



CONSIGLIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
S.N. RADIOCOMUNICAȚII Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642

INTRARE
IEȘIRE

REGISTRATURA

301/ 8689/07.12.2009

Nr. 328// / 8392 - C4 Pt. 12.2009

Către,
Societatea Nationala de Radiocomunicatii S.A.
Șoseaua Olteniței nr. 103, sector 4, București
Fax: 021/307.36.66

Vă încunoștințăm că S.C. Sens Interactiv S.R.L. a depus contestația fără număr de înregistrare și nedatată, înregistrată la Consiliu cu nr. 45666 din 02.12.2009, în procedura de atribuire a contractului având ca obiect „echipamente si servicii conexe pentru dezvoltare retea de transport si acces tip WIMAX la clienti si inchiriere fibra optic dark”.

Pentru soluționarea contestației, conform prevederilor art. 274 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, veți transmite Consiliului, în maxim 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, copia documentației de atribuire, dovada datei la care contestatoarea a luat cunoștință despre documentația de atribuire, copiile solicitărilor de clarificări depuse de către operatorii economici și răspunsurile la acestea, precum și punctul de vedere cu privire la contestație (acesta din urmă va fi comunicat și contestatoarei).

NOTĂ: Pentru toate documentele transmise către CNSC în copie, fiecare exemplar (filă) va fi confirmat, prin semnătură și stampilă în original, de către reprezentantul legal.

PREȘEDINTE
Drd. ec.ing. Mihai PRISACARIU



S.N.RADIOCOMUNICATII S.A.

REGISTRATURA GENERALĂ

300/ 92 / 02.12.2009

ora 9¹⁰

Catre:

- **CONSILIUL NATIONAL DE SOLUTIONARE A CONTESTATIILOR**

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucuresti

Fax: 021.310.46.42

E-mail : office@cnsc.ro

- **SOCIETATEA NATIONALA DE RADIOCOMUNICATII**

Sos. Olteniei nr. 103, sector 4, Bucuresti

Fax: 021.307.36.66

E-mail : ligia.mihaiu@radiocom.ro

E-mail : anamaria.iortoman@radiocom.ro

Înregistrat la CNSC sub nr. 45666/02.12.2009 ora 09⁰⁵

Referitor la: Procedura de licitatie deschisa privind achiziția publică de echipamente și servicii conexe pentru dezvoltare rețea de transport și acces tip WIMAX la clienti și închiriere fibra optic dark – Cod CPV: 32418000-6

Termen de depunere oferte : 02.12.2009 ora 10.00

Subscrisa **S.C. SENS INTERACTIV S.R.L.**, cu sediul in Bucuresti, str. Vedea nr. 4, bl. 93A, sc. A, et. 6, ap. 19 Sector 5, cod postal 052084, numar de ordine in Registrul Comertului nr. J40/21413/2004, Cod unic de inregistrare 17063771, Fax: 423.83.03, 031.100.82.82, reprezentata prin Director Comercial Marin Marian,

in calitate de operator economic interesat in participarea la procedura de licitatie publica deschisa organizata de **SOCIETATEA NATIONALA DE RADIOCOMUNICATII**, cu sediul in București, Sos. Olteniei nr. 103, Sector 4, privind achiziția publică de echipamente și servicii conexe pentru dezvoltare rețea de transport și acces tip WIMAX la clienti și închiriere fibra optic dark – Cod CPV: 32418000-6,

in temeiul art. 255 si urmatoarele din Ordonanta de Urgenta nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achizitie publica, a contractelor de concesiune de lucrari publice si a contractelor de concesiune de servicii, formulam prezenta:

CONTESTATIE

impotriva documentatiei de atribuire și a răspunsurilor la clarificări.

Documentatia de atribuire intocmita de autoritatea contractanta incalca prevederile legale in materia achizitiilor publice, nesocoteste principiile prevazute de art. 2 din OUG nr. 34/2006 si ingradeste accesul ofertantilor la procedura.

