



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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..../C../...

Data: ...

Prin contestația nr.SPH01-1587/15.06.2016, înregistrată la Consiliu sub nr.18405/16.06.2016, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CIF ..., reprezentată convențional prin avocat ..., împotriva lipsei răspunsului la Notificarea pralabilă nr.SPH01-1578/03.06.2016, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurii de remediere a documentației de atribuire, în sensul eliminării cerinței prevăzute la pct.2.9. din caietul de sarcini, cerință ce încalcă prevederile legale, astfel încât accesul la procedura de atribuire să fie neîngrădit.

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

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ... contestă lipsa răspunsului la Notificarea pralabilă nr.SPH01-1578/03.06.2016, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, de către ..., solicitând suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații, obligarea autorității

contractante la adoptarea măsurii de remediere a documentației de atribuire, în sensul eliminării cerinței prevăzute la pct.2.9. din caietul de sarcini, cerință ce încalcă prevederile legale, astfel încât accesul la procedura de atribuire să fie neîngrădit.

În motivarea contestației, ... arată, în prealabil, că a luat cunoștință de prevederile documentației de atribuire odată cu publicarea acestora, în SEAP, în data de 26.05.2016, ulterior solicitând autorității contractante clarificări cu privire la regulile de fond și căile de atac aplicabile procedurii.

Întrucât autoritatea contractantă a răspuns în sensul că procedura se va desfășura conform prevederilor O.U.G. nr.34/2006, contestatorul precizează că a formulat contestația atât sub imperiul O.U.G. nr.34/2006 cât și al legii noi, Legea nr.101/2006.

În ceea ce privește contestația formulată sub imperiul legislației vechi, contestatorul arată că aceasta a fost respinsă ca prematură prin decizia C.N.S.C. nr.993/C3/1192/09.06.2016.

Având în vedere lipsa răspunsului autorității contractante la Notificarea prealabilă nr.SPH01-1578/03.06.2016, prin care s-a solicitat remedierea caietului de sarcini în sensul eliminării cerinței referitoare la certificatul Microsoft Gold, contestatorul precizează că, în temeiul Legii nr.101/2016, a formulat prezenta contestație, în vederea obligării autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în conformitate cu dispozițiile legale.

Contestatorul precizează că, potrivit cerinței prevăzute la pct.2.9. din caietul de sarcini, „ofertantul trebuie să fie certificat Microsoft la nivel GOLD pentru cel puțin una din următoarele: Datacenter sau Devices and Deployment”, ceea ce presupune că se solicită două tipuri de certificări alternative: Microsoft Gold pentru Datacenter sau Microsoft Gold pentru Devices and Deployment.

Conform programului Microsoft, susține contestatorul, există mai multe niveluri de certificare, pentru obținerea nivelului Gold trebuind achitată o taxă de parteneriat mai consistentă, care include licențe de uz intern pentru cel puțin 100 utilizatori, ceea ce presupune că acesta se adresează companiilor care au peste 100 de angajați, în toate departamentele.

Pe cale de consecință, apreciază contestatorul, pentru o companie care are 50 de angajați nu este justificat acest nivel de certificare Microsoft deoarece implică achiziționarea mai multor licențe de uz intern decât nevoia reală a firmei respective, ceea ce presupune o cheltuială nejustificată pentru companie, chiar dacă respectiva companie ar putea să dețină același număr de salariați competenți în domeniul Microsoft.

Contestatorul precizează că nivelul imediat următor este cel Silver unde se achită o taxă mai mică, care include un număr de licențe de uz intern (cel puțin 50 de licențe de uz intern), astfel că, în opinia sa, și o societate care nu deține nivelul de certificare Gold are capacitatea tehnică și profesională să ducă la îndeplinire cerințele contractului de achiziție publică.

Efectuând o analiză a informațiilor aflate pe site-ul Microsoft care gestionează partenerii din România, contestatorul precizează că, pentru nivelul de certificare Gold, solicitat de autoritatea contractantă, la criteriile de selecție: Timișoara și Datacenter, rezultatul a condus spre un singur ofertant/candidat, conform dovezilor atașate.

În ceea ce privește cerința referitoare la certificarea pentru Datacenter, contestatorul apreciază că această certificare nu are relevanță pentru procedura de față, întrucât contractul vizează licențe pentru produse DESKTOP (stațiile de lucru ale angajaților autorității contractante), iar nu pentru servere (Datacenter).

