CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 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) și ale art. 27 alin. (1) 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. ...., înaintată de ..., cu sediul social în ...., formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii proprii, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect "...", s-au solicitat Consiliului următoarele:

"1. Obligarea autorității contractante să anuleze procedura proprie aferentă anunțului de publicitate nr. ... publicat, în SICAP, în data de ... și având ca obiect achiziția de «...»;

2. În cazul în care nu veți dispune anularea procedurii, obligarea autorității contractante să remedieze documentația de atribuire în sensul:

2.1 Eliminării criteriilor de calificare și selecție ce exced prevederilor ...nr. ...;

2.2 Modificării algoritmului de calcul al factorului de evaluare „..." aferent criteriului de atribuire ales „cel mai bun raport calitate/preț" astfel încât să nu conducă la o libertate de apreciere nelimitată, iar ofertele să poată fi departajate în mod obiectiv".

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care, ... atacă documentația de atribuire, elaborată de ..., în

calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii proprii în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... arată că, autoritatea, în mod abuziv, a încadrat obiectul contractului ce face obiectul achiziţiei în cauză în categoria serviciilor din Anexa nr. 2, cu scopul de a eluda prevederile art. 69 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 7 alin. 1 lit. b) și cu cele ale art. 35 alin. 2 din același act normativ, evitând astfel aplicarea procedurii de licitaţie deschisă pentru achiziţionarea acestor servicii. Autoritatea a considerat, ca obiect principal al achiziţiei, serviciile de arhivare, al căror cod CPV aferent: 79995100-6 este încadrat în Anexa 2 la Legea nr. 98/2016 și a căror pondere, în total valoare estimată achiziţie, este de doar 28,62%.

Astfel, susține contestatorul, aceasta a înțeles să demareze o procedură proprie de achiziţie pentru toate produsele și serviciile ce fac obiectul contractului "...", cu toate că celelalte activități ale contractului de "..." nu au corespondent în codurile CPV din Anexa 2 la Legea nr. 98/2016 și ponderea acestora, în total valoare estimată achiziţie, este de 71,38%.

Totodată, învederează că, în Legea nr. 98/2016 se stipulează, cu privire la serviciile cuprinse în Anexa nr. 2: "Aceste servicii nu intră sub incidenţa prezentei legi în cazul în care sunt organizate sub formă de servicii fără caracter economic de interes general”.

Atunci când a încadrat achiziţia în prevederile art. 7 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, demarând o procedură proprie, în conformitate cu ... nr. ..., afirmă ..., autoritatea contractantă a făcut abstracție de prevederile clare ale art. 35 din Legea nr. 98/2016. Raportat la valoarea estimată, *Sistemul de management al documentelor (Instalarea și mentenanța aplicaţiei de management al documentelor arhivate electronic*) reprezintă obiectul principal al contractului, cu o pondere de 33,51% din total valoare estimată. Autoritatea contractanta a încadrat greşit în codurile CPV două activități ce fac obiectul contractului, încălcând astfel prevederile art. 16 din HG nr. 395/2016, astfel:

- pentru activitatea de arhivare electronică a documentelor există codul ..., iar autoritatea contractantă i-a atribuit corespondent un cod CPV mai general: .....;

- pentru Sistemul de management al documentelor se va asigura instalarea și mentenanța aplicaţiei - în cadrul contractului se va livra o aplicaţie deja existentă, nu se vor presta servicii de dezvoltare software a aplicaţiei - prin urmare, autoritatea contractantă a încadrat, în mod greşit, acest livrabil în codul ....r.

Considerând valoarea estimată a contractului ce face obiectul contractului "..." - ....ron, fără TVA, contestatorul apreciază că este evidentă încălcarea, de catre ..., a prevederilor art. 7 din Legea nr. 98/2016.

Prin demararea unei proceduri proprii de achiziţie pentru produse și servicii care nu au corespondent în codurile CPV din Anexa 2 la Legea nr. 98/2016, dar a căror pondere în total valoare estimată achiziţie este

majoritară (71,38%), autoritatea contractantă a încălcat și prevederile art. 69 din Legea 98/2016.