Pe cale de consecinta, solicitam Consiliului ca, dupa examinarea motivelor expuse in continuare, sa admita prezenta contestatie si sa oblige autoritatea contractanta sa ia urmatoarele masuri:

1. *in principal*, sa anuleze in parte documentatia de atribuire si sa dispuna masurile corective care se impun, in sensul refacerii documentatiei de atribuire dupa inlaturarea cerintelor nelegale aratare in motivarea prezentei contestatii.

2. *in subsidiar*, in cazul imposibilitatii adoptarii masurilor corective conform punctului 1, sa anuleze procedura de atribuire, in temeiul art. 209 alin. (1) lit. d) si alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

MOTIVELE CONTESTATIEI

1. Cerinta referitoare la Situația economico – financiară – Profitul net

Conform Fișei de date a achiziției, cap. V.3.) pct. 4 lit c, autoritatea contractantă a solicitat ca :

„Profitul net al ofertantului pe ultimii trei ani (2006, 2007, 2008) trebuie să fie pozitiv. În acest sens se vor prezenta declaratii ale ofertantului. In cazul asocierii fiecare membru participant trebuie să indeplineasca acest criteriu.”

Prin Clarificarea nr. 301/6982, autoritatea contractantă a menționat această cerință obligatorie pentru fiecare asociat, cu motivarea că :

“situația economică și financiară a unei asocieri se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor asocierii, cu excepția situației în care nu sunt impuse cerințe minime cu respectarea principiului transparenței, proporționalității, în temeiul art. 178 alin (1) coroborat cu art. 179 din OUG 34/2006.”

Considerăm că cerința autoritatii contractante este nelegală și de natură să restricționeze accesul operatorilor economici la procedură.

Cerinta autoritatii contractante face parte din rândul celor ce fac dovada capacitatii economico-financiare a ofertantilor, iar legalitatea sa nu ar putea fi contestata daca explicitarea acestei cerinte nu ar depasi limitele prevazute la **art. 185 din OUG 34/2006**:

“Art. 185. - (1) Demonstrarea situatiei economice si financiare se realizeaza, dupa caz, prin prezentarea unuia sau mai multor documente relevante, cum ar fi:

a) declaratii bancare corespunzatoare sau, dupa caz, dovezi privind asigurarea riscului profesional;

b) bilantul contabil sau extrase de bilant, in cazul in care publicarea acestor bilanturi este prevazuta de legislatia tarii in care este stabilit ofertantul/candidatul;

c) declaratii privind cifra de afaceri globala sau, daca este cazul, privind cifra de afaceri in domeniul de activitate aferent obiectului contractului intr-o perioada anterioara, care vizeaza activitatea din cel mult ultimii trei ani, in masura in care informatiile respective sunt disponibile; in acest ultim caz autoritatea contractanta are obligatia de a lua in considerare si data la care operatorul economic a fost infiintat sau si-a inceput activitatea comerciala.

(2) In cazul in care, din motive obiective, justificate corespunzator, operatorul economic nu are posibilitatea de a prezenta documentele solicitate de autoritatea contractanta, acesta are dreptul de a-si demonstra situatia economica si financiara si prin prezentarea altor documente pe care autoritatea contractanta le poate considera edificatoare, in masura in care acestea reflecta o imagine fidela a situatiei economice si financiare a candidatului/ofertantului.”

Dupa cum lesne se poate observa, cerinta autoritatii contractante excede cu mult limitelor stabilite de **art. 185 din O.U.G. nr. 34/2006** si este de natura sa restricționeze in mod artificial accesul operatorilor economici la procedura.

Invocarea de către autoritatea contractantă a **art. 178 alin 1 și art. 179**, fără a lua în considerare dispozițiile imperitive ale **art. 178 alin 2 art. 186 alin 3** este nelegală.

Conform **art. 178 alin 2**

“(2) Autoritatea contractanta nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerinte minime referitoare la situatia economica si financiara si/sau la capacitatea tehnica si profesionala, care ar conduce la restrictionarea participarii la procedura de atribuire.”, iar conform art. 186 alin 3 :

*"(3) Atunci când un grup de operatori economici depune **oferta/candidatura comuna**, **situatia economica si financiara se demonstreaza prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului**".*

Impunerea de către autoritatea contractantă a cerinței ca fiecare asociat să aibă un profit net pozitiv pe ultimii trei ani, coroborată cu o cifră de afaceri în ultimul an de cel puțin 43.500.000 EURO este nelegală, abuzivă, fără legătură cu obiectul achiziției și de natură a restricționa accesul operatorilor economici la procedură.

