# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro


**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE
**Nr. ...**
**Data: ...**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... sub nr. ..., având nr. de TVA intracomunitar ..., reprezentată convențional de Cabinet de avocat „...”, prin avocat ..., împotriva răspunsului la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 11/2/978/08.05.2017, emis de către ..., în calitate de entitate contractantă, cu ..., în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„SERVICII DE TELEFONIE MOBILĂ”*, cod CPV 64212000-5 – Servicii de telefonie mobilă (Rev.2), s-au solicitat Consiliului în principal să dispună:

- anularea răspunsului la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 11/2/978/08.05.2017;
- anularea procedurii de achiziție publică, întrucât aceasta încalcă flagrant principiile proporționalității și tratamentului egal;
- obligarea entității contractante la refacerea documentației de atribuire, în sensul eliminării prevederilor referitoare la modul de elaborare a ofertelor și gratuități ca cele solicitate la secțiunea IV.4.2) – Modul de prezentare a propunerii financiare din fișa de date a achiziției;

și în subsidiar, în situația în care se mențin prevederile referitoare la modul de elaborare a ofertelor și gratuități ca cele solicitate la secțiunea IV.4.2) – Modul de prezentare a propunerii financiare din fișa de date a achiziției:

- obligarea entității contractante la completarea documentației de atribuire cu informații suplimentare privind câștigurile/avantajele/beneficiile conferite ofertanților în cadrul procedurii, de natură să permită acestora să depună o ofertă conform propriei strategii de ofertare, stabilită în mod individual și liber, fără intervenția sau limitarea acestui drept.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația depusă, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată de către entitatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„SERVICII DE TELEFONIE MOBILĂ”*, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare simplificat nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Autoarea contestației face trimitere la prevederile fișei de date a achiziției, la secțiunea II.1.5) *Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor* și ale caietului de sarcini,, în continuare prezentând categoriile de servicii solicitate, de asemenea, făcând trimitere la secțiunea IV.4.2) *Modul de prezentare a propunerii financiare* din fișa de date, prezentând tipurile de servicii gratuite solicitate.

Totodată, contestatoarea prezintă o serie de argumente de natură a contrazice susținerile ... din cuprinsul răspunsului la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 11/2/978/08.05.2017, vizând faptul că aceasta se prevalează de istoricul procedurilor derulate în ultimii 5 ani, în ceea ce privește achiziția serviciilor de telefonie mobilă.

Autoarea contestației arată că, în cuprinsul caietului de sarcini se solicită o serie de gratuități ce implică costuri pentru operatorii economici, după cum urmează:

- echipamente cu titlu gratuit (asigurarea gratuită a echipamentelor modem conform pct. 4 din caietul de sarcini);
- puncte de fidelitate într-un cuantum minim impus de 5% din valoarea facturilor achitate de beneficiar (conform pct. 34 din caietul de sarcini);
- oferirea unui buget anual destinat achiziției de terminale în valoare de 15.000 de euro (conform pct. 36 din caietul de sarcini), de aici rezultând că entitatea contractantă solicită de fapt ca viitorul furnizor să o finanțeze cu 15.000 de euro și nu are posibilitatea recuperării acestor sume, atâta timp cât, în propunerea financiară poate percepe doar 0.0096 euro/minut, tarif care reprezintă un cost pentru ofertant și va fi achitat operatorului apelat în cazul apelurilor în alte rețele mobile naționale.

... menționează că gratuitățile solicitate, în lipsa oricăror altor informații ce ar putea fi necesare pentru a identifica venituri suplimentare, presupune ca operatorii economici să iasă în pierdere și să aibă costuri mai mari decât veniturile.

Aceasta face trimitere la anexa nr. 5, din această analiză, reieșind în mod evident că, în condițiile și pe baza informațiilor publicate în caietul de sarcini, este imposibil a se prezenta o ofertă care să acopere cel puțin cheltuielile ce sunt suportate de operator.

