



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084
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. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... formulată de ... cu sediul în cu adresa de corespondență în ... având CUI ... reprezentată legal prin ... - ... și gestionar de arme și muniții, împotriva anunțului de participare nr. ... și a documentației de atribuire publicate în SEAP de către ... cu sediul în în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Furnizare cartușe 7,65x17 mm cu glonț obișnuit*, cod CPV: 35331500-8 - Cartușe (Rev.2), s-a solicitat anularea procedurii de atribuire și *reluarea ei pe baza unei documentații de atribuire refăcute*.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului 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:

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... formulată de ... împotriva anunțului de participare nr. ... și a documentației de atribuire publicate în SEAP, în cadrul procedurii mai sus menționate, organizată de ... s-au solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În motivarea contestației, ... precizează că, în urma analizei documentației de atribuire și a invitației de participare, a constatat existența unor prevederi privind criteriile de calificare, condiții contractuale și condiții privind recepția produselor ce urmează a fi furnizate care încalcă principiile fundamentale ale achizițiilor publice sau conțin referiri, erori și omisiuni care fie încalcă alte prevederi legale în vigoare legate strict de obiectul contractului, fie introduc condiții care nu pot fi îndeplinite decât de către o categorie de operatori economici.

1. Criteriile de calificare sunt stabilite astfel încât sunt lipsite de eficiența juridică necesară, sunt discriminatorii sau crează condiții pentru nerespectarea legii.

În conformitate cu prevederile art. 297, art. 179 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 și ale art. 7 din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă a stabilit criterii de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale care nu îndeplinesc rolul de a demonstra capacitatea concretă de îndeplinire a contractului sau care conduc la nerespectarea legii privind operațiunile cu muniții.

Se impune, de la început, remarca referitoare la realitatea concretă că produsele „cartușe/muniții” pentru arme de foc nu fac parte din categoria mărfurilor a căror circulație să fie liberă. De asemenea, nu este liberă efectuarea operațiunilor cu aceste produse, ea fiind rezervată doar operatorilor economici autorizați în acest sens.

... menționează că efectuarea operațiunilor cu arme și muniții în absența autorizării constituie infracțiune și, în conformitate cu prevederile Legii nr. 295/2004 privind regimul armelor și al munițiilor, act normativ esențial și neinvocat de autoritatea contractantă, precum și cu cele ale OUG nr. 158/1999, invocat de ... o operațiune cu muniții ce vizează teritoriul României trebuie să aibă acordul autorităților române exprimat prin autorizări specifice, la fel și operatorii economici ce realizează operațiunea.

Tot pentru persoanele străine, contestatoarea susține că autoritatea contractantă solicită prezentarea unui mandat de încheiere a acordului cadru, emis de către ofertantul străin pentru o persoană juridică română. Se completează cu mențiunea că „această persoană juridică română trebuie să fie o persoană juridică autorizată să desfășoare activități de export -import de armament și muniții”.

Din punctul său de vedere, societatea contestatoare consideră că aceste criterii de calificare sunt insuficiente și lipsite de eficacitatea

juridică cerută de lege. În plus, sunt discriminatorii și încalcă principiul tratamentului egal, deoarece:

a) în primul rând, din certificatul constatator emis de ONRC nu poate să reiasă îndeplinirea cerinței impuse, pentru simplul motiv că în lista codurilor CAEN nu există un cod special pentru furnizarea de cartușe, deci autoritatea contractantă este lipsită de mijlocul obiectiv și egal pentru toți prin care să aprecieze care cod CAEN corespunde obiectului de activitate impus.

Consideră că un document relevant ar fi „autorizația pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții letale”, emisă de Poliția Română, prin structurile specializate teritoriale, și în care se află înscrisă operațiunea comerț/comercializare, având codul CAEN 4778.

Această autorizație este, totodată, și unicul document ce atestă capacitatea unui operator economic de a îndeplini un contract de furnizare de muniții pe teritoriul României, indiferent de proveniența muniției respective, conform art. 99, art. 100 - 102 și art. 104 din Legea nr. 295/2004.

Solicitarea de către ... doar a licenței ANCEX pentru efectuarea de operațiuni de comerț exterior nu înlocuiește necesitatea deținerii autorizației menționate mai sus și este necesară doar în situația în care ofertantul intenționează să achiziționeze produsele ce urmează a fi furnizate din afara țării.

Așadar, în forma actuală, modul în care sunt formulate criteriile de calificare, este creată o discriminare evidentă între cerințele referitoare la operatorii economici ce procură muniția din afara României și cei care o procură din interiorul țării, în sensul existenței unei autorizări specifice. Pentru aceștia există doar cerința privind obiectul de activitate, care este greșit formulată, după cum a demonstrat mai sus.

În plus, este eronată solicitarea prezentării unei licențe, acesta fiind documentul care atestă efectiv dreptul de a efectua o operațiune individuală, bine definită prin tip muniție, cantități, valori și destinatar final. Licența nu poate fi prezentată decât după încheierea contractului de către ofertantul declarat câștigător și devenit contractant, exclusiv în condițiile în care a fost acceptată oferta sa, referitor la cantitățile obiect al contractului subsecvent și cu prezentarea către ANCEX a copiei contractului de furnizare, conform art. 40 lit. d) din Normele metodologice ale OUG nr. 158/1999.

