**CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR**

**C.N.S.C**

**Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România**
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea**

# DECIZIE

**Nr. ...**
**Data: ...**

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., depusă de SC ... SA, cu sediul în București, ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr....., având CUI ... reprezentată convențional de ..., împotriva răspunsului nr.5673/24.04.2017 la notificarea prealabilă, a răspunsurilor nr.10518/12.04.2017, 10535/13.04.2017, 10536/13.04.2017, 10538/13.04.2017 și 10579/20.04.2017, prin care s-a refuzat punerea la dispoziție a informațiilor solicitate, precum și a raportului procedurii nr.10466/07.04.2017, emise de către ... cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de servicii având ca obiect ”...– (Rev.2), s-a solicitat anularea răspunsurilor susmenționate, a raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de ... și la a permite accesul ... sau al unui expert independent în locațiile menționate în caietul de sarcini, spre a efectua măsurătorile nivelului calitativ al serviciului de voce și date oferit de VODAFONE.

Prin cererea de intervenție voluntară principală, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., depusă de S.C. ... S.A., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI ..., s-a solicitat încuviințarea în principiu a cererii și respingerea contestației, ca neîntemeiată.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
***Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor***
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, SC ORANGE ROMÂNIA SA critică răspunsul la notificarea prealabilă nr.5673/24.04.2017, răspunsurile nr.10518/12.04.2017, 10535/13.04.2017, 10536/13.04.2017, 10538/13.04.2017 și 10579/20.04.2017 prin care s-a refuzat punerea la dispoziție a informațiilor solicitate, precum și raportul procedurii nr.10466/07.04.2017, emise de către UNIVERSITATEA ”BABEȘ BOLYAI”, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de servicii având ca obiect ”*Servicii de telefonie mobilă și transfer de date pe terminal mobil*”, cod CPV 64212000-5 – Servicii de telefonie mobilă– (Rev.2), s-a solicitat anularea răspunsurilor susmenționate, a raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de VODAFONE și la a permite accesul ORANGE sau al unui expert independent în locațiile menționate în caietul de sarcini, spre a efectua măsurătorile nivelului calitativ al serviciului de voce și date oferit de VODAFONE.

În motivarea contestației, SC ORANGE ROMÂNIA SA prezintă un istoric al procedurii, precizând că, prin adresa nr.10489/11.04.2017, i s-a comunicat că oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, câștigătoare fiind declarată oferta depusă de VODAFONE.

Contestatorul arată că a solicitat autorității contractante să îi permită accesul la dosarul achiziției, acces ce i-a fost permis doar în parte, cu motivarea că informațiile din cadrul propunerii tehnice și financiare au fost declarate de VODAFONE drept confidențiale.

În continuare, S.C. ORANGE ROMÂNIA S.A. prezintă argumente în sensul că documentele pe care le-a solicitat spre consultare se încadrează în limitele dispozițiilor art.217 alin.6 din Legea nr.98/2016.

Cu privire la tardivitatea notificării prealabile, contestatorul arată că autoritatea contractantă a considerat tardivă notificarea prealabilă transmisă de către societatea sa deoarece a calculat termenul de 10 zile, prevăzut la art.6 alin.1 din Legea nr.101/2016, din data de 07.04.2017, dată la care fiecare participant ar fi luat la cunoștință, din SEAP, de admisibilitatea ofertei tehnice a celuilalt participant, și nu de la comunicarea oficială primită în data de 11.04.2017.

Invocând prevederile art.3 alin.1 lit.a și lit.e din Legea nr.101/2016 apreciază că actul a cărui reexaminare se putea cere autorității contractante era comunicarea efectuată în temeiul art.215 din Legea nr.98/2016, de către autoritatea contractantă.

În nici un caz, apreciază contestatorul, notificarea primită pe e-mail de la sistemul informatic SEAP, o informare generată automat de SEAP și

care nu cuprinde elementele prevăzute la art.215 din Legea nr.98/2016 nu poate fi considerată un „act al autorității contractante", sens în care invocă Decizia CNSC nr. 2859/C3/3328 din data de 12.11.2014, precizând că, deși decizia CNSC este dată în perioada legislației anterioare, aceeași logică juridică a fost preluată și de normele legale în vigoare, în prezent.

Concluzionează că adresa nr.10489/11.04.2017 este singurul document ce îndeplinea cerințele de act al autorității contractante care putea face obiectul unei notificări prealabile.

