

Către,

CONSILIUL NATIONAL DE SOLUTIONARE A CONTESTATIILOR

Str. Stavropoleos, Nr. 6, Sector 3, Bucuresti

Către,

SN RADIOCOMUNICAȚII SA

București, Sos. Oltneiței nr. 103, sector 4, cod 041303

BURSA ROMÂNĂ DE MĂRFURI

Str. Buzzești nr. 50-52, et. 7, Sector 1, București

Referitor: *procedura de achiziție organizată conform documentației procedurii licitație cu calificare urmată de runda finală de licitație electronică prin intermediul platformei* *www.disponibil.ro.*

CONTESTATIE

Impotriva documentației procedurii licitație cu calificare urmată de runda finală de licitație electronică prin intermediul platformei *www.disponibil.ro.*, organizată de Ordonator SN RADIOCOMUNICAȚII SA, organizator BURSA ROMÂNĂ DE MĂRFURI, prin care va solicităm:

1. Sa admiteti contestatia formulata si sa dispuneti anulara si inlaturarea mentiunilor privind:
 - Lipsa mențiunii privind valoarea estimată a acordului cadru;

- *Obligația prevăzută de art. 4.2 lit. c) referitoare la faptul că operatorul economic participant la procedura de achiziție să aibă implementată legislația privind informațiile clasificate secret de serviciu;*
 - *Obligația prevăzută de art. 4.4 din Documentația de atribuire referitoare la cifra medie de afaceri care vizează activitatea din ultimii trei ani;*
 - *Obligația operatorului economic declarat câștigător de a achita autorității contractante un comision în cuantum de 1% din valoarea de adjudicare a acordului cadru.*
2. *Se dispune suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații.*

CONSIDERENTE

În fapt, după studierea documentației de atribuire publicată de autoritatea contractantă, subscrisa am constatat faptul că există o serie de aspecte care contravin dispozițiilor legale.

În continuare vom analiza fiecare aspect considerat nelegal, după cum urmează.

I. Lipsa mențiunii privind valoarea estimată a acordului cadru.

Conform art. 1.7 punctul 8 din documentația de atribuire, intitulat „Bază legală”, se stabilește: *„8. Norme interne ale autorității contractante cf. art. 16 -- (1) OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare...”*

Astfel, conform art. 16 din OUG nr. 34/2006: *„ (1) În cazul în care autoritatea contractantă atribuie un contract cu arc ca obiect prestarea de servicii din categoria celor incluse în anexa nr. 2B, atunci obligația de a aplica prezenta ordonanță de urgență se impune numai pentru contracte a căror valoare este mai mare sau egală cu cea prevăzută în art. 57 alin. (2) și se limitează la prevederile art. 35-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2). Contestațiile privind procedura de atribuire a contractelor de servicii din categoria celor incluse în anexa nr. 2B, a căror valoare este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 57 alin. (2), se soluționează potrivit dispozițiilor cap. IX. ”*

Prin urmare, pentru a putea fi aplicat art. 16 din OUG nr. 34/2006 este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții:

- Să fie vorba despre servicii prevăzute de în anexa 2B;
- Valoarea maximă a contractului să fie mai mare sau egală cu cea prevăzută de art. 57 al. (2) din OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, pentru a stabili în ce măsură sunt aplicabile prevederile art. 16 din OUG nr. 34/2006, trebuie să cunoaștem valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit.

Așa cum am arătat însă, autoritatea contractantă nu a inserat această mențiune în cuprinsul documentației de atribuire, deși prevederile art. 66 din HG nr. 925/2006 sunt suficient de clare.

Conform art. 66 „Documentația de atribuire trebuie să conțină, alături de elementele prevăzute la art. 33 alin. (2) din ordonanța de urgență, și un set minim de informații specifice referitoare la:

a) numărul sau intervalul în care se va încadra numărul de operatori economici care vor fi parte a acordului-cadru ce urmează să fie încheiat;

b) opțiunea de a atribui contractele subsecvente încheierii acordului-cadru fără reluarea competiției sau prin reluarea competiției, în cazul în care acordul-cadru urmează să fie încheiat cu mai mulți operatori economici;

c) criteriul de atribuire/factorii de evaluare care urmează să se aplice pentru atribuirea contractelor subsecvente, precum și orice alte reguli aferente, în cazul în care atribuirea contractelor respective urmează să se realizeze prin reluarea competiției;

d) calendarul estimativ de aplicare a procedurii, precum și calendarul estimativ de atribuire a contractelor subsecvente;

e) estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata încheierii acord-cadru;

f) estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru. „

În aceste condiții, considerăm că autoritatea contractantă avea obligația de a menționa valoarea estimată a acordului-cadru pentru a putea stabili în ce măsură se vor aplica prevederile art. 16 din OUG nr. 34/2006.

