



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 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 contestațiile nr. ... și FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrate la CNSC sub nr. ..., respectiv sub nr. ..., înaintate de **(1)** SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... – Director general și de **(2)** SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul în ..., formulate împotriva documentației de atribuire elaborate de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura, negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, derulată în forma accelerată, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de asigurare licențe Microsoft și a suportului tehnic necesar utilizării serverelor și stațiilor de lucru din dotarea ... SA (sediul și sucursale) în regim de Enterprise Agreement (EA)”, coduri CPV 72540000-2 – *Servicii de actualizare informatică (Rev.2)*, 48517000-5 – *Pachete software IT (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului modificarea documentației de atribuire și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestațiilor.

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

DECIDE:

Conexează cele două contestații.

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge ambele contestații, ca tardive.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din OUG 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

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., SC ... SRL atacă conținutul documentației de atribuire (fișa de date a achiziției publice) întocmite de ...SA, referitoare la cerința 2 de la pct. *III.2.3. b) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului*, precum și la cerința 3 de la cap. *III.2.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională*, solicitând eliminarea sau modificarea lor.

În referire la cerința privind certificarea ISO 27001/2005 sau echivalent, având în vedere că procedurile interne privind Sistemul de Management al Securității Informației sunt documente cu caracter confidențial și ținând cont de prevederile OUG nr. 34/2006 și de principiul recunoașterii reciproce, contestatoarea arată că a cerut autorității contractante clarificări (prin adresa nr. ... din 27.12.2012), solicitând autorității contractante să considere suficientă prezentarea certificării ISO 27001 fără anexarea procedurilor specifice din sistemul de securitate a informației intern al ofertanților și renunțarea la solicitarea declarației prin care ofertanții sunt de acord cu efectuarea unui audit de evaluare a acestui sistem de către reprezentanții achizitorului.

În urma acestor solicitări de clarificări, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă, prin adresa nr. .../04.01.2013, își menține cerințele privind prezentarea procedurilor interne SMSI cât și obligația ofertanților de a se supune unui audit din partea reprezentanților săi. Având în vedere că autoritatea contractantă nu este organism de certificare și nu are competențe în acest sens și ținând cont de faptul că autoritatea contractantă are obligația legală de a accepta certificatele emise de organisme independente, prin care se atestă faptul că operatorul economic respectă anumite standarde de asigurare a calității, contestatoarea consideră abuzive aceste cerințe, motiv pentru care solicită eliminarea acestora din fișa de date a achiziției.

În ceea ce privește cerința 3 de la capitolul *III.2.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională*, prin care candidatul trebuie să declare

că va asigura protecția informațiilor CNE clasificate „secret de serviciu” ce vor fi accesate, cu obligația deținerii unei structuri/unui funcționar de securitate, contestatoarea arată că obiectul contractului îl fac următoarele licențe și servicii:

- *Servicii de tip SA (Software Assurance) pentru licențele existente, provenite din acordurile de tip Enterprise Agreement anterioare, care sunt preluate în noul acord cadru de licențiere de tip Enterprise Agreement* - aceste servicii se achiziționează de la producătorul Microsoft, sub forma unor licențe software (contract de reînnoire, care nu implică efectiv prestarea unor servicii de către personalul furnizorului sau al producătorului);

- *Licențe suplimentare necesare în cadrul ... SA sediul central și cele două sucursale ... și ..., împreună cu suportul de tip SA inclus - LicSA (Licența + Software Assurance)* - aceste servicii se achiziționează de la producătorul Microsoft, sub forma unor licențe software (contract de licențiere care nu implică efectiv prestarea unor servicii de către personalul furnizorului sau al producătorului);

- *Un pachet de suport tehnic și intervenții la solicitarea achizitorului, de tip „Premier Support”* - aceste servicii urmează a fi achiziționate de la producătorul Microsoft. Prin natura lor, serviciile de tip „Premier Suport” sunt prestate direct de către producătorul Microsoft și nu de către furnizori. În acest fel, angajații furnizorului nu vor intra în contact cu informații clasificate ca „Secret de serviciu”.

