

DECIZIE

Nr. ■ BO2009_0292

Data: ■.2009

Prin contestația nr. ■/17.12.2008, înregistrată la Consiliu sub nr. ■/18.12.2008, formulată de către S.C. ■ S.A., cu sediul în ■, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ■, având C.U.Î. ■, împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de telefonie și de transmisie de date”, organizată de autoritatea contractantă COMPANIA ■ S.A., cu sediul în ■, s-a solicitat Consiliului:

- „obligarea Autorității contractante de a dispune toate măsurile necesare pentru înlăturarea actelor ce afectează procedura de atribuire”;
- reanalizarea și refacerea cerințelor „specificate în Documentația de atribuire în conformitate prevederile legale incidente”.

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

DECIDE :

Dispune, din oficiu, anularea procedurii de atribuire pentru considerentele din motivare.

Respinge contestația formulată de către S.C. ■ S.A., cu sediul în ■, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMPANIA ■ S.A., cu sediul în ■, ca fiind rămasă fără obiect având în vedere măsurile dispuse din oficiu de către Consiliu.

Prezenta decizie este executorie și obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din O.U.G. nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

Prin contestația nr. ■/17.12.2008, înregistrată la Consiliu sub nr. ■/18.12.2008, formulată de către S.C. ■ S.A., împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de telefonie și de transmisie de date”, organizată de autoritatea contractantă COMPANIA ■ S.A., s-a solicitat Consiliului:

- „obligarea Autorității contractante de a dispune toate măsurile necesare pentru înlăturarea actelor ce afectează procedura de atribuire”;
- reanalizarea și refacerea cerințelor „specificate în Documentația de atribuire în conformitate prevederile legale incidente”.

În fapt, contestatoarea arată că, deși autoritatea contractantă a publicat în SEAP la data de 05.12.2008, „anunțul de participare înregistrat sub numărul ■... Documentația de atribuire nu este disponibilă în format electronic pe portalul «E-licitație» și este disponibilă pentru achiziționare la caseria C.N. ■ S.A.”

Contestatoarea arată că „a intrat în posesia Documentației de atribuire în data de 10.12.2008, lucru confirmat prin chitanța nr.■/10.12.2008”, anexată contestației.

Referindu-se la conținutul Caietului de sarcini pct.F4 – Evaluarea Ofertelor – Punctajul Tehnic – Pagina 24/33 în care se menționează că „ se punctează cu 30 puncte din 100 criteriul privind aria de acoperire a serviciilor Wi MAX, respectiv «Număr de orașe în care operatorul furnizează servicii Wi MAX»”, contestatoarea învederează Consiliului faptul „că în acest moment nu există nici un operator licențiat care să poată oferi servicii BWA (tip Wi MAX)”.

De asemenea contestatoarea precizează că la Autoritatea Națională pentru Comunicații „este în plină desfășurare procedura de licitație pentru acordarea de «Licențe de utilizare a frecvențelor radio în vederea furnizării de rețele publice de comunicații electronice și de servicii de comunicații electronice destinate publicului prin intermediul sistemelor de acces pe suport radio de bandă largă (BWA)»”.

În acest context, contestatoarea arată că „în conformitate cu procedura și graficul de derulare precizat în caietul de sarcini publicat de către ANC, stabilirea câștigătorilor pentru acordarea Licențelor de servicii BWA (de tip WiMAX) se va face începând cu data de 09 Martie 2009, dată ce este ulterioară stabilirii câștigătorului desemnat ca urmare a prezentei proceduri...”.

Ca urmare a celor mai sus expuse, S.C. ■ S.A. menționează că „stabilirea unui criteriu tehnic de departajare având la bază prezența

unui serviciu inexistent din punct de vedere al reglementărilor legale este neavenită”.

De asemenea, contestatoarea mai arată că, deși în cadrul Caietului de sarcini, cap.IV Cerințe Generale, pct.4.1.2. Servicii de telefonie fixă „se solicita «facturarea apelurilor se va face la secundă, începând cu momentul în care se răspunde la apel»” în prezent „nici unul dintre operatorii existenți pe piața în România nu oferă acest tip de tarifare ci doar «tarifarea la secundă după primul minut, care este indivizibil»”.