De asemenea și al. (2) din art. 11 din Ordinul nr. 509/2011 emis de ANRMAP, stabilește că: “(...) autoritățile contractante au obligația ca în momentul completării invitației/sunătăului de participare să menționeze atât valoarea estimată totală, cât și pe cea a contractului inițial”.

Pe de altă parte, arătăm că și o serie de alte date, depind de valoarea estimată a contractului așa cum este cazul garanției de participare.

Astfel, potrivit art. 11 al. (1) din Ordinul nr. 509/2011 emis de ANRMAP “autoritățile contractante vor stabili atât cuantumul garanției de participare, cât și criteriile de calificare și selecție prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi încheiat și nu la valoarea estimată totală, ce ține seama și de eventualele suplimentări.”

Iar conform art. 85 lit. a) din HG nr. 925/2006 „Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în documentația de atribuire dacă pentru participarea la procedura este prevăzută obligația ofertanților de a constitui o garanție de participare. În cazul în care documentația de atribuire prevede o astfel de obligație, atunci aceasta trebuie să conțină și următoarele informații:

u) cuantumul garanției de participare în sumă fixă, sumă care nu poate depăși 2% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică/acordului-cadru;..

Prin urmare, având în vedere faptul că garanția de participare a fost stabilită de autoritatea contractantă la valoarea de 499.000 lei, făcând un calcul simplu valoarea estimată a contractului este de 5.500.000 euro.

În aceste condiții autoritatea contractantă are obligația nu numai de a aplica în întregime prevederile OUG nr. 34/2006 dar și de a publica în SEAP un anunț/invitație de participare, obligație pe care acceptă să a îndeplinit-o.

II. Obligația prevăzută de art. 4.2 lit. c) din documentația de atribuire, referitoare la faptul că operatorul economic participant la procedura de achiziție să aibă implementată legislația privind informațiile clasificate secret de serviciu.

Considerăm că această cerință este excesivă în raport de prevederile art. 1 al. (1) din Ordinul nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, emis de ANRMAR potrivit cu care: „Criteriile de calificare și selecție stabilite de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătura concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea lor se vor limita numai la cele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului”.

În continuare al. (3) prevede că „În sensul alin. (1), nu se vor impune condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu ceea ce urmează a se achiziționa”.

Având în vedere faptul că în cauză este vorba despre servicii de pază considerăm că deținerea autorizațiilor de acces la informații clasificate secrete de serviciu nu prezintă relevanță.

III. Referitor la cerința privind asigurarea riscului profesional cfm art. 14.5 din Documentația de atribuire, valoarea asigurată pe total perioada contract subacevent 1.500.000 lei.

Ordinul 509/2011, în anexa I la capitolul „Formulari restrictive documentația de atribuire/anunțul de participare/invitația de participare nu se acceptă/validează”, stabilește ca și formulare restrictivă „Prezentarea de către operatorul economic a unei asigurări privind riscul profesional.”

Astfel s-a stabilit ca ofertantul trebuie numai să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la resurse reale sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii.

linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada precizată.

Prin urmare impunerea unui nivel al valorii asigurate de minim 1.500.000 de lei este excesivă cu atât mai mult cu cât, în conformitate cu anexa I a ordinului 509/2011 „Ofertantul trebuie să prezinte dovezi privind asigurarea riscului profesional aferent contractului ce urmează a fi atribuit, numai în situația în care există acte normative ce reglementează o astfel de situație.

Per a contrario în situația în care nu există acte normative care reglementează obligativitatea privind asigurarea riscului profesional aferent contractului, o astfel de cerință nu se poate considera o condiție legală.

IV. Obligația prevăzută de art. 4.4 din Documentația de atribuire referitoare la cifra medie de afaceri care vizează activitatea din ultimii trei ani;

Conform art. 4.4 din Documentația de atribuire, „Situația financiară.: „Cifra medie de afaceri care vizează activitatea din ultimii trei ani: nu trebuie să fie mai mică de 16.000.000 lei...