Totodată, contestatoarea arată că a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. .../27.12.2012, eliminarea acestei cerințe din fișa de date a achiziției, solicitare ce nu a fost luată în considerare, autoritatea contractantă menținându-și cerințele.

Pentru motivele invocate, autoarea contestației solicită eliminarea cerințelor criticate, acestea fiind de natură a îngreuna libera concurență și a discrimina operatorii economici.

În cadrul aceleiași proceduri, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. .../09.01.2013, solicitând acestuia:

- „în principal, să dispună obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în vederea respectării termenelor legale de derulare a procedurii și eliminarea prevederilor restrictive și nelegale ale documentației de atribuire;

- în principal, să dispună anularea documentației de atribuire și anularea în întregime a procedurii de achiziții publice organizată de ... SA pentru achiziționarea de „Servicii de asigurare licențe Microsoft și a suportului tehnic necesar utilizării serverelor și stațiilor de lucru din dotarea ... SA (sediul și sucursale) în regim de Enterprise Agreement (EA), anunț de participare numărul ...

publicat pe SEAP la data de 20.12.2012, cu termenul limită de depunere a ofertelor la data de 09.01.2013 ora 10:00", precum și a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă în cadrul acestei proceduri, conform prevederilor art. 209 din OUG nr. 34/2006".

În susținerea cererilor sale, această contestatoare arată că autoritatea contractantă nu a respectat termenele și condițiile prevăzute imperativ de OUG nr. 34/2006 pentru derularea procedurii de achiziție publică.

Conform dispozițiilor art. 71 din OUG nr. 34/2006, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă are obligația de a stabili termenele astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare solicitate prin documentația de atribuire.

Conform documentației de atribuire, anunțul a fost publicat în SEAP la data de 20.12.2012, iar în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la data 22.12.2012, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind la 09.01.2013. Astfel, în intervalul acordat de autoritatea contractantă numărul total de zile lucrătoare este de 8 (opt), având în vedere faptul că zilele de 24, 25, 26, 31 decembrie 2012 și 1, 2, ianuarie 2013 au fost declarate zile nelucrătoare. Ori, în opinia contestatoarei, documentele solicitate includ acte pentru a căror obținere este necesar, în mod obiectiv, un interval de timp mai mare decât cel acordat de autoritatea contractantă.

De asemenea, având în vedere valoarea estimată a contractului (între 2.067.292,8 Euro și 4.7724.380,89 Euro), contestatoarea menționează că autoritatea contractantă este obligată să respecte întocmai condițiile și termenele imperative prevăzute de OUG nr. 34/2006, privind modul de organizare a procedurii de atribuire.

Astfel, autoritatea contractantă a înțeles să desfășoare procedura pentru încheierea acordului-cadru în discuție, conform Secțiunii a 5-a din OUG nr. 34/2006, anume prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Ori, art. 110 din ordonanța de urgență indică în mod limitativ situațiile în care autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere, situația de față neregăsindu-se în niciuna din condițiile imperative ale acestui articol.

Mai mult, contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă nu respectă nici termenele prevăzute de art. 113 din OUG nr. 34/2006, anume termenul de 37 de zile ce trebuie respectat de la data transmiterii spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (19.12.2012) și data limita de depunere a ofertei (09.01.2013). Deși, legea permite reducerea termenului evidențiat mai sus, dar numai pentru motive de urgență, în prezenta speță nu poate fi invocat vreun motiv de urgență.

În concluzie, întreaga procedură de atribuire derulată de autoritatea contractantă încalcă în mod flagrant și vădit condițiile și termenele impuse de lege pentru achiziția publică de servicii.

Pentru motivarea în drept, contestatoarea își întemeiază cererea pe dispozițiile OUG nr. 34/2006, precum și pe cele ale HG nr. 925/2006.

Prin adresele nr. .../16.01.2013 și nr. .../16.01.2013, înregistrate la CNSC sub nr. .../16.01.2013, respectiv sub nr. .../16.01.2013, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctele de vedere la cele două contestații, prin care solicită respingerea lor, pe cale de excepție, ca tardive, în temeiul dispozițiilor art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, ori ca nefondate.

