertantului și să existe un prejudiciu adus beneficiarilor contractului. În realitate situația ...este următoarea: neîndeplinirea/îndelinierea necorespunzătoare a obligațiilor contractuale a fost comisă de către autoritatea contractantă, nu exista motive imputabile ... și nu există niciun prejudiciu reținut de către beneficiari, ca de altfel nici de către autoritatea contractantă, în sarcina ... În această situație, având în vedere că, din documentul constatator lipsesc rubricile obligatorii instituite prin act cu putere de lege prin modelul de document constatator referitoare la culpă și la prejudiciu, contestatorul opinează că ... nu avea cum să determine că ...se încadrează în situațiile prevăzute de art. 156 din OUG nr. 114/2011.

În susținere se invocă prevederile legislației achizițiilor publice, care la art. 97¹ din HG 925/2004, alin. (1), prevede o obligație expresă a autorității contractante să emită un document constatator care să conțină informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și la eventualele prejudicii, în absența acestor mențiuni sau a altor vicii de formă, documentul neputând fi folosit pentru excluderea ofertantului.

Mai mult, contestatorul subliniază că la alin. (3) se menționează tocmai cazul acordului-cadru, impunându-se ca prevederile alin. (1) să se raporteze la terminarea prestațiilor aferente întregului acord-cadru și nu contractelor subsecvente. Acest fapt înseamnă că mențiunile din document trebuie să se refere la fiecare contract subsecvent și chiar la fiecare lot obiect al acestora, absența lor reprezentând un alt viciu de formă care împiedică evaluarea situației de fapt. În acest context ...arată că situația sa este aceea că a îndeplinit ireproșabil primele două contracte subsecvente, despre care nu există nicio mențiune în document, iar pe cel de al treilea nu a mai apucat să îl semneze, deși și-a dat acordul, deoarece a intervenit încălcarea de către autoritatea contractantă a obligației exprese și asumate de către aceasta de a nu iniția o nouă procedură pentru produse similare pe durata de valabilitate a acordului-cadru.

3.5 Decizia de excludere a ofertei ...încalcă dreptul european.

Contestatorul arată că în Noul Cod Civil, Titlul Preliminar, art. 5 se

menționează fără echivoc că „normele dreptului Uniunii Europene se aplica în mod prioritar”, această situație fiind cu atât mai obligatorie în procedura de față cu cât materia achizițiilor publice este reglementată de Directive europene și finanțarea achiziției este făcută din fonduri europene. Astfel, se subliniază că autoritatea trebuia să țină cont de jurisprudența CJUE în materia interpretării art. 45 din Directiva 2004/18/CE, care este transpus prin art. 181 în OUG nr. 34/2006 și al art. 39 din Directiva 2009/81/CE, transpus prin art. 156 din OUG nr. 114/2011.

În susținerea contestației se invocă un articol apărut în Revista de Achiziții Publice, scris de ..., Vicepreședintele Asociațiilor Expertilor în Achiziții Publice, din care contestatorul citează: „*existenta unei abateri grave necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic respectiv*” și că „*abatere gravă trebuie să fie înțeleasă ca (...) un comportament care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate*”, fiind precizat totodată că acest articol de specialitate trebuie tratat ca parte integrantă a contestației prezente, el fiind anexat doar din motive de economie de spațiu. Tot în susținere se invocă și propunerea legislativă de completare a HG nr. 925/2006, unde, la pct. 15 alin. 2² legiuitorul impune: „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unuia dintre documentele constatatoare (...), comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit. c1) din ordonanța de urgență”.

Contestatorul susține că lămurirea adusă de HG nr. 925/2006 întărește susținerile ..., și anume că documentul constatator nu are rol absolut și nici chiar obligatoriu în evaluarea încadrării în situațiile art. 156 din OUG 114/2011, în caz contrar legiuitorul nemaifolosind formularea „*atunci când ia decizia de respingere pe baza ...(...)*”. Formularea arată că analiza documentului constatator este doar una dintre posibilitățile existente, absolut facultative, pentru a se evalua încadrarea în respectivele situații. Totodată se menționează că și din NOTA DE FUNDAMENTARE a MFP și ANAP cu privire la necesitatea adoptării completărilor la HG nr. 925/2006 reiese situația de fapt a lipsei efectelor documentului constatator și a necesității alinierii la doctrina europeană pentru evitarea acestui tip de abuzuri al autorităților contractante.

3.6 Decizia de excludere încalcă principiile fundamentale ale achizițiilor publice

Cu privire la acest fapt contestatorul afirmă că decizia de excludere încalcă mai multe principii fundamentale ale achizițiilor publice, motiv pentru care Consiliul este ținut să o anuleze. Astfel, în opinia acestuia, este încălcat principiul tratamentului egal și al nediscriminării, deoarece autoritatea nu a analizat și existența unui document constatator emis pentru Întrucât procesul de evaluare a ofertelor impune verificarea efectivă a modului de îndeplinire a criteriilor și cerințelor pentru fiecare ofertă în parte și în mod egal pentru toate contestatorul apreciază că nu se poate ca o ofertă să fie analizată în funcție de ce știe comisia despre ofertant și altă ofertă în funcție de ce nu știe comisia despre ofertant. Astfel, nu se poate ca pentru criteriul neîncadrării în situațiile prevăzute la art. 156 pe ... autoritatea să o evalueze pe baza Formularului nr. 6, iar pe ...să o evalueze pe baza documentului

constatator, fără ca autoritatea să încerce măcar să vadă dacă ... nu cumva are vreun document constatator.

Un alt aspect de natura a afecta tratamentul egal și nediscriminarea, în opinia contestatorului, este acela de a nu exclude oferta ... pentru neîndeplinirea criteriilor de calificare, deși aceasta reprezintă o obligație, în schimb de a exclude oferta ... printr-o interpretare abuzivă și nelegală a rolului documentului constatator, deși aceasta nu reprezintă o obligație chiar dacă ... s-ar fi aflat în situația de încadrare în prevederile art. 156 din OUG nr. 114/2011. Totodată contestatorul apreciază că autoritatea a încălcat principiul eficienței utilizării fondurilor publice, în susținere fiind invocată decizia nr. 387/16.02.2010 a Curții de Apel Cluj.

Mai departe contestatorul susține că, derivând direct din încălcarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice este încălcarea principiului proporționalității, având în vedere că decizia de excludere a ofertei TRANSCARPAT, a fost luată nu doar cu interpretarea tendențioasă a prevederilor legislației și ale documentației de atribuire, ci cu încălcarea limitelor a ceea ce este adecvat și necesar pentru atingerea scopului procedurii, prin nealegerea măsurii celei mai puțin constrângătoare, în susținere fiind invocată Cauza T-195/08 și Decizia CNSC B02014_2216.