Atribuirea contractului de achiziție publică trebuie să respecte principiile din Tratatul CE, așa cum au fost ele statuate de Curtea Europeană de Justiție prin numeroasele decizii pronunțate, devenind puternice garanții pentru asigurarea unei competiții reale, într-un mediu concurențial natural, transparent și nediscriminatoriu.

Însă, prin stabilirea unei cerințe privind cifra de afaceri într-un cuantum atât de ridicat, se încalcă principiul nediscriminării fiind limitat accesul potențialilor ofertanți care, deși îndeplinesc celelalte cerințe din caietul de sarcini nu pot participa la procedura de achiziție, datorită condiției privind cifra de afaceri globale.

Totodată este încălcat principiul tratamentului egal, care urmărește aplicarea, în mod nediscriminatoriu a criteriilor de selecție și criteriilor pentru atribuirea contractului de achiziție publică astfel încât orice furnizor de produse, executant de lucrări sau prestator de servicii să aibă șanse egale în competiția pentru atribuirea contractului de achiziție.

Or, prin stabilirea unei cifre de afaceri în cuantum de minim 16.000.000 lei (aprox. 3.555.555 euro), în mod evident procedura de achiziție este discriminatorie, adresându-se numai anumitor operatori economici, lipsând astfel șansele egale în competiția pentru atribuirea contractului.

Totodată, atunci când impune ca cerință minimă în raport cu situația economică și financiară a ofertanților, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiară –trebuie să aibă o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului, iar autoritatea contractantă

trebuie să fie în măsură să motiveze solicitarea acestor cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (2) din I.G. nr. 925/2006.

În ceea ce privește prezenta cauză, la nivelul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a solicitat pentru demonstrarea situației economico-financiare o cerință minimă de calificare conform căreia valoarea medie a cifrei de afaceri aferentă ultimilor 3 ani să nu fie mai mică de 16.000.000 lei (aprox. 3.555.555 euro).

Or, Ordinul 509/2011 stabilește în anexa 1, faptul că reținerile formulari restrictive care nu se accepta/valida ca: "Rezultatele exercitiilor financiare/Bilantul contabil pentru ultimii 3 ani trebuie să fie pozitive/pozitiv sau să indice profit."

Mai mult decât atât, prin ordinul menționat anterior, se prevede ca "scrisorile/declarațiile emise de către hanel conțin informații de bonitate financiară: datele de identificare, obiectul de activitate, forma juridică de organizare, tipul de capital, indicatori ai performanței financiare, experiența de lucru cu clientul, acestea constituie dovezi edificatoare care reflectă o imagine fidelă a situației financiare a operatorilor economici".

Prin urmare, autoritatea contractantă în mod nelegal a stabilit un cunșum atât de ridicat al cifrei de afaceri, pe de o parte întrucât nu există o justificare în acest sens iar pe de altă parte se încălcă principiul nediscriminării și al tratamentului egal al operatorilor economici.

În aceste condiții cerința privind cifra de afaceri se impune a fi revizuită de autoritatea contractantă.

V. **Obligația operatorului economic declarat câștigător de a achita autorității contractante un comision în cuantumul de 1% din valoarea de adjudicare a acordului cadru.**

Potrivit art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la:

- a) situația personală a candidatului sau ofertantului;
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- c) situația economică și financiară;
- d) capacitatea tehnică și/sau profesională;
- e) standarde de asigurare a calității;
- f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. c).

Astfel, cum obligativitatea de a suporta comisionul pentru activitatea de servicii de pază, în sarcina câștigătorului licitației nu se regăsește printre cerințele prevăzute de art. 176 invocat anterior, și lăsată la latitudinea autorității contractante, din interpretarea per a contrario a acestui articol, rezultă că adăugarea unei asemenea cerințe este interzisă.

Aceeași soluție a fost adoptată și de instanța de judecată care a stabilit: „Cu aceste argumente, upare de prisos examinarea susținerilor petentei în ceea ce privește încălcarea de către organul constator a principiulul neretroactivității legii civile față de succesiunea actelor de modificare a H.G. nr.925/2006 prin H.G. nr.834/2009 cu privire la normele de aplicarea a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr.34/2006, art.176 invocat de instanță și reținut de aceasta a fi fost încălcat de petentă fiind în vigoare la data desfășurării licitației în cauză..

Totodată vă solicităm să dispuneți suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații.

În ceea ce privește necesitatea suspendării procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei cauze vă comunicăm pentru început faptul că temeiul legal al cererii de suspendare este reprezentat de art. 275¹ din OUG nr. 34/2006 potrivit cu care:

..(1) În cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, Consiliul, până la soluționarea fondului cauzei, poate să dispună, în termen de 3 zile, la cererea părții interesate, prin decizie, măsura suspendării procedurii de achiziție publică.

