



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 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. 2079/C4/2245

Data: 25.11.2016

Prin contestația nr. 9189/14.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 31288/17.10.2016, depusă de către

formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către în calitate de autoritate contractantă cu sediul în București, referitoare la procedura de licitație deschisă online, privind atribuirea contractului de furnizare, instalare și configurare echipamente comunicații necesare funcționării SIEGMCR, inclusiv migrarea soluției existente, s-a solicitat:

- în principal: anularea prevederilor documentației de atribuire nelegale și modificarea acesteia în conformitate cu prevederile legale în vigoare,
- în subsidiar: în măsura în care nu ar mai putea fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 209 din OUG nr. 34/2006,
- în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

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

Prin contestația nr. 9189/14.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 31288/17.10.2016, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire pe care le consideră nelegale.

Contestatoarea menționează că a formulat notificarea prealabilă înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 92/61997/05.10.2016, la care aceasta din urmă a răspuns, comunicând adoptarea unor măsuri de remediere cu privire la punctul 1 din notificarea prealabilă, precum și faptul că nu intenționează să adopte măsuri de remediere cu privire la punctul 2 din notificarea prealabilă.

Astfel, contestatoarea apreciază că măsurile de remediere dispuse de către autoritatea contractantă cu privire la punctul 1 din notificarea prealabilă nu sunt de natură să aducă documentația de atribuire în acord cu prevederile legale în vigoare, precum și că lipsa unor măsuri de remediere cu privire la punctul 2 din notificarea prealabilă conduce la menținerea situației de nelegalitate.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatoarea precizează că prin notificarea prealabilă a arătat că autoritatea contractantă „dorește achiziționarea echipamentelor de comunicații necesare înlocuirii soluției actuale, precum și a serviciilor de migrare/instalare a noii soluții implementate». Prin urmare, obiectul contractului ce urmează a se atribui îl constituie de fapt, o nouă soluție hardware necesară funcționării SIEGMCR.

Cu toate acestea, în caietul de sarcini al procedurii, autoritatea contractantă solicită produse ale unui unic producător, identificate în mod clar și neechivoc prin denumire și part number, după cum rezultă din Anexa «Datele tehnice ale echipamentelor».

Aceeași identificare restrictivă a obiectului contractului se regăsește și în fișa de date a achiziției, Secțiunea II.2.1) Cantitatea totală sau domeniul, unde autoritatea contractantă identifică din nou obiectul achiziție prin referire la produse specifice al unui anumit operator economic.

Contestatoarea apreciază că aceste prevederi ale documentației de atribuire sunt restrictive și nelegale, conducând la eliminarea liberei concurențe în ceea ce privește participarea la această procedură, prin restricționarea nejustificată a ofertării altor echipamente pentru soluția solicitată, precum și la deturnarea procedurii de la scopul recunoscut acesteia prin Legea nr. 98/2016, respectiv acela al « achiziționării de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială ».

De asemenea, se critică faptul că determinarea obiectului procedurii prin precizarea unui anumit produs, identificat prin part number, încalcă prevederile art. 155 și art. 156 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, regula instituită de textele de lege mai sus indicate este aceea că specificațiile funcționale trebuie descrise de autoritatea contractantă prin raportarea la cerințe de performanță sau funcționale, în acord cu necesitățile sale obiective, fiind în mod expres interzisă indicarea unui anumit producător sau a unui anumit produs. Legea stabilește totodată, în mod expres și limitativ, excepțiile admisibile de la această regulă.

Or, analizând documentația de atribuire a procedurii, se constată că aceasta încalcă în mod evident și flagrant interdicția de a indica în mod expres un anumit producător/produs.

Autoritatea contractantă a solicitat o serie de echipamente în vederea înlocuirii unei soluții existente, precum și serviciile aferente, necesare implementării unei noi soluții.

În concret, autoritatea contractantă declară în caietul de sarcini că deține în prezent o soluție de comunicații bazată pe echipamente Cisco, având ca punct central produsul Cisco Catalyst 6500 și, în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică solicită următoarele:

1. "Înlocuirea" soluției existente,
2. Prestarea serviciilor de migrare/instalare și configurare a noii soluții,
3. Prestarea serviciilor de suport tehnic.