Având în vedere cele de mai sus, respectiv neaplicarea procedurii de licitaţie deschisă și nepublicarea anunţului de participare în JOUE, cu încălcarea principiului transparenței, contestatorul consideră că anularea procedurii este unica modalitate de remediere a stării de ilegalitate sesizate.

În ceea ce priveşte conţinutul documentaţiei de atribuire ... evidențiază faptul că a identificat, în cadrul acesteia, o serie de aspecte ce necesită adoptarea unor măsuri de remediere astfel încât să se poată asigura respectarea principiilor ce guvernează achiziţiile publice prevăzute la art. 2 alin.(2) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

1. Autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 10 și art. 11 din ... nr. .... privind aprobarea Normelor Interne pentru organizarea și desfășurarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţie publică ce au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice din categoria celor incluse în Anexa nr. 2 la Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu valoare estimată, fără TVA, mai mică decât cea prevăzută la art. 7 alin. (1) lit. c) din respectivul act normativ, întrucât a inserat în documentaţia de atribuire, pe lângă criteriile de calificare și selecţie indicate de Ordinul nr. ... și criterii de calificare vizând: Capacitatea economică și financiară și Standarde de asigurare a calității, încălcând astfel Normele interne pentru organizarea și desfășurarea procedurii de atribuire și principiul proportionalității.

De asemenea, arată contestatorul, autoritatea contractantă a ales ca și criteriu „Cel mai bun raport calitate/preţ" și factorii de evaluare aferenţi: Preţ total - 70%; ... - 30%, din care: Durata asigurare depozitare arhivă fizică după 31.12.2023 -15%; Durata asigurare mentenanţă şi suport aplicaţie după 31.12.2023 -15%.

Față de acest aspect, ... precizează că, pentru cei doi subfactori de evaluare: „....", se acordă punctajul maxim de 15 puncte pentru cea mai mare durată ofertată, fără a fi definită o durată maximă de prestare a serviciilor suplimentare (un termen maxim de prestare, exprimat în zile, luni, ani sau o dată fixă). Aceasta metologie de punctare a avantajelor aduse de perioada de prestare a serviciilor suplimentare de depozitare arhiva, respectiv de perioada de prestare a serviciilor de mentenanţă şi suport, permite ofertarea unei perioade nerealiste, doar pentru obţinerea punctajului maxim. Menţiunea că durata de realizare a serviciilor suplimentare se ia în considerare doar dacă se demonstrează modalitatea de realizare a acesteia este subiectivă și, în lipsa unei limitări ca număr de zile, luni, ani sau o dată limită, se creeaza premisele ofertării unei perioade nerealist de mari și nesusținute de propunerea financiară.

Referitor la celelalte menţiuni din fișa de date a achiziției cu privire la aplicarea algoritmului de calcul pentru cei doi subfactori de evaluare, contestatorul subliniază faptul că acestea se refera la alt factor de evaluare, neinclus în punctajul ales pentru această procedura, respectiv la metologia de implementare a proiectului. Mai mult, având în vedere că cele două tipuri de servicii suplimentare sunt servicii cu caracter

permanent, repetitiv, activitățile fiind identice pe tot parcursul prestării fiecăruia din cele doă servicii, nu există etape de derulare pentru realizarea activităților și corelare între etape. Totodată, având în vedere că serviciile ce sunt subfactori de evaluare sunt servicii suplimentare, ce urmează a se presta după finalizarea contractului, derularea acestora nu poate fi coroborată cu durata de realizare a proiectului.