3.7 Decizia de excludere încalcă drepturile TRANSCARPAT.

În acest sens, contestatorul arată că, întrucât ..., chiar în cazul real în care documentul constatator ar fi fost necesar și suficient pentru a se constata o încadrare sau chiar în cazul în care ... s-ar fi încadrat în prevederile art. 156 din OUG nr. 114/2006, nu avea o obligație de a exclude oferta ..., aceasta decizie încalcă drepturile Astfel, în aprecierea contestatorului, dreptul și nu obligația ... de a exclude oferta ..., chiar dacă aceasta s-ar fi încadrat în prevederile art. 156 din OUG nr. 114/2011, naște o obligație corelativă a acesteia și un drept al ... de a nu fi exclusă din procedură.

Inexistența evaluării în concret a îndeplinirii condițiilor cumulative ale art. 156 din OUG nr. 114/2011, precum și neanalizarea posibilității de a se abține de la exercitarea dreptului în beneficiul exclusiv al procedurii, evitând riscul contestării și chiar al anularii acesteia, în opinia contestatorului a condus la încălcarea dreptului ... de a nu fi exclusă.

3.8 Despre absența efectelor juridice ale documentului constatator

Contestatorul învederează că documentul constatator nu produce niciun fel de efecte juridice în cazul ... În acest sens se arată că, nu doar acestea nu i-au fost conferite prin norma juridică de bază, o condiție obligatorie a investirii documentului cu astfel de efecte, dar documentul în sine nu le poate produce. Se mai adaugă că dreptul european nu acceptă excluderi automate în privința îndeplinirii criteriilor prevăzute de art. 156 din OUG nr. 114/2011, astfel că nu există efecte juridice ale documentului constatator.

Acesta subliniază că o eroare perpetuată la nivelul unor autorități contractante, este aceea de a considera documentul constatator drept un act administrativ individual și de a concluziona că acesta produce efecte juridice. Contestatorul susține că aceasta încadrare este profund eronată și se naște, cel mai probabil, atât din confuzii referitoare la statutul autorităților contractante, cât și din interpretarea greșită a prevederilor art. 97.1 alin. (5) din HG nr. 925/2006. Astfel, simplul fapt că documentul constatator se poate

ataca în condițiile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ nu îi conferă acestuia calitatea de act administrativ, nefiind îndeplinite condițiile definitorii ale acestuia din urmă, iar contenciosul administrativ nu se aplica doar actelor administrative. ...subliniază că astfel de extrapolări sunt nepermise, reprezentând adevărate adăugiri la lege,

În opinia contestatorului documentul constatator nu este un act administrativ, Astfel, se menționează că din prevederile art. 3 lit. c) din Legea nr. 554/2004 rezultă condițiile cumulative și obligatorii pe care trebuie să le îndeplinească un act pentru a fi considerat act administrativ, respectiv:

- să fie emis în regim de putere publică, or autoritatea contractantă nu acționează în regim de putere publică (puterea derivată din investirea prin lege; în achizițiile publice autoritățile contractante nu acționează în regim de putere publică, însă ANAP și CNSC da);
- să fie dat în vederea organizării executării sau a executării legii, ceea ce nu este atributul autorităților contractante;
- să nască, să stingă sau să modifice raporturi juridice, adică drepturi și obligații.

Totodată contestatorul precizează că în sfera achizițiilor publice, cu referire la autoritățile contractante, doar contractul de achiziție publică este asimilat actului administrativ.

În contestația formulată se mai arată că, pe lângă faptul că legislația achizițiilor publice nu îl investește cu efecte juridice, aceasta nu îi conferă documentului constatator nici caracter obligatoriu, din moment ce nu există o obligație expresa a autorităților contractante de a-l lua în seama sau de a-l folosi în evaluarea situațiilor cumulative prevăzute de art. 156 din OUG nr. 114/2011 sau art. 181 lit. c) din OUG nr. 34/2006. În același timp, se afirmă că documentul constatator nu este obligatoriu nici pentru autoritatea contractantă emitentă, nici pentru alte autorități contractante și nici pentru autoritatea publică superioară.

În opinia contestatorului, la fel de important este și faptul că actele prin care se atestă anumite fapte juridice sau drepturi (certIFICATE, adevărinite, avize) nu sunt acte administrative, deoarece ele nu adaugă efecte juridice noi raportului juridic existent, fapt confirmat prin OG 33/2002 privind reglementarea eliberării certificatelor și adevărințelor de către autoritățile publice. În sensul definițiilor din acest act normativ, documentul constatator este o adevărinită, adică documentul prin care se atestă un fapt.

Revenind la documentul constatator invocat de ..., contestatorul precizează că, și în cazul în care, prin absurd, s-ar persista în a fi considerat un act administrativ, acesta nu produce efecte juridice deoarece nu respectă forma impusă printr-un model adoptat printr-un act normativ, având rubrici care sunt lipsă, respectiv culpa și prejudiciul. Autoritățile publice nu pot să deroge de la forma impusă printr-un act normativ, sub sancțiunea nevalabilității actului emis.

3.9 Despre sentința nr. 3190/29.04.2015 a Tribunalului ... contestatorul arată că, în corelare cu lipsa caracterului de act administrativ și cu lipsa efectelor juridice, trebuie analizată și afirmația ... din alineatul al doilea din actul atacat în care este invocată sentința mai sus citată ca un fapt sau act care menține pretinsele efecte juridice ale documentului constatator. În acest

sens se menționează că sentința nu este motivată nici la acest moment, la mai bine de 6 luni de la pronunțarea ei. Totodată, aceasta nu este definitivă, fiind supusă căii de atac a apelului. În susținere contestatorul subliniază că o sentință nemotivată și nedefinitivă nu permite părților să o invoce, având în vedere faptul că nu se știe ce s-a dat de către judecătorul de prima instanță și nici ce se va decide de către instanța de apel.

Având în vedere cele antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să respingă referirile ... la sentința respectivă, având în vedere caracterul incert și neprobat al acestora,

În concluzie contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 1236381/09.11.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 21707/09.11.2015, ..., în calitate de autoritatea contractantă formulează punct de vedere cu privire la contestația nr. 6169/02.11.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21245/03.11.2015.