În opinia contestatoarei, pentru definirea necesităților sale obiective pentru îndeplinirea scopului achiziției, autoritatea contractantă putea și trebuia să includă în caietul de sarcini cerințe tehnice obiective, așa cum sunt acestea universal acceptate în industria IT și folosite în practică.

În acest sens, obiectul contractului putea fi definit prin indicarea unor cerințe concrete și obiective de performanță și funcționalitate cum ar fi: număr de porturi, scalabilitate, performanță, disponibilitate, funcționalități, etc.

Deși avea la dispoziție această modalitate de elaborare a specificațiilor tehnice, autoritatea contractantă înțelege însă să descrie noua soluție pe care dorește să o achiziționeze prin individualizarea fiecărui produs solicitat la nivel de part number de la producător, astfel încât, pentru fiecare echipament există un singur produs conform. Astfel, o ofertă care nu conține respectivele echipamente CISCO și F5 solicitate, va fi respinsă ca neconformă, chiar dacă pe piață există o multitudine de produse care ar putea îndeplini necesitățile obiective ale autorității contractante.

Or, în opinia contestatoarei, forma actuală a caietului de sarcini nu reflectă o necesitate obiectivă a autorității contractante, fiind imposibil ca necesitățile beneficiarului pentru soluția de comunicații să poată fi îndeplinite doar de un anumit produs, cu atât mai mult cu cât există o multitudine de producători de echipamente hardware din gama celor solicitate, pe baza cărora se poate construi o soluție echivalentă din punct de vedere al funcționalităților (HP, Lenovo, Citrix, Dell, Huawei etc).

Indicarea unui anumit produs în prezenta procedură, creează premisele poziționării autorității contractante ca și client captiv și în procedurile viitoare, limitând opțiunile acesteia de a achiziționa produse echivalente ca performanță, de la alți producători.

Această modalitate de formulare a cerințelor caietului de sarcini, care contravine atât logicii cât și legislației în vigoare, creează totodată premisele încălcării legislației în vigoare și pentru următoarele proceduri de achiziție pe care autoritatea contractantă le va derula în viitor.

În acest sens, "noua soluție" solicitată prin caietul de sarcini nu reprezintă, din punct de vedere funcțional, o înlocuire 1:1 a echipamentelor deja existente cu unele de generație nouă dar similare, ci o adăugare de noi funcționalități, cum ar fi cea privind traficul convergent.

În concret, se solicită înlocuirea unui switch tradițional, Cisco Catalyst, cu unul convergent, Cisco Nexus, soluție față de care contestatoarea precizează următoarele:

- Cisco Nexus (echipamentul solicitat) oferă funcționalități de tip ethernet pe care le deține și Cisco Catalyst (echipamentul existent) dar, în plus, are capacitatea de a agrega traficul ethernet cu cel de tip SAN, fiind denumit în termeni de specialitate switch convergent.

- În practică, pentru ca echipamentul Cisco Nexus să poată fi folosit ca switch convergent, este necesar ca și serverele pe care autoritatea contractantă le deține să suporte această funcționalitate. Dar, deoarece autoritatea contractantă folosește în prezent o soluție de comunicații bazată pe switch-uri clasice ethernet, serverele deținute au doar capacitate de preluare a traficului clasic, de tip ethernet.

- Chiar dacă soluțiile convergente sunt în portofoliul mai multor producători (CISCO, HPE, Huawei, Dell, Lenovo), fiecare dintre aceștia folosește o modalitate proprie de implementare, ceea ce înseamnă, de exemplu, că dacă se achiziționează un switch convergent Cisco atunci urmează că următoarele proceduri ce vor avea ca obiect de achiziție servere vor include cerințe de compatibilitate care vor limita posibilitatea de ofertare la un singur producător- Cisco.