În drept, invocă prevederile din Legea nr. 98/2016, din Legea nr. 101/2016, precum şi cele din HG nr. 395/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ....**,** autoritatea contractantă a precizat faptul că, urmare a contestației formulată de ..., a dispus remedierea documentației de atribuire prin completarea algoritmului de calcul al factorului de evaluare nr. 2, astfel: ”(…) pentru cea mai mare durată se acordă, dar nu mai mult de 12 luni calendaristice, 15 puncte”, iar referitor la ”eliminarea criteriilor de calificare și selecție care exced prevederilor ... nr. ...” – elimină criteriul *Capacitatea economică și financiară*.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ...., depusă ca urmare a măsurilor de remediere dispuse de ..., contestatorul menționează faptul că autoritatea a remediat aspectele solicitate în subsidiar. Capătul principal al contestației sale îl constituie cererea de anulare a procedurii având în vedere că, în mod abuziv, obiectul contractului ce face obiectul achiziţiei a fost încadrat în categoria serviciilor din Anexa nr. 2, cu scopul de a eluda prevederile art. 69 coroborat cu prevederile art. 7 alin. 1 lit. b) și cu cele ale art. 35 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, evitând astfel aplicarea procedurii de licitație deschisă pentru achiziţionarea acestor servicii. Ponderea serviciilor ce sunt prevăzute în Anexa 2 și care ar justifica aplicarea procedurii de licitatie deschisă este mică față de ponderea celorlate servicii ce fac obiectul întregii proceduri de achiziţie publică. Întrucât serviciile de arhivare reprezintă sub 30% din totalitatea serviciilor, autoritatea nu poate aplica propriile reguli în derularea achiziţiei. Astfel că, măsurile adoptate nu pot duce la schimbarea modalității de organizare a procedurii, singura soluţie fiind aceea de anulare a actualei proceduri și de declanşarea uneia noi, în conformitate cu dispoziţiile art. 69 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. .... prin care a învederat următoarele:

- a făcut remedierile în conformitate cu legislaţia în vigoare şi normele interne aprobate prin ...;

- ponderea serviciilor din Anexa 2 este de 58,44% (valoare estimată: 3.364.278,71 lei, fără TVA), respectiv:

a) „....

Întrucât, serviciile cu CPV aferent Anexa 2 reprezintă peste 58% din totalitatea serviciilor, autoritatea contractantă afirmă că va aplica propriile reguli în derularea achiziţiei, în concordanță cu art. 35 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. ... transmisă ca urmare a Notei nr. .... formulată de autoritatea contractantă față de punctul de vedere al ..., contestatorul a