Pe cale de consecinta, va solicitam admiterea acestui motiv de contestatie și obligarea autorității contractante să elimine prevederea ca fiecare asociat să facă dovada existenței unui profit pozitiv în ultimii trei ani.

2. Cerinta referitoare la Cifra de afaceri

Conform Fișei de date a achiziției, cap. V.3.) pct. 4 lit a, autoritatea contractantă a solicitat ca :

"Cifra de afaceri pe ultimul an să fie cel puțin 43 500 000 euro".

Pe de altă parte, în Anunțul de participare publicat în SEAP, se menționează la Secțiunea III, Pct. III.2.2. Capacitatea economică și finanțieră următoarele :

*"Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate : Bilanțurile contabile pe ultimii trei ani; **Cifra de afaceri pe ultimul an**; Auditul finanțiar pentru anul 2008; Declaratie privind angajamentul de finantare; profitul net al ofertantului pe ultimii trei ani (2006, 2007, 2008) trebuie să fie pozitiv."*

Consideram că impunerea unei cerinte minime prin Fisa de date a achiziției pentru cifra de afaceri pe ultimul an, în condițiile în care în anunțul de participare nu este menționat un asemenea nivel al cifrei de afaceri, este de natură **sa incalce principiul transparentei**.

Astfel, conform art. 178 alin 1 din OUG 34/2006 :

*"(1) În cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevazute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractanta considera ca se justifica **impunerea anumitor cerinte minime** pe care ofertantii/candidatii trebuie să le îndeplineasca pentru a fi considerati calificati, atunci aceste cerinte trebuie să fie precizate, conform principiului transparentei, în cadrul anunțului de participare."*

In opinia noastră, în cazul în care autoritatea contractantă dorea să impună un anumit nivel al cifrei de afaceri care să fie îndeplinit de către ofertanți, atunci aceasta era **OBLIGATA** să precizeze acest nivel în cadrul anunțului de participare.

Conform dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, în cazul unor neconcordanțe între anunțul de participare și Documentația de atribuire, prevalează anunțul de atribuire.

Pe de alta parte, autoritatea contractanta a solicitat ca document obligatoriu, prezentarea unui angajament de finanțare din partea unei Banci. Care este atunci rațunea pentru care se solicita ca ofertantul să aibă în ultimul an o cifră de afaceri de 43.500.000 Euro ?

Pe cale de consecinta, va solicitam admiterea acestui motiv de contestatie și obligarea autorității contractante să elimine cerinta minima privind cifra de afaceri.

3. Cerinta referitoare la Angajamentul ferm al finantatorului de a asigura finantarea contractului de achizitie

Conform Fișei de date a achiziției, cap. V.3.) pct. 4 lit b, autoritatea contractantă a solicitat ca ofertantul să prezinte :

"Declarație privind angajamentul ferm al finanțatorului de a asigura finanțarea contractului de achiziție în condițiile precizate în propunerea financiară (de finanțare) în conformitate cu modelul indicat în Formularul nr.4: «Declarație privind angajamentul de finanțare»."

Examinând cuprinsul Formularului 4, se observă că acesta este de fapt o **Declarație a Băncii finanțatoare** care conține obligații asumate de Bancă, **care nu este asociat și nici ofertant**, referitoare la oferta bancii care este declarată câștigătoare !!!!.

Cu alte cuvinte, această **cerință minimă** nu poate fi îndeplinită decât în cazul în care **Banca are OBLIGATORIU calitatea de asociat** al ofertantului furnizor de produse, fiind exclusă situația în care Banca ar face doar o ofertă de finanțare adresată ofertantului – furnizor de produse și servicii.

Ori, este bine cunoscut faptul că o Bancă Nu poate să se asocieze cu un ofertant – furnizor de produse și servicii.