În practica de până în prezent, dar și într-o interpretare logică a principiilor atribuirii contractului de achiziție publică reglementate de Legea nr. 98/2016, soluțiile ce vizează obținerea unei arhitecturi convergente, bazate pe servere și switch-uri se solicită în cadrul unei singure proceduri de achiziție, prin elaborarea unor cerințe funcționale și de performanță, care să poată fi îndeplinite de mai mulți producători, tocmai pentru a respecta legislația în vigoare și a evita ca beneficiarul să devină client captiv unui anumit producător.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea apreciază că se impune adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

- reformularea cerințelor tehnice privind capacitățile ethernet ale soluției solicitate, care în prezent limitează posibilitatea de ofertare la un singur producător pentru fiecare echipament solicitat, astfel încât acestea să reflecte în mod obiectiv necesitățile autorității contractante iar accesul la prezenta procedură de achiziție să fie permis tuturor operatorilor economici interesați să depună oferta, chiar dacă nu intenționează să ofere produse CISCO sau F5.

- limitarea cerințelor tehnice la funcționalități ethernet standard, cum sunt cele deținute de soluția existentă, deoarece introducerea în cadrul acestei proceduri a cerințelor privind echipamente convergente este atât illogică cât și contrară legislației în vigoare.

Prin răspunsul său la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă recunoaște, în mod indirect dar clar și neechivoc, faptul că necesitățile sale obiective pot fi satisfăcute de mai multe produse de pe piață.

Astfel, autoritatea contractantă declară că «este de acord ca ofertanții participanți la procedura de achiziție să aibă posibilitatea ofertării unor echipamente, altele decât cele nominalizate în documentația de atribuire», propunând ca măsură de remediere includerea textului

«sau echivalent», «la fiecare echipament în parte, identificat în documentația de atribuire».

Această pretinsă măsură de remediere este însă lipsită de efect practic deoarece ofertarea altor echipamente decât cele nominalizate prin documentația de atribuire este admisă «cu condiția ca echipamentele oferite să întrunească în totalitate caracteristicile tehnice și funcționalitățile minime ale echipamentelor solicitate», fiind reluată de autoritatea contractantă și în răspunsul nr. 1 din clarificarea nr. 2, publicată în SEAP în data de 11.10.2016.

Prin urmare, pretinsa măsură de remediere dispusă de către autoritatea contractantă reprezintă doar o disimulare a intenției de a remedia nelegalitatea sesizată, și nu înlătură nelegalitățile sesizate deoarece:

- CNAIR solicită în continuare o identitate de funcții ale unui produs anume, identitate care nu poate fi îndeplinită decât de respectivul produs.

În concret, prin solicitarea îndeplinirii în totalitate a caracteristicilor tehnice și funcționalităților minime ale echipamentelor în mod concret indicate, autoritatea contractantă menține de fapt cerința prin care solicită doar acele echipamente deoarece nu există, în practică, nici în industria IT și nici în alte industrii, situații în care un echipament de aceeași generație să îndeplinească toate caracteristicile tehnice și funcționalitățile altui echipament.

Astfel, fiecare producător configurează echipamentul său conform propriei strategii tehnice și comerciale, rezultatul final fiind acela că respectivul echipament îndeplinește funcții echivalente celor pe care le îndeplinesc echipamentele altor producători, din aceeași gamă de produse și aceeași generație.

Solicitarea îndeplinirii în totalitate a unor specificații tehnice ale unui produs este, în mod evident, disproporționată deoarece orice produs IT are specificații de bază, comune oricărui producător, precum și specificații proprii, care pot să difere chiar de produsele aceluiași producător.

Neavând cunoștință de specificațiile tehnice pe care le are în vedere autoritatea contractantă, între specificațiile tehnice ale produselor solicitate se numără și cantitatea de căldură degajată, dimensiunea sau consumul de energie electrică. Or, în situația unor echipamente cu dimensiuni diferite, dar care satisfac necesitățile declarate ale autorității contractante privind scopul contractului, este în mod evident disproporționată și nelegală excluderea acestora de la ofertare.