În prealabil, având în vedere termenele imperative stabilite în implementarea proiectului "...", autoritatea solicită soluționarea cu celeritate a prezentei contestații, pentru a avea posibilitatea inițierii, derulării și finalizării unei noi proceduri de achiziție care să permită îndeplinirea obligațiilor asumate în cadrul contractului de finanțare nr.

Cu privire la fondul contestației, ... arată că prin contestația formulată, SC ... SRL afirmă că autoritatea "*prin comisia de evaluare, nu a urmat prevederile documentației de atribuire în evaluarea îndeplinirii criteriilor de calificare și a intervenit în mod decisiv în favoarea ...*", acesta speculând asupra faptului că oferta ... SRL a fost declarată ca fiind admisibilă.

Față de motivele de fapt și de drept invocate de ... SRL prin contestația formulată, autoritatea solicită respingerea contestației ca fiind lipsită de obiect, având în vedere că, prin raportul procedurii nr. 1236293 din 28.10.2015, autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii de atribuire.

În susținerea acestei solicitări autoritatea contractantă menționează că a aplicat prevederile HG nr. 925/2006 atunci când a decis excluderea din procedură a operatorului economic ... SRL, dar și când a hotărât declararea ca neconformă a ofertei depuse de ... SRL, întrucât OUG nr. 114/2011 nu cuprinde referiri complete cu privire la aceste aspecte.

Concret autoritatea contractantă menționează că excluderea din procedură a ofertantului SC ... SRL a fost hotărâtă întrucât acesta s-a încadrat în situația stabilită prin art. 156 lit. c) din OUG nr. 114/2011 care preia, în mare parte, textul art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, singura deosebire în opinia autorității, fiind specifică obiectului de reglementare al OUG nr. 114/2011, art. 156 lit. c) cuprinzând trimiteri la încălcarea obligațiilor în domeniul securității informației sau al securității aprovizionării, însă numai cu titlu de exemplu. Astfel, autoritatea susține că din coroborarea dispozițiilor art. 156 lit. c) cu cele ale art. 194 din OUG nr. 114/2011 rezultă că ... în mod corect a decis excluderea din procedură a SC ... SRL având în vedere existența documentului constatator nr. ... cu privire la neîndeplinirea obligațiilor contractuale. Cât privește responsabilitatea stabilirii validității documentului constatator, autoritatea contractantă arată că aceasta revine

instanțelor judecătorești competente, alegațiile contestatorului cu privire la acest proces fiind pure speculații. Astfel, se învederează că documentul constatator nr. ... arată că operatorul economic nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale față de o autoritate contractantă, acesta urmând a fi exclus din procedurile de atribuire care cuprind obligația operatorilor economici participanți, de a se încadra în prevederile art. 181 litera c¹) din OUG nr. 34/2006, respectiv art. 156 litera c) din OUG nr. 114/2011. Autoritatea subliniază că documentul constatator menționat este în vigoare, legalitatea acestuia fiind confirmată de sentința nr. 3190 din 29.04.2015, pronunțată de Tribunalul ... în dosarul nr. .../.../2014. prin care instanța a respins cererea SC ... SRL de anulare a documentului constatator.

În ceea ce privește respingerea ofertei depusă de SC ... SRL, autoritatea contractantă arată că aceasta a fost declarată neconformă, având în vedere faptul că ofertantul nu a răspuns în termenul limită la solicitările formulate, în conformitate cu prevederile art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 cu completările și modificările ulterioare. Astfel, SC ... SRL nerăspunzând la adresa nr. 1236266 din 26.10.2015 prin care au fost solicitate clarificări, nu a putut proba îndeplinirea cerințelor stabilite de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției, referitoare la:

1. Documentele de calificare:

- existența unui corespondent în codurile CAEN înscrise în Certificatul Constatator depus, corespondent cu obiectul contractului.
- autorizarea de către Ministerul Administrațiilor și Internelor pentru efectuarea de operații cu arme și muniții;
- menținerea unui Sistem de management al calității SR EN ISO 9001:2008 pentru activitatea de achiziție, comercializare, depozitare muniție;

2. Oferta tehnică:

- prezentarea acceptării unei perioade de valabilitate a contractului din care nu se poate determina clar termenul de livrare și lipsa declarației prin care se obligă să livreze muniția până la data de 15.01.2016;
- prezentarea unor documente, ce nu sunt în perioada de valabilitate, prin care trebuia să se ateste faptul că producătorul muniției oferite îndeplinește cerințele NATO de asigurare a calității, conform precizărilor AQAP. De îndeplinirea acestei cerințe urmau a fi solicitate noi clarificări ce se ridicau la caracteristicile tehnice ale muniției oferite care însă nu au mai putut fi cerute ofertantului, datorită faptului că operatorul economic nu a dat curs primei solicitări.

Având în vedere cele anterior menționate, autoritatea solicită respingerea contestației ca lipsită de obiect.

SC ... SRL a formulat contestație împotriva a deciziei de anulare a procedurii de atribuire în temeiul art. 181 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 114/2011 și necomunicarea acesteia în condițiile impuse de lege, emisă în cadrul procedurii de „cerere de ofertă” cu fază finală de licitație electronică pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „FURNIZARE ...” organizată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cod CPV 35330000-6, solicitând:

- ...lor publice, pentru a evita producerea unei pagube iminente în detrimentul SC ... SRL și a interesului public și pentru a asigura respectarea

principiului tratamentului egal și al nediscriminării și principiul asigurării unei concurențe reale, nedistorsionate, precum și pentru a evita derularea unui proces de atribuire ce este afectat de abateri legislative;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin prezenta, respectiv:

- anularea raportului procedurii nr. 1236293 din 28.10.2015 referitor la anularea procedurii de atribuire, a tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii și transmiterii acestui Raport, precum și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a celor ce vizează etapa finală de licitație electronică, dacă aceasta s-a derulat;
- anularea actului decizia de anulare a procedurii de atribuire emise în baza raportului procedurii și a tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii și transmiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente.

În fapt, contestatorul arată că în data de 27.10.2015, a primit adresa nr. 1236270, prin care i se comunica excluderea din procedură deoarece se încadrează în situațiile prevăzute la art. 156 din OUG nr. 114/2011, respectiv că *"relațiile contractuale cu o autoritate contractantă au fost viciate prin neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale asumate, astfel cum reiese din cuprinsul documentului constatator nr. 1619969 din 10.04.2014"*. În opinia contestatorului, acest act, prin motivul invocat, nu este legal, fapt pentru care a înaintat contestația ce face obiectul dosarului CNSC nr. .../2015 și prin care a solicitat și suspendarea procedurii.