În consecință, se susține că cerința prevăzută la pct.2.9. din caietul de sarcini încalcă principiul proportionalității, relevanței și constituie un obstacol pentru libera participare a agenților economici la procedură.

De altfel, contestatorul precizează că nu există niciun act normativ care să impună necesitatea certificării Gold pentru executarea contractului, spre deosebire de situațiile expres reglementate de lege, de exemplu: autorizări/atestări ISCIR, ANRE, AFER, MDRP, iar criteriile de selecție și calificare trebuie formulate să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența.

Ori, în ipoteza în care ar exista acte normative care să instituie obligativitatea deținerii și prezentării anumitor certificate/atestări/autorizații, contestatorul susține că autoritatea contractantă era obligată, în temeiul legii, să solicite astfel de documente, indicând actul normativ respectiv.

Invocând prevederile art.1 din Ordinul nr.509/2011, contestatorul precizează că este restrictivă cerința prin care se solicită ca „ofertantul/candidatul să dețină certificat de atestare profesională emis de diverse entități în baza unor regulamente proprii, ce nu au la bază acte normative”.

În sprijinul afirmațiilor sale, contestatorul invocă și Ghidul de bune practici în domeniul achizițiilor publice, prin care se recomandă că sunt de evitat cerințele care limitează posibilitatea operatorilor economici de a demonstra îndeplinirea cerințelor prin impunerea prezentării unui document.

Având în vedere că art.49, art.50, alin.1 și alin.2, art.155, alin.6 din Legea nr.98/2016, conțin prevederi clare în ceea ce privește accesul liber și neîngrădit la procedura de atribuire, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu trebuie să restricționeze sau să îngreuneze elaborarea documentației de calificare și de pregătirea ofertei tehnico-financiare a operatorilor economici.

Referitor la cererea de suspendare a procedurii de atribuire, contestatorul prezintă argumente în susținerea acestora.

În drept, se invocă dispozițiile art.8, alin.1, lit.a din Legea nr.101/2016, art.35, alin.5 din O.U.G. nr.34/2006.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.7988/17.06.2016, înregistrat la C.N.S.C. cu nr.18814/22.06.2016, ... a solicitat respingerea contestației formulate de ..., ca rămasă fără obiect, având în vedere următoarele considerente:

Ca urmare a solicitării de clarificări nr.YMS nr.12526/06.06.2016, prin care un operator economic a cerut confirmarea faptului că „cerințele de calificare din caietul de sarcini, pct.2.9 sunt clauze nescrise, iar ofertantul nu are obligația să îndeplinească aceste cerințe”, raportat la prevederile art.33 alin.3 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, a fost comunicat răspunsul nr.534/13.06.2016, publicat, în SEAP, în data de 14.06.2016, orele 08.40, în care s-a menționat faptul că „Cerințele enumerate la pct.2.9 nu sunt considerate criterii de calificare”.

Față de răspunsul la solicitarea de clarificări publicat, în SEAP, în data de 14.06.2016, care are în esență același obiect cu solicitarea contestatorului, autoritatea contractantă apreciază ca rămasă fără obiect contestația formulată de ...

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri aflate la dosarul achiziției.

Urmarea solicitării Consiliului de a transmite un punct de vedere față de răspunsul la clarificări din 14.06.2016 și punctul de vedere al autorității contractante, ... a precizat următoarele:

- Răspunsul la solicitarea de clarificări nr.534/13.06.2016, publicat în SEAP, este unul echivoc, în sensul în care cerința prevăzută la art.2.9 din caietul de sarcini nu a fost eliminată;

- atât prin contestație cât și prin notificarea prealabilă, ... a solicitat eliminarea din caietul de sarcini a cerinței prevăzută la art.2.9 din caietul de sarcini, solicitare la care autoritatea contractantă a răspuns negativ;

- față de precizările autorității contractate din cuprinsul punctului de vedere nr.7988/17.06.2016, contestatorul apreciază clarificările publicate ca fiind un răspuns indirect la solicitările sale.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.168569/26.05.2016.

Valoarea estimată a contractului este de 807,642 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini, a formulat contestație ..., contestație care a fost respinsă, ca prematură, prin Decizia nr.993/C6/1192 din 09.06.2016.