- CNAIR încalcă în continuare prevederile clare și exprese ale art. 156 alin. (1) lit. a) și alin. (2) care impun elaborarea specificațiilor din caietul de sarcini prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale și interzic în mod expres indicația către o anumită sursă de producție, un anumit produs.

Prin această pretinsă măsură de remediere, autoritatea contractantă de fapt menține modalitatea nelegală de elaborare a specificațiilor din caietul de sarcini, evitând să răspundă întrebării concrete, respectiv: care sunt cerințele de performanță și funcționale care corespund necesităților sale obiective?

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea apreciază că în caietul de sarcini nu există nicio cerință de performanță și nicio cerință funcțională, ci doar o trimitere la anumite echipamente ale unui anumit producător.

Astfel contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor documentației de atribuire, prin eliminarea în totalitate și efectivă a indicațiilor către un anumit producător/produs și prin indicarea, în documentația de atribuire, a cerințelor tehnice obiective și nerestrictive, cum ar fi: număr de porturi, scalabilitate, performanță, disponibilitate, funcționalități etc.

De asemenea, contestatoarea învederează că autoritatea contractantă admite, în mod expres, că la momentul prezent, nu pot fi folosite facilitățile echipamentului de tip CISCO NEXUS și declară că va analiza oportunitatea utilizării acestor facilități ulterior, respectiv la momentul realizării unui upgrade de hardware.

Or aceste declarații confirmă criticile potrivit cărora funcționalitățile solicitate prin indicarea acestui echipament depășesc cu mult necesitățile obiective ale autorității contractante de la momentul prezent și prin urmare, nu este justificată solicitarea unor asemenea funcționalități.

Prin adresa nr. 9210/02.11.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 33458/02.11.2016, ... formulează concluzii scrise, ca urmare a studierii dosarului cauzei, în care menționează că autoritatea contractantă admite că cerințele sale pot fi satisfăcute și de echipamente echivalente, însă impune ca orice echipament ofertat să îndeplinească în totalitate specificațiile echipamentelor CISCO menționate la nivel de part number în documentația de atribuire.

Contestatoarea precizează că la solicitările de clarificare ale unui operator economic privind identificarea acelor "caracteristici tehnice și funcționale minime" față de care ar urma să se stabilească echivalența, notând că în caietul de sarcini nu se regăsesc descrise aceste caracteristici ci doar este enumerată o listă de part numbers de la un anumit producător, autoritatea contractantă reiterează cerința identității tuturor caracteristicilor tehnice și funcționale minime (pe care refuză să le definească) ale echipamentelor, specificând în mod clar că această cerință nu privește doar "anumite caracteristici tehnice și funcționale minime solicitate prin documentația de atribuire". În continuare, CNAIR redă lista echipamentelor – identificate la nivel de part number – pentru care solicită îndeplinirea în totalitate a caracteristicilor tehnice și funcționale.

În opinia contestatoarei, cerința privind îndeplinirea în totalitate a specificațiilor unui echipament anume echivalează cu solicitarea unui echipament identic, cu încălcarea flagrantă a prevederilor art. 156 din Legea nr. 98/2016.

Din corespondența internă a autorității contractante, rezultă că aceasta admite în mod expres că, la momentul prezent, nu pot fi folosite facilitățile echipamentului de tip CISCO NEXUS și declară că va analiza oportunitatea utilizării acestor facilități ulterior, respectiv la momentul realizării unui upgrade de hardware.

În concret, în adresa nr. 14/4991/10.10.2016, Direcția Generală Economică și Financiară declară că nu este de acord cu luarea măsurii de remediere a solicitării de funcționalități de ethernet standard, conform necesităților sale obiective, deoarece "deși în momentul de față se poate considera că facilitarea echipamentului de tip CISCO NEXUS nu poate fi utilizată la momentul instalării și configurării acestuia, având în vedere faptul că echipamentele instalate în centrul de date CESTRIN au o vechime cuprinsă între 4 și 6 ani, la momentul realizării unui upgrade hardware al acestora se va putea lua în considerare utilizarea facilităților echipamentului".

