



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980
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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către ... cu sediul în având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... formulată împotriva documentației de atribuire, emisă de către cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte” online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Achiziție de servicii de internet, rețea de comunicații, servicii stocare de date”, cod CPV 72400000-4, s-a solicitat, în principal, rectificarea acesteia, în sensul eliminării/modificării acelor cerințe ce contravin liberei concurențe între ofertanți, precum și obligarea autorității contractante la eliminarea punctelor 3 și 4 din fișa de date, cap. IV.2) Criterii de atribuire, secțiunea IV.2.1) Criterii de atribuire și, prin urmare, anularea procedurii de atribuire în baza art. 199 alin. (5) și a art. 209 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, deoarece acești factori încalcă principiile achizițiilor publice, precum și suspendarea procedurii de achiziție.

În baza prevederilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (1) și alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge excepția invocată de către autoritatea contractantă privind tardivitatea contestației formulate de ...

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (2) și alin.(6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu și dispune anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin.(1) și alin. (3) din O.U.G. 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:

... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte” online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Achiziție de servicii de internet, rețea de comunicații, servicii stocare de date” cod CPV 72400000-4, solicitând, în principal, rectificarea acesteia, în sensul eliminării/modificării acelor cerințe ce contravin liberei concurențe între ofertanți, precum și obligarea autorității contractante la eliminarea punctelor 3 și 4 din fișa de date, cap. IV.2) Criterii de atribuire, secțiunea IV.2.1) Criterii de atribuire și, prin urmare, anularea procedurii de atribuire în baza art. 199 alin. (5) și a art. 209 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, deoarece acești factori încalcă principiile achizițiilor publice, precum și suspendarea procedurii de achiziție.

Contestatorul susține că în cuprinsul documentației de atribuire există unele prevederi de natură a discrimina ofertanții.

În acest sens, arată că, prin fișa de date, se solicită, la punctul IV.2.1), punctele 3 și 4:

„3. Interconectare directă în RONIX

Pondere: 10.00% Punctaj: 10.00

Descriere: Caracteristică tehnică suplimentară

Algoritm de calcul:

a) Dacă ofertantul face dovada că este interconectat direct și face schimb de trafic de date cu ceilalți furnizori de Internet din România în RONIX, se acorda punctajul maxim alocat factorului de evaluare respectiv (10);

b) Dacă ofertantul nu face dovada că este interconectat direct în RONIX se acorda 0 puncte.

4. Interconectare directă în INTERLAN

Pondere: 10.00% Punctaj: 10.00

Descriere: Caracteristică tehnică suplimentară

Algoritm de calcul:

a) Dacă ofertantul face dovada că este interconectat direct și face schimb de trafic de date cu ceilalți furnizori de Internet din România în INTERLAN, se acorda punctajul maxim alocat factorului de evaluare respectiv (10);

b) Dacă ofertantul nu face dovada că este interconectat direct în INTERLAN se acorda 0 puncte"

Față de cele anterior expuse, contestatorul menționează că RONIX este un proiect al Asociației Naționale a Internet Service Providerilor din România (ANISP), organizație profesională apolitică, neguvernamentală, cu caracter nelucrative (nonprofit), constituită din persoane fizice și juridice, în conformitate cu legislația în vigoare cu privire la asociații și fundații.

Mai precizează că scopul principal al constituirii ANISP era și a rămas "promovarea și sprijinirea intereselor furnizorilor de rețele și servicii de comunicații electronice (inclusiv internet)", în România unul din proiectele acesteia fiind tocmai RONIX, astfel că, membri RONIX sunt, de fapt, membri ANISP.

De asemenea, aceeași situație se regăsește și în ceea ce privește interconectarea directă INTERLAN, asociația Interlan fiind o asociație non-profit care sprijină interesele micilor furnizori de servicii de comunicații electronice, scopul principal al acestei asociații fiind sprijinirea micilor furnizori de comunicații electronice din România.

Luând în considerare cele de mai sus, precum și dispozițiile art. 199 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și pe cele ale art. 53 alin. (1) lit. a) din Directiva Uniunii Europene nr. 2004/18/CE, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu poate face un factor de evaluare din apartenența operatorilor economici la două organizații non-profit, constituite din câteva persoane fizice și juridice.

Contestatorul menționează că factorii de evaluare sunt elemente măsurabile, acesta fiind scopul legal pentru care se acorda "punctaj maxim", astfel că, în ceea ce privește interconectarea operatorilor economici în RONIX și INTERLAN, nu poate fi vorba de măsurare - existând fie punctaj maxim, fie punctaj minim, de unde rezultă că aceasta cerință nu corespunde scopului existenței factorilor de evaluare.