(2) Consiliul soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele acestei măsuri asupra tuturor categoriilor de interese ce ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public.

(3) Decizia prevăzută la alin. (1) poate fi uocată la instanța competentă, în mod separat, în termen de 5 zile de la comunicare...

Astfel, vă rugăm să constatați faptul că în cauză sunt îndeplinite condițiile impuse de prevederile art. 275¹ din OUG nr. 34/2006, pentru a se putea dispune suspendarea procedurii de achiziție publice.

Din analiza textului legal incident rezultă că, pentru a se putea dispune suspendarea procedurii de achiziție, este necesară îndeplinirea următoarelor condiții:

- Să fie vorba despre un caz temeinic justificat;
- Măsura suspendării să fie necesară pentru prevenirea unei pagube iminente;

Facem precizarea că noțiunea de caz temeinic justificat utilizată de legiuitor pentru a desemna una din condițiile ce trebuie întrunite în vederea dispunerii unei măsuri de suspendare este similară celei întrebuintate în temeiul art. 14 din Legea contenciosului administrativ, motiv pentru care apreciem utilă trimiterea la dispozițiile acestei legi, care, de altfel, completează prevederile OUG nr. 34/2006.

Cazul temoinic justificat este definit de art. 2 al. (1) lit. t) din legea contenciosului administrativ ca desemnând împrejurările legate de starea de fapt și de drept care sunt de natură să creeze o îndoielă serioasă în privința legalității actului administrativ.

Totodată, arătăm că prin Decizia nr. 1390/20.04.2006, Înalta Curte de Casație și Justiție statuează: *„Existența unui caz bine justificat impune existența unei îndoieli puternice asupra prezumției de legalitate de care se bucură un act administrativ...”*

Astfel, considerăm că argumentele juridice expuse în contestația formulată constituie motive puternice care scot în evidență caracterul nelegal al modalității în care autoritatea contractantă atribuie un contract de achiziție publică unui operator economic a cărui ofertă financiară nu respectă prevederile legale în vigoare.

Referitor la paguba iminentă, precizăm că aceasta este prezumată de lege, prevederile OUG nr. 34/2006 sancționând prin norme imperative abaterile de la dispozițiile legale, în cazul de față fiind încălcate principiile prevăzute de art. 2, al. (2) din OUG nr. 34/2006.

Pentru aceste motive, apreciem că paguba iminentă care se poate produce la contul subscrierii este chiar încheierea contractului de achiziție publică pentru lotul nr.1 între autoritatea contractantă și ofertantul declarat în mod nelegal câștigător, în condițiile în care prețul oferit de acesta nu respectă prevederile legale.

De asemenea, solicităm Consiliului să aibă în vedere și Recomandarea nr. R(89)8 din 13.09.1989 a Comitetului de Miniștri din Cadrul Consiliului Europei asupra protecției jurisdicționale provizorii în materie administrativă, în care se arată că este de dorit să se asigure persoanelor o protecție jurisdicțională provizorie în funcție de împrejurările concrete ale cauzei, pentru a nu cauza un prejudiciu ireparabil și pe care echitatea îl impune ca fiind de evitat în măsura posibilului.

Ținând cont de toate aceste aspecte, vă solicităm să admiteți cererea de suspendare astfel cum a fost formulată și să dispuneți suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea pe fondul cauzei a contestației formulate de subscrisa.

Pentru toate aceste motive vă solicit să admiteți contestația astfel cum a fost formulată și să dispuneți anularea și înlăturarea mențiunilor privind:

- *Lipsa mențiunii privind valoarea estimată a acordului cadru;*
- *Obligația prevăzută de art. 4.2 lit. c) referitoare la faptul că operatorul economic participant la procedura de achiziție să aibă implementată legislația privind informațiile clasificate secret de serviciu;*

- *Obligația prevăzută de art. 4.4 din Documentația de atribuire referitoare la cifra medie de afaceri care vizează activitatea din ultimii trei ani;*
- *Obligația operatorului economic declarat câștigător de a achita autorității contractante un comision în cuantum de 1% din valoarea de adjudecare a acordului cadru.*

**În drept, art. 256² OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006.
Depuneri atasate, împuternicire avocatică.**

**DOMNULUI PREȘEDINTE AL CONSILIULUI NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A
CONTESTAȚIILOR**