Pe fond, contestatorul arată că ceea ce-l interesează este, în principal, dacă VODAFONE a depus, odată cu propunerea tehnică, certificatul emis de entitatea specializată independentă (distinctă de cea a operatorului VODAFONE) prin care se certifică nivelul calitativ al serviciului de voce și date furnizat de ofertant pentru locațiile din anexa la caietul de sarcini, precum și dacă nivelul măsurat și indicat în certificat este unul corespunzător nevoilor autorității.

Din răspunsul la notificarea prealabilă, după cum se susține, nu reies aceste informații, autoritatea contractantă evitând să precizeze dacă VODAFONE a depus acel certificat odată cu oferta sau ulterior.

Susține că nedepunerea certificatului în discuție, de către VODAFONE, odată cu propunerea tehnică, atrage respingerea ofertei ca inadmisibilă, sens în care se invocă art.1 alin.2 din H.G. nr.395/2016.

Cu privire la conformitatea ofertei tehnice a VODAFONE raportat la modul de efectuare al măsurătorilor semnalului de voce și date VODAFONE în interiorul locațiilor autorității contractante, S.C. ORANGE ROMÂNIA S.A. arată că a fost furnizorul serviciilor similare în trecut și cunoaște foarte bine locațiile și problemele de semnal existente, astfel că, pentru a respecta un nivel calitativ corespunzător al serviciilor de date și voce, a efectuat investiții de 23.665 euro, echipamentele fiind proprietatea sa, fără a putea fi folosite de un alt furnizor de servicii.

Prezentând echipamentele care au fost instalate în diverse locații ale autorității contractante, contestatorul susține că, în lipsa acestora, nu ar fi putut furniza un serviciu de calitate, clădirile ecranând semnalul și făcând imposibilă comunicarea voce și date.

Citând dispozițiile art.215 alin.5 din Legea nr.98/2016, contestatorul precizează că, raportat la susținerile autorității contractante, precum și la informațiile pe care le deține, consideră că certificatul calitativ al serviciului de voce (și date) nu indică un nivel calitativ corespunzător în interiorul tuturor locațiilor autorității. Astfel, în cazul în care, ca urmare a verificărilor acestui certificat se constată că nu se indică expres că măsurătorile s-au făcut în interiorul locațiilor și/sau că nivelul calitativ în interiorul acestora nu este corespunzător, se impune obligarea autorității contractante la reevaluarea conformității ofertei VODAFONE.

Referitor la solicitarea privind obligarea autorității contractante să permită accesul echipelor ORANGE sau al unui expert independent în locațiile autorității contractante, pentru a efectua măsurătorile nivelului

calitativ al serviciului de voce și date oferit de VODAFONE respectiv ORANGE, contestatorul consideră că așa se poate evita orice dubiu cu privire la conformitatea ofertei tehnice depuse de VODAFONE.

Contestatorul consideră că doar prin prezentarea unui document întocmit de un expert independent, document care să ateste un nivel calitativ bun și corespunzător al serviciilor de date și telefonie în interiorul clădirilor autorității contractante se poate atinge scopul prezentei proceduri, respectiv acela de a dispune de servicii de telefonie și date la o calitate bună atât în interiorul clădirilor, cât și în afara lor.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante ca, în cadrul reevaluării ofertei VODAFONE, și doar dacă aceasta a depus certificatul menționat odată cu oferta, să permită verificarea efectivă a posibilității acestui ofertant de a furniza serviciile indicate, la un nivel de calitate corespunzător în interiorul tuturor locațiilor autorității indicate în anexa la caietul de sarcini, la prețul ofertat, fără nici un alt cost pentru autoritatea contractantă, prin accesul echipelor societății contestatorului sau a unui expert independent.

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

Prin punctul de vedere nr.7459/08.05.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.17603/09.05.2017, UNIVERSITATEA BABEȘ-BOLYAI a solicitat respingerea contestației ca inadmisibilă, iar, pe fond, ca nefondată.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă a invocat inadmisibilitatea punctelor I și II din contestație, susținând că a permis accesul neîngrădit al contestatorului la documentele din categoria celor la care face referire art.217 alin.6 din Legea nr.98/2016 și nu au fost declarate confidențiale.

Autoritatea contractantă prezintă, în continuare, pe larg, argumentele care au stat la baza refuzului său de a permite accesul contestatorului la toate documentele dosarului achiziției publice.