Mai mult, arată că proiectele de internet exchange ale asociațiilor (organizații non-guvernamentale) sunt infrastructuri pentru interschimbul de trafic al rețelelor de acces ale furnizorilor de servicii de internet din România, aceste tipuri de asociații fiind utile la momentul constituirii lor, în anii 2000, când internetul abia intrase pe piața din România, scopul principal al unui internet

exchange fiind acela de a permite mai multor rețele a se conecta direct, în loc de a o face prin intermediul altor rețele.

De asemenea, contestatorul precizează că societatea sa, și nu numai, are realizate în România interconectări cu majoritatea operatorilor, în mod individual, nefiind conectată într-un exchange, aceste peer-inguri înlocuind fără nici o problemă internet exchange-ul. Mai arată că apartenența la cele două asociații ale operatorilor economici nu are nici influență asupra calității serviciilor, neoferind societății sale nicio facilitate în plus față de ce deține în prezent.

Date fiind cele anterior expuse, precum și faptul că un număr restrâns de operatorie economici au concomitent interconectare directă atât prin RONIX, cât și prin INTERLAN, contestatorul consideră că prin cerința prevăzută la punctele 3 și 4 din Fișa de date, capitolul IV.2) Criterii de atribuire secțiunea IV.2.1.), este încălcat scopul OUG nr. 34/2006 prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. a) și b), și anume promovarea concurenței între operatorii economici, respectiv garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, precum și principiile de la art. 2 alin. (2) lit. a), b) și e), respectiv nediscriminarea, tratamentului egal și proportionalitatea, favorizând în mod evident câțiva operatori economici - pe cei care s-au înscris în aceste asociații din România.

Prin urmare, având în vedere că introducerea ca factor de evaluare a apartenenței operatorilor economici la o asociație distorsionează rezultatul aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică, contrar art. 15 alin. (3) din HG nr. 925/2006, contestatorul solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 4691/13.09.2013 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, sub nr. 31015/16.09.2013, în calitate de autoritate contractantă, susține că a îndeplinit în permanență și în întregime principiile prevăzute la art. 2 și art. 35 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în ceea ce privește nediscriminarea, tratamentul egal și promovarea concurenței.

Autoritatea contractantă arată că RoNIX (Romanian Network for Internet eXchange) reprezintă o infrastructură națională pentru interschimbul de trafic al rețelelor de acces ale principalilor furnizori de servicii de Internet din România, iar INTERLAN este o rețea de interconectare a principalilor provideri din Acestea constau într-o rețea de noduri de Internet-eXchange-uri pentru comunitatea furnizorilor de servicii de Internet din România, respectiv ... RoNIX și INTERLAN permițând realizarea interconectării platformelor de acces ale principalilor furnizori de servicii Internet din România, respectiv ... prin care să se asigure rutarea traficului inter-rețele pe

baze transparente și în conformitate cu proceduri reglementate, ceea ce favorizează eliminarea rutării prin legături internaționale pentru traficul utilizatorilor din România și dezvoltarea aplicațiilor bazate pe comunicații electronice prin site-uri găzduite în România.

Pentru autoritatea contractantă conectarea la RoNIX și INTERLAN are efectul de degrevare a benzii internaționale de traficul național (din și cu destinație în domenii ".ro"), astfel autoritatea contractantă nu este nevoită să achiziționeze capacitate Internet suplimentară la un cost mai mare, banda disponibilă rezultată fiind pusă la dispoziția utilizatorilor, ceea ce înseamnă creșterea calității serviciilor. Pentru utilizatorii de Internet, indiferent de rețeaua de acces sau furnizorul la care sunt conectați, se creează premisele unor servicii de acces de o calitate superioară, reglementate și garantate ca performanță.

Autoritatea contractantă menționează că acești factori de evaluare suplimentari au fost introduși pentru a asigura servicii de conectivitate VPN și Internet de calitate, la viteze de acces care să permită utilizarea aplicațiilor bibliotecii on-line fără întârzieri datorate rutării pachetelor de date și să permită utilizatorilor bibliotecii accesarea informațiilor dorite pe Internet în condiții optime fără întreruperi.

De asemenea, susține că aceasta cerință este una tehnică, fiind născută din specificațiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească serviciile de acces Internet, servicii care vor fi folosite atât de instituția sa, cât și de utilizatorii serviciilor de bibliotecă virtuală și cei ai filialelor

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că a respectat dispozițiile art. 199 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, precum și pe cele ale art. 53 alin. (1) lit.a) din Directiva Uniunii Europene nr. 2004/18/CE.

Totodată, raportat la criticile contestatorului, autoritatea contractantă arată că interconectările individuale ale operatorilor de telecomunicații nu constituie un sistem coerent și garantat deoarece sunt urmarea unor contracte individuale negociate între părți, întotdeauna existând posibilitatea ca acestea să fie reziliate iar serviciile de Internet Metropolitan să nu mai poată fi asigurate, toata capacitatea necesară fiind rutată prin Internet Extern, ceea ce duce la ocuparea întregii capacități de Internet.