Astfel, prezentarea la momentul depunerii ofertei a unei licențe, echivalează cu o înțelegere prealabilă între autoritatea contractantă și un anume ofertant.

Cerința pentru persoanele juridice române trebuie modificată în sensul solicitării, în primul rând, a autorizației pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții letale, emisă de Poliția Română, ca act

care demonstrează îndeplinirea atât a cerinței privind obiectul de activitate, cât și a celei privind apartenența profesională și a capacității de exercitare a acesteia, sub toate aspectele prevăzute de lege.

b) în forma lor actuală, formulările privind cerințele pentru persoanele juridice sau fizice străine sunt atât discriminatorii față de cele pentru persoanele juridice române, impun un tratament inegal între categoriile de persoane și distorsionează sensul calității de ofertant.

În opinia contestatoarei, cerințele sunt restrictive și discriminatorii deoarece permit accesul în procedură al persoanelor fizice străine, dar nu și pe cel al persoanelor fizice române, pentru care nu există criterii de calificare formulate.

Cerințele sunt favorizante pentru persoanele străine, deoarece nu le impune să fie autorizate pentru acest contract, în condițiile legii române.

În ceea ce privește formularea din cerință, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă are în vedere favorizarea unui ofertant străin despre care știe că nu deține autorizația emisă de Poliția Română, deci nu poate furniza produsele în condiții legale și încearcă să îi ofere o portită, disimulând astfel o asociere, o subcontractare sau o susținere nedeclarate prin acest artificiu.

În sprijinul considerațiilor de mai sus, societatea contestatoare citează din actele normative relevante prevederile din legislația specială aplicabilă, respectiv Legea nr. 295/2004 și OUG nr. 158/1999 privind operațiunile de comerț exterior cu armamente, muniții și alte produse militare.

La art. 106 alin. (3) și (4) din legea amintită se face vorbire expresă despre avizul pentru import - export pe care „armurierii au obligația să îl solicite în prealabil Inspectoratului General al Poliției Române”, precum și despre avizele de import - export „acordate pe licențele” eliberate de către autoritățile cu atribuții în domeniul comerțului exterior cu produse militare.

În concluzie, Legea nr. 295/2004 stabilește cadrul juridic general pentru operațiunile cu arme și muniții, inclusiv cu cele militare.

2. ... a stabilit criterii de calificare și selecție nerelevante pentru demonstrarea capacității economice și a celei tehnice.

Criteriile impuse pentru cifra medie de afaceri globală pe ultimii 3 ani și pentru experiența similară sunt disproporționat de mici față de valorile estimate ale acordului-cadru și ale contractelor subsecvente, contestatoarea apreciind că rolul acestor criterii nu este îndeplinit cu valorile actuale fiind necesară cel puțin dublarea valorilor pragurilor.

3. ... a impus condiții contractuale și referitoare la modalitatea de efectuare a recepției produselor imposibil de realizat de către toți operatorii economici.

În modelul de contract subsecvent, conform art. 13.3, contestatoarea arată că un lot refuzat trebuie înlocuit în termen de 15 zile de la data semnării procesului verbal de neconformitate. Această condiție contractuală este imposibil de realizat de către operatorii economici, mai ales de către cei care importă muniția.

Procedurile pentru licențierea operațiunilor de înlocuire a unui lot neconform pot fi îndeplinite, conform legii, în circa 90 de zile. La acest interval se adaugă timpul necesar pentru obținerea permiselor de tranzit, organizarea transportului special și a escortei armate de circa 30 de zile.

Prevederea, astfel cum este formulată, consideră că favorizează un eventual fabricant român care are deja pe stoc produsele, deci prevederea trebuie modificată.

Prevederile art. 7.3 din Specificația tehnică, contestatoarea precizează că trebuie corelate cu prevederile punctului 5.2.8 din caietul de sarcini. La acesta din urmă sunt permise un număr de defecte sau vicii de fabricație exprimate prin număr de rateuri la tragere, în timp ce la punctul 7.3 nu se admite niciunul.

Această discrepanță trebuie eliminată, în sensul impus de procedura de eșantionare pentru inspecția prin atribute, în sensul menținerii pragurilor indicate prin AQL.

În caietul de sarcini, la punctele 5.2.2 și 5.2.11, autoritatea contractantă impune condiții ca poligonul în care se va efectua recepția produselor să fie pus la dispoziție de către furnizor. Această cerință este discriminatorie și imposibil de realizat de operatorii economici de drept privat autorizați pentru efectuarea de operațiuni de comerț cu arme și muniții, deoarece în sensul legii române, poligoanele în care să se poată efectua trageri de testare pot fi deținute doar de către persoanele autorizate să efectueze producție sau reparație de arme sau muniții, conform art. 86 alin. (1) din Legea 295/2004. Actualmente, doar operatorul economic de stat deține astfel de poligoane, acesta fiind concurent cu operatorii economici privați pentru contracte de genul celui inițiat de ... fiind, deci, exclusă posibilitatea îndeplinirii acestei condiții contractuale.

