CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare echipamente tip „server x86”, cod CPV 48820000-2, cu data-limită de depunere a ofertelor 07.....2017, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității la reevaluarea corectă a ofertei sale.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante ..... de respingere ca neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că respectiva ofertă a fost respinsă întrucât comisia de evaluare a constatat că nu poate stabili echivalența între produsul solicitat (Microsoft Windows Server 2016 Standard) și cel ofertat (Red Hat Enterprise Linux Server Standard).

În caietul de sarcini, cerința pentru sistemul de operare a fost Microsoft Windows Server 2016 Standard sau echivalent, fără a exista o descriere detaliată a funcționalităților necesare autorității contractante. Au existat mai multe întrebări de clarificare transmise de operatorii economici interesați, iar în urma răspunsurilor date de autoritate a ..... funcționalitatea ca sistemul de operare să suporte tehnologia de virtualizare și tehnologia de deduplicare a datelor. Red Hat Enterprise Linux Server Standard îndeplinește cerințele caietului de sarcini, inclusiv această funcționalitate.

Fundamentarea deciziei autorității pornește de la specificațiile tehnice publice prezentate de ofertant, iar nu de la cerințele caietului de sarcini. Echivalența trebuie să existe între cerințele caietului de sarcini și ofertă. În niciun moment autoritatea nu face trimitere la specificații tehnice (funcționalități) din caietul de sarcini care nu au fost îndeplinite de ofertă.

În caietul de sarcini, cerința tehnică pentru caracteristica sistem operare a fost Microsoft Windows Server 2016 Standard sau echivalent, fără a se indica o modalitate de demonstrare a echivalenței. În răspunsul de clarificare nr. 96141/09.10.2017, la prima întrebare, autoritatea a răspuns: *„În cazul unui sistem de operare Microsoft, oferta trebuie să conțină și licențele Windows CAL aferente* ...”. *Per a contrario*, se poate oferta și un alt sistem de operare.

Neconformitatea a fost decisă deoarece comisia de evaluare nu a putut stabili echivalența între produsul solicitat și produsul propus, iar nu pentru că oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini. Nu s-a făcut nicio precizare cu privire la criteriile sau metodele prin care s-a încercat a se stabili echivalența între cele două produse.

Potrivit art. 126 alin. (3) din anexa Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, în cazul în care evaluarea solicitărilor de participare/ ofertelor necesită o expertiză aprofundată în domeniul achizițiilor publice ori de natură tehnică, financiară, juridică și/sau privind aspectele contractuale specifice, autoritatea poate desemna, pe lângă comisia de evaluare, specialiști externi, numiți experți cooptați, care desfășoară activități independente sau care sunt puși la dispoziție de către furnizorii de servicii auxiliare achiziției, posibilitate la care autoritatea nu a apelat, deși era necesar.

În plus, în adresa de comunicare a deciziei de declarare a neconformității ofertei sunt cuprinse două paragrafe, fără a se indica în mod clar că acestea sunt motivele ce au stat la baza declarării neconformității ofertei, în care se comunica faptul că o funcționalitate a sistemului de operare ofertat este inferioară sistemului de operare solicitat și faptul că două programe din sistemul de operare Red Hat nu reprezintă funcționalități proprii,

funcționalități care, însă, nu au fost solicitate ca atare în caietul de sarcini.

Extrase din adresa nr. 97064/12.12.2017:

La secțiunea „Maximum RAM”, este prezentat un link către un articol aflat pe pagina oficială Red Hat (Captura nr. 12). În acel articol, în josul paginii, apare formularea „The maximum supported memory for RHEL 7.1 is 24TB”. În aceeași secțiune apare și formularea „the maximum supported CPUs for RHEL 7.1 is 576”, funcționalitate inferioară sistemului de operare Windows Server 2016 Standard (Captura nr. 1 - „Maximum number of cores” - unlimited).