Autoritatea contractantă precizează că autoarele contestațiilor au luat la cunoștință de conținutul documentației de atribuire încă de la momentul publicării ei în SEAP, iar criticile împotriva acesteia au fost formulate mult după termenul limită precizat de dispozițiile legale aplicabile.

Pe fond, autoritatea contractantă arată că cerințele documentației de atribuire ce sunt atacate nu sunt contrare dispozițiilor legale și au utilitate în cadrul achiziției. Astfel, prezentarea certificării ISO 27001/2005 și a procedurilor specifice acestuia, precum și a declarației privind respectarea regulilor legate de gestionarea informațiilor „secret de serviciu” sunt condiții adaptate specificului activității organizatorului achiziției și nevoii ca, la momentul în care se vor presta serviciile ce fac obiectul achiziției, prestatorul să respecte regulile de confidențialitate asupra informațiilor de natură tehnică/funcțională de care ia cunoștință (rapoarte de lucru, corespondență prin poștă militară etc.).

Contrar celor pretinse de cea de-a doua contestatoare, autoritatea contractantă amintește că, în concordanță cu dispozițiile coroborate ale art. 8 lit. d), art. 113 alin. (2), art. 231 alin. (3) și art. 251 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, avea dreptul să organizeze o procedură de tipul celei în discuție, inclusiv de a accelera derularea ei.

Odată cu punctele de vedere la contestații, autoritatea contractantă a transmis Consiliului și un set de documente, în copie, parte din dosarul achiziției publice.

În replică, prin adresa nr. .../17.01.2013, înregistrată la CNSC sub nr. .../17.01.2013, SC ... SRL a transmis Consiliului răspunsul la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care precizează că termenul de 10 zile precizat la 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006 începe să curgă de la momentul în care autoritatea contractantă a răspuns negativ la solicitarea sa de prelungire a termenului limită de depunere a ofertelor. Astfel,

consideră că notificarea în prealabil a autorității contractante în concordanță cu dispozițiile art. 256¹ din OUG nr. 34/2006 o îndreptățește la a prezenta ulterior o contestație CNSC, motivat de refuzul primeia de prelungire a perioadei de întocmire a ofertelor.

După conexarea celor două contestații, în condițiile precizate la art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Servicii de asigurare licențe Microsoft și a suportului tehnic necesar utilizării serverelor și stațiilor de lucru din dotarea ... SA (sediul și sucursale) în regim de Enterprise Agreement (EA)”, coduri CPV 72540000-2 – *Servicii de actualizare informatică (Rev.2)*, 48517000-5 – *Pachete software IT (Rev.2)*, ...SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în forma accelerată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 20.12.2012, odată cu care a postat și documentația de atribuire.

Anterior datei stabilite pentru deschiderea ofertelor (etapă derulată de autoritatea contractantă, conform celor menționate în cuprinsul procesului-verbal nr. ... din 09.01.2013), nemulțumite de conținutul documentației de atribuire, SC ... SRL și SC ... SRL au înaintat Consiliului prezentele contestații, solicitând modificarea ei, precum și suspendarea procedurii până la data soluționării cauzei.

Asupra cererilor privind suspendarea procedurii de atribuire formulate de contestatoare, Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. ... din 11.01.2013, respingându-le.

Văzând momentul înaintării contestațiilor, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cercetând cu întâietate excepția tardivității lor (excepție invocată de autoritatea contractantă prin punctele de vedere ce au fost comunicate și contestatoarelor), Consiliul constată incidența ei.

Consiliul are în vedere că, potrivit prevederilor art. 256² alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: *„Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: (...) a) 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)”.*

De asemenea, în concordanță cu alin. (2) al aceluiași articol al ordonanței de urgență, data luării la cunoștință a actului atacat este data publicării lui în SEAP.