subliniat următoarele: *<<Reiteram cele sustinute prin contestatia formulata in sensul ca autoritatea contractanta a încadrat greşit in codul CPV activitatea arhivare electronica a documentelor ce face obiectul contractului, incalcand astfel prevederile art. 16 din HG 395/2016 (...). Pentru activitatea de arhivare electronica a documentelor exista codul . 6 ....., iar autoritatea contractanta i-a atribuit in mod eronat corespondent codul 92512000-3 - Servicii prestate de arhive. Pentru activitatea de arhivare electronica a documentelor nu este necesara autorizatie de la Arhivele Naţionale, ci de la Ministerul Comunicaţiilor si Societatii Informaţionale, in cazul arhivelor electronice cu valoarea legala, aplicabila fiind Legea 137/2007 privind arhivarea documentelor in forma electronica, iar nu Legea 16/1996. Activitatea de arhivare electronica nu e un serviciu prestat de "arhive" asa cum este mentionat in cod CPV utilizat de autoritatea contractanta, in mod clar doar pentru a eluda publicitatea prevăzută de lege pentru procedura pe care o deruleaza. Un operator economic care presteaza serviciul de arhivare electronica nu trebuie sa aiba statutul special de "arhiva" in temeiul Legii 16/1996, asa cum e in cazul serviciilor prevăzute in anexa 2 la legea 98/2016. Sistemul de coduri CPV constă într-un vocabular principal pentru determinarea obiectului unui contract, şi într-un vocabular suplimentar pentru adăugarea unor informaţii ulterioare de calitate. Primele două cifre identifică diviziunile (XX000000-Y). Daca am accepta incadrarea facuta de autoritatea contractanta, inseamna ca activitatea de arhiva electronica ar reprezenta "Servicii de recreere, culturale si sportive" - diviziunea 92 a codurilor CPV. Primele trei cifre identifică grupurile (XXX00000-Y) - 92500000-6 Servicii prestate de biblioteci, arhive, muzee si alte servicii culturale. Primele patru cifre identifică clasele (XXXX0000-Y) - 92510000-9 Servicii prestate de biblioteci si de arhive. Primele cinci cifre identifică categoriile (XXXXX000-Y) - 92512000-3 Servicii prestate de arhive; Rezulta cu claritate ca acest cod CPV se refera la serviciile oferite de arhive, servicii similare cu cele ale bibliotecilor clasice, muzeelor si servicii culturale. In niciun caz serviciile de digitalizare a documentelor si constituirea intr-o arhiva electronica nu se poate incadra la servicii ce se refera in mod evident la arhivele clasice, activitatea desfasurata de biblioteci, muzee si la servicii culturale. Legiuitorul a prevăzut coduri CPV distincte pentru activitatile electronice, computerizate, ce tin de d...iul tehnologiei informaţiilor, facand o separaţie clara intre d...iul digital si cel analogic, pentru astfel de servicii existând diviziunea 72 "Servicii IT: consultanta, dezvoltare de software, internet si asistenta".* Având in vedere ca serviciile de arhiva electronica nu sunt prevăzute în Anexa 2 la Legea 98/2018 și, în consecinţă, valoarea serviciilor ce nu se încadrează în Anexa 2 este mai mare decât cea a serviciilor ce se regăsesc în această Anexa, vă solicităm să dispuneţi anularea procedurii de achiziţie publică*>>.*

Prin punctul de vedere nr. ....., ... face un scurt istoric al procedurii și precizează că, urmare a contestației formulată de ..., în conformitate cu art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a emis Nota de remediere nr. ....

prin care toate elementele contestate au fost modificate, exact aşa cum a solicitat contestatarul, în semn de bună credinţă, astfel:

- au fost eliminate criteriile de calificare referitoare la capacitatea economică şi financiară;

- a fost modificat algoritmul de calcul al factorilor de evaluare, în sensul stabilirii unei durate maxime pentru serviciile suplimentare punctate.

La această notă de remediere, contestatarul a trimis un *punct de vedere* în data de ...., iar la acest răspuns autoritatea contractantă arată că a mai transmis o adresă de răspuns prin care a lămurit toate aspectele prezentate de .... Drept urmare, ..., în calitate de contestatar, după toate remedierile, clarificările, punctele de vedere şi răspunsurile, a depus oferta în termenul limită, fapt ce demonstrează că a acceptat condiţiile documentaţiei de atribuire.

Având în vedere cele de mai sus, ... solicită Consiliului respingerea contestaţia depusă de ....

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice, care au fost înregistrate la Consiliu sub nr. ....

Față de susținerile părților şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură proprie, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect ”...”, prin publicarea, la data de ..., a anunțului de publicitate nr. ..., atât în SEAP, cât și pe site-ul propriu ..., împreună cu documentația de atribuire aferentă. Procedura proprie se derulează în baza ....

Împotriva documentației de atribuire, SC ... a înaintat Consiliului contestația de față (constituind cauțiunea aferentă conform dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016), prin depunerea Recipisei de consemnare nr. ....

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că părțile se află în dispută asupra dreptului autorității contractante de a impune în cadrul documentației de atribuire, publicată în SEAP, cerințe ce apar ca fiind nelegale, în accepțiunea contestatorului, precum și de a alege tipul procedurii de atribuire, în speță o procedură proprie.