Contestatoarea consideră că această condiție contractuală reprezintă un obstacol nejustificat introdus de autoritatea contractantă în calea participării operatorilor economici de drept privat. Atât ... cât și Ministerul Administrației și Internelor, dețin poligoane în care toate celelalte autorități contractante din cadrul acestuia efectuează acceptanțele pentru muniții, acestea fiind cele care pun la dispoziția furnizorului poligonul de tragere și personalul autorizat și calificat pentru operarea poligonului pentru acest tip de trageri, astfel condiția contractuală trebuie modificată în acest sens.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. ...5/.../... ..., în temeiul art. 274 din OUG nr. 34/2006, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația depusă de

Prin adresa nr., înregistrată la CNSC cu nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de ... iar documentele solicitate au fost comunicate în data de 11.06.2014, fiind înregistrate cu nr. 19089.

... prin punctul său de vedere, solicită respingerea contestației ca nefondată din următoarele motive:

Referitor la punctul 1 al contestației, respectiv afirmația potrivit căreia „criteriile de calificare sunt stabilite astfel încât sunt lipsite de eficiența juridică necesară, sunt discriminatorii sau incită la nerespectarea legii”, autoritatea contractantă menționează că potrivit prevederilor Ordinului președintelui ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, respectiv art. 1 alin. 1, în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.1., s-a solicitat prezentarea unei licențe eliberată de ANCEX pentru efectuarea de operațiuni de comerț exterior de armamente, muniții și alte produse militare, valabilă la data limită de depunerea a ofertelor, din care să rezulte că ofertantul este autorizat să efectueze operațiuni de import produse militare din categoria ML3. Impunerea acestei cerințe a fost în sensul prevederilor art. 4, coroborat cu prevederile art. 10, 11 și 12 din OUG nr. 158/1999 privind regimul de control al exporturilor, importurilor și altor operațiuni cu produse militare, cu modificările ulterioare.

Având în vedere faptul că pentru a obține licența, în conformitate cu prevederile OUG nr. 158/1999 și cu normele metodologice aferente, este necesară existența unui aviz favorabil din partea Ministerului Apărării Naționale, pentru derularea operațiunilor cu produse similare, autoritatea contractantă consideră că este neîntemeiată afirmația contestatoarei privind lipsa eficienței juridice în stabilirea criteriilor de calificare.

Cu privire la inexistența în documentația de atribuire a unei solicitări referitoare la prezentarea autorizării din partea ... pentru operatorii economici care comercializează muniție ce nu a fost importată de aceștia, autoritatea contractantă precizează că nu a impus ca cerință minimă prezentarea acestui document, deoarece această condiție este prevăzută în mod imperativ de legea specială care reglementează regimul armelor și munițiilor, comercializarea fără existența acestei autorizări fiind nelegală.

Face precizarea că, în conformitate cu prevederile art. 1 alin. (2) din Legea nr. 295/2004 privind regimul armelor și munițiilor, operațiunile cu muniții efectuate de către instituțiile publice cu atribuții

În domeniul siguranței naționale și ordinii publice (în situația de față cumpărarea de muniție) nu sunt supuse prevederilor acestei legi.

Referitor la caracterul discriminator al cerințelor de calificare invocate de contestator, autoritatea contractantă apreciază că această afirmație este neîntemeiată, deoarece pentru a se afla în situația unei discriminări ar trebui să fie îndeplinită condiția unui tratament diferit pentru persoane aflate în aceeași categorie. Respectiv, în cazul său, dacă ar fi în prezența unei discriminări, ar însemna ca pentru persoane din aceeași categorie să se solicite documente diferite.

Legat de documentele de calificare solicitate pentru operatorii economici străini, autoritatea contractantă menționează că cerința formulată în cuprinsul documentației de atribuire, respectiv „documente care dovedesc o formă de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional în conformitate cu prevederile legale din țara în care ofertantul este rezident”, nu exclude obligația pentru acest ofertant de a demonstra faptul că obiectul său de activitate cuprinde furnizarea de produse care fac obiectul achiziției. Atestarea la care face referire această cerință trebuie interpretată tocmai în sensul în care produce efectele juridice pentru care a fost solicitată, respectiv acela de a arăta capacitatea operatorului economic de a îndeplini în mod corespunzător contractul.

Mai mult decât atât, persoanelor juridice străine li se solicită să îndeplinească o cerință esențială, respectiv aceea de a avea un mandatar, persoană juridică română, care trebuie să îndeplinească aceleași cerințe ca și un ofertant român care participă singur la această procedură, cum este specificat la art. 19 alin. (1) și (4) din OUG nr. 158/1999 republicată.

Având în vedere argumentele arătate mai sus, autoritatea contractantă consideră că nu poate fi reținută ca fiind temeinică afirmația contestatoarei, potrivit căreia criteriile de calificare stabilite, sunt discriminatorii.

Cu privire la pct. 2 al contestației: ... a stabilit criterii de calificare și selecție disproporționat de mici pentru demonstrarea capacității economice și a celei tehnice, autoritatea contractantă precizează faptul că, pentru stabilirea cerințelor minime de calificare referitoare la experiența similară și cifra de afaceri, ținând cont de două aspecte și anume:

1. alocarea fondurilor bugetare aferente contractelor subsecvente pentru achiziția de produse ce fac obiectul acordului cadru;
2. respectarea prevederilor art. 9 lit. b) din H.G. 925/2006, care stabilește în ce condiții sunt disproporționate cerințele minime de calificare.