Mai mult, subliniind faptul că în cadrul procedurii mai sus menționate este vorba de serviciile solicitate de autoritatea contractantă, consideră că cele două interconectări la cele două internet exchange-uri sunt foarte importante pentru instituția sa, iar un potențial ofertant trebuie să depună toate eforturile pentru a îndeplini cerințele unui posibil client, cu atât mai mult cu cât, în cauză, nu este vorba de facilitățile obținute de posibili ofertanți, ci

de caracteristici tehnice ale unui serviciu solicitat de autoritatea contractantă. De asemenea, menționează faptul că timpii de răspuns a pachetelor de date rutate prin intermediul nodurilor naționale de internet exchange sunt de maxim 5 ms (cinci milisekunde), iar dacă acest trafic ar fi rutat prin Internet s-ar obține în cel mai bun caz un timp de răspuns de 40 ms (patruzeci milisekunde).

Referitor la afirmația contestatorului „*un număr restrâns de operatori economici au concomitent interconectare directă atât prin RONIX, cât și prin INTERLAN.*”, autoritatea contractantă consideră că solicitarea în cauză poate îngreuna accesul operatorilor atât timp cât se asigură accesul la această procedură de achiziție publică a cel puțin 30 de operatori economici.

Autoritatea contractantă învederează faptul că a solicitat interconectare directă și schimb de trafic cu ceilalți furnizori de Internet din România în INTERLAN și RONIX, dat fiind faptul că această cerință tehnică nu poate fi solicitată ulterior încheierii contractului deoarece ar duce la modificarea prețului contractului, preț ferm pentru toată perioada de derulare a acordului dintre cele două părți.

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază faptul că, la prezenta procedură, contestatorul poate participa în asociere sau având subcontractori alți furnizori de telecomunicații din România care beneficiază de prezența în cele două noduri de interconectare.

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază contestația formulată ca fiind fără temei, solicitând respingerea acesteia ca nefondată și continuarea procedurii.

Prin adresa nr.4611/... înregistrată la CNSC sub nr. 30343/... autoritatea contractantă, luând în considerare dispozițiile art. 256² alin. (1) lit.b) din OUG nr. 34/2006, invocă tardivitatea contestației formulate de ... raportat la data înregistrării acesteia la CNSC.

... a formulat, prin adresa nr. 5687/12.09.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 30716/12.09.2013, Note scrise, prin care solicită respingerea excepției invocate de autoritatea contractantă, arătând că, potrivit datei Poștei Române – ... a depus contestația sa în termenul legal de 5 zile.

Referitor la opinia autorității contractante conform căreia contestația a fost depusă tardiv, din punct de vedere al înregistrării acesteia la CNSC, contestatorul invocă art. 183 din Codul de procedură civilă, care reglementează depunerea actelor prin poștă, servicii specializate de curierat etc., apreciind astfel contestația sa ca fiind depusă în termenul legal.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... .. în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte” online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Achiziție de servicii de internet, rețea de comunicații, servicii stocare de date” cod CPV 72400000-4. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. ... din data de 30.08.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Împotriva documentației de atribuire ... a depus contestația care formează obiectul prezentului dosar.

Prin decizia nr. ... Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii formulată de ... până la soluționarea pe fond a contestației.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) din OUG nr.34/2006, Consiliul procedează la analizarea excepției tardivității depunerii contestației formulată de ... invocată de autoritatea contractantă, pe care urmează să o respingă din considerentele expuse mai jos.

Analizând contestația formulată, Consiliul reține că ... contestă documentația de atribuire, despre care a luat la cunoștință în data de 30.08.2013, data publicării acesteia în SEAP de către autoritatea contractantă, contestația fiind transmisă prin poștă, în data de ... conform ștampilei Oficiului Poștal 72 ... de pe plicul cu care a fost comunicată contestația, aflat la dosarul cauzei.

Astfel, luând în considerare data luării la cunoștință a actului emis de autoritatea contractantă, considerat nelegal, respectiv 30.08.2013, raportat la data formulării contestației, respectiv ... și ținând cont de prevederile art. 183 alin. (1) din Codul de procedură civilă, respectiv *„Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen”* Consiliul reține că, în cauză, contestatorul a respectat termenul de 5 zile impus de legiuitor, conform dispozițiilor art. 271 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 256² alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, și de cele ale art. 3 lit. z) din același act normativ.