În ceea ce privește notificarea prealabilă a contestatorului, autoritatea contractantă o apreciază ca tardivă în raport cu prevederile art.6 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, motivat de împrejurarea că fiecare participant a luat cunoștință despre admisibilitatea propunerii tehnice a celuilalt participant, la data comunicării rezultatului evaluării financiare, respectiv la data de 04.04.2017 și cel mai târziu la data de 07.04.2017, prin vizionarea în SEAP a locului ocupat în clasamentul propunerilor financiare.

Astfel, după cum se susține, termenul de notificare s-a încheiat cel mai târziu la data de 17.04.2017, termenul legal de 10 zile fiind depășit.

Pe fond, cu privire la sesizarea referitoare la lipsa comunicării certificatului de nivel calitativ al serviciului voce și date furnizat de către S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A., autoritatea contractantă susține că în conformitate cu prescripțiile din legislația aplicabilă materiei achizițiilor publice, dar și raportat la cerințele documentației de atribuire aferente procedurii în cauză, documentul menționat a fost prezentat de S.C.

VODAFONE ROMÂNIA S.A. atașat răspunsului la solicitările de clarificări transmise, fiind declarat confidențial.

UNIVERSITATEA BABEȘ BOLYAI arată că și-a exercitat în conformitate cu art.209 din Legea nr.98/2016 coroborat cu art.134 alin.1 din H.G. nr.395/2016, dreptul de a solicita clarificări în vederea verificării îndeplinirii cerinței privind depunerea certificatului privind nivelul calitativ al serviciului voce solicitat prin documentația de atribuire, solicitări de clarificări adresate ambilor ofertanți cu privire la acest aspect, cu respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței. Totodată, precizează că prin clarificările solicitate, s-a evitat crearea unui avantaj în favoarea unui anumit ofertant.

Respectivul certificat, după cum se susține, nu face parte din categoria documentelor de calificare și a fost declarat confidențial conform art.123 din H.G. nr.395/2016, fiind tratat sub acest regim pentru respectarea art.57 alin.1 din Legea nr.98/2016.

Autoritatea contractantă apreciază că nu este necesar accesul echipei contestatorului sau al unui expert independent în locațiile sale, cererea fiind inadmisibilă în condițiile în care nu există temei legal pentru realizarea unei astfel de expertize în timpul evaluării.

În drept, se invocă art.18 alin.1 din Legea nr.101/2016.

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

Prin cererea de intervenție voluntară principală înregistrată la C.N.S.C. sub nr.18140/11.05.2016, S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. a solicitat încuviințarea în principiu a acesteia și admiterea ei, în conformitate cu art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016 raportat la art.61 alin.2 C.proc.civ., precum și respingerea contestației.

În conținutul cererii de intervenție, intervenientul a prezentat argumente în susținerea admisibilității cererii, iar, pe fond, precizând că a declara confidențial documentul la care face contestatorul referire, arată că oferta sa a respectat toate cerințele documentației de atribuire, susținerile contestatorului fiind nefondate și făcute cu rea-credință.

Astfel, cu privire la afirmațiile contestatorului legate de investițiile făcute și că echipamentele obiect al acestora nu pot fi folosite de către un alt operator economic, intervenientul apreciază că S.C. ORANGE ROMÂNIA S.A., contrar prevederilor legale, ar dori să dețină monopol asupra serviciilor furnizate către autoritatea contractantă, ceea ce sfidează scopul legislației din materia achizițiilor publice. În ceea ce privește afirmația legată de echipamente, subliniază că societatea sa dispune, de asemenea, de echipamente, pe care le poate pune la dispoziția autorității contractante, în toate locațiile, în funcție de necesitate.

Precizează că autoritatea contractantă nu a solicitat măsurători în interiorul locațiilor, precum și că, potrivit certificatului depus, a efectuat măsurători atât în interiorul cât și în exteriorul locațiilor menționate în

documentația de atribuire, iar rezultatele obținute, de către un expert independent, corespund standardelor dorite de autoritatea contractantă.

În drept, se invocă prevederile Legii nr.98/2016, ale Legii nr.101/2016, precum și prevederile C.proc.civ.

Cu adresa nr.7.701/11.05.2017, UNIVERSITATEA BABEȘ-BOLYAI a transmis la dosarul cauzei punct de vedere referitor la cererea de intervenție, prin care a solicitat admiterea acesteia motivat de împrejurarea că S.C. VODAFONE ROMNIA S.A. este ofertantul a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare, astfel că justifică un interes de a interveni în litigiu.