Autoritatea contractantă arată că a estimat faptul că valoarea celui mai mare contract subsecvent ce urmează a fi atribuit pe durata

acordului cadru va fi de 241.935,48 lei, fără T.V.A., așa cum s-a prevăzut în Nota justificativă privind necesitatea impunerii cerințelor minime de calificare nr. 460948/05.05.2014, în fișa de date a achiziției și anunțul de participare.

Pentru stabilirea experienței similare, în conformitate cu art. 9 lit. a) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă a stabilit ca cerință minimă valoarea de 240.000 lei fără T.V.A., ce nu depășește valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent. Totodată, în conformitate cu art. 9 lit. b) din același act normativ, a fost stabilită cerința minimă pentru cifra medie de afaceri în cuantum de 480.000, lei fără T.V.A., sumă ce nu depășește valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent înmulțită cu 2.

Având în vedere cele de mai sus, ... consideră fără temei contestarea criteriilor impuse pentru cifra de afaceri și pentru experiența similară.

În ceea ce privește punctul 3 al contestației: IGPF a impus condiții contractuale și referitoare la modalitatea de efectuare a recepției produselor imposibil de realizat de către toți operatorii economici, autoritatea contractantă menționează că este vorba de o situație excepțională, deoarece premisa derulării contractului de achiziție publică o constituie faptul că operatorul economic câștigător își îndeplinește cu bună credință și în termenul agreed prin contract obligațiile asumate, inclusiv asumarea riscurilor aferente neîndeplinirii contractului.

Termenul de 15 zile a fost stabilit de autoritatea contractantă ținând cont de necesitățile operative ale Poliției de Frontieră în cadrul misiunilor specifice de supraveghere pentru securizarea frontierelor României și ale Uniunii Europene în perspectiva aderării țării noastre la spațiul Schengen.

Referitor la contestarea necorelării art. 7.3 din specificația tehnică și a pct. 5.2.8 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă apreciază modul de interpretare al cerințelor de către contestatoare ca fiind eronat, întrucât la pct. 7.3 din specificațiile tehnice se face referire la defecte sau vicii de fabricație, iar la pct. 5.2.8. din caietul de sarcini, se face referire la numărul de rateuri la tragere admise (conf. SR ISO 2859-1:2009). Aceste două noțiuni sunt distincte și inconfundabile (ex.: în niciun caz un rateu la tragere nu poate fi considerat viciu de fabricație). Prin vicii de fabricație se pot înțelege defecte sistematice ale muniției, cum ar fi: oxidare, cartușe desertizate, cartușe fără capsă de inițiere etc.

Referitor la catalogarea cerințelor nr. 5.2.2 și 5.2.11 din caietul de sarcini, ca fiind discriminatorii și imposibil de realizat, autoritatea contractantă susține că nu a impus deținerea unui astfel de poligon de către furnizor, ci a solicitat doar să fie asigurat un poligon de către

furnizor, pe cheltuiala acestuia. Acest aspect derivă din faptul că ... nu deține în ... (locația de livrare) un poligon în care să poată efectua tragerile de recepție.

Față de aspectele prezentate mai sus, autoritatea contractantă apreciază ca neîntemeiate criticile contestatoarei și consideră că operatorul economic contestator urmărește în realitate modificarea condițiilor din documentația de atribuire în favoarea sa, ceea ce ar conduce la încălcarea principiilor achizițiilor publice.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... transmite *Note de concluzii* urmare a punctului de vedere al autorității contractante, menținându-și criticile făcute la adresa cerințelor ce trebuie îndeplinite pentru demonstrarea capacității de exercitare a activității profesionale, precum și cu privire la termenul de 15 zile pentru înlocuirea unui lot defect care este nerealist și creează un obstacol nejustificat pentru operatorii economici care importă produsele.

Analizând susținerile părților, prin prisma documentelor depuse de acestea la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Furnizare cartușe 7,65x17 mm cu glonț obișnuit*, cod CPV 35331500-8 - Cartușe (Rev.2), ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Din informațiile anunțului de participare, rezultă că valoarea estimată a contractului de furnizare ce urmează a se atribui este de 2.016.129,03 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar termenul de depunere a ofertelor este stabilit la 07.07.2014, orele 11:00.

Nemulțumită de prevederile anunțului de participare nr. ... și ale documentației de atribuire publicate în SEAP, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației de față, solicitând anularea procedurii de atribuire și *reluarea ei pe baza unei documentații de atribuire refăcute*.

La analiza criticilor contestatoarei legate de conținutul documentației de atribuire și a anunțului de participare aferent, Consiliul constată lipsa de temei a acestora.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere că la primul punct al contestației, autoarea acesteia afirmă că autoritatea contractantă a stabilit criteriile de calificare astfel încât acestea sunt lipsite de eficiența juridică necesară.

Consiliul consideră relevante în soluționarea cauzei următoarele prevederi legale:

- OUG nr. 34/2006:

- art. 176: *Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criterii de calificare și selecție referitoare numai la:*

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;
- e) standarde de asigurare a calității;

f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e).