În ceea ce privește fondul cauzei, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează a admite contestația ... pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

În fișa de date a achiziției, punctul IV.2.1), autoritatea contractantă a stabilit ca factori de evaluare ai criteriului de atribuire, punctele 3 și 4, :

„3. Interconectare directă în RONIX
Pondere: 10.00% Punctaj: 10.00

Descriere: Caracteristică tehnică suplimentară

Algoritm de calcul:

a) Dacă ofertantul face dovada că este interconectat direct și face schimb de trafic de date cu ceilalți furnizori de Internet din România în RONIX, se acorda punctajul maxim alocat factorului de evaluare respectiv (10);

b) Dacă ofertantul nu face dovada că este interconectat direct în RONIX se acorda 0 puncte.

4. Interconectare directă în INTERLAN

Pondere: 10.00% Punctaj: 10.00

Descriere: Caracteristică tehnică suplimentară

Algoritm de calcul:

a) Dacă ofertantul face dovada că este interconectat direct și face schimb de trafic de date cu ceilalți furnizori de Internet din România în INTERLAN, se acorda punctajul maxim alocat factorului de evaluare respectiv (10);

b) Dacă ofertantul nu face dovada că este interconectat direct în INTERLAN se acorda 0 puncte”

Potrivit dispozițiilor art. 199 din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, „(1) În cazul aplicării criteriului «oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic», oferta stabilită ca fiind câștigătoare este oferta care întrunește punctajul cel mai mare rezultat din aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative. În cazul în care, din motive obiective, pe care autoritatea contractantă le poate justifica temeinic, este imposibilă stabilirea exactă a ponderilor relative pentru fiecare factor de evaluare, autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare și în documentația de atribuire cel puțin ordinea descrescătoare a importanței factorilor de evaluare care urmează să fie utilizați.

(2) Factorii de evaluare a ofertei, prevăzuți la alin. (1), pot fi, alături de preț: caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic sau funcțional, caracteristici de mediu, costuri de funcționare, raportul cost/eficiență, servicii post-vânzare și asistență tehnică, termen de livrare sau de execuție, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a preciza, în mod clar, în invitația/anunțul de participare, precum și în documentația de atribuire, factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora.

(4) Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în documentația de atribuire algoritmul de calcul sau metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți.

(5) Orice modificare și/sau completare a factorilor de evaluare precizați conform alin. (3) conduce la anularea procedurii de atribuire.”

Deși autoritatea contractantă a definit în fișa de date a achiziției cei doi factori de evaluare ca fiind caracteristici tehnice suplimentare, Consiliul reține ca fiind întemeiate criticile contestatorului, în sensul că în fapt acești doi factori de evaluare punctează suplimentar apartenența operatorilor economici interesați la două organizații non-profit constituite din persoane fizice și juridice și nicidecum nu punctează suplimentar anumite caracteristici tehnice definite în mod obiectiv. În cazul de față, în opinia Consiliului, așa cum de altminteri invocă însăși autoritatea contractantă în punctul de vedere, un factor de evaluare care să permită punctarea suplimentară ar fi fost acela prin care s-ar fi solicitat o viteză de conectare superioară cerințelor minimale din caietul de sarcini sau orice alte avantaje concrete ce ar rezulta din propunerea tehnică ofertată. Ori, din moment ce autoritatea contractantă a ales ca factori de evaluare interconectarea directă la proiectele de internet exchange a două asociații profesionale, punctând suplimentar(20 puncte din totalul de 100) această apartenență, fără însă să precizeze în mod obiectiv caracteristicile tehnice ce se doreau a fi obținute și punctate, în aprecierea Consiliului, aceasta a încălcat dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici precum și prevederile privind modalitatea de stabilire a factorilor de evaluare atunci când criteriul de atribuire ales a fost *«oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic»*.

Totodată, Consiliul mai reține și faptul că autoritatea contractantă a încălcat și dispozițiile art.15 alin.(3) teza I din HG nr.925/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora *„ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică.”* În speță autoritatea contractantă, prin alegerea celor doi factori de evaluare contestați, în fapt a condiționat acordarea a 20 de puncte de interconectarea directă concomitentă atât prin RONIX cât și prin INTERLAN, punctaj care ar putea fi de natură a distorsiona rezultatul procedurii, ponderea acestuia fiind de natură a aduce avantaje doar operatorilor economici ce sunt membri atât în ANISP cât și în INTERLAN.

Prin urmare, având în vedere dispozițiile art.199 alin.(5) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care interzic modificarea factorilor de evaluare publicați în invitația de participare nr. ... din data de 30.08.2013 și în documentația de

atribuire aferentă acesteia, Consiliul constată că în cauză se impune anularea procedurii, remedierea acesteia nefiind posibilă.

Pentru considerentele anterior expuse Consiliul va admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu BIBLIOTECA ... și va dispune anularea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...