Consiliul are în vedere și faptul că termenul ce trebuia respectat de contestatoare se calculează în concordanță cu dispozițiile art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, modificată prin OUG nr. 76/2010: *z) zile - zilele calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare. Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat astfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.*

Astfel, față de momentul luării la cunoștință a actului atacat (documentația de atribuire publicată în SEAP la 20.12.2012), pentru respectarea termenului de 10 zile prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006 (valoarea estimată a contractului de servicii ce urmează a fi încheiat, conform anunțului de participare este între 2.067.292,8 și 4.7724.380,89 Euro, mai mare decât pragul valoric indicat la art. 55 alin. (2) lit. c) din ordonanța de urgență, respectiv 400.000 euro), contestațiile trebuiau înaintate Consiliului, cel mai târziu, la 03.01.2013, respectiv 07.01.2012 și nu la 08.01.2013 și 09.01.2013, cum au procedat autoarele lor.

Astfel, deși contestatoarele au pretins că anterior au formulat adrese de solicitare a unor de clarificări asupra documentației de atribuire/notificare a intenției de atacare a acesteia, demersurile în cauză nu au rolul de a repune solicitantul lor în termenul legal de contestare a documentației de atribuire.

De altfel, Consiliul constată că SC ... SRL nu a formulat o solicitare de clarificări, în sensul obținerii unor informații de detaliu ori de lămurire a unor înțelesuri echivoce asupra documentației de atribuire, ci a pretins modificarea unor cerințe de calificare. Ori, în concordanță cu dispozițiile art. 179 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, modificată prin Legea nr. 279/2011, nu este permisă o astfel de modificare a criteriilor de calificare, de către autoritatea contractantă, sub sancțiunea anulării procedurii de atribuire. De asemenea, în același sens, Ordinul ANRMAP nr. 171/2012 precizează că autoritățile contractante nu au dreptul ca, prin răspunsurile de clarificare a documentației de atribuire, să aducă modificări asupra acesteia din urmă.

Prin urmare, răspunsul autorității contractante de refuz al modificării documentației de atribuire este un demers care, cel puțin formal, respectă dispozițiile legale aplicabile în cauză. Ori,

contestația nu a fost formulată împotriva acestui document, ce menține conținutul inițial al documentației de atribuire, ci are ca obiect cererea de modificare a acesteia.

Chiar prin acceptarea ideii că respectiva solicitare a contestatoarei ar avea caracterul unei cereri de clarificare a documentației de atribuire, având în vedere că aceasta a fost comunicată în a 7-a zi (la 27.12.2012) din termenul de contestare a documentației de atribuire, iar contestația a fost înaintată la 08.01.2013, după 4 zile de la data primirii răspunsului de clarificare (adresa nr. .../04.01.2013), Consiliul constată că termenul de contestare (obținut prin însumarea celor 2 perioade, despărțite de perioada de întocmire a răspunsului, în cazul acceptării că este o perioadă cu caracter suspensiv) a depășit cele 10 zile admise de lege (ultima zi a termenului, în această ipoteză, ar fi fost 07.01.2013).

Cât privește cea de-a doua contestație, Consiliul are în vedere că autoarea ei, SC ... SRL, a precizat că cererea anterioară contestației, de decalare a termenului de depunere a ofertelor, a formulat-o în condițiile stabilite la art. 256¹ din OUG nr. 34/2006, respectiv că nu a fost o cerere de clarificare a documentației de atribuire.

Ori, în concordanță cu dispozițiile de la alineatul (3) al art. 256¹ din ordonanța de urgență, „Notificarea prevăzută la alin. (1) nu are ca efect suspendarea de drept a procedurii de atribuire”. Astfel că, acest demers al SC ... SRL, din ultima zi a termenului de contestare a documentației de atribuire, nu o repunea pe aceasta în termenul general, de 10 zile, de interes în cauză. Mai mult, Consiliul are în vedere că prin contestație sunt puse în discuție și aspecte ce nu au făcut obiectul notificării prealabile (condițiile de derulare a procedurii de atribuire alese).

Prin urmare, depunerea contestației SC ... SRL la 09.01.2013 s-a făcut cu depășirea termenului limită aplicabil, 03.01.2013.

Pentru toate aceste motive, în temeiul dispozițiilor de la alin. (1), (5) și (6) ale art. 278 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, fără analiza pe fond a cauzei, admitând excepția invocată de autoritatea contractantă, Consiliul respinge contestațiile, ca tardive și dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...