Referitor la cererile contestatorului privind:

”2. (...), obligarea autorității contractante să remedieze documentația de atribuire în sensul:

2.1 Eliminării criteriilor de calificare și selecție ce exced prevederilor ...nr. ...;

2.2 Modificării algoritmului de calcul al factorului de evaluare „..." aferent criteriului de atribuire ales „cel mai bun raport calitate/preț" astfel încât să nu conducă la o libertate de apreciere nelimitată, iar ofertele să poată fi departajate în mod obiectiv”, Consiliul constată că autoritatea contractantă a luat măsurile de remediere solicitate mai sus, astfel:

Cu adresa nr. ... autoritatea contractantă a comunicat contestatorului și CNSC măsurile de remediere luate ca urmare a cererilor SC ... de la pct. 2 din contestație, mai sus prezentate, așa cum au fost acestea solicitate, publicând și pe site-ul propriu, ..., aceste măsuri. Referitor la măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă, contestatorul menționează că aceasta *"a remediat aspectele solicitate în subsidiar. Capătul principal al contestației îl constituie cererea de anulare a procedurii având în vedere că autoritatea în mod abuziv a încadrat obiectul contractului ce face obiectul achiziției în categoria serviciilor din Anexa nr. 2".*

Având în vedere măsurile de remediere mai sus menționate, Consiliul apreciază că cererile contestatorului vizând remedierea documentației de atribuire au fost acceptate, fiind aduse atât la cunoștința contestatorului cât și a operatorilor economici, posibili ofertanți, prin publicarea pe site-ul propriu, oipocu.edu.ro, astfel încât, rămân fără obiect, urmând a fi respinse.

În ce privește cererea SC ... de anulare a procedurii proprii aferente Anunțului de publicitate nr. ... publicat în SEAP la data de ..., având ca obiect achiziția de "...", Consiliul constată că este neîntemeiată.

Astfel, Consiliul reține că în susținerea sa contestatorul face referire la încadrarea "abuzivă" a obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, în categoria serviciilor din Anexa nr. 2 la Legea nr. 98/2016. Or, în acest sens, se constată că obiectul prezentului contract de servicii este potrivit documentației de atribuire (fișa de date) format din:

....

Din însumarea valorilor estimate a serviciilor încadrate în Anexa nr. 2 la Legea nr. 98/2016, rezultă că, raportat la totalul valorii estimate a contractului ce urmează a fi atribuit, procentul valorii acestor servicii este de 58,44 %.

În speță, Consiliul constată că, autoritatea contractantă a respectat dispozițiile art. 35 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: *(2) În cazul contractelor mixte care au ca obiect atât servicii sociale şi alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2, cât şi alte servicii, precum şi în cazul contractelor mixte care au ca obiect atât servicii, cât şi produse, obiectul principal se determină în funcţie de cea mai mare dintre valorile estimate ale serviciilor sau produselor respective.*

Astfel, Consiliul apreciază că, autoritatea contractantă a respectat dispozițiile art. 144 alin. (1) din același act normativ citat, respectiv: *Autoritatea contractantă are obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de participare atunci când: (...); d) iniţiază procedura de atribuire a contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru pentru servicii sociale şi alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2,* atunci când a publicat, la data de ... anunțul de publicitate nr. ..., atât în SEAP, cât și pe site-ul propriu oipocu.edu.ro, împreună cu documentația aferentă.

Mai mult, potrivit procesului-verbal al ședinței de deschidere ofertelor nr. .... care i-a fost comunicat acestuia, SC ... a depus ofertă, în cadrul procedurii ofertate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul va respinge, contestația depusă de SC ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., astfel:

- ca rămase fără obiect, cererile de remediere a documentației de atribuire;
- ca nefondată, cererea de anulare a procedurii proprii de atribuire.

Referitor la cererea contestatorului de *susținerea de concluzii orale în fața Consiliului,* aceasta va fi respinsă, deoarece susținerile acestuia au fost exprimate pe larg în contestație, iar din înscrisurile depuse de părți, au rezultat suficiente informații pentru soluționarea cauzei.

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

Respinge, contestația depusă de SC ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., astfel:

- ca rămase fără obiect, cererile de remediere a documentației de atribuire;
- ca nefondată, cererea de anulare a procedurii proprii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.