Urmare a solicitării CNSC nr. 11336/...-... de precizare a punctului său de vedere referitor la capătul de cerere privind suspendarea procedurii, a transmis și SC ... SRL adresa 1236356/05.11.2015 prin care se comunicau unele extrase din Punctul de vedere nr. 1236355 / 05.11.2015 transmis către Consiliu. Astfel, contestatorul arată că din acest document rezultă că , „(...) prin Raportul nr. 1236293 din 28.10.2015, autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii ce face obiectul prezentei contestații. Anularea procedurii a fost hotărâtă în conformitate cu art. 181, alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 114/2011".

Contestatorul critică faptul că prin punctul de vedere nr. 1236356 din 05.11.2015, nu comunica și SC ... SRL raportul prin care s-a dispus anularea procedurii. Mai mult, se învederează că la data și ora primirii documentului, ca de altfel și în zilele ulterioare, inclusiv la data înaintării contestației nr. 6196/09.11.2015, procedura nu apare ca fiind anulată în secțiunea din SEAP. Contestatorul susține că anularea procedurii trebuie obligatoriu comunicată operatorilor economici implicați în maxim 3 zile lucratoare de la emiterea actului, în speță, termenul împlinindu-se în data de 02.11.2015. ...menționează că are calitatea de operator economic implicat în sensul art. 137 din OUG nr. 114/2011, având în vedere că decizia de excludere a fost atacată și instanța investită nu s-a pronunțat definitiv. În aprecierea contestatorului necomunicarea deciziei de anulare în condițiile impuse de lege reprezintă o încălcare a prevederilor art. 137 și ale art. 2 din OUG nr. 114/2011.

În contestația formulată se mai arată că anularea procedurii de atribuire în baza art. 181 alin. (1) lit. a) este nelegală, deoarece în procedură a fost

depusa o oferta admisibilă, oferta ...îndeplinind toate criteriile de calificare și toate cerințele tehnice impuse, iar propunerea financiară se încadrează în valoarea maxima estimată. Contestatorul critică faptul că autoritatea nu s-a achitat de obligația de a evalua integral oferta.

Referitor la excluderea ofertei ... contestatorul precizează că oferta sa nu putea fi exclusă din procedură pe motivul pretensei încadrării în prevederile art. 156 din OUG nr. 114/2011. Având în vedere că acest document constatator nu este postat în SEAP și nici nu a fost solicitat ANAP de către comisia de evaluare, în opinia contestatorului, rezultă că el a fost pus la dispoziția ... de către autoritatea contractantă emitentă în condiții nelegale. În plus, contestatorul afirmă că invocarea documentului constatator nu poate conduce la excluderea ofertei, pentru următoarele motive principale:

- având în vedere domeniul diferit de aplicabilitate al OUG nr. 114/2011 și al OUG nr. 34/2006, precum și clauza expresă de neaplicabilitate a OUG nr. 34/2006 din art. 20 alin. (2) din OUG nr. 114/2011, documentul constatator nu poate fi utilizat sau invocat în aceasta procedură deoarece este emis în baza HG nr. 925/2006, act dat în executarea OUG nr. 34/2006;
- criteriul de calificare și modalitatea de demonstrare a îndeplinirii cerinței fac referire expresă și unică la condițiile care sunt enunțate în textul art. 156 din OUG nr. 114/2011. Aceste condiții trebuie îndeplinite în mod cumulativ și demonstrate în mod corespunzător de către comisia de evaluare, în special culpa ofertantului și prejudiciul grav cauzat beneficiarilor contractului în care a fost cauzat acest prejudiciu;
- în textul întregii ordonanțe nu se face nicio referire la documentul constatator sau la pretensele sale efecte în cadrul analizei care trebuie să fie făcută pentru constatarea îndeplinirii criteriului de calificare, în opinia contestatorului autoritatea depășindu-și atribuțiile și cadrul legal al activității sale și a utilizat alte acte normative, neaplicabile speței;
- chiar dacă, prin absurd, s-ar considera că documentul constatator emis în baza altei norme decât cea aplicabilă, ar reprezenta un instrument absolut în evaluarea încadrării în situațiile prevăzute la art. 156 din OUG 114/2011, acesta nu poate conduce la excluderea ofertei ...având în vedere că din cuprinsul său nu reies toate condițiile impuse de textul de lege și că documentul nu respecta condițiile de formă și conținut impuse;
- în aprecierea contestatorului decizia de excludere a ofertei ...încalcă dreptul european și principiile fundamentale ale achizițiilor publice, având în vedere că dreptul european nu acceptă excluderea automată a operatorului economic, ci doar după ce analiza efectuată în procesul de evaluare printr-o apreciere concretă și individualizată releva o culpă evidentă, o intenție culpabilă sau o gravă neglijență, având consecințe de o gravitate considerabilă.

Contestatorul consideră că lipsa consecințelor grave este demonstrată chiar de ușurința cu care ... și structura-soră a acesteia,, anulează proceduri de atribuire și/sau inițiază altele noi cu încălcarea flagrantă a normei legale.

În continuare, contestatorul menționează că, întrucât excluderea unei

oferte nu este obligatorie chiar dacă se îndeplinesc condițiile cumulative prevăzute la art. 156 și acestea au rezultat în urma unei analize complete, excluderea fiind doar o opțiune, sunt încălcate principiile fundamentale ale achizițiilor publice al proporționalității și al eficienței utilizării fondurilor publice. Astfel, dată fiind participarea extrem de redusă din procedură, precum și faptul evident că cea de a doua ofertă nu îndeplinea cerințele de calificare, impuneau ca ... să nu adopte o măsura extrem de restrictivă și neadecvată scopului procedurii, prin nealegerea măsurii celei mai puțin constrângătoare, declarând oferta inacceptabilă și în baza unui formalism excesiv și tendențios.

În susținerea contestației se mai arată că documentul constatator nu este un act administrativ individual și nu se poate concluziona că acesta produce efecte juridice, acesta fiind o operațiune administrativă de tipul adeverinței, care nu are niciun fel de efect juridic prin sine, conform jurisprudenței constante a ICCJ.

În final, contestatorul arată că, faptul că documentul este atacat în instanță și că nu există o decizie nu doar definitivă, ci chiar motivată, nu poate permite invocarea acestei situații în favoarea

Prin adresa nr. 1236421/12.11.2015 înregistrată la Consiliu sub nr. 21981/12.11.2015, ..., în calitate de autoritate contractantă formulează punct de vedere cu privire la contestația nr. 6196/09.11.2015 solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată având în vedere că raportul de anulare a procedurii nr. 1236293 din 28.10.2015 a fost întocmit cu respectarea tuturor normelor incidente în materie.