Se menționează de asemenea că analiza a fost bazată exclusiv pe prevederile din documentația de atribuire și pe informații publice, la cheltuielile evidențiate adăugându-se numeroase altele.

... susține că entitatea contractantă nu poate stabili condiții cu privire la modalitatea de prezentare a ofertei financiare în cadrul unei proceduri de achiziție publică, precizând că poate stabili numai:.

- Criterii privind capacitatea economică și financiară, capacitatea de exercitare a activității profesionale, capacitatea tehnică și profesională a operatorilor economici;

- Factori de evaluare care să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare (conform art. 211 alin (2) din Legea nr. 99/2016);

- conform Secțiunii a 5-a, paragraful 3 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are competențe în modul de calcul al valorii estimate a achiziției.

Prin urmare, contestatoarea susține că impunerea de către entitatea contractantă, a unor solicitări de a oferi, cu titlu gratuit, serviciile/produsele care fac obiectul procedurii de achiziției publică, reprezintă o imixtiune nepermisă a acesteia în modul de elaborare și prezentare a ofertei de către fiecare operator economic în parte, afirmând că entitatea contractantă nu are dreptul de a interveni în modul de elaborare a propunerilor financiare de către ofertanți, aceștia având dreptul de a stabili în mod individual și liber ofertele financiare.

În continuare, autoarea contestației invocă prevederile art. 62 și art. 63 din Legea nr. 99/2016, apreciind că se creează un dezavantaj evident și nejustificat pentru ofertanții care nu cunosc comportamentul entității contractante, nu au acces la date privind volumul serviciilor, convorbirilor în roaming, în alte rețele, etc., pe cale de consecință.

... afirmă că solicitarea cu titlu gratuit, de către entitatea contractantă, a tuturor serviciilor care fac obiectul prezentei proceduri, reprezintă o încălcare a principiului proporționalității și tratamentului egal, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește încălcarea principiului proporționalității, aceasta precizează că, din documentația de atribuire rezultă că entitatea contractantă acceptă ofertarea unui singur tarif, "*Tarif în alte rețele mobile F3 minut*", dar, chiar și pentru acesta impune un tarif maximal de 0.0096 euro/minut, iar toate celelalte servicii/produse solicitate, trebuie oferite cu titlu gratuit de ofertant.

Contestatoarea consideră că aceste solicitări fac imposibilă elaborarea unei oferte în cantitățile și condițiile solicitate, ținând cont și de faptul că nu există un angajament din partea entității contractante de a contracta o anumită cantitate sau de a garanta un anumit consum.

Cu privire la tariful maximal impus de 0.0096 euro/minut, autoarea contestației precizează că entitatea contractantă limitează posibilitatea ofertanților de a stabili un tarif care să permită să-și recupereze investiția necesară în echipamente și lucrări pentru a livra serviciile solicitate și să asigure toate celelalte gratuități solicitate, tariful menționat reprezentând în fapt costul convorbirilor ce este suportat de operatorii de comunicații, acesta fiind reglementat de Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații, conform Deciziilor nr. 361/2014, 374/2014, 343/2014 și 364/2014.

De asemenea, se arată că acest tarif de 0.0096 euro/minut este cel perceput de operatorii de telefonie mobilă din România pentru furnizarea serviciului de interconectare în vederea terminării la puncte mobile a apelurilor, astfel operatorul furnizor nu va putea percepe un tarif mai mare decât tariful (cost/cheltuială pentru operator) pe care oricum îl are de achitat în cazul convorbirilor în alte rețele naționale, neavând posibilitatea recuperării celorlalte costuri.

Contestatoarea menționează că toate serviciile care fac obiectul prezentei proceduri sunt solicitate gratuit de entitatea contractantă, astfel, în lipsa oricăror altor informații furnizate, ar rezulta că ofertanții nu ar avea niciun avantaj/câștig/beneficiu, deși valoarea estimată a contractului este de 270.720 RON, în lipsa informațiilor privind modalitatea în care s-a ajuns la o valoare estimată a contractului de aproximativ 60.000 euro, deși toate serviciile sunt gratuite, considerând astfel că se încalcă principiul transparentei și al proporționalității.

