

DECIZIE
Nr. BO2010_0241
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■/07.12.2009, înregistrată la CNSC cu nr. ■/07.12.2009, formulată de SC ■ SA, cu sediul în ■, înregistrată la ORC cu nr. ■, având CUI ■, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de furnizare având ca obiect „Reactualizarea licențelor Symantec Antivirus Corporate Edition cu licențe Symantec Endpoint Protection 11”, s-a solicitat remedierea caietului de sarcini prin introducerea mențiunii „sau echivalent”.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE

Respinge excepția tardivității contestației formulată de SC ■ SA, invocată de ■.

Respinge contestația formulată de SC ■ SA, cu sediul în ■, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ■, cu sediul în ■, ca nefondată.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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 înregistrată sub numărul de mai sus, SC ■ SA a criticat documentația de atribuire, emisă de ■, solicitând remedierea caietului de sarcini în sensul introducerii mențiunii „sau echivalent”.

În motivarea contestației, SC ■ SA a susținut că prevederea din fișa de date achiziției „II.1.1 Reactualizarea licențelor Symantec Antivirus Corporate Edition cu licențe Symantec Endpoint Protection 11 pentru un număr de 6000 stații de lucru”, încalcă prevederile art. 38 al. 1,2 și art. 2, art. 66 și 67 din OUG 34/2006.

Referitor la prevederea menționată, contestatorul susține că a formulat o solicitare de clarificări, la 30.11.2009, prin care a cerut autorității contractante acceptarea și a altor soluții anti-virus echivalente și nu doar Symantec Antivirus Corporate Edition, solicitare la care nu a primit un răspuns favorabil.

Având în vedere cele arătate, se solicită remedierea caietului de sarcini, în sensul introducerii mențiunii „sau echivalent”.

Prin punctul de vedere nr. ■/05.01.20010, înregistrat la CNSC sub nr. ■/05.11.2009, ■, în calitate de autoritatea contractantă, a solicitat, pe cale de excepție, respingerea contestației formulată de SC ■ SA, ca fiind tardivă, iar pe fondul cauzei, respingerea contestației ca neîntemeiată.

În susținerea excepției, autoritatea contractantă arată că, raportat la data publicării documentației de atribuire în SEAP, respectiv ■.11.2009, la valoarea estimată a contractului de 97.000 euro și data formulării contestației, respectiv 08.12.2009, contestatorul a încălcat prevederile art. 256² al. 1 lit. b și al. 2 din OUG 34/2006.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă precizează că nu dorește să achiziționeze produse software (antivirus), ci dorește actualizarea unor produse software, achiziționate anterior, astfel că nu sunt încălcate dispozițiile art. 2, art. 38 și 39 din OUG 34/2006.

În aceste condiții, autoritatea contractantă susține că, SC ■ SA face confuzie între obiectul contractului care este „servicii de actualizare” a unor produse software și achiziția produsului de software, motiv pentru care apreciază contestația ca fiind neîntemeiată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

În considerarea dispozițiilor art. 269 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul a transmis contestatorului adresa nr. ■ din 06.01.2010, prin care a solicitat punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, raportat la dispozițiile art. 256² al. 1 lit. b din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, excepție invocată de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. ■/08.01.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ■/08.01.2010, SC ■ SA precizează că a formulat contestația ca urmare a răspunsului primit, din partea autorității contractante, la adresa nr. ■/30.11.2009 de a accepta o soluție echivalentă cu soluția menționată în documentația de atribuire.

Având în vedere faptul că răspunsul publicat în SEAP, în 04.12.2009, contravine prevederilor art. 38 din OUG 34/2006, contestatorul arată că

a formulat contestație la CNSC, în 07.12.2009, respectând termenul de 5 zile prevăzut de lege.

În concluzie, contestatorul apreciază ca fiind fondată contestația formulată împotriva documentației de atribuire, solicitând remedierea caietului de sarcini prin introducerea mențiunii „sau echivalent”.

Față de dispozițiile art. 278 al. 1 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul urmează a soluționa, mai întâi, excepția tardivității contestației, raportat la dispozițiile art. 256² al. 1 lit.b din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, excepție invocată, autoritatea contractantă.

Potrivit art. 271 al. 1 din actul normativ menționat, „Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256².”

După cum rezultă din contestație, SC ■ SA critică documentația de atribuire, respectiv menținerea prevederii privind „Reactualizarea licențelor Symantec Antivirus Corporate Edition cu licențe Symantec Endpoint Protection 11 pentru un număr de 6000 stații de lucru”, prevedere care a fost menținută prin răspunsul publicat în SEAP în data de 04.12.2009.

Raportat la valoarea estimată a contractului, de 409.920 lei, fără TVA, după cum rezultă din invitația de participare, Consiliul constată incidența, în ceea ce privește termenul de depunere a contestației, a prevederilor art. 256² al. 1 lit.b din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, în conformitate cu care „Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau, după caz, instanța judecătorească competentă în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim în termen de: (...); b)5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe, de un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, (...), este egală sau mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 al. 2.”