Prin punctul de vedere înregistrat la C.N.S.C. sub nr.18842/15.05.2017, S.C. ORANGE ROMÂNIA S.A. a solicitat respingerea excepției inadmisibilității contestației, susținând, în esență, că termenul în care avea deschisă calea de promovare a notificării prealabile a început să curgă la data de 11.04.2017, când a primit adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, care reprezintă act administrativ în sensul art.6 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016.

În ceea ce privește mail-ul primit în 07.04.2017, contestatorul arată că acesta nu îndeplinește condițiile prevăzute la art.215 din Legea nr.98/2016, astfel că nu reprezintă, în mod individual, acte administrative care să deschidă calea de atac.

Cu adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.19216/17.05.2017, S.C. ORANGE ROMÂNIA S.A. a depus concluzii scrise.

Consiliul, relativ la cererea de intervenţie voluntară principală formulată de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A., ia act de faptul că acesta urmăreşte aceeași finalitate ca și autoritatea contractantă, respectiv menţinerea actelor emise în cadrul procedurii de atribuire.

În temeiul dispoziţiilor art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, potrivit cărora *„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire, pot formula, cu înştiinţarea părţilor cauzei, cerere de intervenţie voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr.134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestaţie. În cazul prevăzut la art.6 alin.7, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestaţie”,* se constată că cererea de intervenţie a fost depusă în termen.

Având în vedere dispoziţiile art.68 din Legea nr.101/2016, art.61 alin.3, art.63, art.65 şi art.67 din Codul de procedură civilă, Consiliul califică cererea de intervenție ca fiind una accesorie în interesul autorității contractante și o admite în principiu, interesul S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. de a interveni în prezentul litigiu fiind unul evident, deoarece este ofertantul a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare.

Analizând cererea contestatorului de numire a unui expert independent pentru efectuarea de măsurători pentru determinarea nivelului calitativ al semnalului în cadrul locațiilor autorității contractante, Consiliul o va respinge, având în vedere că la dosar se regăsesc suficiente probe pentru soluționarea cauzei.

Privitor la cererea autorității contractante de a i se comunica punctul de vedere și concluziile scrise depuse de contestator la dosarul cauzei, Consiliul o va respinge având în vedere că, în sarcina, nu există o astfel de obligație. Pe de altă parte, dispozițiile art.19 alin.1 din Legea nr.101/2016 prevăd dreptul părților de a solicita accesul la dosarul cauzei, drept de care autoritatea contractantă nu a înțeles să uzeze.

În considerarea art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției inadmisibilității contestației, aceasta fiind sancțiunea care intervine în cazul înaintării notificării prealabile cu depășirea termenului defipt de lege, după cum prevede art.6 alin.1 din Legea nr.101/2016, iar nu a tardivității, așa cum a invocat autoritatea contractantă.

Examinând excepția inadmisibilității contestației, Consiliul urmează să o respingă, pentru următoarele considerente:

UNIVERSITATEA BABEȘ-BOLYAI invocă în argumentarea excepției faptul că termenul legal în care contestatorul avea obligația să depună notificarea prealabilă, prevăzut la art.6 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, a început să curgă la data de 07.04.2017, când s-a putut viziona în SEAP locul ocupat în clasamentul propunerilor financiare, și s-a împlinit la data de 17.04.2017.

Contrar argumentației autorității contractante, Consiliul apreciază că termenul în care contestatorul avea obligația de a înainta autorității contractante notificarea prealabilă, a început să curgă la data de 11.04.2017, când contestatorul a primit adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr.10489/11.04.2017, și s-a împlinit la data de 21.04.2017.

Astfel, potrivit art.215 alin.1 și 2 din Legea nr.98/2016,

„(1**) Autoritatea contractantă informează fiecare** candidat/**ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește** rezultatul selecției, **rezultatul procedurii, respectiv atribuirea**/încheierea contractului de achiziție publică/**acordului-cadru** sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții inclusiv cu privire la motivele care au stat la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, (...), cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 5 zile de la emiterea deciziilor respective.