Totodată, autoarea contestației apreciază că solicitarea cu titlu gratuit, practic a tuturor serviciilor ce fac obiectul procedurii în discuție, sau subvenționarea acestora de către operator, încalcă principiul proporționalității, întrucât:

- nu există posibilitatea perceperii taxelor lunare pentru abonamente, deși este un contract pe o perioadă de 12 luni;

- sunt solicitate echipamente cu titlu gratuit (asigurarea gratuită a echipamentelor modem conform pct. 4 din caietul de sarcini);

- se solicită puncte de fidelitate într-un cuantum minim impus de 5% din valoarea facturilor achitate de beneficiar, o altă cerință care presupune un cost pentru operator;

- se solicită oferirea unui buget anual destinat achiziției de terminale în valoare de 15.000 euro, de aici rezultând în mod evident că entitatea contractantă solicită de fapt ca viitorul furnizor să o finanțeze cu 15.000 euro și nu are posibilitatea recuperării acestor sume atâta timp cât în propunerea financiară poate percepe doar 0.0096 euro/minut, tarif care reprezintă un cost pentru ofertant și va fi achitat operatorului apelat în cazul apelurilor în alte rețelei mobile naționale;

- toate serviciile generatoare de costuri trebuie oferite gratuit: tarif abonament F1 (SIM/lună), tarif în rețeaua furnizorului F 2.1 (minut); tarif în grup F 2.2 (minut); tarif SMS în rețeaua furnizorului + alte rețele mobile F 2.3 (SMS); tarif în rețele fixe F4 (minut);

- toată telefonia fixă este solicitată practic gratuit, având în vedere că nu se pot percepe tarife pentru: valoare abonament lunar pentru flux care deservește telefonia fixă F7 (abonament); valoare abonament lunar linie telefonie fixă individuală F8 (abonament);

- abonamentele de internet mobil trebuie oferite gratuit: valoare abonament Date Mobile (prin SIM/Modem 4 G) cu 4 GB incluși, trafic național nelimitat F 9 (abonament); valoare abonament lunar pentru internet 1GB lunar F 10 (abonament).

... susține că cerințele de gratuitate impuse de entitatea contractantă, ar determina ca toate ofertele conforme cu documentația să fie mult sub valoarea estimată, situație în care ... ar trebui să ceară fiecărui ofertant să își justifice oferta și modalitatea în care a ajuns la prețul ofertat.

Totodată, aceasta subliniază faptul că entitatea contractantă estimează un trafic în alte rețele mobile de 500.000 minute, neexistând vreun angajament ferm de consum al acestor minute sau al activării unui anumit număr minim de abonamente sau servicii ce să poată fi tarifate.

În ceea ce privește încălcarea principiului tratamentului egal, contestatoarea afirmă că informațiile furnizate de entitatea contractantă în documentația de atribuire sunt insuficiente pentru acei operatori care nu au fost furnizorii de servicii de telefonie și date, anterior procedurii și care nu cunosc informații esențiale pentru structurarea unei oferte, mai ales în condițiile impuse de aceasta, cum ar fi: volum estimat de primire apeluri din alte rețele sau alte servicii decât cele enumerate în documentația de atribuire ce vor fi utilizate de către entitatea contractantă și pot fi tarifate de

către ofertant ca posibile surse de venituri suplimentare pentru ofertantul furnizor neangajante și impredictibile de către ....

Prin urmare, aceasta precizează că în cazul în care entitatea contractantă are în vedere și acordarea de beneficii/câștiguri pentru ofertanți, nu doar pentru ea însăși prin solicitarea serviciilor cu titlu gratuit, consideră necesar ca aceasta să ofere informații cu privire la aceste beneficii/câștiguri, pe care să le menționeze' expres în documentația de atribuire.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat entității contractante să transmită copia dosarului achiziției, integral, plus orice alte documente pe care le consideră edificatoare, punctul de vedere cu privire la contestație, precum și dovada comunicării acestuia către ....