La secțiunea „SMTP Server” este prezentat un link către manualul de administrare al sistemului de operare Red Hat, aflat pe pagina oficială a acestuia (Captura nr. 13). În acest document, la punctul 14.1.1.1 SMTP este făcută mențiunea „Red Hat Enterprise Linux 7 provides the postfix and Sendmail SMTP programs”; Ambele programe prezentate sunt programe de tip „Open Source” (Capturile nr. 14 și 15), dezvoltate de către diferite comunități, nefiind funcționalități proprii ale sistemului de operare Red Hat Linux Enterprise. Același lucru este valabil și pentru serverul de tip POP implicit sub Red Hat Enterprise Linux, și anume Dovecot (Captura nr. 16).

Referitor la „punctul D” (specificații tehnice publice) prezentat în răspunsul la clarificări: https://docs.microsoft.com/en-us/windows-server/qet-started/2016-edition-comparison, s-a ținut seama de aspectele tehnice, după cum urmează:

1. Windows Server 2016 standard: Maximum RAM = 24TB, iar Red Hat la fel (max. 24TB), așa cum rezultă din exemplul prezentat pe pagina publică RedHat (RHEL 7.1 prescurtat): https://access.redhat.com/articles/1979103.

Procesoarele solicitate de autoritatea contractantă, de tip Intel Xeon E5-2600, suportă maximum 768 GB. Serverele echipate cu acest tip de procesor (2 bucăți) nu vor suporta niciodată mai mult de 1,54 TB (2 x 768 GB); prin urmare, solicitarea de suport pentru 24 TB este, pe de o parte, nerealistă și, pe de altă parte, această funcționalitate a apărut după depunerea ofertelor, nefiind cuprinsă în caietul de sarcini. Sistemul de operare nu a fost solicitat ca un produs de sine stătător, ci a fost solicitat ca una dintre componentele serverului, alături de alte componente hardware și software. Prin urmare, și funcționalitățile sistemului de operare trebuie aliniate la capabilitățile și limitările hardware ale echipamentului ofertat.

2. Referitor la numărul de procesoare suportate:

Windows Server 2016 Standard: maximum number of 64-bit sockets + maximum number of cores: unlimited. Rezultă că numărul maxim de procesoare fizice suportate este de 64 buc (1 socket = 1 slot de procesor fizic: https://en.wikipedia.org/wiki/CPU socket).

Red Hat suportă: 576 procesoare („maximum CPUs for RHEL 7.1 is 576”), conform aceluiași link prezentat: https://access.redhat.com/articles/1979103. Așadar specificația este superioară Windows Server. Numărul de core-uri nu este limitat la 576, cum precizează autoritatea contractantă (se face o confuzie între

numărul de core-uri și numărul de procesoare), deoarece în același document se arată că există servere care suportă 768 CPU core: „configurations that may include up to 24 TB of memory and 768 logical CPU cores.”

Din cerințele menționate de autoritate, respectiv neîmpărțirea în loturi a serverului și a licențelor software, licența pentru sistemul de operare este o componentă a serverului ofertat, iar orice operator și-a construit oferta astfel încât să licențieze numărul de core-uri ale serverului ofertat, nu o licență pentru ceva ce ar putea atinge maxim produsul în sine. Mai mult, dacă autoritatea ar dori în viitor să facă un upgrade al procesoarelor pentru a avea mai multe core-uri, există o limitare fizică a acestora, care este de maximum 44 core (2 procesoare E5-2600v4): https://ark.intel.com/products/series/91287/lntel-Xeon-Processor-E5-v4-Family.

Prin urmare, solicitarea de suport pentru un număr nelimitat de core-uri este, pe de o parte, nerealistă și, pe de altă parte, nici nu a fost solicitată în mod expres și explicit de autoritate în caietul de sarcini. Această limitare fizică este o caracteristică a producătorului procesoarelor Intel, oricare ar fi producătorul si modelul serverelor ofertate.