(2) **În cadrul comunicării** privind rezultatul procedurii prevăzute la alin.1, **autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde**: (...)

c) **fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă**, **dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa, numele** ofertantului căruia urmează să i se atribuie

contractul de achiziție publică sau, după caz, ale **ofertantului/ofertanților cu care urmează să se încheie acordul-cadru;"**

Analizând mesajul afișat de sistemul SEAP, prin prisma prevederilor legale susenunțate, Consiliul constată că nu poate reprezenta o comunicare a rezultatului procedurii de atribuire în sensul articolului ce precede, ci, după cum arată și autoritatea contractantă, o comunicare preliminară din care rezultă clasamentul ofertanților ulterior etapei de evaluare a propunerilor financiare.

Motivele pentru care nu se poate considera altfel sunt cel puțin două, și anume mesajul în discuție nu provine de la autoritatea contractantă, ci a fost generat automat de sistemul SEAP, și nu conține informațiile pe care trebuie să le cuprindă comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Așadar, pretinsa luare la cunoştinţă a rezultatului procedurii de atribuire, ca urmare a mesajului afișat de sistemul SEAP la data de 04.04.2017, nu poate constitui moment de început al termenului precizat la art.6 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016.

Termenul de înaintare a notificării prealabile începe să curgă din ziua imediat următoare luării la cunoştinţă de către contestator a actelor emise de către autoritatea contractantă, ca urmare a finalizării evaluării ofertelor (raportul procedurii şi comunicările rezultatului procedurii din data de 11.04.2017).

Chiar dacă în cauză este vorba despre o procedură derulată online, după ce sistemul electronic generează automat rezultatul procedurii, ***„Autoritatea contractantă are obligaţia de a efectua și comunicările prevăzute la secțiunea a 13-a a cap.IV din Lege."***, după cum prevede art.142 alin.2 din H.G. 395/2016.

Prin urmare, o notificare prealabilă împotriva ofertei depusă de SC VODAFONE S.R.L., imediat după luarea la cunoştinţă a notificării recepţionate prin intermediul SEAP, ar fi avut caracter prematur, neexistând un act al autorităţii contractante sau o conduită a acesteia ce putea face obiect al criticilor.

În ceea ce privește inadmisibilitatea capetelor I și II din contestație, având ca obiect:

-anularea răspunsului nr.5673/24.04.2017 atât în ceea ce privește inadmisibilitatea/tardivitatea notificării, cât și pe fondul acesteia;

-anularea răspunsurilor nr.10518/12.04.2017, 10535/13.04.2017, 10536/13.04.2017, 10528/13.04.2017 și 10579/20.04.2017, prin care s-a refuzat punerea la dispoziție a informațiilor solicitate,

invocată de autoritatea contractantă, Consiliul va respinge susținerile acesteia, în ceea ce privește primul capăt de cerere, în raport cu prevederile art.8 alin.1 din Legea nr.101/2016, din care rezultă cu prisosință că persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă poate sesiza Consiliul.

Astfel, răspunsul la notificarea prealabilă reprezintă rezultatul demersului de a notifica prealabil autoritatea contractantă, obligație stabilită în sarcina contestatorului de dispozițiile art.6 alin.1 din Legea nr.101/2016, motiv pentru care solicitarea de anulare a răspunsului în discuție nu poate fi considerat un fine de neprimit.

Referitor la cel de doilea capăt de cerere, văzând că se solicită anularea unor răspunsuri prin care autoritatea contractantă a refuzat să dea curs unor solicitări ale contestatorului vizând punerea la dispoziție de documente ale dosarului achiziției, Consiliul îl va respinge ca inadmisibil față de împrejurarea că înscrisurile a căror anulare se cere nu reprezintă documente emise în cadrul procedurii, adică documente prin care s-au adoptat decizii referitoare la aceasta și a căror anulare să aibă vreun impact asupra rezultatului stabilit.

Dispozițiile legale care au format convingerea Consiliului în sensul arătat sunt dispozițiile art.8 alin.1 din Legea nr.101/2016, dar și cele ale art.2 și art.3 lit.f din același act normativ, care fac vorbire despre acte și operațiuni ce se subsumează exclusiv procedurii de atribuire, acestea fiind cele supuse controlului de legalitate al C.N.S.C.

Mai mult, documentele dosarului achiziției publice pot fi consultate la C.N.S.C. în baza art.19 din Legea nr.101/2016, consultare care a și fost solicitată și aprobată contestatorului.

Pe fond, față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

UNIVERSITATEA BABEȘ-BOLYAI, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de servicii având ca obiect *"Servicii de telefonie mobilă și transfer de date pe terminal mobil"*, cod CPV 64212000-5 – Servicii de telefonie mobilă– (Rev.2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.172552.