- art. 178 alin. (2): Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.

- art. 179 alin. (1) și (2):

(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească.

- art. 183: Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile din țara în care ofertantul/candidatul este stabilit.

- HG nr. 925/2006:

- art. 7: Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

- art. 8: (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în

măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.

- art. 11: (1) Atunci când solicită îndeplinirea anumitor criterii de calificare, autoritatea contractantă trebuie să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop, precum și documentele specifice prin care se pot confirma informațiile respective.

(2) Documentele solicitate nu trebuie să limiteze posibilitatea ofertantului/candidatului de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace, în măsura în care acestea pot fi considerate edificatoare de către autoritatea contractantă.

(2¹) În sensul prevederilor alin. (2), se consideră inclus în categoria mijloacelor edificatoare orice site oficial al unei instituții publice sau al unei alte entități abilitate prin lege în acest scop, în măsura în care sursa de date respectivă conține informații actualizate.

(3) În cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză, cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens. În orice situație, autoritatea contractantă are obligația de a asigura o perioadă rezonabilă de timp pentru furnizarea precizărilor/confirmărilor solicitate.

Totodată, Consiliul are în vedere cerințele de calificare stabilite de autoritatea contractantă supuse criticilor contestatoarei:

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

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

1. Persoane juridice române

Cerință obligatorie:

a) certificatul constatator eliberat de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă instanța competentă, valabil la data limită de depunere a ofertelor. Se va permite depunerea documentelor solicitate în cadrul acestei secțiuni în oricare din formele original/copie legalizată/copie lizibilă cu mențiunea „conform cu originalul, din care să reiasă:

- obiectul de activitate al ofertantului include furnizarea de produse care fac obiectul achiziției;

În cazul în care operatorul economic, clasat pe primul loc în urma evaluării, a depus certificatul constatator în copie conform cu originalul, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita acestuia, înainte de transmiterea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, depunerea documentului în original sau în copie legalizată.

În cazul unei asocieri, fiecare asociat este obligat să prezinte aceste documente.

b) licența eliberată de A.N.C.E.X. pentru efectuarea de operațiuni de comerț exterior cu armamente, muniții și alte produse militare, valabilă la data limită de depunere a ofertelor, în original/copie legalizată/copie lizibilă cu mențiunea "conform cu originalul", din care să rezulte că ofertantul este autorizat să efectueze operațiuni de import produse militare din categoria ML3. Baza legală: OUG 158/1999 și OUG 119/2010, cu modificările și completările ulterioare. Documentul va fi prezentat numai de către ofertantul român care ofera muniții produse (fabricate) în altă țară decât România.

2. Persoane juridice/fizice străine

Cerință obligatorie:

Documente care dovedesc o formă de înregistrare/atestare ori apartenența din punct de vedere profesional (documentele vor fi prezentate în original, semnate și ștampilate de reprezentantul legal și traducere autorizată în limba română sau copie legalizată în limba română) în conformitate cu prevederile legale din țara în care ofertantul este rezident.

Mandatul de încheiere a acordului cadru (original sau copie legalizată) - Formularul H, prin care se mandatează o persoană juridică română să negocieze și să încheie acordul cadru, pentru și în numele ofertantului persoană juridică străină. Această persoană juridică română trebuie să fie o persoană juridică autorizată să desfășoare activități de import export armament și muniție.

Notă:

Documentele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale nu pot fi prezentate în favoarea ofertantului de către eventualii subcontractanți.

În cazul depunerii unei oferte în asociere, fiecare asociat are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței.

În cazul depunerii documentelor în copie simplă autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a verifica conformitatea cu originalul, printr-o solicitare adresată ulterior ofertanților în cauză.

Ca prim aspect, Consiliul reține că legiuitorul a conferit dreptul autorității contractante de a solicita participanților la procedura de atribuire îndeplinirea anumitor cerințe, precum și faptul că, prin stabilirea lor, aceasta este obligată să nu restricționeze în mod nejustificat participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici interesați.

Stabilirea acestora este strict lăsată la latitudinea autorității contractante, ea fiind singura în măsură să stabilească relevanța lor atât timp cât condiția stabilită de legiuitor de nerestricționare a participării la procedură este respectată.

Aprecierea contestatoarei legată de insuficiența cerințelor stabilite de autoritatea contractantă bazată pe invocarea selectivă a unor

fragmente ale dispozițiilor legale aplicabile este irelevantă în soluționarea cauzei, autoritatea contractantă fiind singura în măsură a aprecia suficiența nivelului de informații solicitat, neputând a fi obligată să solicite prezentarea unor documente pe care aceasta nu le consideră necesare. Mai mult decât atât, atunci când în discuție este pusă legalitatea desfășurării unei activități, datorită specificului acesteia, autoritatea contractantă poate solicita documente doveditoare suplimentare privitoare la legalitatea desfășurării acestora pe teritoriul României și, ulterior, prin clarificări, fiind evident că, indiferent de specificul unei activități, precum cea de furnizare de arme și muniții, ea nu poate fi desfășurată decât în condiții de legalitate a cărei probă poate fi solicitată oricând înainte de încheierea acordului-cadru având în vedere că autoritatea contractantă a stabilit un minim necesar de informații care trebuie prezentat, iar o solicitare de clarificări în acest sens ar avea doar rol de confirmare a unei situații existente. În discuție fiind legalitatea desfășurării unei activități precum cea a furnizării de muniție, datorită specificului acestei activități și a caracterului strict al său, eventuala neîndeplinire a condițiilor de legalitate în desfășurarea activității în cauză face imposibilă îndeplinirea acordului-cadru. În cele din urmă este responsabilitatea autorității contractante stabilirea cerințelor de calificare, iar în condițiile în care nu pot fi stabilite elemente de nelegalitate a cerințelor impuse, presupuselor consecințe care ar putea rezulta din acestea sunt simple speculații ale contestatoarei.

