



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 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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.I.F. RO ... reprezentată legal prin împotriva răspunsului la întrebările de clarificare nr. 12305/30.04.2014, emis de către ... cu sediul în jud. în cadrul procedurii internaționale de licitație publică deschisă, organizată, pe loturi, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Sistem IT pentru managementul situațiilor de urgență și infrastructura de monitorizare și vehicul de teren” în cadrul proiectului MIS – ETC Code 1421 „Joint management of the emergency situations in ... - Južno-Banatski cross-border area”, se solicită următoarele:

1. Suspendarea procedurii până la soluționarea acestei contestații.

2. Admiterea contestației, în temeiul prevederilor art. 278 alin. 2 coroborat cu art. 255 din O.U.G. 34/2006 și, pe cale de consecință:

- Anularea, în parte a răspunsului la întrebările de clarificare nr. 12305/30.04.2014, în ceea ce privește punctele 29, 30 și 31;

- Obligarea autorității contractante de a comunica tuturor participanților la procedură a cadrului legal corect și complet de desfășurare a procedurii, în temeiul art. 278 alin. 2 din O.U.G. 34/2006;

- Obligarea autorității contractante de a indica și a comunica tuturor participanților la procedură care sunt dovezile măsurilor de garantare a calității, pe care le consideră ca fiind echivalente

cu standardul CMMI5, altele decât certificarea considerată echivalentă, respectiv ISO: 15504.

- Obligarea autorității contractante de a renunța la modificările aduse documentației de atribuire prin punctele 30 și 31 ale răspunsului la întrebările de clarificare nr. 12305/30.04.2014.

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

DECIDE:

Admite excepția lipsei competenței materiale a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și declină soluționarea contestației depusă de către ... cu sediul în în contradictoriu cu ... cu sediul în jud. către TRIBUNALUL ... - SECȚIA a II-a CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL.

Dispune trimiterea dosarului către această instanță judecătorească.

Fără cale de atac.

MOTIVARE

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

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de ... în temeiul prevederilor art. 2.4.15.3¹ din Ghidul Practic - Achiziții Publice și Granturi pentru acțiunile externe ale Uniunii Europene, se critică punctele 29, 30 și 31 din răspunsul la întrebările de clarificare nr. 12305/30.04.2014, precum și modificarea documentației de atribuire prin răspunsul la întrebările de clarificare nr. 12305/30.04.2014, emis de către ... în cadrul procedurii internaționale de licitație publică deschisă, organizată, pe loturi, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Sistem IT pentru managementul situațiilor de urgență și infrastructura de monitorizare și vehicul de teren” în cadrul proiectului MIS – ETC Code 1421 „Joint management of the emergency situations in ... - Južno-Banatski cross-border area”.

În contestație se menționează că în documentația de atribuire, în cadrul criteriilor de selecție și atribuire prevăzute la pct. 16 din „Supply Contract Notice”, pentru lotul 1 s-a solicitat,

ca și cerință privind capacitatea profesională, deținerea certificării CMMI5 sau echivalent de către producătorului de software.

Contestatorul precizează că, în termen legal a solicitat, printre altele și următoarele:

1. clarificări cu privire la cadrul legal aplicabil procedurii de atribuire (pct. 29);

2. a formulat critici cu privire la caracterul restrictiv și excesiv al certificării CMMI5 (pct. 30);

3. cu ce alte documente se pot proba măsurile de asigurare a calității echivalente certificării solicitate (pct. 30).

... arată că, prin răspunsul la întrebările de clarificare nr. 12305/30.04.2014, autoritatea contractantă i-a comunicat următoarele:

1. (pct. 29) - cadrul legal al procedurii de atribuire este constituit de următoarele documente: Programul de Cooperare Transfrontalieră România - Republica Serbia, Regulamentul (CE) nr. 1085/2006 al Consiliului de instituire a unui instrument de asistență pentru preaderare (IPA), Regulamentul (CE) nr. 718/2007 de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 1085/2006 al Consiliului de instituire a unui instrument de asistență pentru preaderare (IPA), PRAG versiunea 2014 și „legislația Europeană conexă”, precizând că „această procedură nu este finanțată din bugetul general al Uniunii Europene, deci Regulamentul Consiliului (EU EURATOM) nr. 1605/2002 (...) nu este aplicabil”.

2. (pct. 30) - autoritatea contractantă a modificat cerința „CMMI5 sau echivalent”, astfel:

- a introdus un nou standard, respectiv ISO 15504 despre care susține că împreună cu CMMI5 reprezintă standardele aplicabile în industria producătoare de software care certifică faptul că producătorul atinge standardele de calitate ale acestei industrii;

- a modificat practic cerința „CMMI5 sau echivalent” în „CMMI5 sau o certificare echivalentă”.

