



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, ... România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnscl.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. ... înaintată de ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CIF ..., reprezentată legal prin ... – Director Departament Juridic, formulată împotriva documentației de atribuire întocmite de ... cu sediul în în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de telefonie fixă și mobilă și conectare mobile la internet”, coduri CPV 64210000-1 – *Servicii de telefonie și de transmisie de date (Rev.2)*, 64211000-8 – *Servicii de telefonie publică (Rev.2)*, 64212000-5 – *Servicii de telefonie mobilă (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului:

- „obligarea autorității contractante la eliminarea sau, după caz, modificarea factorului tehnic de evaluare nr. 2, respectiv „*Oferirea unei aplicații unice și proprietare prin care autoritatea să poată efectua localizarea terminalelor și să poată șterge datele din acestea în momentul furtului sau pierderii. Aplicația se va accesa de către ... IT pe baza de username și parolă și va permite vizualizarea poziției oricărui terminal*”, așa cum este prevăzut în cadrul documentației de atribuire;

- pe cale de consecință, anularea procedurii de licitație deschisă în baza prevederilor art. 199 alin. (5), art. 209 alin. (1) lit. c) și alin. (4) lit. a) din OUG nr. 34/2006 și reluarea acesteia cu respectarea strictă a dispozițiilor OUG nr. 34/2006, precum și ale HG nr. 925/2006 (...).”

În baza legii și a documentelor depuse de părți,

DECIDE:

Admite contestația și dispune anularea procedurii.

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 nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. atacă factorul tehnic de evaluare nr. 2 prevăzut în documentația de atribuire elaborată de ... considerând că au fost încălcate dispozițiile art. 15 alin. (2) și (3) din HG nr. 925/2006, precum și ale art. 45 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Astfel, contestatoarea arată că, din definiția factorului tehnic de evaluare nr. 2 (*Oferirea unei aplicații unice și proprietare prin care autoritatea să poată efectua localizarea terminalelor și să poată șterge datele din acestea în momentul furtului sau pierderii. Aplicația se va accesa de către ... IT pe baza de username și parola și va permite vizualizarea poziției oricărui terminal - cu o pondere de 20% din totalul punctajului aferent componentei tehnice*), reiese fără echivoc faptul că autoritatea contractantă urmărește să i se pună la dispoziție o aplicație software (deci nu un serviciu) unică și care să fie proprietatea operatorului de telefonie prin care să poată efectua localizarea terminalelor, să poată șterge datele din acestea în momentul furtului sau pierderii. Ori, din fișa de date a achiziției, reiese că obiectul prezentului contract de achiziție publică îl constituie: „Servicii de telefonie fixă și mobilă și conectare mobile la Internet” și ținând cont de codurile CPV stipulate în fișa de date a achiziției la pct. II.1.6) - Clasificare CPV (vocabularul comun privind achizițiile) 64210000-1 *Servicii de telefonie și de transmisie de date (Rev.2)*, 64212000-5 *Servicii de telefonie mobilă (Rev.2)*, 64211000-8 *Servicii de telefonie publică (Rev.2)* și de conținutul caietului de sarcini, în opinia contestatoarei rezultă că se dorește achiziționarea de servicii de comunicații electronice și nu aplicații software.

Prin urmare, susține că la prezenta procedură vor participa numai furnizori de servicii de comunicații electronice și nu dezvoltatori de aplicații software, precizând că, pe piață există numeroase aplicații software dezvoltate de terți, care asigură localizarea terminalelor și ștergerea datelor din acestea în momentul furtului sau pierderii, de exemplu: Google Apps for Business, Meraki pentru sistemele de

operare Android și aplicațiile Mobileiron, McAfee, Airwatch pentru toate sistemele de operare ale terminalelor smartphone existente. În acest sens, contestatoarea arată că pentru iOS, care este sistemul de operare al terminalelor Apple iPhone, producătorul a dezvoltat propria aplicație ce asigură, în mod gratuit, localizarea terminalelor, ștergerea datelor din acestea în momentul furtului sau pierderii; facilitate care se poate accesa din consola iCloud - Find My iPhone.

Astfel, precizează că aplicația este independentă de serviciile de telefonie, care constituie de fapt obiectul și scopul prezentei proceduri, iar funcționalitățile solicitate nu au o legătură directă cu serviciile operatorului. De exemplu, localizarea terminalelor se realizează prin celula GPS proprie terminalului smartphone, susținând că ștergerea de la distanță a datelor se poate efectua și în situația în care terminalul respectiv se conectează la internet prin alte mijloace, ca de exemplu: introducerea în terminal a altei cartele SIM, tehnologia WiFi (terminalul se poate conecta la internet prin WiFi, chiar dacă nu are cartela SIM și poate fi accesată de la distanță).