Prin acest răspuns, autoritatea contractantă admite expres că în momentul achiziției nu are nevoie de funcționalitățile foarte specializate ale echipamentului CISCO NEXUS. Astfel, autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze un echipament complex, foarte scump și a cărui specificitate elimină ofertarea altor echipamente echivalente, fără a folosi tocmai capacitățile care îi dau complexitatea și care determină eliminarea altor echipamente de la ofertare.

Totodată, nici măcar în viitor, autoritatea contractantă nu are un plan concret de utilizare a echipamentului în discuție, urmând a analiza, în eventualitatea unui upgrade, dacă se vor utiliza facilitățile echipamentului.

Având în vedere cele precizate anterior, întrucât la data prezentei proceduri autoritatea contractantă nu are nevoie de funcționalitățile specifice ale acestui echipament și nici nu știe dacă îl va folosi, solicitarea în continuare a acestui echipament reprezintă un abuz din partea autorității contractant, precum și indiciile unei tentative de a limita în viitor liberul acces la procedurile de atribuire derulate de acesta cu privire la sistemul SIEGMCR.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării cauzei cu adresele de înaintare înregistrate la Consiliu sub nr. 32047/21.10.2016 și nr. 32411/25.10.2016 și a formulat punctul de vedere nr. 11B/2596/07.11.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 34328/09.11.2016, în care menționează că prin măsurile de remediere publicate, nu a limitat accesul operatorilor economici la procedura de achiziție, asigurându-li-se posibilitatea ofertării unor echipamente echivalente cu cele precizate în documentația de atribuire, respectiv:

Echipament solicitat prin documentație	Cantitate
CISCO Nexus N5K-C5672UP	2
CISCO Nexus N2K-C2248TP-E	4
CISCO ASA 5555-X	2
F5 BIG – IP 4000s	2
UPS – APC Smart	2
Cabinet metalic – DYNA max 42HU	1

Ca o măsură de identificare a echivalenței produselor ofertate, autoritatea contractantă a solicitat ca echipamentele ofertate să întrunească în totalitate caracteristicile tehnice și funcționalitățile minime ale echipamentelor solicitate prin documentația de atribuire.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că afirmația
"în opinia noastră, cerința privind

îndeplinirea în totalitate a specificațiilor unui echipament anume echivalează cu solicitarea unui echipament identic, cu încălcarea flagrantă a prevederilor art. 156 din Legea nr. 98/2016”, este nejustificată.

Referitor la neadoptarea unor măsuri de remediere în ceea ce privește achiziționarea unor echipamente ce permit funcționalitate de agregare a traficului de tip Ethernet cu cel de tip SAN, funcționalitate ce nu poate fi utilizată în momentul de față ca urmare a faptului că echipamentele instalate în centrul de date CESTRIN au o vechime cuprinsă între 4 și 6 ani, la momentul realizării unui upgrade hardware al acestora se va putea lua în considerare utilizarea facilităților solicitate prin documentația de atribuire.

Astfel, plecând de la afirmația „Chiar dacă soluțiile convergente sunt în portofoliul mai multor producători (CISCO, HPE, HUAWEI, DELL, LENOVO), fiecare dintre aceștia folosește o modalitate proprie de implementare, ceea ce înseamnă, de exemplu că, dacă se achiziționează un switch convergent Cisco, atunci urmează ca următoarele proceduri ce vor avea ca obiect de achiziție servere, vor include cerințe de compatibilitate care vor limita posibilitatea de ofertare de la un singur producător – Cisco”, ar rezulta faptul că autoritatea contractantă nu va avea posibilitatea realizării unui upgrade al echipamentelor instalate în centrul de date, rămânând captivă la tehnologia anilor 2009, disponibilă la momentul implementării sistemului informatic.