În consecință, contestatorul avea obligația de a transmite contestația atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, în termen de 5 zile de la data luării la cunoștință de actul considerat nelegal, respectiv răspunsul la solicitarea de clarificări publicat în SEAP în 04.12.2009.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, se constată că SC ■ SA a transmis contestația la CNSC prin fax, la 07.12.2009, fiind înregistrată sub nr. ■, iar la autoritatea contractantă, de asemenea, prin fax, în 08.12.2009, fiind înregistrată sub nr. ■, din data menționată.

Având în vedere data la care SC ■ SA a luat cunoștință de răspunsul la solicitarea de clarificări, 04.12.2009, precum și dispozițiile legale susmenționate, Consiliul constată că SC ■ SA a depus contestația în termenul legal de 5 zile, termen procedural calculat pe zile libere conform art. 101 C.proc.civ., ultima zi în care putea fi depusă contestația fiind 10.12.2009.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 278 al. 5 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul va respinge excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă.

Pe fondul cauzei, față de înscrisurile aflate la dosar, Consiliul a constatat următoarea situație de fapt:

La 26.11.2009, ■ în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de furnizare având ca obiect „Reactualizarea licențelor Symantec Antivirus Corporate Edition cu licențe Symantec Endpoint Protection 11 pentru un număr de 6000 stații de lucru”, sens în care a publicat, în SEAP, invitația de participare nr. ■.

Împotriva documentației de atribuire, SC ■ SA a formulat contestația care formează obiectul prezentului dosar.

Examinând susținerile părților, înscrisurile aflate la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul reține următoarele:

Prin contestația formulată, SC ■ SA a criticat documentația de atribuire, solicitând remedierea acesteia în sensul acceptării și a altor soluții anti-virus echivalente celui menționat, nu doar Symantec Antivirus Corporate Edition, caietul de sarcini urmând a fi completat cu mențiunea „sau echivalent”.

Din analiza invitației de participare, a documentației de atribuire, precum și din punctul de vedere al autorității contractante, Consiliul constată că aceasta dorește actualizarea unor licențe pentru produse software achiziționate anterior și nu achiziționarea de pachete anti-virus, după cum consideră contestatorul.

Reținând că actualizarea licențelor presupune prelungirea unui termen de aplicare, se apreciază că indicarea mențiunii „sau echivalent”, în această situație, apare ca fiind imposibilă, deoarece ar avea ca rezultat obligarea autorității contractante să achiziționeze un alt produs software anti-virus, contrar procedurii inițiate și necesităților sale, stabilite conform art. 35 al. 2 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare.

În consecință, susținerile contestatorului nu vor fi reținute, acestea fiind fondate doar în situația în care autoritatea contractantă dorea achiziționarea unui produs anti-virus.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 278 al. 5 și 6 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul urmează a respinge, ca nefondată, contestația, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

Potrivit dispozițiilor art. 280 al. 3 din actul normativ menționat, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

OPINIE SEPARATĂ

Sunt pentru admiterea contestației formulate de SC ■ SA, deoarece, din petitul contestației și din documentația de atribuire, reiese clar faptul că autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze un anumit produs, respectiv, „Reactualizarea licențelor Symatec Antivirus Corporate Edition cu Licențe Symatec Endpoint Protection 11”, în consecință apreciez contestația ca fiind în concordanță cu dispozițiile art. 255 al. 1 din ordonanța de urgență.

Analizând susținerile părților și înscrisurile depuse la dosarul cauzei, în considerarea dispozițiilor legale care reglementează materia achizițiilor publice, consider că soluția care se impune este aceea a admiterii contestației, din următoarele considerente:

SC ■ SA învederează, prin contestația depusă, faptul că prin notificarea autorității contractante, la 30.11.2009, prin care a cerut autorității contractante acceptarea și a altor soluții anti-virus echivalente și nu doar Symantec Antivirus Corporate Edition, solicitare la care nu a primit un răspuns favorabil.

Prin contestația depusă, contestatorul solicită remedierea caietului de sarcini, în sensul introducerii mențiunii „sau echivalent” în ceea ce privește produsul nominalizat ce urmează a fi furnizat.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că ■, susține că, SC ■ SA face confuzie între obiectul contractului care este „servicii de actualizare” a unor produse software și achiziția produsului de software, motiv pentru care apreciază contestația ca fiind neîntemeiată.

În opinia mea, argumentul autorității contractante, nu poate fi susținută, având în vedere faptul că procedura în cauză, prin cerere de oferte, nu permite încălcarea dispozițiilor art. 38 al. 1 și 2 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căroră „(1) Se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care

*indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. (2) Prin derogare de la prevederile al. 1, se admite o astfel de indicație, dar numai în mod excepțional, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36 și **numai însoțită de mențiunea sau echivalent**".*

De asemenea, în aprecierea mea, în cazul în care într-adevăr obiectul contractului este achiziționarea unor „servicii de actualizare a unor produse software” existente, autoritatea contractantă avea la dispoziție **procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare**, respectiv încadrarea contractului în dispozițiile art. 122 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere cele de mai sus, în temeiul dispozițiilor art. 278 al. 2 și 6 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, consider că se impune admiterea contestației depusă de către SC ■ SA procedura urmând a fi anulată.

MEMBRU COMPLET

■

Redactat în 3 exemplare originale, conține 6 (șase) file