Prin urmare, contestatoarea susține că aplicația, care îndeplinește cerințele factorului de evaluare tehnic nr. 2, reprezintă o aplicație software de sine stătătoare de gestionare a terminalelor și nu are legătură directă cu obiectul contractului ce urmează a se atribui prin prezenta procedură de atribuire, aceasta funcționând chiar dacă autoritatea contractantă utilizează servicii de date din alte surse alternative, ca un punct de acces internet gratuit wireless - hotspot).

Totodată, contestatoarea apreciază că acest factor de evaluare nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține, având în vedere că astfel de aplicații pot fi achiziționate separat, acestea fiind chiar puse la dispoziția clienților, în mod gratuit, de producătorii terminalelor.

Pe de altă parte, contestatoarea apreciază că sintagma referitoare la aplicația unică și proprietară este restrictivă și nerelevantă pentru îndeplinirea tuturor funcționalităților cerute pentru aceasta și pentru obiectul contractului, iar menținerea acesteia și acordarea unor avantaje competitive în baza unui criteriu nerelevant pentru obiectul prezentului contract ar conduce la distorsionarea rezultatului procedurii de atribuire.

În încheierea contestației, autoarea acesteia precizează că factorul tehnic de evaluare nr. 2 are ca scop favorizarea unui anumit operator economic, deoarece, la momentul actual, există un singur operator economic pe piața serviciilor de telefonie care să îndeplinească cerințele solicitate. În opinia sa, dintre operatorii care îndeplinesc toate cerințele de calificare și selecție expuse în fișa de

date achiziției, Orange România SA, Cosmote Romanian Mobile Telecommunications SA, Vodafone România SA, doar Vodafone deține o aplicație unică și proprietară care asigură localizarea terminalelor, ștergerea datelor din acestea. Aceasta se numește Vodafone Secure Device Manager și este descris în detaliu pe pagina de internet la următoarea adresă: <https://www.vodafone.ro/business/corporatii/solutii-integrate/secure-device-manager/index.htm>. Conform ghidului de utilizare pentru ... care se poate descărca de la adresa : <https://www.vodafone.ro/business/corporatii/solutii-integrate/secure-device-manager/device-management-suport/index.htm>, aplicația Vodafone Secure Device Manager îndeplinește toate cerințele definite la factorul tehnic de evaluare nr. 2.

De asemenea, consideră că, dreptul de proprietate asupra acestei aplicații nu este esențial, atâta vreme cât scopul cerinței este atins și necesitatea autorității contractante este în mod indiscutabil îndeplinită și prin varianta ca operatorul să aibă drepturi de revânzare a unei astfel de aplicații, în cazul în care aceasta este preluată de la un terț.

Prin urmare, renunțarea la sintagma „proprietară” nu prejudiciază în niciun fel autoritatea contractantă, întrucât toate caracteristicile aplicației ar fi putut fi livrate sau evaluate independent de cine este proprietarul aplicației.

Drept consecință, contestatoarea consideră că se impune anularea prezentei proceduri de atribuire în baza prevederilor art. 199 alin. (5), art. 209 alin. (1) lit. c) și alin. (4) lit. a) din OUG nr. 34/2006, eliminarea factorului tehnic de evaluare nr. 2 și reluarea acesteia cu respectarea strictă a dispozițiilor OUG nr. 34/2006, precum și ale HG nr. 925/2006.

Pentru motivarea în drept a cererii, contestatoarea invocă dispozițiile OUG nr. 34/2006, precum și pe cele ale HG nr. 925/2006.

Prin adresa nr. AP 312/21.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 21576/01.07.2013, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Raportându-se la afirmația contestatoarei potrivit căreia „la prezenta procedură vor participa numai furnizori de servicii de comunicații electronice și nu dezvoltatori de aplicații software”, autoritatea contractantă precizează că, de regulă, în astfel de licitații se solicită și terminale. Aceasta nu presupune însă faptul că la procedură trebuie să participe și producătorii de terminale, întrucât este cunoscut faptul că operatorii de servicii de telecomunicații furnizează ei înșiși terminalele și toate accesoriile

eventual solicitate. Prin urmare, același raționament poate fi aplicat și în cazul de față.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă atrage atenția asupra faptului că, pe site-ul Orange apare un câmp întreg dedicat, numit „Aplicații Orange” (<http://www.orange.ro/aplicatii>).