Valoarea estimată a acordului-cadru este de 916.660,8 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut".

Au depus oferte doi operatori economici, respectiv S.C. ORANGE ROMÂNIA S.A. și S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A., care au fost vizualizate în SEAP la data de 16.02.2017, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.10221.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.10466/07.04.2017, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A., în timp ce oferta depusă de depusă de S.C ORANGE ROMÎNIA S.A. a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul II.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, S.C. ORANGE ROMÂNIA S.A. a depus contestația de față.

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

S.C. ORANGE ROMÂNIA S.A. critică exclusiv decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A., considerând-o nelegală din două perspective, respectiv că ofertantul menționat nu a depus certificatul calitativ al serviciului de voce (și date) odată cu propunerea tehnică, astfel că oferta este inadmisibilă, dar și că respectivul certificat nu indică un nivel calitativ corespunzător în interiorul tuturor locațiilor autorității contractante.

În soluționare, Consiliul reține că la pct. *„Solicitări minime obligatorii pentru ofertanţii serviciilor de TELEFONIE MOBILĂ",* din caietul de sarcini, pag.2, se regăsește următoarea cerință:

*„e.* ***Rețeaua de telefonie mobilă, respectiv nivelul calitativ al serviciului "voce" trebuie să fie certificat de către o entitate specializată, distinctă de cea a operatorului, pentru locațiile precizate în anexă. Documentul prin care se certifică nivelul calitativ menționat va însoți oferta tehnică****."*

Așadar, ofertanții aveau obligația de a depune un certificat emis de o entitate specializată, diferită de ofertant, din care să rezulte nivelul calitativ al serviciului voce, în locațiile precizate în anexă. Conform anexei la caietul de sarcini locațiile aparțin autorității contractante și sunt în număr de 10.

Înscrisul în discuție, după cum afirmă și autoritatea contractantă, a fost depus de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. urmarea solicitării de clarificări nr.**10302/09.03.2017**.

Anterior acestei solicitări de clarificări, constată Consiliul că autoritatea contractantă a solicitat respectivul înscris și prin următoarele adrese:

- adresa nr.**10276/27.02.2017**, având conținutul:

„În ceea ce privește cerința *«e» din caietul de sarcini, operatorul economic precizează faptul că deține o rețea certificate ca fiind performantă și certificate de către un auditor independent, fără a prezenta documentul care confirm nivelul de calitate pentru cele 10 locații cuprinse în Anexă. Drept urmare, vă solicităm să prezentați documentul solicitat.",*

la care ofertantul menționat a răspuns, prin adresa nr.B.VDF-1285/28.02.2017, la care a anexat certificatul P3, *„care atestă măsurătorile realizate de P3 în special în Municipiul Cluj Napoca (pagina 3), toate locațiile Autorității Contractante fiind cuprinse în aria de acoperire a rețelei Vodafone România.";*

- adresa nr.**10289/03.03.2017**, având conținutul:

*„În ceea ce privește cerința «e» din caietul de sarcini, vă rugăm să prezentați Anexele/Detaliere la certificatul P3 care atestă rezultatul măsurătorilor privind nivelul de calitate al semnalului, explicit pentru fiecare dintre cele 10 locații solicitate și anume: (…*)",

la care contestatorul a răspuns, prin adresa nr.B.VDF-1287/08.03.2017, după cum urmează:

*„Vă aducem la cunoștință că Vodafone România și-a manifestat vădit intenția, pe tot parcursul desfășurării procedurii, de a răspunde solicitărilor dumneavoastră conform caietului de sarcini, punându-vă la dispoziție măsurătorile deja efectuate de către auditorul independent P3 la nivel national, măsurători ce atestă deasemenea calitatea semnalului și pe întreaga suprafață orașului. (…)*

***Dorim să menționăm faptul că că Vodafone nu a făcut măsurători strict la nivelul locațiilor solicitate de dumneavoastră întrucât am considerat că măsurătorile deja prezentate vă sunt suficiente pentru îndeplinirea respectivei cerințe.***

*Ca urmare a adresei dvs. Nr.10289/03.03.2017, în situația în care considerați că datele deja furnizate în continuare nu îndeplinesc condițiile caietului de sarcini, Vodafone România este dispus să răspundă cerinței dumneavoastră conform căreia trebuie să furnizăm și măsurătorile realizate la cele 10 locații menționate.* ***Astfel, avem rugămintea să ne puneți la dispoziție o perioadă mai lungă de timp pentru realizarea acestor măsurători****."*

- adresa nr.**10302/09.03.2017**, având conținutul:

*„Având în vedere disponibilitatea dumneavoastră de a ne furniza măsurătorile privind nivelul de calitate al semnalului pentru cele 10 locații precizate în Anexa caietului de sarcini, vă rugăm să ne puneți la dispoziție, până la data de 20.03.2017, rezultatul măsurătorilor efectuate.",*

la care contestatorul a răspuns, prin adresa nr.B.VDF-1288/20.03.2017, anexat căreia, după cum s-a menționat mai sus, a fost transmis certificatul solicitat.