S.C. ■ S.A. invocă în sprijinul argumentației sale prevederile articolului 35 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr.337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Contestatoarea apreciază că procedura de achiziție publică este „viciată” în condițiile în care „este de notorietate faptul că nici un operator de telefonie mobilă nu poate îndeplini cerința din caietul de sarcini și din Fișa de date a achiziției”.

În drept contestatoarea invocă dispozițiile art. 35 alin.(5), art.38 alin.(1) și art. 255-281 din O.U.G. nr. 34/2006 cu completările și modificările ulterioare.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea a depus în copie, un set de documente.

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. ■/23.12.2008, înregistrată la Consiliu sub nr. ■/23.12.2008 a depus, în copie, dosarul achiziției publice și a transmis punctul său de vedere, în care, invocând prevederile art.74 și art.55 din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, arată că: „procedura «licitație deschisă», pentru atribuirea contractului privind prestarea «Serviciilor de telefonie și de transmisie de date» s-a inițiat prin publicarea și validarea Anunțului de participare în S.E.A.P. (Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice) și Jurnalul Oficial al Uniunii Europene sub nr.■/05.12.2008 și s-a transmis în Monitorul Oficial al româniei – Partea a-VI-a, sub nr.■/05.12.2008”.

Subliniind natura și complexitatea contractului de achiziție publică, precum și necesitatea achiziționării serviciilor de telefonie și transmisie de date, C.N. ■ S.A. arată că în data de 18.12.2008, „prin adresa nr.■, a solicitat sprijinul Autorității Naționale pentru Comunicații” pentru a i se comunica următoarele:

„- Dacă există în prezent în România «Licențe de utilizare a frecvențelor radio în vederea furnizării de rețele publice de comunicații electronice și de servicii de comunicații electronice destinate publicului prin intermediul sistemelor de acces pe suport radio de bandă largă (BWA)» și care este valabilitatea acestora?;

- Care sunt operatorii economici care beneficiază de această licență?”

În continuare, referindu-se la cea de-a doua critică formulată de S.C. ■ S.A. în cuprinsul contestației, cu privire la „faptul că, în acest moment nici unul din operatorii economici existenți pe piața din România nu oferă acest tip de tarifare, ci doar «tarifarea la secundă după primul minut, care este indivizibil»”, autoritatea contractantă învederează Consiliului că „va solicita sprijinul de specialitate, pentru confirmarea sau infirmarea acestor precizări”.

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

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de telefonie și de transmisie de date” prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.■/05.12.2008 stabilind data pentru deschiderea ofertelor la 22.01.2009 și criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

În temeiul prevederilor art.275 alin.(1) din O.U.G. nr.34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr.337/2006, cu modificările și completările la zi, Consiliul i-a solicitat autorității contractante, prin adresa nr.■/14.01.2009, să-i comunice dacă Autoritatea Națională pentru Comunicații i-a transmis răspunsul la solicitarea C.N. ■ S.A. ■ nr.■/17.12.2008.

Totodată Consiliul i-a solicitat autorității contractante să-i precizeze punctul de vedere al personalului de specialitate la care a făcut referire în adresa C.N. ■ – S.A. ■ nr.■/ 22.1.22008 cu privire la „tarifarea la secundă”.

Prin adresa nr. ■ – S.A. ■ nr.■/16.01.2009, înregistrată la Consiliu sub nr.■/19.01.2009, autoritatea contractantă arată că „în data de 14.01.2009 s-a înregistrat sub nr. ■ ■, răspunsul ■/08.01.2009 formulat de către Autoritatea Națională pentru Comunicații”.

Prin aceeași adresă, autoritatea contractantă i-a transmis Consiliului răspunsul Autorității Naționale pentru Comunicații precum și punctul de vedere al personalului său de specialitate cu privire la „tarifarea la secundă”.

Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la faptul că în Caietului de sarcini „pct.F.4. – Evaluarea ofertelor – la Punctajul Tehnic – Pagina 24/33 – se punctează cu 30 puncte din 100 criteriul privind aria de acoperire a serviciilor Wi MAX, respectiv «Număr de orașe în care operatorul furnizează servicii WiMAX»”, critică întemeiată pe argumentul că „în acest moment nu există nici un operator licențiat care să poată oferi servicii BWA (tip WiMAX).

Analizând conținutul documentației de atribuire, Consiliul reține că în cadrul Secțiunii II intitulată Fișa de date a achiziției, la punctul 7.4. Evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a menționat următoarele: „Punctajul acordat pentru fiecare ofertă se calculează pe baza formulei: $P_{total} = P_{Financiar} \times 60\% + P_{tehnic} \times 40\%$ ”.

Analizând punctajul financiar și punctajul tehnic menționat în Fișa de date a achiziției, Consiliul constată următoarele:

- pentru punctajul financiar, autoritatea contractantă a avut în vedere 11 factori de evaluare;
- pentru punctajul tehnic, autoritatea contractantă a avut în vedere 4 factori de evaluare, printre care se regăsește și cel referitor la numărul de orașe în care operatorul furnizează servicii WIMAX, factor de evaluare care are un punctaj de 30 din 100 puncte câte au fost avute în vedere de autoritatea contractantă pentru punctajului tehnic care reprezintă 40% din punctajul total acordat pentru fiecare ofertă, în consecință 12 puncte din punctajul total al ofertei.

Analizând conținutul adresei Autorității Naționale pentru Comunicații ■/08.01.2009 având numărul de ieșire ■/12.01.2009, Consiliul reține următoarele precizări făcute de emitentul documentului:

- „În ce privește mijlocul utilizat pentru furnizarea serviciilor de comunicații electronice de telefonie și de transmisii date, facem precizarea că alegerea modalității tehnice de furnizare (pe cale radio sau prin intermediul rețelelor de cablu, fibră optică etc.) reprezintă opțiunea persoanei autorizate, în condițiile legii, în alegerea soluțiilor optime persoanele interesate luând în calcul diverși factori (necesitatea ca transportul semnalelor să fie realizat la distanțe mari, costuri aferente etc.)....”;

- „ ... vă facem cunoscut că până la data prezentei adrese, în temeiul art.4 alin.81) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.18/2008 privind stabilirea unor măsuri pentru reorganizarea utilizării spectrului radio în banda de frecvențe 3600-3800 Mhz ... ANC a acordat în luna noiembrie 2008 o singură licență de utilizare a frecvențelor radio pentru sisteme de acces pe suport radio de bandă largă (BWA), Titularul – ■ S.A. – având dreptul de utilizare a frecvențele radio acordat până în data de 23 iulie 2011”.

- „Ținem să adăugăm faptul că serviciile de comunicații electronice de natura celor menționate de dvs. pot fi furnizate și în alte benzi de frecvențe decât cele precizate mai sus ori în alte sisteme de comunicații decât cele de bandă largă”.

Având în vedere că:

- în fapt, Serviciile WIMAX (Worldwide Interoperability for Microwave Access) sunt servicii de bandă largă;

- WiMAX este o tehnologie de ultimă generație care permite transmisii 4G la viteze mai mari și la distanțe mai mari;
- la nivel național la data inițierii procedurii de atribuire există un singur operator economic care a primit în luna noiembrie 2008 licență de telecomunicații de utilizare a benzilor de frecvențe ce permit introducerea la nivel național a unor tehnologii precum WIMAX;
- ANC urmează a acorda încă două licențe de telecomunicații de utilizare a benzilor de frecvențe mai sus menționate;
- Nota justificativă întocmită de autoritatea contractantă „privind motivarea modului în care a fost stabilită ponderea factorilor de evaluare în cazul criteriului «oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic» aplicat în procesul de atribuire a contractului privind «Prestarea serviciilor de telefonie și de transmisie date», nu îndeplinește cerințele menționate în art.15 alin.(4) din H.G. nr.925/2006, respectiv în cuprinsul acesteia nu este motivat „modul în care a fost stabilită ponderea factorilor de evaluare a ofertelor”, autoritatea contractantă limitându-se la enumerarea factorilor de evaluare, precizarea punctajelor aferente acestora precum și a algoritmului de calcul pentru fiecare factor de evaluare cuprins în punctajul financiar și punctajul tehnic”;
- serviciile de comunicații electronice de natura celor solicitate de autoritatea contractantă pot fi furnizate și în alte benzi de frecvențe decât 3600-3800 Mhz ori în alte sisteme de comunicații decât cele de bandă largă, situație în care segmentul de servicii de telefonie și de transmisii date este acoperit de mai mulți furnizori autorizați, în condițiile legii,