- a modificat documentația de atribuire prin introducerea cerinței suplimentare ca certificarea să fi fost obținută cu cel puțin un an înaintea depunerii ofertelor.

3. (pct. 31) - nu a prezentat dovezile pe care le-ar considera corespunzătoare demonstrării existenței unor măsuri de asigurare a calității echivalente cu cele garantate de certificarea solicitată, ci a indicat o certificare echivalentă - ISO 15504 care să fi fost obținută cu cel puțin un an înaintea depunerii ofertelor.

În drept, contestatorul susține că răspunsul la întrebările de clarificare nr. 12305/30.04.2014 este nelegal în ceea ce privește punctele 29,30 și 31.

În ceea ce privește cadrul legal al procedurii, care a făcut obiectul punctului 29, contrar celor arătate de către autoritatea contractantă, contestatorul susține sunt aplicabile Regulamentul Consiliului (EU Euratom) nr. 1605/2002 și Regulamentul (CE, Euratom) al Comisiei nr. 2342/2002 de stabilire a normelor de aplicare a Regulamentului (CE, Euratom) nr. 1605/2002 al Consiliului privind regulamentul financiar aplicabil bugetului general al Comunităților Europene, așa cum rezultă din prevederile art. 1, art. 7 din PRAG, Regulamentul (CE) nr. 1085/2006 al Consiliului din 17 iulie 2006 de instituire a unui instrument de asistență pentru preaderare (IPA), art. 121 alin. 1 din Regulamentul (CE) nr. 718/2007 AL Comisiei din 12 iunie 2007 de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 1085/2006 al Consiliului de instituire a unui instrument de asistență pentru preaderare (IPA), Instrucțiunea nr. 17/28.01.2014 a Autorității de Management pentru Programul IPA de cooperare transfrontalieră România - Republica Serbia.

Contestatorul subliniază că relevanța aplicabilității celor două regulamente constă în aceea că ambele conțin principii, criterii și reguli obligatorii cu privire la procedurile de achiziție în cadrul acțiunilor externe ale UE, dezvoltate/explicitate ulterior în PRAG de către Comisia Europeană.

Referitor la răspunsul de la pct. 30, contestatorul susține că modificările documentației de atribuire care au fost realizate prin răspunsul la acest punct prevederile art. 4.3.4 din PRAG, care presupune publicarea unui corrigendum în condițiile prevăzute la art. 4.3.1.2 din PRAG.

În contestație se învederează că, prin cerința privind deținerea de către producătorul software-ului a certificării CMMI5 sau echivalent, autoritatea contractantă refuză să accepte alte dovezi ale măsurilor echivalente de garantare a calității prezentate de operatorii economici, fapt ce încalcă prevederile art. 2.4.11.1.3. paragraf 5 din PRAG. Cu privire la caracterul imperativ al obligației, contestatorul învederează că în formularea în limba engleză se folosește sintagma „shall accept” ce înlătură orice posibilitate de derogare, formulare care este în deplină concordanță cu cea de la art. 49 teza a III-a din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004.

În opinia contestatorului, prin răspunsul de la punctele 30 și 31, autoritatea contractantă forțează o interpretare abuzivă, în

sensul că „măsurile echivalente de garantare a calității” nu pot consta decât în prezentarea unui certificat echivalent, respectiv ISO 15504, interpretare care încalcă prevederile art. 239 din Regulamentul (CE, Euratom) al Comisiei nr. 2342/2002.

Cu privire la susținerile autorității contractante potrivit cărora soluția achiziționată este una de nișă, în contestație se învederează doar acest fapt nu poate conduce la eludarea obligației de a primi dovezi ale măsurilor de garantare a calității prezentate de operatorii economici echivalente cu certificările solicitate. Invocând prevederile art. 2.4.11.1.3. paragraf 4 din PRAG, contestatorul susține că atunci când serviciile sau produsele ce fac obiectul procedurii sunt complexe sau au o destinație specială, dovezile privind capacitatea tehnică și profesională pot fi asigurate printr-o verificare efectuată de autoritatea contractantă sau de către un organism oficial abilitat având ca obiect capacitatea tehnică și de producție, mijloacele de studiu și cercetare și măsurile de control al calității ale ofertantului.

În ceea ce privește răspunsul la întrebarea de la pct. 31, contestatorul învederează că autoritatea contractantă își exprimă explicit poziția de a nu accepta dovezi ale măsurilor de garantare a calității prezentate de operatorii economici echivalente cu certificarea CMMI5, altele decât o altă certificare, respectiv ISO 15504, fapt ce încalcă în prevederile PRAG.