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., entitatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație, precum li documentele necesare soluționării cauzei.

Prin punctul de vedere, ... solicită respingerea contestației, ca fiind netemeinică și nefondată.

Entitatea contractantă apreciază că nu sunt întrunite condițiile și nu se justifică anularea procedurii de achiziție publică.

În acest sens, se precizează următoarele:

- documentația de atribuire este în concordanță cu nevoile entității contractante și nu are un caracter restrictiv în ceea ce privește stabilirea în mod individual și liber a ofertelor financiare din partea ofertanților, fapt confirmat și de către ANAP, prin validarea fără obiecții sau recomandări cu privire la documentațiile de atribuire publicate în anii anteriori, documentații similare cu cea din prezent;

- pentru convorbiri în rețele mobile, altele decât cea a furnizorului de servicii, se va plăti de către entitatea contractantă un tarif maxim acceptat de 0.0096 euro/minut;

- din analiza efectuată pe piața de profil a serviciilor de telefonie mobilă, a ofertelor propuse utilizatorilor de către operatorii naționali cu arie de răspândire a semnalului GSM la nivel național, acreditați de către ANCOM, a rezultat faptul că, aceștia oferă utilizatorilor, SIM-uri cu o anumită configurare, respectiv, accesul în rețele fixe, mobile, rețele internaționale, transmitere de date, serviciul de roaming, într-o configurare similară cu cea a serviciilor solicitate de către entitatea contractantă;

- cerința entității contractante solicitată ofertanților de a practica costuri pentru unele servicii cu titlu gratuit, este similară cu cea practicată pe piață de către operatorii de telefonie mobilă care oferă pentru servicii standard gratuități pentru convorbiri efectuate în rețeaua proprie de telefonie fixă, mobilă, în grup, SMS, etc.;

- în ceea ce privește solicitarea tariful maxim acceptat de 0.0096 euro/minut, pentru convorbirile efectuate în alte rețele mobile, altele decât cea a furnizorului de servicii de telefonie mobilă,

entitatea contractantă menționează că această cerința este generată de tariful plătit în prezent operatorului de telefonie mobilă cu care are relație contractuală, aspect care îi impune să nu își permită tarife mai mari decât cele de care beneficiază în prezent;

- despre celelalte facilități și bonusuri se precizează că acestea au fost ofertate și în anii anteriori pe aceeași structură a convorbirilor și a numărului de SIM-uri de voce, bonusuri pe care le-a solicitat și în prezent potențialilor ofertanți în același cuantum și procent;

- față de nerespectare principiului tratamentului egal, se susține că acest principiu a fost respectat întru totul atât în procedurile anterioare cât și în cea din prezent și nu a împiedicat în vreun fel furnizorii de servicii să nu își poată stabili în mod individual și liber ofertele financiare;

- art. 14 din Legea nr. 99/2016 nu prevede obligativitatea entității contractante de a preciza posibililor ofertanți modul de calcul al valorii estimate a achiziției sectoriale;

- la stabilirea valorii estimate a contractului, nu poate avea în vedere decât o valoare inferioară celei pentru care s-a semnat contractul aflat în vigoare, având în vedere tendința continuă de scădere a tarifelor de telefonie și în plus, pentru o utilizare cât mai eficientă a fondurilor;

- nu conferă ofertantului/câștigătorului procedurii niciun avantaj/beneficiu în afara de plata facturilor lunar conform clauzelor contractuale și în deplină concordanță cu serviciile real prestate.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoarea contestației a comunicat concluzii scrise în vederea combaterii susținerilor entității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. ..., prezentând argumente în susținerea celor precizate în cuprinsul contestației.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura simplificată într-o singură etapă, a fost inițiată de ..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„SERVICII DE TELEFONIE MOBILĂ”,* prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare simplificat nr. .... Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind 270.720 lei, fără TVA.