Prin urmare, S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. nu a depus certificatul cerut prin caietul de sarcini odată cu propunerea tehnică, ci urmarea unei solicitării de clarificări a autorității contractante, încălcând, astfel, cerința expresă a caietului de sarcini.

Procedând la verificarea legalității demersului autorității contractante de a solicita S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. prezentarea certificatului aflat în discuție, Consiliul constată că temeiul legal al solicitărilor de clarificări nu este indicat în niciuna dintre acestea, acesta fiind constituit, după cum susține autorictatea contrcatantă prin punctul de vedere, de art.209 din Legea nr.98/2016, coroborat cu art.134 alin.1 din H.G. nr.395/2016.

Art.209 din Legea nr.98/2016, prezintă conținutul:

*„(1)* ***În cazul în care*** *informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care* ***lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților****/candidaților clarificări și, după caz,* ***completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor*** *sau solicitărilor de participare,* ***cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.***

*(2)* ***Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat****."*

iar art.134 alin.1 din H.G. nr.395/2016, prezintă conținutul:

*„(1****) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărie*** *solicitări de participare****/oferte****, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia."*

Față de prevederile legale susenunțate, și ținând seama că certificatul solicitat face parte din propunerea tehnică, Consiliul determină că demersul autorității contractante este unul efectuat cu încălcarea prevederilor legale susenunțate.

Astfel, după cum rezultă din conținutul art.209 alin.2 din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant, or, în condițiile în care S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. a cunoscut cerința de a depune certificatul împreună cu oferta tehnică, încă din data de 12.01.2017, a publicării în SEAP a documentației de atribuire, avantajul adus acestuia este unul mai mult decât evident, posibilitatea acordată de a completa propunerea tehnică cu un document lipsă conducând la transformarea acestei oferte în una admisibilă, cu șanse de atribuire a contractului.

Mai mult decât atât, certificatul care ar fi trebuit să se regăsească în propunerea tehnică a S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A., a fost prezentat de acesta abia după transmiterea celei de a treia solicitări de clarificări având acest obiect, măsurătorile necesare fiind efectuate, de acest ofertant, așa cum rezultă din răspunsul său nr.10289/03.03.2017, în etapa de evaluare a ofertelor.

Totodată, ulterior acestei a treia solicitări de clarificări, autoritatea contractantă a transmis ofertantului în discuție și adresa nr.10328/21.03.2017, prin care sesizează faptul că, în certificatul depus, nu se regăsesc măsurătorile și pentru locația din Str.Theodor Mihali nr.58-60, adresă la care acesta a răspuns prin adresa nr.B.VDF-1290/21.03.2017.

Demersul autorității contractante de a solicita depunerea certificatului nu este susținut nici de dispozițiile art.134 alin.1 din H.G. nr.395/2016, text legal care instituie obligația comisiei de evaluare de a stabili ***„care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare",*** iar nu de a solicita depunerea de documente ce s-au omis a fi depuse, deși ofertantul avea cunoștință despre obligația depunerii lor.

Astfel fiind, în contextul în care S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. nu a depus în cadrul propunerii tehnice un document expres solicitat,

autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta acestuia, după cum corect susține contestatorul.

În cauză nu poate susține autoritatea contractantă că a acționat cu respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței, în condițiile în care a fost nevoie de un număr de patru solicitări de clarificări pentru ca S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. să facă dovada îndeplinirii cerinței din caietul de sarcini, iar măsurătorile necesare au fost efectuate de acesta în etapa de evaluare a ofertelor.

Dincolo de acest aspect, chiar dacă ambilor ofertanți le-au fost solicitate clarificări legate de cerificatul aflat în discuție, situația S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. nu a fost identică cu cea a contestatorului, respectiv solicitarea de clarificări adresată acestuia din urmă se încadrează în limitele art.134 alin.1 din H.G. nr.395/2016, fiind o clarificare de confirmare.