În acest context, reclamă insinuările contestatoarei potrivit cărora operatorii de telecomunicații (telefonie mobilă) nu pot dezvolta aplicații software, precizând că însăși aceasta dezvoltă astfel de aplicații.

În continuare, autoritatea contractantă arată că motivarea, care stă la baza solicitării unei astfel de cerințe (aplicație unică și proprietară), este tocmai faptul că există diverse aplicații, în funcție de tipul de terminal sau de sistemul de operare. Ori, în acest caz, arată că dorește un acces centralizat, pe toată flota de terminale mobile, eficientizând astfel timpul ...ui IT. De altfel, autoritatea contractantă consideră că autoarea contestației nu este în măsură să judece ce este sau ce nu este relevant și prezintă sau nu un avantaj real.

De asemenea, susține că afirmația contestatoarei potrivit căreia un singur furnizor ar putea asigura această cerință este eronată, caz în care ar fi fost îndreptățită să organizeze o negociere fără publicarea unui anunț de participare. De altfel, documentația de atribuire a fost întocmită după ce au fost studiate informațiile publice de pe site-urile principalilor operatori de telecomunicații, atât naționali, cât și internaționali, având cerințe clar definite, ce răspund nevoilor sale.

În plus, chiar pe site-ul unui alt operator de pe piața națională (Cosmote) apare un serviciu similar „RadarMe powered by Cosmote este aplicația pe care trebuie să o ai ca să fii permanent în legătură cu prietenii tăi, familia ta, poate chiar șoferii sau angajații tăi ...”.

Totodată, autoritatea contractantă arată că în caietul de sarcini este menționat clar faptul că se punctează și soluțiile echivalente.

În consecință, autoritatea contractantă susține că menține, așa cum a precizat și prin răspunsul la solicitările de clarificări, sintagma „unică și proprietară”, fără a restricționa competiția.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Servicii de telefonie fixă și mobilă și conectare mobile la internet”, coduri CPV 64210000-1 – *Servicii de telefonie și de transmisie de date (Rev.2)*, 64211000-8 – *Servicii de telefonie publică (Rev.2)*, 64212000-5 – *Servicii de telefonie mobilă (Rev.2)*, ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 12.06.2013, odată cu care a publicat și documentația de atribuire.

Considerând că la stabilirea factorului tehnic de evaluare nr. 2 au fost încălcate dispozițiile art. 15 alin. (2) și (3) din HG nr. 925/2006, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației de față, solicitând și anularea procedurii de atribuire.

Analizând criticile formulate de ... Consiliul constată că în fișa de date a achiziției, la capitolul IV.2.1. criteriu de atribuire, s-a prevăzut: „oferta cea mai avantajoasă”, cu următorii factori de evaluare:

- prețul ofertei-60 %;

- tehnic-40 % cu următorii subfactori de evaluare:

1. Posibilitatea, la cerere, de a activa două numere distincte de apel pe același SIM, cu redirectionare gratuită între numere și facturare independentă pe fiecare abonament; numerele vor fi active simultan – 20 puncte;

2. Oferirea unei aplicații unice și proprietare prin care autoritatea să poată efectua localizarea terminalelor și să poată șterge datele din acestea în momentul furtului sau pierderii. Aplicația se va accesa de către ... IT pe bază de username și parolă și va permite vizualizarea poziției oricărui terminal – 20 puncte;

3. Viteza maximă de transfer pentru datele mobile – 20 puncte;

4. Posibilitatea de a aloca pe același telefon atât a numărului de mobil al utilizatorului cât și un alt număr de telefon fix cu tarifare diferențiată în funcție de zonă (zona definită de utilizator pentru numărul de telefon fix) tarifarea fiind mai avantajoasă pentru zona definită numărului fix – 20 puncte;

5. Posibilitatea de a include în numerotația de flux numere de telefonie fixă neconsecutive – 20 puncte.

De asemenea, modul de calcul al punctajului tehnic, este următorul: “Pentru criteriile 1,2,4,5 se vor acorda punctaje, după cum urmează:

Pt = punctajul maxim pentru operatorul care poate oferi serviciul;

Pt 1 = $P_i * 50/100$ = punctajul pentru operatorul care oferă soluție alternativă;

Pt 2 = 0 = punctajul pentru operatorul care nu oferă nici o soluție”.