Practic, confirmarea finanțării pentru realizarea unui contract a carui existență este incertă – la momentul depunerii ofertelor – și a carui clauze nu sunt cunoscute în totalitate, nu poate fi data de nicio banca, în lipsa unui angajament ferm (contractul de furnizare) pe baza căruia să se poată acorda finanțarea propriu – zisă și care să tina cont de graficul de livrare a produselor ce se vor furniza.

Impunerea de către autoritatea contractantă a cerinței minime ca ofertantul să prezinte angajamentul Bancii, în forma cerută prin Formularul 4, este nelegală, abuzivă și de natură a restricționa accesul operatorilor economici la procedură.

Pe cale de consecință, va solicitem admiterea acestui motiv de contestație și obligarea autorității contractante să adopte măsurile corective.

4. Cerinta referitoare la Factorul de evaluare – Caracteristici tehnice și funcționale echipamente, FO dark

Conform Fișei de date a achiziției, cap. VII) Criterii de atribuire – Factor de evaluare pct. 2 - Caracteristici tehnice și funcționale echipamente, FO dark, autoritatea contractantă a menționat următoarele :

"2. Punctajul pentru factorul de evaluare "Caracteristici tehnice și funcționale" se acordă direct proporțional cu gradul de acoperire a cerintelor tehnice solicitate în Caietul de Sarcini.

Pentru caracteristici tehnice egale sau superioare celor solicitate în Caietul de Sarcini se ofera punctajul maxim alocat iar pentru caracteristicile tehnice inferioare celor solicitate în Caietul de Sarcini, punctajul se va diminua proporțional, în funcție de specificul fiecărei caracteristici tehnice.

Punctajul alocat pentru caracteristicile tehnice (punctajul tehnic) se va acorda pentru fiecare capitol conform grilelor de punctaj anexat la Fisa de date-caietul de sarcini, la sfîrșitul fiecarui capitol."

Desi s-a solicitat autorității contracatante, prin cererile de clarificari, să indice **formula de calcul** pentru fiecare din factorii de evaluare aferenti cerintei tehnice specificate, aceasta nu a intelese să raspunda în mod explicit și să prezinte algoritmul de calcul.

Prin Raspunsurile nr. 5, 6 si 7 la Clarificarea nr. 3012/89, autoritatea contractantă nu a înțeles să clarifice modul de acordare a punctajului.

"Fiecare din Capitolele are dedicat grila de evaluare cu punctajul maxim acordat per fiecare din cerintele obligatorii. Punctajul in cazul acestor cerinte se va acorda prin raportarea ofertelor la oferta tehnica ce intruneste punctajul cel mai mare).

Consideram ca prin raspunsurile date, autoritatea contractanta nu a intes sa remedieze documentatia de atribuire, incalcand prevederile **art. 199 din OUG 34/2006** :

"(1) În cazul aplicarii criteriului "oferta cea mai avantajoasa din punct de vedere economic", oferta stabilita ca fiind câștigatoare este oferta care intruneste **punctajul cel mai mare** rezultat din **aplicarea unui sistem de factori de evaluare** pentru care se stabilesc ponderi relative sau un **algoritm de calcul specific**. În cazul în care, din motive obiective, pe care autoritatea contractanta le poate justifica temeinic, este imposibila stabilirea exacta a ponderilor relative pentru fiecare factor de evaluare, autoritatea contractanta are obligatia de a indica în anuntul de participare sau în documentatia de atribuire cel putin ordinea descrescatoare a importantei factorilor de evaluare care urmeaza sa fie utilizati.

(2) Factorii de evaluare a ofertei, prevazuti la alin. (1), pot fi, alaturi de pret: caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic sau functional, caracteristici de mediu, costuri de functionare, raportul cost/eficienta, servicii post-vânzare si asistenta tehnica, termen de livrare sau de executie, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor.