De asemenea, nu se poate considera că certificatul depus urmarea solicitării de clarificări ar avea rolul de a confirma informațiile aflate în certificatul privind nivelul de semnal din România, depus de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. urmarea primei solicitări de clarificări, deoarece, fără a mai vorbi că documentul nu a fost depus în cadrul ofertei, acest ultim document nu este cel solicitat de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini.

Așa cum s-a arăta în cele ce preced, ofertanții aveau obligația de a prezenta un certificat care să conțină măsurători efectuate în cadrul celor 10 locații aparținând autorității contractante, obligație nesocotită de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. Relevante sunt dispozițiile art.123 alin.1 din H.G. nr.395/2017, conform căruia ***„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*** (…)”, dar și prevederile art.127 alin.1 lit.f din H.G. nr.395/2016, care stabilesc în sarcina comisiei de evaluare obligația de **„f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;**”

Cu privire la critica legată de conținutul certificatului depus de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. urmarea solicitării de clarificări a autorității contractante, critică exprimată prin concluziile scrise, pe care Consiliul o va analiza având în vedere imposibilitatea obiectivă a S.C. ORANGE ROMÎNIA S.A. de a formula, prin contestație, astfel de critici din cauza refuzului autorității contractante de a-l prezenta spre studiu, se constată că, într-adevăr, măsurătorile se referă doar la nivelul semnalului de voce, iar nu și la nivelul semnalului de date.

Or, în anexa caietului de sarcini în care apar evidențiate cele 10 locații aparținând autorității contractante, se precizează:

*„Locațiile privind calitatea rețelei de telefonie mobilă și **date** mobile a ofertantului care trebuie certificată de către o entitate specializată și independentă în ultimii doi ani:”*

Astfel, în certificatul solicitat trebuia să se regăsească nu numai măsurători legate de nivelul semnalului de voce, ci și de date, motiv

pentru care, situația certificatului depus de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. fiind cea de mai sus, Consiliul stabilește ca întemaiată și această critică a contestatorului.

Față de cele ce preced, se constată că desemnarea drept câștigătoare a ofertei depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. s-a făcut, de către autoritatea contractantă, cu nesocotirea prevederilor propriei documentații de atribuire și interpretarea eronată a prevederilor legale din materia achizițiilor publice.

În ceea ce privește critica conform căreia certificatul depus de ofertantul câștigător nu indică un nivel calitativ corespunzător în interiorul tuturor locațiilor autorității contractante, Consiliul nu va mai proceda la analiza ei, deoarece, oricare ar fi rezultatul acestei analize, oferta depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. nu este un admisibilă în sensul art.137 alin.4 și 5 din H.G. nr.395/2016.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 din Legea nr.101/2016, Consiliul admite contestația, anulează raportul procedurii nr.10466/07.04.2017 în ceea ce evaluarea ofertei depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. și decizia de atribuire, precum și actele subsecvente acestuia, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A., în considerarea celor arătate în motivare, și să stabilească oferta câștigătoare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Față de soluția pronunțată, cererea de intervenție depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. va fi respinsă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

**CONSILIUL DECIDE:**

Respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de UNIVERSITATEA „BABEȘ BOLYAI”.

Admite contestația depusă de SC ORANGE ROMÂNIA SA, cu sediul în București, Bd.Lascăr Catargiu nr.47-53, EUROPE HOUSE, sector 1, în contradictoriu UNIVERSITATEA „BABEȘ BOLYAI”, cu sediul în Cluj-Napoca, Str.Kogălniceanu nr.1, județul Cluj, anulează raportul procedurii nr.10466/07.04.2017 în ceea ce evaluarea ofertei depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A. și decizia de atribuire, precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă UNIVERSITATEA ”BABEȘ BOLYAI” să reevalueze oferta depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A., în considerarea celor arătate în motivare, și stabilească oferta câștigătoare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de S.C. VODAFONE ROMÂNIA S.A., cu sediul în București, Str.Barbu Văcărescu nr.201, sector 2.

Obligatorie.

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

| | | |
|---|---|---|
| **Președinte complet,** | **Membru,** | **Membru,** |
| **Maria Marinela Păun** | **Doina Buzăianu** | **Constantin Budulan** |

*Redactată în 5 exemplare originale, conţine 15 pagini.*