Presupusa instigare a autorității contractante la nerespectarea legii invocată de contestatoare nu poate fi constatată, orice operațiune de furnizare de muniție fiind strict reglementată de legislația specifică. Faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat pentru persoanele juridice române prezentarea autorizării emisă de Poliția Română nu conferă ilegalitate cerințelor documentației de atribuire, o astfel de autorizare (autorizația pentru efectuarea de operațiuni cu arme și muniții letale) fiind condiție de a putea desfășura activități de acest gen pe teritoriul României, obligație ce decurge din Legea nr. 925/2006 privind regimul armelor și al munițiilor.

De altfel, prevederile acestei legi sunt lipsite de echivoc:

- art. 1: (1) *Prezenta lege stabilește categoriile de arme și muniții, precum și condițiile în care deținerea, portul, folosirea și operațiunile cu aceste arme și muniții sunt permise pe teritoriul României.*

(2): *Prevederile prezentei legi nu se aplică operațiunilor cu arme și muniții efectuate de către instituțiile publice cu atribuții în domeniul apărării, siguranței naționale și ordinii publice.*

- art. 99:

Efectuarea operațiunilor cu arme

(1) Operațiunile cu arme, piese și munițiile corespunzătoare pe teritoriul României pot fi efectuate numai de către sau prin intermediul armurierilor ori intermediarilor, în condițiile stabilite prin prezenta lege, cu excepția persoanelor fizice care, în baza autorizației de procurare ori a dovezii notificării, după caz, pot procura din afara teritoriului României și introduce în țară, în condițiile legii, arme letale și neletale.

(2) Unitățile din subordonarea sau coordonarea instituțiilor publice cu atribuții în domeniul apărării, ordinii publice și siguranței naționale pot efectua operațiuni cu arme, piese și muniții, în condițiile stabilite prin ordin al conducătorului fiecăreia dintre aceste instituții.

Totodată, se constată că, în fapt, autoritatea contractantă nu a impus condiții discriminatorii, fiind evidentă obligația persoanelor juridice române de a prezenta același tip de documente, deosebirea fiind dată de obligația pusă în sarcina importatorilor de a prezenta dovadă că sunt autorizați ANCEX pentru efectuare de operațiuni de import produse militare din categoria ML3 în cazul în care produsele oferite sunt importate.

În acest sens, Consiliul a avut în vedere prevederile OUG nr. 158/1999 privind regimul de control al exporturilor, importurilor și altor operațiuni cu produse militare, potrivit cărora:

- art. 1 alin. (1): *Se supun regimului de control prevăzut în prezenta ordonanță de urgență următoarele operațiuni cu produse militare:*

a) exportul, importul și transferul, în regim definitiv sau temporar, din sau în teritoriul României;

b) intermedierea;

c) tranzitul prin România;

d) transbordările efectuate pe teritoriul României.

- art. 4: *Operațiunile prevăzute la art. 1 se autorizează prin licență potrivit prevederilor prezentei ordonanțe de urgență.*

- art. 9: *MAE prin ANCEX este autoritatea națională în domeniul operațiunilor cu produse militare prevăzute la art. 1 alin. (1) și asigură aplicarea politicii Guvernului în acest domeniu.*

- art. 10 - Aplicare.

(1) Persoanele prevăzute la art. 3 pot solicita efectuarea de operațiuni de comerț exterior cu produse militare numai după primirea confirmării de înregistrare de către MAE prin ANCEX, potrivit legii.

(2) Soluționarea cererilor de înregistrare cuprinse la alin. (1) ale persoanelor prevăzute la art. 3 este condiționată de obținerea avizului Ministerului Apărării Naționale.

- art. 11 - Aplicare.

Persoanele prevăzute la art. 3, care au și calitatea de destinatar, pot beneficia de licențele generale de transfer de produse militare, emise de autorități din alte state membre ale Uniunii Europene, numai după certificarea lor de către MAE prin ANCEX.

- art. 12. - Pentru fiecare operațiune prevăzută la art. 1 alin. (1) persoanele prevăzute la art. 3 sunt obligate să solicite MAE prin ANCEX eliberarea de licențe, potrivit prevederilor art. 13.

De asemenea, nu pot fi luate în considerare nici alegațiile contestatoarei cu privire la faptul că operațiunea de import nu implică o operațiune cu titlu oneros, acestea având un caracter pur speculativ lipsit de relevanță pentru încheierea acestui acord-cadru.

Totodată, Consiliul constată că autoarea contestației deși afirmă că cerințele de calificare impuse sunt discriminatorii nu arată cum îi este afectată participarea sa la procedura de atribuire în cauză.