Consiliul apreciază că factorul de evaluare 3, din punctajul tehnic, „Număr de orașe în care operatorul furnizează servicii WIMAX” precum și ponderea stabilită pentru acesta, respectiv 12 puncte din totalul de 100 (în condițiile în care punctajele acordate factorilor de evaluare variază de la minim 3 puncte la maxim 12 puncte), este de natură să conducă la „distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică”, situație în care sunt incidente dispozițiile art. 15 alin.(3) din H.G. nr.925/2006 care stipulează că:

„Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

- a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ ce poate fi punctat; sau

b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini”.

De asemenea, Consiliul apreciază că factorul de evaluare analizat, prin conținutul său și prin punctajul acordat de autoritatea contractantă, este de natură să favorizeze posibilul ofertant ■ S.A. (singurul furnizor licențiat) sau asocierea al cărui membru este această societate, situație în care sunt încălcate principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică și în special principiul nediscriminării și al tratamentului egal.

Consiliul apreciază că, întrucât asupra factorilor de evaluare și ponderilor acestora nu se pot dispune măsuri de remediere deoarece art.199 alin.(3) teza a -II-a din O.U.G. nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare stipulează că „Factorii de evaluare cu ponderile relative ale acestora, algoritmul de calcul, precum și metodologia de punctare a avantajelor trebuie să aibă legătura concretă cu specificul contractului și, după ce au fost stabiliți, nu se pot schimba pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire”, în speță se impune anularea procedurii de atribuire, motiv pentru care, în temeiul prevederilor art.278 alin. (6) din ordonanță, Consiliul dispune din oficiu anularea procedurii de achiziție publică.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la faptul că în Caietului de sarcini, la Cap.IV Cerințe generale punctul 4.1.2. Servicii de telefonie fixă se solicită „facturarea apelurilor se va face la secundă, începând cu momentul în care se răspunde la apel”.

Contestatoarea își întemeiază această critică pe faptul că „în acest moment nici unul dintre operatorii existenți pe piață în România nu oferă acest tip de tarifare, ci doar «tarifarea la secundă după primul minut, care este indivizibil»”.

Consiliul apreciază că, și în ipoteza în care operatorii existenți pe piață în România nu oferă la momentul organizării procedurii de atribuire tipul de tarifare menționat în Caietul de sarcini, acest fapt nu înseamnă că operatorii existenți nu ar putea oferta tarifarea solicitată de autoritatea contractantă, acest aspect ținând exclusiv de voința și performanțele tehnice ale posibililor ofertanți.

În situația în care oferta nici unui operator economic participant la procedură nu va îndeplini cerințele din Caietul de sarcini, autoritatea contractantă va declara, în temeiul prevederilor art.36 alin.(2) lit.a) din H.G. nr.925/2006, toate ofertele neconforme și va proceda la anularea procedurii de atribuire conform dispozițiilor art.209 alin.(1) lit.b) din H.G. nr.925/2006, riscul acestei situații

revenindu-i autorității contractante care, prin specialiștii săi, insistă în menținerea cerinței cu privire la taxarea convorbirilor la secundă „pentru eficientizarea costurilor la nivelul companiei”.

Având în vedere măsurile dispuse din oficiu, de către Consiliu, cererea contestatoarei de înlăturare a prevederilor cuprinse în Caietul de sarcini, la Cap.IV Cerințe generale punctul 4.1.2. Servicii de telefonie fixă, deși este nefondată, apare ca fiind rămasă fără obiect, fiind respinsă de Consiliu în temeiul dispozițiilor art.278 alin.(5) din ordonanță.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactată în 3 exemplare originale, conține 8 (opt) file