În ceea ce privește cel de al doilea paragraf din adresa autorității, referitor la „SMTP Server”, producătorul software Red Hat furnizează utilitarele Postfix și SendMail, ca parte a pachetului care se constituie în sistemul de operare Red Hat Enterprise Linux 7. Aceste utilitare sunt validate de către Red Hat pentru utilizarea împreună cu sistemul de operare și sunt perfect integrate cu acesta, intenția producătorului fiind ca utilizatorii să poată folosi aceste utilitare ca servere SMTP. Prin integrarea acestora în pachetul pe care îl furnizează, producătorul garantează pentru folosirea lor, iar acestea se constituie în parte integrată a sistemul de operare, fără a fi relevant că ele au fost anterior dezvoltate de către alți producători.

Mai mult, dacă se compară funcționalitățile serviciului SMTP din Windows Server 2016 Standard și cel pus la dispoziție prin PostFix și Sendmail din Red Hat Enterprise Edition, cele din primul sunt unele minimale, care acoperă cel mult necesități primare. Postfix și Sendmail sunt servere SMTP mature, asigurând funcționalități complete de server de mail: http://www.securityspace.com/s_survey/data/man.201711/mxsurvey.html.

După cum se poate observa din acest link, PostFix este clasat pe locul II la nivel mondial și Sendmail pe locul III în clasamentul realizat pe baza numărului de servere care au acest serviciu instalat. Serviciul Microsoft se clasează pe locul VI.

Prin urmare, folosirea în Red Hat a acestor utilitare nu numai că nu poate reprezenta o deficiență a Red Hat-ului, dar sunt chiar

superioare, ca funcționalități, față de ceea ce poate livra Windows Server 2016 Standard.

Microsoft poate pune la dispoziția clienților o variantă de server de mail matură, care să poată fi folosită cu funcționalități Enterprise, dar aceasta este reprezentată de către un alt produs, Microsoft Exchange Server, produs care este complet separat de Windows Server, în sensul în care se instalează dintr-un alt kit, se comandă separat cu un cod de produs diferit și are un cost adițional, suplimentar costului cu licenței de Windows Server.

Se poate afirma superioritatea funcționalităților sistemului de operare Red Hat Enterprise, care pune la dispoziție un serviciu care se instalează din același kit cu sistemul de operare, nu are cod diferit de produs și nu necesită un cost suplimentar.

Prin documentele depuse în cadrul ofertei tehnice și prin răspunsul la clarificări (adresa nr. 500/22.....2017) s-a demonstrat că performanțele sistemului de operare ofertat (Red Hat Enterprise Linux Server Standard) sunt egale sau superioare cerințelor autorității contractante (Microsoft Windows Server 2016 Standard).

Niciun sistem de operare (produs software) nu este identic 100% decât cu el însuși, doi producători diferiți pentru un sistem de operare nu pot face decât produse echivalente, întrucât vor dezvolta și părți diferențiatoare cum ar fi: interfață, culori sau alte funcționalități superficiale, aspecte care, însă, nu au un impact definitoriu asupra utilității și rezultatelor obținute prin folosirea produsului respectiv. O exemplificare comună ar fi compararea a două automobile din aceeași clasă produse de doi producători diferiți, echivalente în sensul caracteristicilor comune și esențiale (putere motor, capacitate cilindrică, număr de locuri, încărcare maxim admisă, dimensiuni orientative și format constructiv - număr de uși, portbagaj separat etc.), dar niciodată identice la nivelul caracteristicilor neesențiale - culoare, design, planșa de bord etc.

Atât timp cât prin caietul de sarcini nu s-a solicitat în mod clar și fără echivoc ca ofertanții să prezinte o anumită modalitate de demonstrare a echivalenței, cerință ce trebuia formulată în baza art. 158 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare nu are dreptul de a se prevala ulterior, în cadrul etapei de evaluare, de imposibilitatea stabilirii echivalenței între produsul solicitat și produsul ofertat și nici nu poate lua decizia de respingere a unei oferte în baza unor cerințe ce nu au fost aduse la cunoștința ofertanților în prealabil, prin intermediul documentației de atribuire, respectiv înainte de data de depunere a ofertelor (prin clarificări publicate în SEAP).