Referitor la afirmația contestatorului conform căreia ... nu a respectat dispozițiile art. 137 din OUG nr. 114/2011, autoritatea arată că excluderea ...din procedură pentru încadrarea în situația stabilită de art. 156 lit. c) a fost interpretată în sensul celor stabilite de art. 137 alin. (2) teza 2. Astfel, autoritatea contractantă menționează că a apreciat că, prin comunicarea deciziei de respingere, respectiv adresa nr. 1236270/27.10.2015, ... SRL a pierdut calitatea de "operator economic implicat în procedura de atribuire", iar hotărârea "nu mai poate face obiectul unei căi de atac", având în vedere că documentul constatator nr. 1619969/10.04.2014 cu privire la neîndeplinirea obligațiilor contractuale este valid și aplicabil.

În ceea ce privește proveniența documentului constatator, autoritatea contractantă arată că, atât emitentul acestuia -, cât și ... Grădiștea, deși autorități contractante de sine stătătoare, sunt parte ale aceleiași instituții, respectiv Astfel, la nivelul instituției, se aplică reguli unitare în ceea ce privește procedurile de achiziție publică, existând comunicare permanentă între unitățile achizitoare.

Având în vedere că a fost exclus din procedură, autoritatea contractantă nu a mai comunicat ...și deciziile ulterioare luate de comisia de evaluare și conținute în raportul procedurii nr. 1236293/29.10.2015, decizii ce au fost transmise prin adresa nr. 1236295/29.10.2015 către ... SRL.

Referitor la mențiunea contestatorului că, la data depunerii contestației „procedura nu apare ca fiind anulată în secțiunea din SEAP”, autoritatea contractantă precizează că va transmite în SEAP informațiile referitoare la motivele anulării cu respectarea termenului prevăzut la art. 183 din OUG nr.

114/2011.

În final, autoritatea contractantă afirmă că din faptele și actele întocmite în cadrul prezentei proceduri rezultă că derularea procedurii s-a făcut cu respectarea tuturor regulilor și principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Prin adresa nr. 6245/20.11.2015 înregistrată la Consiliu sub nr. 22732/23.11.2015 SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei.

I. Cu privire la punctului de vedere nr. 1236395/09.11.2015 formulat de autoritatea contractantă, contestatorul menționează că prin acesta se confirmă critica sa privind aplicarea unor prevederi legislative inaplicabile în procedura curentă și a faptului că oferta ...nu putea să fie exclusă pe baza documentului constatator invocat. Concret, se arată că în OUG nr. 114/2011 există o prevedere expresă de neaplicabilitate a prevederilor OUG 34/2006, respectiv la art. 20 alin. (2), iar HG nr. 925/2006 este actul normativ dat în executarea OUG nr. 34/2006, acesta trebuind să respecte "*limitele și potrivit normelor care le ordonă*", motiv pentru care este exclusă orice aplicabilitate a HG nr. 925/2006 în spețele supuse OUG nr. 114/2011. Totodată se arată că art. 194 din OUG nr. 114/2011 face referire expresă la prevederile dreptului comun în toate situațiile care nu sunt în mod expres explicitate în OUG nr. 114/2011, iar, în opinia acestuia, OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006 nu se încadrează în această situație. În acest context contestatorul subliniază că, în cazul în care s-ar admite raționamentul ..., ar însemna și că reciproca ar fi valabilă, în sensul că OUG nr. 114/2011 ar fi "dreptul comun" pentru OUG nr. 34/2006, având în vedere că art. 194 din OUG nr. 114/2011 își are echivalentul în art. 297 din OUG nr. 34/2006. Însă, prin art. 16 alin. (1) din Legea 24/2000 se prevede: "*în procesul de legiferare este interzisă instituirea aceluiași reglementări în mai multe articole sau alineate din același act normativ ori în două sau mai multe acte normative. Pentru sublinierea unor conexiuni legislative se utilizează norma de trimitere.*"

În aprecierea contestatorului, dacă s-ar urma raționamentul ..., ar însemna că prevederile art. 194 invalidează prevederile art. 20 alin. (2) din OUG nr. 114/2011, fapt care nu poate fi reținut. În acest sens contestatorul redă prevederile exprese ale art. 20 alin. (1) din OUG nr.114/2011: "*Niciuna dintre situațiile reglementate în prezenta secțiune nu poate fi folosită în scopul sustragerii de la aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență.*" În susținere se invocă punctul de vedere emis de ANRMAP transmis ... din care rezultă faptul că autoritatea competentă nu consideră că lipsa normelor de aplicare ale OUG nr. 114/2011 împiedică aplicarea corespunzătoare a prevederilor actului normativ, autoritățile contractante fiind obligate să țină cont de principiile fundamentale ale achizițiilor publice expuse în partea de început a ordonanței pentru situațiile care nu sunt explicitate (anexa nr. 1 - adresa nr. 14690/16.10.2014). Tot în susținere este depusă anexat și adresa nr. 1234966/27.04.2015.

În continuare contestatorul menționează că prin punctul de vedere formulat autoritatea recunoaște direct că nu a aplicat prevederile documentației de atribuire prin analiza condițiilor cumulative prevăzute la art. 156 din OUG nr. 114/2011, ci pe cele ale HG nr. 925/2006: "*Prin urmare,*

autoritatea contractantă a aplicat prevederile HG nr. 925/2006 atunci când a decis excluderea din procedura a operatorului economic (...)". Motivul conform căruia „întrucât OUG nr. 114/2011 nu cuprinde referiri complete cu privire la aceste aspecte", în opinia contestatorului nu poate fi reținut întrucât este contrar legii și introduce arbitrariul absolut în derularea procesului de evaluare și a întregii proceduri. Mai mult, se subliniază că și în cazul pur teoretic în care o parte din contract ar fi fost parțial sub incidența OUG nr. 34/2006, norma aplicabilă în mod exclusiv este tot cea a OUG nr. 114/2011, conform art. 4 alin. (1).

În ceea ce privește susținerile autorității contractante referitoare la documentul constatator, autorul contestației menționează că ... schimbă abordarea din decizia de excludere a ...și din comunicarea transmisă acesteia în sensul că în documentele antemenționate se referă la „efectele juridice” ale documentului constatator în timp ce în punctul de vedere se face referire la „valabilitatea” acestuia, subliniind că „documentul constatator menționat este în vigoare”. Acesta învederează că din moment ce legea nu impune un termen de valabilitate pentru acest document, este evident că el este în vigoare, fără ca acest fapt să însemne că el are sau produce efecte juridice.