Contestatoarea formulează critici cu privire la prevederile documentația de atribuire, conform cărora ofertanții trebuie să ofere cu titlu gratuit toate serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri cu excepția convorbirilor în alte rețele mobile, pentru care se impune un tarif maximal de 0,0096 euro/minut, se solicită oferirea unui buget anual destinat achiziției de terminale în valoare de 15.000 euro și puncte de fidelitate de minim 5% din valoarea facturilor achitate de entitatea contractantă, susținând, pe de o parte, că, în

cazul în care se cuantifică valoric toate aceste avantaje se depășește valoarea estimată, în condițiile în care tariful de 0,0096 euro/minut se regăsește în deciziile ANCOM ca tarif maximal acceptat, iar tariful de 0,0014 euro/minut pentru rețeaua de telefonie fixă nu poate fi perceput, iar, pe de altă parte, că se încalcă principiul tratamentului egal și al proporționalității, precum și faptul că, prin aceste cerințe, se impune furnizarea de servicii sub prețul de cost, solicitând anularea procedurii de atribuire.

Entitatea contractantă susține că documentația de atribuire este în concordanță cu nevoile sale, că cerința de a solicita servicii gratuite este uzuală, că celelalte facilități și bonusuri au fost solicitate și în anii anterior și că valoarea estimată a fost calculată prin raportare la valorile din anul anterior.

Consiliul reține că entitatea contractantă solicită ca operatorii economici să ofere în cadrul propunerii financiare, gratuități, bonusuri, restrângând astfel participarea operatorilor economici numai la cei care au posibilitatea de a prelua aceste costuri.

De asemenea, Consiliul reține că entitatea contractantă nu a avut în vedere faptul că tariful de 0,0096 euro/minut reprezintă un tarif unic maximal între rețelele de telefonie mobilă existând posibilitatea ca eventualele negocieri să intre sub incidența legislației privind concurența, precum și faptul că există un tarif pentru rețele fixe de 0,0014 euro/minut care nu a fost cuprins în calculul valorii estimate.

Totodată, Consiliul apreciază că există posibilitatea ca, în aceste condiții, contractul de achiziție publică ce va fi încheiat să nu respecte caracterul oneros stabilit prin definiția de la art. 3 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 99/20169, respectiv ”contract sectorial - contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una sau mai multe entități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii în scopul realizării activității lor principale în unul dintre domeniile definite de prezenta lege ca fiind relevante”, prețul de cost ala respectivelor servicii fiind superior sumelor încasate.

Având în vedere cele de mai sus și apreciind că documentația de atribuire a fost întocmită cu avantajarea entității contractante în detrimentul potențialilor participanți, o dovadă în acest sens fiind faptul că a fost depusă o singură ofertă, deși 4 operatori economici sau înscris în cadrul procedurii de atribuire, condițiile de calificare sau cerințele tehnice nefiind de natură să împiedice participarea acestora, serviciile ofertate fiind de tip uzual, Consiliul constată că, prin modul de întocmire a documentației de atribuire, entitatea contractantă a încălcat principiile tratamentului egal, al transparenței și al proporționalității principii ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțate la art. 2 din Legea nr. 99/2016.

Consiliul constată, urmare a faptului că data depunerii ofertelor a fost depășite, că nu mai pot fi luate măsuri de remediere fără a fi încălcate principiile mai sus menționate, impunându-se măsura anulării procedurii de atribuire în cauză.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire a contractului având ca obiect *„SERVICII DE TELEFONIE MOBILĂ”*.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
**CONSILIUL DECIDE:**

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., și anulează procedura de atribuire a contractului având ca obiect *„SERVICII DE TELEFONIE MOBILĂ”*.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**PREȘEDINTE,** **MEMBRU,** **MEMBRU,**
**...** **...** **...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 9 (nouă) pagini.