Autoritatea contractantă a comunicat Consiliului, cu adresa nr. 73.765/15.11.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 34873/15.11.2016, dovada comunicării punctului de vedere către contestatoare, prin e-mail, cu aceeași adresă, acesta fiind ultimul document înregistrat la dosarul cauzei.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

„, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, privind atribuirea contractului de furnizare, instalare și configurare echipamente comunicații necesare funcționării SIEGMCR, inclusiv migrarea soluției existente. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. 170046/24.09.2016.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, a formulat notificare prealabilă invocând nelegalitatea unor prevederi ale documentației de atribuire, în sensul că specificațiile tehnice indică în mod indubitabil un anumit produs și un anumit producător, fiind încălcate prevederile art. 155 alin. (6) și cele ale art. 156 alin. (1) – (3) din Legea nr. 101/2016. Astfel, contestatoarea argumentează solicitarea de modificare a documentației de atribuire prin sublinierea cerințelor de performanță și a cerințelor funcționale ale componentelor sistemului de comunicații, și nu prin referire la un produs și un producător. În urma notificării, autoritatea contractantă a considerat necesar să adopte măsuri de remediere, arătând că „ofertanții participanți la procedură au

posibilitatea ofertării unor echipamente altele decât cele nominalizate în documentația de atribuire, cu condiția ca echipamentele oferite să întrunească în totalitate cerințele tehnice și funcționalitățile minime ale echipamentelor solicitate în documentația de atribuire. Astfel, la fiecare echipament în parte, identificat în documentația de atribuire, se va înscrie textul „sau echivalent”.

Sesizând că remedierea dispusă de autoritatea contractantă nu a schimbat în niciun fel documentația de atribuire, contestatoarea a formulat contestația în analiză, susținând în linii largi, că soluțiile echivalente în domeniul de referință nu înseamnă și respectarea specificațiilor tehnice ale produselor, ci numai a cerințelor funcționale, or documentația de atribuire astfel cum a fost pusă la dispoziție de autoritatea contractantă prin intermediul SEAP-ului, nu cuprinde cerințe concrete, obiective de performanță și funcționalități, cum ar fi număr de porturi, scalabilitate, performanță, disponibilitate, funcționalități etc.

Autoritatea contractantă a înțeles să nu formuleze apărări pe fond, în prezenta cauză, în punctul său de vedere necombătând, în niciun fel, afirmațiile contestatoarei, singura sa apărare fiind că nu limitează concurența la produsele solicitate în caietul de sarcini, ci solicită doar ca produsele oferite să respecte în totalitate specificațiile tehnice și funcționalitățile minime ale echipamentelor solicitate prin documentația de atribuire. De asemenea, autoritatea nu aduce niciun argument care să îi justifice preferința către Switch-urile CISCO Nexus N5K-C5672UP sau Firewalls CISCO ASA 5555-X, și nu către o altă configurație. Astfel, apărățile formulate sunt complet irelevante față de fondul cauzei, autoritatea asistând pasivă față de argumentele care i se aduc. Aceasta nu răspunde la niciunul dintre aspectele din contestație, respectiv faptul că nu este posibil să existe echipamente complet identice constructiv și având aceleași funcționalități ca cele solicitate. De asemenea, nu arată motivul pentru care a solicitat exact anumite produse, respectiv nu justifică imposibilitatea oferirii unei descrieri suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1) ale art. 156 din Legea nr. 98/2016, care ar fi justificat mențiunea „sau echivalent”, introdusă în măsura de remediere.

Verificând caietul de sarcini, Consiliul observă că sunt justificate întrutotul criticile formulate de contestatoare. Astfel, caietul de sarcini astfel cum este întocmit, cuprinde la pag. 1-3 descrierea soluției existente, iar la fila 3, se menționează că: În vederea înlocuirii soluției tehnice existente, beneficiarul dorește achiziționarea următoarelor echipamente:

Echipament solicitat prin documentație	Cantitate
CISCO Nexus N5K-C5672UP	2
CISCO Nexus N2K-C2248TP-E	4
CISCO ASA 5555-X	2
F5 BIG – IP 4000s	2
UPS – APC Smart	2
Cabinet metalic – DYNA max 42HU	1

După prezentarea echipamentelor, la filele 4 și 5 sunt prezentate condițiile generale de asigurare a garanției și a serviciilor de suport pe

perioada garanției, apoi o descriere pe scurt a serviciilor de migrare, instalare, configurare, pentru ca ulterior să prezinte o serie de specificații tehnice ale echipamentelor solicitate, prin transmitere exactă la specificațiile unui anumit producător.