În punctul său de vedere nr. 130644/12.01..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 1898/15.01....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că membrii comisiei de

evaluare au constatat că, în baza documentelor transmise de către ofertant, prezentate de acesta ca fiind „specificații tehnice publice”, nu se poate stabili echivalența celor două produse, în sensul în care cele două produse nu sunt echivalente. Ofertantul a prezentat un număr de 125 funcționalități pentru sistemul de operare Windows Server 2016 și o prezentare generică a sistemului de operare Red Hat Enterprise Linux.

A prezentat, în răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 96747/ 17.....2017, un document emis de către compania Veracomp Europe SRL, în calitate de distribuitor autorizat al producătorului Red Hat, cuprinzând un tabel comparativ între Windows Server Standard 2016 și Red Hat, tabel în care figurează doar 17 funcționalități, dintre cele 125 invocate chiar de SC ..... SRL, prin trimiterea la https://docs.microsoft.com/en-us/windows-server/get-started/2016-edition-comparison, care sunt echivalente sau superioare sistemului de operare precizat în specificațiile tehnice ca și cerințe minime.

Contrar celor susținute de ofertant, că nu a cunoscut modalitatea de demonstrare a echivalenței, acesta a prezentat, în răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 96747/17.....2017, specificațiile tehnice ale sistemului de operare Windows Server 2016, specificații tehnice solicitate cu titlu de cerințe minime.

Mai mult, analizând tabelul comparativ, comisia de evaluare a ofertei a constat că, pentru a oferi funcționalitatea „SMTP Server” și „POP Server”, sistemul de operare Red Hat utilizează unelte dezvoltate de către diferite comunități, nefiind funcționalități proprii, ale sistemului de operare. Cu toate că, prin integrarea acestora în pachetul pe care îl furnizează, producătorul susține utilizarea lor în versiunea actuală, acesta nu poate garanta suportul și remedierea disfuncționalităților/vulnerabilităților ulterioare.

În consecință, comisia de evaluare a stabilit că ofertantul nu a demonstrat în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice la care se face trimitere.

Pe cale de consecință, în temeiul Legii nr. 101/2016, autoritatea contractantă solicită Consiliului să dispună respingerea contestației petentului ca nefondată.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării, pe o perioadă de 24 de luni, a maximum 200 de echipamente tip „server

x86”, estimate valoric la 3.360.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, între care și SC ..... SRL, a cărui ofertă a fost respinsă de autoritate ca neconformă, întrucât „propunerea tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. 3 litera a din HG 395/2017”. Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Consiliul ia act că rezultatul final al evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 97226/ 21.12.2017, ... comunicat competitorilor în ziua următoare. Anterior, prin procesul-verbal nr. 97062/12.12.2017, comisia de evaluare a stabilit neconformitatea ofertei SC ..... SRL, aspect comunicat prin mijloace electronice în aceeași zi. La 21.12.2017, societatea s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 589/21.12.2017, iar ..... i-a răspuns petentei cu adresa nr. 97252/27.12.2017, în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, compania a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., luni, în interiorul termenului legal de contestare, de zece zile.

Motivele respingerii ofertei se regăsesc în procesul-verbal amintit și în comunicarea asociată lui:

Pornind de la specificațiile tehnice publice prezentate de către ofertant la punctul d, atât ale Windows Server 2016 (capturile nr. 1 - 7), cât și ale RedHat Linux Enterprise (capturile nr. 8 - .....), comisia de evaluare constată că, din cele două documente prezentate, nu se poate stabili echivalența celor două produse.

Referitor la documentul companiei Veracomp Europe SRL, în calitate de distribuitor autorizat al producătorului RedHat, acesta a prezentat un tabel comparativ între cele două sisteme de operare, prezentând doar anumite funcționalități echivalente între cele două sisteme de operare, **fără să țină cont însă de specificațiile tehnice publice ale sistemului de operare Windows Server 2016 Standard, menționate si de către ofertant la punctul d**.

La secțiunea "Maximum RAM", este prezentat un link către un articol aflat pe pagina oficială RedHat (Captura nr. 12). În acel articol, în josul paginii, apare formularea "The maximum supported memory for RHEL 7.1 is 24TB". În aceeași secțiune apare și formularea "the maximum supported CPUs for RHEL 7.1 is 576", funcționalitate inferioară sistemului de operare Windows Server 2016 Standard (Captura nr. 1 - "Maximum number of cores" - unlimited).