Mai mult decât atât, se constată că autoarea contestației susține că cerințele impuse persoanelor juridice străine sunt discriminatorii față de cele impuse celor române, susținând că s-ar permite accesul în procedură *al persoanelor fizice străine*, în detrimentul celor române deoarece pentru primele nu ar exista formulate criterii de calificare, apărând ca simple afirmații lipsite de susținere cu un profund caracter speculativ.

O asemenea apreciere nu poate fi luată în considerare de Consiliul deoarece lipsa formulării unor criterii de calificare nu este susținută de conținutul documentației de atribuire, autoritatea contractă impunând pentru persoane juridice/fizice străine pe lângă prezentarea dovezilor care să ateste forma de înregistrare/atestare ori din punct de vedere profesional conform prevederilor legale din țara de rezidență și existența unui mandatar, persoană juridică română autorizată.

Ori, având în vedere calitatea sa, de persoană juridică română, contestatoarea ar fi trebuit să aducă argumente cu privire la modul în care îi este afectată participarea sa la această procedură de cerințele documentației de atribuire. În același registru sunt încadrate și criticile sale referitoare la existența mandatului, față de care contestatoarea omite să ia în considerare faptul că s-a impus îndeplinirea unor condiții solicitate și persoanelor juridice române.

În concluzie, criticile contestatoarei referitoare la solicitările autorității contractante legate de capacitatea de exercitare a activității profesionale sunt considerate neîntemeiate, lipsite de fundamentul necesar pentru a determina caracterul nelegal/discriminatoriu al acestora, nefiind aduse argumente/dovezi cu privire la modul în care este împiedicată efectiv participarea sa la procedura de atribuire în cauză prin cerințele impuse.

De altfel, și în ceea ce privește criticile legate de solicitările autorității contractante cu privire la capacitatea tehnico-economică a participanților, Consiliul constată aceeași lipsă de fundament, nefiind prezentată o justificare a modului în care îi este afectată participarea la procedura de atribuire în cauză.

Astfel, se constată că în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.2) - *Capacitatea economică și financiară*, legat de cuantumul cifrei de afaceri autoritatea contractantă a solicitat ca: *Cifra medie de afaceri globală pe ultimii 3 ani trebuie să fie minim: 480.000 lei.*

Ori, autoritatea contractantă poate solicita, pentru a nu fi considerată disproporționată, o valoare a cifrei de afaceri care să nu fie mai mare decât valoarea estimată multiplicată cu 2 a celui mai mare contract subsecvent care se anticipează a fi atribuit, conform dispozițiilor coroborate ale art. 9 lit. b) cu cele ale art. 65 lit. f) din HG nr. 925/2006.

Prin urmare, legiuitorul a stabilit o valoare maximă a acestui indicator care nu poate fi depășită pentru a nu afecta participarea la procedura de atribuire și nu o valoare minimă sub care nu se poate scădea, concomitent cu faptul că valoarea acestuia se raportează la cel mai mare contract subsecvent care se anticipează a fi atribuit.

Similar, legat de experiența similară solicitată de autoritatea contractantă în fișa de date la cap. III.2.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, de furnizare de produse similare în ultimii 3 ani în valoare de 240.000 lei, fără TVA, Consiliul are în vedere că legiuitorul a stabilit că se poate solicita o valoare care să nu depășească valoarea celui mai mare contract subsecvent care se anticipează a fi atribuit, fără a se impune vreo condiție legată de un minim acceptabil.

În anunțul de participare a fost indicată valoarea celui mai mare contract subsecvent ca fiind de 241.935,48 lei, astfel că valorile solicitate de autoritatea contractantă respectă condițiile impuse de legiuitor amintite.

În referire la criticile aduse condițiilor contractuale impuse de autoritatea contractantă, Consiliul constată, de asemenea, caracterul nefondat al acestora.

Astfel, legat de prevederile art. 13.3: *Dacă vreunul din lotul inspectat sau testat nu corespunde specificațiilor, achizitorul are dreptul să îl respingă, iar furnizorul are obligația, fără a modifica prețul contractului de a înlocui lotul refuzat în termen de 15 zile de la data semnării procesului verbal de neconformitate*, Consiliul constată că autoarea contestației susține că acesta ar fi imposibil de respectat mai ales de operatorii economici care ar importa muniția.

De asemenea, se constată că, de această dată, autoarea contestației susține că o astfel de prevedere a fost introdusă de autoritatea contractantă cu scopul de a favoriza un eventual fabricant român, fără a-l nominaliza, și în contradicție cu afirmațiile sale legate de caracterul discriminatoriu al cerințelor de calificare impuse când concluzionase că ar fi favorizată o persoană fizică străină.

Ori, contestațiile omite luarea în considerare pe lângă obiectul de activitate al autorității contractante și a faptului că înlocuirea unui

lot nu îi este imputabilă decât furnizorului, din cauza calității muniției furnizate.

Faptul că termenele legale pentru licențierea operațiunilor și obținerea permiselor de tranzit, organizarea transportului și a escortei armate (de până la 120 de zile) este mult peste acest termen, nu poate obliga autoritatea contractă să stabilească un alt termen de înlocuire a unui lot neconform decât cel deja stabilit de 15 zile, neconformitatea unui lot fiind apreciată ca o excepție și nu ca regula de derulare a contractelor subsecvente.