(3) În sensul prevederilor alin. (1) **autoritatea contractanta are obligatia de a preciza, în mod clar si detaliat, în documentatia de atribuire factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora sau algoritmul de calcul, precum si metodologia concreta de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice si financiare prezentate de ofertanti. Factorii de evaluare cu ponderile relative ale acestora, algoritmul de calcul, precum si metodologia de punctare a avantajelor trebuie sa aiba legatura concreta cu specificul contractului si, dupa ce au fost stabiliți, nu se pot schimba pe toata durata de aplicare a procedurii de atribuire.**"

Daca autoritatea contractanta a intes sa preciseze, in concret si fara niciun echivoc, modalitatea de acordare a punctajelor pentru toate ofertele, in cazul aplicarii **factorului de evaluare pretul total al ofertei**, nu acelasi lucru s-a intamplat si in cazul celuilalt factor de evaluare, si anume **caracteristici tehnice si funktionale**.

In lipsa unui algoritm de calcul clar precizat prin care sa se expliciteze modalitatea de calcul a punctajului acordat pentru factorul de evaluare **caracteristici tehnice si funktionale**, pentru toate ofertele, sunt incalcate principiile enunrate la **art. 2 din OUG 34/2006**, in special cele ale transparentei si tratamentului egal.

Pe cale de consecinta, va solicitam admiterea acestui motiv de contestatie și obligarea autorității contractante să adopte masurile corective, in sensul precizarii in concret, clar si precis, a algoritmului de calcul a punctajului acordat pentru factorului de evaluare **caracteristici tehnice si funktionale**.

5. Cerinta referitoare la detinerea în proprietate a 70% din rețeaua de fibră optică ofertată

Conform cerințelor din Caietul de Sarcini - Rețea națională de transport de date pe infrastructură fibră optică dark – Cap. II.1 pct. 2 se solicită ca :

"Rețeaua de fibră optică dark ofertată trebuie să fie în proprietatea ofertantului/unui singur subcontractor/unui singur asociat în proporție de cel puțin 70% la nivel național."

Considerând această cerință ca fiind de natură a restricționa accesul ofertanților la procedură, s-a încercat, prin solicitarea de clarificări, eliminarea acestei cerințe.

Răspunsul autorității contractante este contrar cerințelor legale, întrucât **obiectul procedurii NU este achiziția unei rețele de fibră optică, ci doar închirierea acesteia pe o perioadă limitată de timp.**

"Considerăm că această cerință este necesară și foarte importantă deoarece SNR intenționează să implementeze o rețea de transport DWDM la nivel național pe infrastructura FO dark, cât mai omogenă și care să asigure un grad cât mai ridicat de performanță.

Condiția de proprietate de 70% la nivel național este o condiție impusă din considerente tehnice de performanță, care să asigure implementarea, operarea și întreținerea rețelei în parametrii de calitate cât mai ridicată și cu costuri cât mai scazute".

In opinia noastră, justificările autorității contractante nu fac altceva decât să confirme caracterul restrictiv al acestei cerințe și faptul că aceasta nu are nici o legătură cu necesitatea autorității.

Intenția de implementare a unei rețele la nivel național NU poate fi condiționată de existența în PROPRIETATEA UNEI SINGURE PERSOANE JURIDICE a unui procent de 70% din rețea.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât îndeplinirea unor cerințe tehnice poate fi realizată prin luarea în considerare a resurselor tuturor asociațiilor, și nu numai a unuia dintre aceștia !

Pe cale de consecință, va solicitem admiterea acestui motiv de contestație și obligarea autorității contractante să adopte măsurile corective, în sensul eliminării acestei cerințe.

Pentru toate considerentele sus arătate, va solicitam să admiteti contestația astfel cum a fost formulată și să pronunțați o decizie prin care să obligați autoritatea contractanta:

1. in principal, să anuleze în parte documentația de atribuire și să dispună măsurile corective care se impun, în sensul refacerii documentației de atribuire după înlăturarea cerințelor nelegale arătate în motivarea prezentei contestații.

2. in subsidiar, în cazul imposibilității adoptării măsurilor corective conform punctului 1, să anuleze procedura de atribuire, în temeiul art. 209 alin. (1) lit. d) și alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

In drept, ne intemeiem prezenta contestație pe prevederile art. 255 și urm. din O.U.G. nr. 34/2006.

Solicitam proba cu inscrișuri, precum și orice alte mijloace de probă ce se vor dovedi a fi utile cauzei.

Cu stima,
Director Comercial
Marin Marian