...critică susținerea autorității „*acesta urmând a fi exclus din procedurile de atribuire care cuprind obligația operatorilor economici de a se încadra în prevederile art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, respectiv art. 156 litera c) din OUG 114/2011*”, subliniind că autoritatea transformă un drept de a exclude într-o obligație de a exclude, ceea ce contravine legii.

Mai mult, contestatorul afirmă că între aserțiunea ... și prevederile documentației de atribuire exista o contradicție evidentă, ceea ce arată că această autoritate nu cunoaște sau nu dorește să aplice prevederile documentației de atribuire.

Faptul că în punctul de vedere nu au fost abordate condițiile legale, deși în contestație ele au fost dezbătute pe larg, în opinia contestatorului nu reprezintă decât o recunoaștere tacită a .. că nu are argumente cu care să contrazică susținerile bazate pe lege ale Contestatorul reiterează faptul că documentul constatator nu produce efecte juridice deoarece nu este un act administrativ și nici nu sunt îndeplinite condițiile pentru ca el să fie considerat astfel în baza definițiilor din Legea 554/2004 și nici legislația achizițiilor publice nu îi conferă acest statut. În acest sens se subliniază că documentul este o operațiune administrativă de tipul certificatelor, adeverințelor și al avizelor, acestea neavând efecte juridice deoarece doar atestă o stare de fapt, fără a crea raporturi juridice stării existente. În susținere se invocă jurisprudența ICCJ.

Contestatorul reiterează și faptul că documentul constatator, doar în situația în care ar fi aplicabile procedurile organizate în baza OUG nr. 114/2011 prevederile OUG nr. 34/2006 și ale HG 925/2006, reprezintă o operațiune administrativă, ea producând doar efectele pe care le prevede legea și nu produce efecte prin ea însăși, chiar dacă legea i-ar fi atribuit caracterul de aviz conform. Or legea i-a atribuit caracterul de aviz facultativ, din moment ce actul administrativ pe care el îl poate determina - decizia de excludere din procedură - este el însuși facultativ și supus cenzurii principiilor fundamentale și altor prevederi legale, în esență ca să fie îndeplinită o serie de alte condiții

cumulative. Contestatorul mai adaugă și că legea nu îi conferă niciun efect juridic direct, cu excepția situației prevăzute la art. 97¹ alin. (6) din HG nr. 925/2006, care reprezintă o excepție de la norma generală a lipsei efectelor juridice și care trebuie tratată conform principiului de drept ca excepția este de strictă interpretare și aplicare. ...subliniază că nu se află în niciuna dintre condițiile care să poată determina excluderea sa din procedură, nici în general și nici prin excepția introdusă de acest ultim articol menționat.

II. Cu privire la punctului de vedere nr. 1236431/12.11.2015, contestatorul critică afirmația ... conform căreia ...nu are calitatea de operator economic implicat în procedură deoarece a pierdut-o prin excluderea din procedură, iar hotărârea de excludere nu mai poate face obiectul unei căi de atac deoarece sentința din dosarul 18991/3/2014 a validat aplicabilitatea documentului constatator. Contestatorul apreciază că nu există nicio legătură între aceste situații și că ele sunt rezultatul unui amalgam incompatibil și inacceptabil de prevederi ale legii. Astfel, contestatorul arată că excluderea din procedura nu invalidează calitatea de operator economic implicat, din moment ce decizia respectivă face obiectul unei căi de atac și nu există o soluție definitivă. Mai mult, documentul constatator nu este nici valid și nici aplicabil pentru situația excluderii.

Contestatorul susține că hotărârea instanței referitoare la documentul constatator nu are nicio relevanță pentru calitatea de operator economic implicat, din moment ce prevederile art. 137 alin. (2) se referă la decizia de respingere din procedura actuală și nu la documentul constatator emis ca urmare a derulării unui contract. Decizia de respingere este cea care trebuie să mai poată fi atacată, or aceasta, conform susținerilor contestatorului, este atacată și mai poate fi încă atacată.

Cât privește afirmația autorității referitoare la comunicarea internă între unitățile achizitoare, contestatorul arată că HG nr. 925/2006 impune ca unică sursă de informare a autorităților contractante referitor la documentele constatatoare sistemul creat de către ANRMAP/ANAP.

În ceea ce privește trimiterea făcută de autoritate la prevederile art. 183 din OUG nr. 114/2011 și la pretinsul termen de 48 de zile, contestatorul precizează că acesta prevede o conduită de urmat după ce au fost aplicate prevederile art. 182 din ordonanță, neexistând o prevedere care să statueze exceptarea de la obligațiile prevăzute de art. 182 sau substituirea acestora cu cele ale art. 183. Se învederează că art. 182 instituie obligații exprese ale autorității contractante față de toți participanții în procedură, nu doar față de operatorii economici implicați, obligație de care ... nu s-a achitat.

Concluzionând contestatorul afirmă că din faptele și actele întocmite de autoritatea contractantă rezultă că activitatea acestora s-a desfășurat cu nerespectarea majorității regulilor și principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

III. ANALIZA UNOR DOCUMENTE DIN DOSARUL PROCEDURII

Contestatorul menționează că în documentul nr. 1236017 din 30.09.2015, paginile 4-5 din dosarul depus la CNSC, reprezentând Nota Justificativă privind stabilirea criteriilor de calificare, pag. 2/11, pct. a2, stabilește clar că „*fiecare ofertant, asociat sau terț susținător, pentru a proba faptul că nu se află în situațiile enunțate la art. 156 din OUG nr. 114/2011*

(...) va prezenta o Declarație privind neîncadrarea (...) (conform modelului prezentat în Anexa nr. 2) ".

Având în vedere cele anterior menționate, contestatorul subliniază că în decizia de excludere a ofertei, autoritatea nu s-a raportat la prevederile documentației de atribuire, neevaluând documentul probant impus, ci un document pe care nu l-a obținut prin canale oficiale. Acest fapt rezultă și din documentele nr. 1236256 din 23.10.2015 și Anexa 1 a acestuia, paginile 176 - 177 din dosarul depus la CNSC, unde se menționează conținutul punctului c) din Declarația impusa prin Formularul nr. 6. Astfel, contestatorul critică faptul că autoritatea contractantă constată că nu s-a menționat nimic despre documentul constatator, deși în textul declarației nu exista o astfel de mențiune. Totodată se menționează că autoritatea omite sintagma cu sens expres „din motive imputabile mie” sau pe cea referitoare la existența prejudiciilor create beneficiarilor din textul declarației.