Având în vedere că prezenta contestație vizează clarificări ale documentației de atribuire în ceea ce privește un criteriu de calificare la procedură, clarificări ce profită în mod egal tuturor persoanelor interesate să participe la licitație sau pot, pe de altă parte, discrimina anumiți participanți, ... apreciază că se impune suspendarea procedurii, în temeiul art. 2751 din O.U.G. 34/2006, până la soluționarea acestei contestații.

Față de cele de mai sus, se solicită următoarele:

1. Suspendarea procedurii până la soluționarea acestei contestații.

2. Admiterea contestației, în temeiul prevederilor art. 278 alin. 2 coroborat cu art. 255 din O.U.G. 34/2006 și, pe cale de consecință:

Anularea, în parte a răspunsului la întrebările de clarificare nr. 12305/30.04.2014, în ceea ce privește punctele 29, 30 și 31;

- Obligarea autorității contractante de a comunica tuturor participanților la procedură a cadrului legal corect și complet de desfășurare a procedurii, în temeiul art. 278 alin. 2 din O.U.G. 34/2006;

- Obligarea autorității contractante de a indica și a comunica tuturor participanților la procedură care sunt dovezile măsurilor de garantare a calității, pe care le consideră ca fiind echivalente cu standardul CMMI5, altele decât certificarea considerată echivalentă, respectiv ISO: 15504.

- Obligarea autorității contractante de a renunța la modificările aduse documentației de atribuire prin punctele 30 și 31 ale răspunsului la întrebările de clarificare nr. 12305/30.04.2014.

În sprijinul contestației au fost depuse, în copie, o serie de înscrisuri.

Prin adresa nr. înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 15172 din 14.05.2014, ... a transmis punctul său de vedere la contestația depusă de ... în care arată că proiectul „Joint management of the emergency situations in ... - Južno-Banatski cross-border area” este finanțat din Programul de Cooperare Transfrontalieră România-Serbia și este gestionat în materie de achiziții publice de următoarea legislație Europeană:

- Romania - Republic of Serbia Cross-border Cooperation;

- Programme Council Regulation (EC) No 1085/2006, care stabilește instrumentele pentru Asistență Pre-Aderare (IPA);

- Council Regulation (EC) No 718/2007, care implementează Council Regulation (EC) No 185/2006 ce stabilește instrumentele pentru IPA cu amendamentele și modificările ulterioare;

- Programul IPA de Cooperare Transfrontalieră România-Republica Serbia (Program), aprobat de Comisia Europeană la 27 martie 2008 prin Decizia C (2008) 1076, cu modificările și completările ulterioare;

- Acordul-cadru între Guvernul Republicii Serbia și Comisia Comunităților Europene privind regulile de cooperare privind asistența CE-financiară în Republica Serbia, în cadrul punerii în aplicare a asistenței în cadrul instrumentului de asistență pre-aderare (IPA), semnat la 29 noiembrie 2007;

- Acordul de finanțare încheiat între Comisia Europeană și Republica Serbia din 29 iulie 2011;

- Memorandumul de înțelegere pentru Programul IPA de Cooperare Transfrontalieră România - Republica Serbia, aprobat de Guvernul României și Guvernul sârb.

... precizează că, în conformitate cu prevederile art 14 alin. 1 lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006, achizițiile derulate prin programele de cooperare teritorială și gestionate de legislație specifică, așa cum este cazul acestei achiziții, nu se supun prevederilor O.U.G. nr. 34/2006.

În punctul de vedere se menționează că în baza prevederilor art. 23.14 din „Instruction to Tenders”, ... a suspendat procedura de achiziție a proiectului până la soluționarea acestei contestații.

În susținere, autoritatea contractantă a depus, în copie, o documentele de care face referire în punctul de vedere.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul face aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, urmând a se pronunța cu privire la excepția lipsei competenței materiale în soluționarea contestației, pe care urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

Potrivit art. 255 alin. 1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, “ Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.”.

Așadar, pentru utilizarea căii administrativ-jurisdicționale, de către persoana care se consideră vătămată, în lumina articolului susmenționat, este necesar ca actul considerat nelegal să fie emis de către o autoritate contractantă, cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Verificând înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că ... a inițiat procedura atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Sistem IT pentru managementul situațiilor de urgență și infrastructura de monitorizare și vehicul de teren” în cadrul proiectului MIS – ETC Code 1421 „Joint management of the emergency situations in ... - Južno-Banatski cross-border area”, prin publicarea unui „anunț licitație publică” pe site-ul propriu, menționând în acest anunț că sursa de finanțare este Programul de Asistență Pre-Aderare (IPA) de Cooperare Transfrontalieră România-Serbia, iar procedura se desfășoară în conformitate cu prevederile Ghidului Practic - Achiziții Publice și Granturi pentru acțiunile externe ale Uniunii Europene (PRAG).