În ceea ce privește discrepanța existentă între prevederile caietului de sarcini și Anexa 1 a acestuia, Consiliul constată că sunt neîntemeiate criticile aduse.

În acest sens, Consiliul are în vedere că, la pct. 7.3 din Anexa 1 – *Specificația tehnică pentru cartuș calibru 7,65 x 17 mm cu glonț obișnuit* autoritatea contractantă a prevăzut că: *În cazul apariției unui singur defect sau viciu de fabricație a unui cartuș la probele prevăzute în programul de recepție sau în perioada de garanție, lotul de produse se va înlocui, cu un alt lot pe cheltuiala furnizorului, care va fi supus la rândul lui programului de testare prevăzut în documentația de atribuire*, pentru ca la pct. 5.2.8 din caietul de sarcini să prevadă: *Cantitățile de muniție destinate parcurgerii probelor de recepție vor fi calculate, pentru fiecare lot de muniție livrat, conform prevederilor SR ISO 2859 – 1:2009 Proceduri de eșantionare pentru inspecția prin atribute sa privind verificarea calității loturilor de produse pe baza nivelului de calitate acceptabil (Verificare normală – AQL = 1,5), astfel:*

Efectivul lotului livrat (buc.)	Efectivul eșantionului destinat recepției (buc.)	Nr. de rateuri la tragere Admis
0-35.000	200	Sub 5, inclusiv
35.000 – 150.000	315	Sub 7, inclusiv
150.001 – 500.000	500	Sub 11, inclusiv

Ori, deși prin notele transmise ca urmare a punctului de vedere la contestație autoarea acestora încearcă să minimalize diferența existentă între viciu/defect de fabricație și rateu, diferențiere evidentă, care este admisă de contestatoare, omite însă să admită faptul că viciile/defectele de fabricație pot fi determinate în perioada de garanție sau de testare fără a fi necesară utilizarea lor și determinarea unui rateu. Nimic din susținerile contestatoarei nu poate obliga autoritatea contractantă ca în cazul determinării existenței unor vicii/defecte de fabricație, să aplice aceleași reguli ca și în cazul obținerii unui rateu. De altfel, chiar contestatoare este cea care recunoaște faptul că rateul este cea mai întâlnită formă de manifestare a unui viciu/defect de fabricație, dar nu singurul, depistarea unui cartuș defect putând fi asimilată cu apariția unui rateu dar nu se poate constitui într-o obligație în sarcina autorității contractante.

Pe cale de consecință, având în vedere toate acestea, Consiliul respinge ca nefondate criticile contestatoarei cu privire la acest aspect.

În ceea ce privește, criticile aduse caietului de sarcini, pct. 5.2.2 și 5.2.11, Consiliul constată lipsa de temeinicie a acestora.

Astfel, se constată că autoritatea contractantă a solicitat în caietul de sarcini următoarele:

- 5.2.2: *Recepția calitativă se va desfășura într-un poligon autorizat de pe teritoriul României, asigurat de către furnizor, pe cheltuiala acestuia, unde vor fi efectuate probe de funcționare a muniției prevăzute în programul de recepție.*

5.2.11: *Asigurarea și organizarea poligonului de tragere, dar și orice cheltuieli aferente acestor activități revin în sarcina Furnizorului, Beneficiarul nefiind responsabil de obținerea niciunui aviz, licență, aprobare, formalități sau cheltuieli suplimentare față de cele prevăzute în contract.*

Consiliul constată că nicăieri în cuprinsul documentație de atribuire autoritatea contractantă nu a pus în sarcina ofertanților obligația de a deține un poligon, exprimarea autorității fiind lipsită de echivoc să asigure un poligon și nicidecum să dețină un poligon.

Existența vreunui obstacol nejustificat introdus de autoritatea contractantă în formulările clauzelor mai sus indicate, cum susține contestatoarea, nu este susținută de niciun element al documentației de atribuire. Autoritatea contractantă nu a impus decât condiția asigurării poligonului, necesitate rezultată conform propriilor susțineri din punctul de vedere la contestație de faptul că nu deține în ... (locul livrării) un astfel de poligon.

În ceea ce privește interpretarea dată de contestatoare dispozițiilor art. 271 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, Consiliul constată lipsa de temei a acesteia, nefiind stabilită în sarcina autorității contractante o astfel de obligație precum cea indicată, la acest moment neexistând operatori economici implicați în procedura de atribuire.

În referire la capătul de cerere de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul constată lipsa de temei a cererii, deoarece termenul limită de depunere a ofertelor este 07.07.2014, fiind astfel posibilă dispunerea unor măsuri de remediere a documentației de atribuire, în sensul celor de mai sus, nefiind necesară anularea întregii documentații de atribuire sau a procedurii.

Totodată, respinge ca inadmisibil capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, oportunitatea stabilirii necesității organizării unei noi proceduri de atribuire fiind atributul exclusiv al autorității contractante.

Pe cale de consecință, în temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de
....

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET,

....

...

MEMBRU COMPLET,

Redactată în 4 exemplare originale, conține 19 pagini.