În acest context, autorul contestației învederează că la observații, autoritatea a menționat: *„neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale (...) implică excluderea din orice procedură (...). În aceste condiții se apreciază, fără a fi nevoie de a solicita clarificări pe aceasta temă, că aceasta cerință nu este îndeplinită de SC ...SRL, urmând sa fie exclus de la procedură.”* în timp ce în documentul nr. 1236166/16.10.2015 reprezentând Mandatul Comisiei de Evaluare, pct. 4 lit. b) se menționează *„verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți”*, din cuprinsul celor două documente fiind evident că există o diferență între „verificare” și „apreciere”, ceea ce indică încălcarea de către autoritatea contractantă a legii și a prevederilor documentației de atribuire.

În opinia contestatorului, aprecierea autorității că nu se impune solicitarea de clarificări deși din certificatul constatator nu rezultă nici culpa ...și nici prejudiciile înregistrate de beneficiari și nici situația reală că autoritate contractantă a fost cea care și-a îndeplinit defectuos obligațiile contractuale, reprezintă o probă concretă a faptului că s-a dorit excluderea ofertei Același lucru, în aprecierea contestatorului, rezultă și din raportului final al procedurii, la pagina 190 verso din dosarul depus la CNSC.

Cu privire la valabilitatea autorizației pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții letale, contestatorul menționează că din documentele nr. 1236256 din 23.10.2015 și Anexa 1 a acestuia (pagina 5 din 8), pagina 179 din dosarul depus la CNSC, rezultă că autoritatea contractantă a considerat că autorizațiile pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții eliberate de către Poliția Română nu mai sunt în perioada de valabilitate. Față de cele constatate de autoritatea contractantă, contestatorul afirmă că acestea sunt simple presupuneri și critică atitudinea autorității care ar fi trebuit să ceară clarificări sau să analizeze prevederile art. 99 - 106 și art. 110 din Legea 295/2004 privind regimul armelor și al munițiilor, precum și ale art. 108 - 109 din HG 130/2005 privind Normele metodologice de aplicare a Legii 295/2004, din care ar fi rezultat că autorizația respectivă are valabilitate permanentă și că ...deține mai multe autorizații nu pentru că acestea s-au substituit una alteia în ordine cronologică, ci pentru că ele sunt pentru sedii și puncte de lucru diferite, legea impunând autorizarea fiecăruia dintre acestea.

În final contestatorul subliniază că este nelegal faptul că, deși din

documentul emis de comisie rezultă că s-a adoptat decizia de a se solicita clarificări, aceasta decizie nu a fost pusă în practică.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de ofertă” cu fază finală de licitație electronică pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „FURNIZARE ...”, cod CPV 35330000-6. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. .../..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În Procesul-verbal de deschidere a ofertelor nr. 12361789/19.10.2015, s-a consemnat depunerea a două oferte, documentele de calificare, ofertele tehnice și ofertele financiare.

În Raportul procedurii nr. 1236293/28.10.2015, comisia de evaluare a consemnat respingerea celor două oferte și anularea procedurii în baza dispozițiilor art. 181 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 114/2011.

Împotriva rezultatului procedurii și respectiv a anulării procedurii de atribuire SC ... SRL a depus contestațiile care formează obiectul dosarelor conexe nr. ..., .../2015,.

Pe fondul contestațiilor formulate de către SC ... SRL, Consiliul retine:

1. Referitor la anumite puncte din prima contestație formulată de către SC ... SRL, Consiliul constată că ofertantul contestator critică și oferta depusă de ofertantul ... SRL, considerând ca oferta acestuia a fost declarată admisibilă. În fapt, contestatorul nu avea informații despre situația reală, oferta depusă de ofertantul ... SRL fiind în realitate respinsă.

Astfel, toate criticile privind presupusa declarație admisibilă a ofertei depuse de ofertantul ... SRL sunt fără obiect deoarece această ofertă a fost respinsă și procedura a fost anulată.

Această confuzie a fost creată din cauza informațiilor insuficiente transmise de autoritatea contractantă prin adresa nr. 1236270/27.10.2015, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, deoarece această adresă s-a limitat la a comunica excluderea ofertantului SC ... SRL fără a se preciza faptul că procedura a fost anulată.

2. Prin urmare, Consiliul va analiza pe fond solicitările din prima contestație referitoare la excluderea din procedura a ofertei contestatorului precum și solicitările din cea de-a doua contestație privind anularea raportului procedurii nr. 1236293 din 28.10.2015, raport prin care s-a decis anularea procedurii de atribuire și a comunicărilor subsecvente acestui document.

Asadar, în Raportul procedurii nr. 1236293/28.10.2015, comisia de evaluare a consemnat respingerea celor două oferte și anularea procedurii în baza dispozițiilor art. 181 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 114/2011.

Potrivit acestei prevederi:

„Art. 181. - (1) Prin excepție de la prevederile art. 179, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică, dacă ia această decizie, de regulă, înainte de data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii de atribuire și, oricum, înainte de data încheierii contractului, numai în următoarele

cazuri:

a) autoritatea contractantă se află în una dintre situațiile prevăzute la art. 64 alin. (2) lit. a), art. 79 alin. (2) lit. a), art. 94 alin. (2) lit. a) sau art. 114 lit. a);"

Consiliul constata ca niciuna din „situațiile prevăzute la art. 64 alin. (2) lit. a), art. 79 alin. (2) lit. a), art. 94 alin. (2) lit. a) sau art. 114 lit. a) din Ordonanța” nu au vreo legatura cu speta deoarece articolele mentionate se refera, in ordine, la proceduri de licitatie restransa, negociere cu publicarea prealabila a unui anunt de participare, dialog competitiv respectiv acord-cadru, in timp ce **procedura din speta este o procedura de cerere de oferta offline.**

Constatam faptul ca autoritatea contractantă a invocat eronat litera a) a articolului pe care si-a intemeiat decizia de anulare a procedurii, pentru ca in fapt a anulat procedura „*deoarece au fost depuse numai oferte neconforme*” deci in temeiul art. 181 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 114/2011.

Aceasta eroare de redactare este minora si nerelevanta, motiv pentru care Consiliul va analiza temeinicia deciziei de respingere ca neconforma a ofertei depuse de contestatorul SC ... SRL.