Urmarea parcurgerii procedurii prelabile prevăzută de Legea nr.101/2016, ... a depus, în termen legal, prezenta contestație.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, a fost respinsă prin Încheierea nr.23/C6/1296 din 21.06.2016.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

... critică documentația de atribuire, respectiv cerința de la pct.2.9 din caietul de sarcini, având conținutul *„Ofertantul trebuie să fie certificat Microsoft la nivel GOLD pentru cel puțin una din următoarele: Datacenter sau Devices and Deployment”*, solicitând eliminarea acesteia.

Observă Consiliul că autoritatea contractantă, prin punctul de vedere, solicită respingerea capătului de cerere privind *„eliminarea cerinței prevăzute la pct.2.9. din caietul de sarcini, (...)”*, ca rămas fără obiect, motivat de împrejurarea că, în data de 14.06.2016, a publicat, în SEAP, un răspuns la clarificări, prin care a precizat că *„Cerințele enumerate la punctul 2.9. nu sunt considerate criterii de calificare.”*

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că, într-adevăr, prin răspunsul la clarificări publicat, în SEAP, la 14.06.2016, autoritatea contractantă a răspuns la întrebarea având conținutul:

„(...) , vă solicităm clarificări cu privire la următoarele aspecte:

Referitor la Caietul de sarcini, pct.2.9 «Avându-se în vedere complexitatea proiectului:

2.9.1 Pentru operațiunile de planificare și supervizare a serviciilor de implementare ofertantul trebuie să pună la dispoziția autorității contractante ingineri certificați Microsoft – MCP/MCITP sau echivalent.

2.9.2 Ofertantul trebuie să fie certificat Microsoft la nivel GOLD pentru cel puțin una din următoarele: Datacenter sau Devices and Deployment.

2.9.3 de asemenea pentru a garanta o licențiere corectă ofertantul trebuie să facă dovada cel puțin unui angajat certificat Microsoft pentru soluții de licențiere avansate, Microsoft Specialist: Designig and Providing Microsoft Volume Licensng Solutions to Lage Organizations.»

Luând în considerare prevederile art.33 alin.3 din O.U.G. nr.34/2006 actualizată, respectiv (...), vă rugăm să confirmați faptul că cerințele de calificare din caietul de sarcini, pct.2.9 sunt clauze nescrise, iar ofertantul nu are obligația să îndeplinească aceste cerințe.”, după cum urmează:

„Cerințele enumerate la punctul 2.9. nu sunt considerate criterii de calificare.”

Analizând acest răspuns, Consiliul nu apreciază că, prin formularea lui, solicitarea contestatorului de eliminare a cerinței ***„Ofertantul trebuie să fie certificat Microsoft la nivel GOLD pentru cel puțin una din următoarele: Datacenter sau Devices and Deployment.”*** a rămas fără obiect, așa cum susține autoritatea contractantă, deoarece, autoritatea contractantă nu a făcut decât să precizeze că cerințele nu sunt criterii de calificare, ceea ce nu echivalează cu o eliminare a lor.

Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă a precizat că cerințele nu sunt criterii de calificare, dar prin faptul neeliminării lor, ele rămân ca simple cerințe în caietul de sarcini, situație în care ofertantul are obligația să le respecte la întocmirea ofertei.

Astfel, pentru a se putea considera contestația ca rămasă fără obiect, autoritatea contractantă ar fi trebuit să dispună eliminarea cerinței criticate.

Pe de altă parte, față de ansamblul susținerilor din punctul de vedere, dar și față de solicitarea de respingere a contestației ca rămasă fără obiect, Consiliul determină că voința internă a autorității contractante este aceea de a nu ține seama de cerința criticată la evaluarea ofertelor, aceasta achiesând practic solicitării contestatorului.

Pentru eliminarea echivocului, sesizat și de contestator, Consiliul, în temeiul art.26 alin.2 lit.c și alin.5 din Legea nr.101/2016, admite contestația și dispune remedierea caietului de sarcini, în sensul eliminării cerinței criticate, aflată la pct.2.9, precum și publicarea, în SEAP, a măsurii intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

Deciza este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din lege.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., dispune eliminarea, din cadrul caietului de sarcini, a cerinței de la pct.2.9, având conținutul „**Ofertantul trebuie să fie certificat Microsoft la nivel GOLD pentru cel puțin una din următoarele: Datacenter sau Devices and Deployment.**”, precum și publicarea în SEAP a măsurii intervenite, termen de 10 zile de la primirea prezentei, procedura urmând a fi continuată.

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

....

MEMBRU,

...

...