În conformitate cu prevederile art. 14 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare:

„(1) Prezenta ordonanță de urgență nu se aplică atunci când contractul de achiziție publică este atribuit ca urmare a:

a) unui acord internațional încheiat în conformitate cu prevederile Tratatului cu unul sau mai multe state care nu sunt membre ale Uniunii Europene și care vizează furnizarea de produse, prestarea de servicii sau execuția de lucrări, destinate implementării

ori exploatareii unui proiect în comun cu statele semnatare, și numai dacă prin acordul respectiv a fost menționată o procedură specifică pentru atribuirea contractului respectiv;

b) unui acord internațional referitor la staționarea de trupe și numai dacă prin acordul respectiv a fost prevăzută o procedură specifică pentru atribuirea contractului respectiv;

c) aplicării unei proceduri specifice unor organisme și instituții internaționale.

d) aplicării unei proceduri specifice prevăzute de legislația comunitară, în contextul programelor și proiectelor de cooperare teritorială.

Având în vedere art. (7) din „Commission Decision of 05.03.2013 repealing Decision C(2007) 2034 on the rules and procedures applicable to service, supply and works contracts financed by the general budget of the European Union for the purposes of cooperation with third countries”, care prevede „Moreover, the rules governing the award of contracts, standard contracts and corresponding operational instructions and the rules, standard contracts and operational instructions for grants awarded in the context of external actions are listed and explained in the Practical Guide to contract procedures for EU external action (PRAG), a revised version of which was adopted by the Director-General of the Directorate-General for Development and Cooperation - EuropeAid after the adoption of the Financial Regulation and its Rules of application” și art. 1 din Ghidul Practic - Achiziții Publice și Granturi pentru acțiunile externe ale Uniunii Europene (PRAG): „This Practical Guide explains the contracting procedures applying to all EU external aid contracts financed from the EU general budget (the Budget) and the 10th European Development Fund (EDF). The financing of external action contracts is governed by the applicable EU and EDF Financial Regulations and by the relevant basic acts, for example, the programme regulation, such as the DCI, ENPI, IPA, or EIDHR for actions financed from the Budget , and the Cotonou Agreement for actions financed from the EDF”, Consiliul constată că nu este competent să se pronunțe în legătură cu proceduri care nu sunt organizate în conformitate cu ordonanța de urgență în materia achizițiilor publice, sau în legătură cu acte care au fost emise într-un alt temei legal, decât cel precizat.

Având în vedere caracterul de ordine publică al normelor care stabilesc competența materială a C.N.S.C. de a soluționa contestațiile formulate împotriva oricăror acte emise de către autoritățile contractante, cu încălcarea dispozițiilor din materia achizițiilor publice (art. 255 alin. 1 coroborat cu art. 266 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare), norme de la care nu

se poate deroga prin voința părților, Consiliul constată lipsa sa de competența de a soluționa prezenta contestație, care privește o procedură exceptată de la aplicarea ordonanței de urgență.

Văzând cele de mai sus, precum și dispozițiile:

- art. 132 alin.1 Noul Cod de procedură civilă, potrivit cărora instanța de judecată este obligată să stabilească instanța competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent;

- art. 1, art. 266 alin. 1 și art. 297 – *„în măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun”* - din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.34/2006;

- art. 95 Noul Cod de procedură civilă, potrivit cărora tribunalele judecă în primă instanță toate cererile care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe, Consiliul va admite excepția lipsei competenței sale materiale și, făcând aplicarea art. 132 alin. 1 Cod procedură civilă, va transmite contestația, împreună cu dosarul constituit, instanței de judecată competentă.

Soluția declinării cauzei este în deplină concordanță și cu art.21 alin.1 din Constituția României, republicată, și cu art.6 paragraful 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată prin Legea nr.30/1994, permițând accesul neîngrădit și efectiv al contestatorului la judecarea cauzei de către instanța judecătorească competentă.

În același sens s-a pronunțat și practica judiciară, respectiv, în cazul unor spețe similare s-a decis că soluția legală este aceea a declinării competenței, iar nu a respingerii contestației ca inadmisibilă, relevantă fiind decizia nr.1045/R/02.03.2012, pronunțată de Curtea de Apel Brașov.

Date fiind cele ce preced, Consiliul va declina competența de soluționare a contestației depusă de către ... către TRIBUNALUL ... - SECȚIA a II-a CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL, pe rază căruia își are sediul entitatea achizitoare.

Raportat la cele stabilite mai sus, Consiliul nu va mai proceda la cercetarea fondului cauzei.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 280 alin. (3) din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 4 exemplare originale, conține 10 (zece) pagini.