Referitor la acest aspect, atat în raportul procedurii cat si în adresa nr. 1236270/27.10.2015, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, este mentionat un singur temei legal de excludere a ofertantului SC ... SRL, respectiv prevederile art. 156 din OUG nr. 114/2011 cu modificările și completările ulterioare.

„Art. 156. - *Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații:*

a) a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic;

b) a fost condamnat în ultimii 3 ani, prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională;

c) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, cum ar fi încălcarea obligațiilor în domeniul securității informației sau al securității aprovizionării într-un contract anterior, fapt care a produs ori este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia;

d) s-a stabilit pe baza oricăror mijloace de probă și/sau surselor de date protejate că nu prezintă capacitatea necesară pentru a evita riscurile și amenințările la adresa securității naționale;

e) nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în țara în care este stabilit;

f) prezintă informații false sau nu prezintă informațiile solicitate de către autoritatea contractantă, în scopul demonstrării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție.”

Din documentele aflate la dosarul cauzei si din continutul punctului de vedere formulat de autoritatea contractanta, rezulta ca aceasta a invocat

prevederile de la litera c) din articolul mai sus citat, respectiv faptul ca în ultimii 2 ani SC ... SRL nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului, probatoriul in acest sens fiind documentul constatator nr. 1619969/10.04.2014 cu privire la neîndeplinirea obligațiilor contractuale de catre SC ... SRL emis de ... si hotararea nr. 3190/29.04.2015 a Tribunalului ..., publicata pe portalul instantelor de judecata.

Consiliul apreciaza ca total neintemeiata decizia de excludere din procedura a ofertantului SC ... SRL pentru motivul invocat de ..., dupa cum urmeaza:

1. Documentul constatator nr. 1619969/10.04.2014 cu privire la neîndeplinirea obligațiilor contractuale de catre SC ... SRL emis da fost atacat în instanta în termen legal, iar hotararea nr../29.04.2015 a Tribunalului ... este o decizie nedefinitiva si nemotivata inca, niciunul dintre actele sus-mentionate neputand fi astfel utilizat ca argument legal pentru excluderea unui ofertant si/sau pentru aplicarea legala a prevederilor art. 156 lit c) din OUG nr. 114/2011 sau a art 181 lit c¹) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În mod evident nicio decizie legala privind excluderea unui ofertant la o procedura, indiferent de situatia in care se aplica prevederile OUG nr. 114/2011 sau prevederile O.U.G. nr.34/2006, nu se poate intemeia pe documente aflate inca pe rolul instantelor de judecata.

2. Mai mult decat atat, chiar si in situatia (nereala in speta) ipotetica in care printr-o decizie definitiva s-ar constata „neîndeplinirea sau îndeplinirea în mod defectuos a obligațiilor contractuale, din motive imputabile ofertantului”, jurisprudenta CNSC, a Curtilor de Apel precum si jurisprudenta europeana sunt unanime in a aprecia faptul ca trebuie probat, potrivit textului legal, modul in care neîndeplinirea obligațiilor contractuale „a produs ori este de natură să producă grave prejudicii beneficiarului”.

Pe langa argumentele aduse in acest sens de contestator, Consiliul citeaza din Decizia civila nr. 4407/25.09.2015, decizie definitiva emisa de Curtea de Apel ...:

"Textul de lege prevăzut la art. 181 lit. c indice 1 din OUG nr. 34/2006 este clar si nu lasa loc la interpretări. Legiuitorul a prevăzut o opțiune de excludere din procedura a ofertanților numai in situația in care se întrunesc mai multe condiții inclusiv condiția producerii unui prejudiciu grav.

Raportat la Directiva 18/2004/CE in Secțiunea 2 a Capitolului VII la art. 45 -Situația personala a candidatului sau a ofertantului, alineatul (2) sunt enumerate criteriile care pot conduce la excluderea ofertanților dintr-o procedura. Mai concret, litera d) din cuprinsul alineatului respectiv, indica faptul ca poate fi exclus de la participarea la un contract un operator economic "care s-a făcut vinovat de o grava abatere profesionala, dovedita prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica.

In speța C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o.

vs. Poczta Polska SA. care a avut ca obiect o cerere de decizie preliminară formulata in temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia) privind interpretarea art. 45 (2) litera (d) din Directiva 2004/18/CE coroborat cu articolul 53 (3) si cu articolul 54 (4) din Directiva 2004/17/CE, Curtea a arătat următoarele:

-noțiunea „abatere grava” trebuie sa fie înțeleasa ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic in cauza care denota o intenție culpabila sau neglijenta de o anumita gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorecta, imprecisa sau defectuoasa a unui contract sau a unei parti din acest contract poate demonstra eventual o competenta profesionala limitata a operatorului economic in cauza, dar nu echivalează in mod automat cu o abatere grava;

-constatarea existentei unei „abateri grave” necesita, in principiu, efectuarea unei aprecieri concrete si individualizate a atitudinii operatorului economic in cauza;

-noțiunea „motive imputabile” este foarte larga si poate cuprinde situații care depășesc cu mult o atitudine a operatorului economic in cauza care denota o intenție culpabila sau neglijenta de o anumita gravitate din partea sa [...] noțiunea „abatere grava”, nu poate fi înlocuita cu noțiunea „motive imputabile” operatorului economic in cauza.”

Revenind la speta aflata in solutionare, Consiliul constata ca aplicarea prevederilor art. 156 lit c) din OUG nr. 114/2011 sau ale art 181 lit c¹) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, nu poate fi argumentata, sub nicio forma, pe un document a carui validitate se afla inca pe rolul instantelor de judecata.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația nr. 6169/02.11.2015 și va admite contestația nr. 6196/09.11.2015, formulate de către SC ... SRL în contradictoriu cu ... și va dispune:

- anularea partiala a procesului-verbal nr. 1236256/23.10.2015 în partea referitoare la decizia privind ofertantul SC ... SRL și anularea adresei nr. 1236270/27.10.2015, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii.

- anularea deciziei de excludere a ofertantului SC ... SRL pentru motivul invocat în raportul procedurii nr. 1236293/28.10.2015 și în adresa nr. 1236270/27.10.2015, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii.

- anularea deciziei de anulare a procedurii, a raportului procedurii nr. 1236293/28.10.2015 precum si a tuturor comunicărilor subsecvente.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (4) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va dispune continuarea procedurii, dupa indeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin evaluarea ofertei tehnice depuse de către SC ... SRL, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca

ramase fara obiect criticile din contestația nr. 6169/02.11.2015 privind oferta depusa de către

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...