Totodată, cu privire la subfactorul de evaluare 2 s-a formulat următoarea clarificare: “Vă rugăm să precizați dacă sintagma „aplicație unică și proprietară” are înțelesul că operatorul care oferă o aplicație, cu funcționalitățile solicitate, include și varianta să aibă drepturi de revânzare a unei astfel de aplicații, în cazul în care aceasta este preluată de la un terț. În caz contrar, atragem atenția că cerințe ca aplicația solicitată să fie „proprietară” este restrictivă și nerelevantă pentru îndeplinirea tuturor funcționalităților cerută pentru aceasta aplicație și pentru obiectul contractului, iar menținerea acesteia și acordarea unor avantaje competitive în baza unui criteriu nerelevant ar conduce la încălcarea principiului

nediscriminării și tratamentului egal, așa cum este prevăzut în art. (2) din OUG 34/2006 ...”, la care autoritatea contractantă a răspuns astfel: „Nu se acceptă eliminarea sintagmei aplicație unică și proprietară. Vă rugăm să aveți în vedere faptul că se punctează și soluțiile echivalente: $Pt1 = Pi * 50 / 100$ = punctajul care se acordă operatorului care oferă o soluție alternativă. Prin urmare în situația în care se oferă o aplicație/mai multe aplicații care nu sunt unice și/sau nici proprietare, participarea nu vă este îngrădită, acestea fiind luate în considerare în măsura în care îndeplinesc însumat facilitățile solicitate, cu aplicarea corespunzătoare a punctajului stabilit de autoritatea contractantă”.

Cercetând motivele pe care se bazează cererea de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul constată temeinicia acestora. Astfel, Consiliul are în vedere că, sub sancțiunea anulării procedurii de atribuire, conform dispozițiilor de la art. 199 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, nu se poate modifica și/sau completa vreun factor de evaluare a ofertelor după precizarea lor în cadrul documentației de atribuire publicate.

Ori, subfactorul de evaluare 2. potrivit căruia „Oferirea unei aplicații unice și proprietare prin care autoritatea contractantă ...”, împotriva căruia contestatoarea aduce critici, a fost stabilit de autoritatea contractantă fără a avea în vedere exigențele prevederilor art. 15 alin. (2) din HG nr. 925/2006, respectiv utilizarea lor în departajarea ofertelor nu ar fi de natură a-i procura acesteia un avantaj evident (de natură tehnică sau economică):

(2) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.

În mod preliminar, Consiliul constată că, sub aspect formal, autoritatea contractantă a întocmit un document «Nota privind stabilirea ponderii factorilor de evaluare» de tipul celui impus la art. 15 alin. (4) din HG nr. 925/2006, care însă nu conține justificări temeinice ale alegerii factorilor de evaluare, ci doar enumerarea acestora și precizarea ponderii punctajului alocat.

Astfel, Consiliul constată că subfactorul de evaluare 2. potrivit căruia „Oferirea unei aplicații unice și proprietare prin care autoritatea contractantă ...”, va conduce la alegerea de către ofertanți a unor repere diferite de raportare a costurilor, ceea ce ar afecta procesul de evaluare a ofertelor, întrucât fiecare dintre ofertanți va fi tentat la alegerea/ocolirea unor costuri reale, tocmai în încercarea de a obține punctaj cât mai mare. De asemenea,

costurile finale, astfel obținute, ar putea fi raportate la unele caracteristici diferite, ceea ce ar conduce la imposibilitatea comparării efective/reale a propunerilor tehnice/financiare ce au abordări diferite. Mai mult, ar putea obține punctaj maxim un ofertant care nu oferă nicio soluție pentru subfactorul de evaluare 2.

Prin urmare, aplicarea acestui subfactor de evaluare, raportat la algoritmul de calcul aferent, nu ar procura autorității contractante un avantaj real și evident, contrar dispozițiilor de la art. 8 alin. (1) lit. a) din HG nr. 925/2006, iar concomitent ar putea conduce și la imposibilitatea comparării ofertelor, datorită modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice/financiare, aspect sancționat cu anularea procedurii, conform dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

În același timp, Consiliul are în vedere faptul că o măsură de remediere a acestei situații de fapt este prohibită de dispozițiile art. 199 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, ce interzic modificarea factorilor de evaluare a ofertelor ce au fost stabiliți prin documentația de atribuire.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor coroborate ale art. 278 alin. (2) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite contestația și, pentru imposibilitatea adoptării unor măsuri de remediere fără încălcarea principiilor din domeniu, dispune anularea procedurii de atribuire.

La punerea în aplicare a dispozițiilor prezentei decizii, părțile vor avea în vedere caracterul ei obligatoriu, rezultând din art. 280 alin. (1) și (3) din ordonanța de urgență, precum și dreptul de a o ataca cu plângere, conform art. 281 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

... ..

MEMBRU COMPLET

...