De asemenea, Consiliul mai observă că, nefiind descrise funcționalitățile solicitate, ci chiar produsele, originea lor fiind indicată și pe coloana dedicată descrierii produselor, respectiv, spre exemplificare, pentru CISCO ASA 5555-X în descriere sunt menționate componente Cisco, AC power cord (cabluri de alimentare), licențe Cisco etc, deci este imposibilă stabilirea echivalenței, în condițiile în care „specificațiile” solicitate sunt ele însele identificate prin part number, respectiv codul de produs al producătorului, și prin trimitere expresă la producător.

Potrivit dispozițiilor art. 155 din Legea nr. 98/2016, „(1) Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției.

(2) Caracteristicile prevăzute la alin. (1) pot de asemenea să vizeze procesul sau metoda specifică de execuție a lucrărilor, fabricație a produselor sau prestare a serviciilor solicitate sau un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață al acestora, chiar dacă aceste elemente nu fac parte din conținutul material al produselor, lucrărilor sau serviciilor care urmează să fie achiziționate, dar cu condiția ca aceste caracteristici să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru și să fie proporționale prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia. (...)

(6) Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

De asemenea, dispozițiile art. 156 din același act normative stabilesc următoarele: „(1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități:

a) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribuie contractul;

b) prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricăror dintre acestea, la standarde naționale, la acorduri tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent";

c) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, potrivit lit. a), și prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b)

ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerințe de performanță sau cerințe funcționale;

d) prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici.

(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele "sau echivalent".

Aplicând normele derogatorii prevăzute la alin. (2) și (3) prin remedierea postată în SEAP, autoritatea contractantă nu justifică, în niciun fel, motivul pentru care obiectul contractului ar face necesară precizarea unui anumit producător, a unei anumite origini sau unui anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și motivul pentru care specificațiile sale se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

Contestatoarea susține că, chiar dacă soluțiile convergente sunt în portofoliul mai multor producători (CISCO, HPE, HUAWEI, DELL, LENOVO), fiecare dintre aceștia folosește o modalitate proprie de implementare, ceea ce înseamnă, de exemplu că, dacă se achiziționează un switch convergent Cisco, atunci urmează ca următoarele proceduri ce vor avea ca obiect de achiziție servere, vor include cerințe de compatibilitate care vor limita posibilitatea de ofertare de la un singur producător – Cisco, susțineri considerate valide de către Consiliu, în contextul documentației de atribuire. Prin urmare, deși există o multitudine de alți producători de top în domeniu care ar putea oferi soluții care să satisfacă necesitățile autorității contractante, caracterul restrictiv al cerințelor nu permite accesul la procedură decât produselor CISCO.

Văzând că autoritatea contractantă a deschis, deja, ofertele încă din data de 18.10.2016, deci în ziua imediat următoare a depunerii contestației la Consiliu, văzând că, oricum, prevederile caietului de sarcini sunt grav afectate de nelegalitate, fiind necesară elaborarea unui nou caiet de sarcini, cu respectarea dispozițiilor menționate în cuprinsul prezentei, remedieri care nu mai pot fi dispuse, dat fiind stadiul procedurii, Consiliul consideră că procedura în cauză se impune a fi anulată.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și c) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de [redacted] și va dispune anularea caietului de sarcini, a măsurii de remediere dispusă de autoritatea prin adresa nr. 92/63706/11.10.2016, precum și a întregii proceduri, nefiind posibilă adoptarea unor măsuri de remediere a acesteia.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și c) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către [redacted] contradictoriu cu [redacted], dispune anularea caietului de sarcini, a măsurii de remediere dispusă de autoritatea prin adresa nr. 92/63706/11.10.2016, precum și a întregii proceduri de atribuire.

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 12 (douăsprezece) pagini.