La secțiunea "SMTP Server" este prezentat un link către manualul de administrare al sistemului de operare Red Hat, aflat pe pagina oficială a acestuia (Captura nr. 13). în acest document, la punctul 14.1.1.1 SMTP este făcută mențiunea "Red Hat Enterprise Linux 7 provides the postfix and Sendmail SMTP programs"; Ambele programe prezentate sunt programe de tip "Open Source" (Capturile nr. 14 și 15), dezvoltate de către diferite comunități, nefiind funcționalități proprii ale sistemului de operare RedHat

Linux Enterprise. Același lucru este valabil și pentru serverul de tip POP implicit sub Red Hat Enterprise Linux, și anume Dovecot (Captura nr. 16).

În conformitate cu prevederile art. 65 alin. 3 din HG nr. 395/2016, vă aducem la cunoștință faptul că, în urma finalizării fazei de verificare a elementelor tehnice propuse de societatea dvs., comisia de evaluare declară: **OFERTA NECONFORMA - Deoarece propunerea tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. 3 litera a din H.G. 395/2017**.

Documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire.

În jurisprudența sa [hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction Ltd și County Council of the County of Mayo, C-19/00 (punctele 42-44)], Curtea de Justiție a Comunităților Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Potrivit caietului de sarcini, cerințele pe care le cuprinde sunt considerate minimale și obligatorii, nerespectarea lor ducând la neconformitatea ofertei. Orice ofertă care se abate de la cerințe va fi luată în considerare numai în măsura în care asigură un nivel calitativ superior respectivelor cerințe. „În acest sens, ofertantul are obligația de a indica, în cadrul ofertei, care sunt elementele de superioritate și de a prezenta documente edificatoare prin care să demonstreze asigurarea nivelului calitativ superior față de cerințele autorității contractante.”

Pentru sistemul de operare al serverelor, autoritatea a prevăzut în caiet „Microsoft Windows Server 2016 Standard sau echivalent”. SC ..... SRL nu a ofertat sistemul de operare Microsoft Windows Server 2016 Standard, ci Red Hat Enterprise Linux Server Standard. Societatea, în etapa de elaborare a ofertelor, nu a cerut achizitorului beneficiar lămuriri dacă este acceptat un astfel de sistem de operare, pentru a preveni participarea la licitație cu o ofertă posibil neconformă, prin prisma sistemului de ofertare.

În cursul evaluării tehnice, autoritatea a solicitat ofertantului să clarifice „modul de îndeplinire a specificației tehnice (echivalența dintre sistemul de operare solicitat de autoritatea contractantă și sistemul de operare ofertat de dumneavoastră), ținând cont de toate funcționalitățile sistemului de operare solicitate”, cerere la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. 500/22.....2017.

Concluziile la care s-a oprit autoritatea, respectiv că *„din cele două documente prezentate, nu se poate stabili echivalența celor două produse”* și că oferta este neconformă *„deoarece propunerea tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. 3 litera a din H.G. 395/2017”*, nu poate fi validată de către Consiliu, mai cu seamă că este și contradictorie.

Faptul că membrii comisiei de evaluare au constatat că nu se poate stabili echivalența Microsoft Windows Server 2016 Standard și Red Hat Enterprise Linux Server Standard nu înseamnă defel că aceste programe informatice sunt sau nu sunt echivalente.

Potrivit art. 156 din legea achizițiilor publice:

(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 precișiși 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 oricărora dintre acestea, la standarde naționale, la agremente 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".

(4) În cazul în care autoritatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. b), aceasta nu respinge o ofertă pe motiv că lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificațiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. a), aceasta nu respinge o ofertă pentru lucrări, produse sau servicii care sunt conforme cu un standard național care transpune un standard european, cu un agrement tehnic european, cu o specificație tehnică comună, cu un standard internațional sau cu un sistem de referință tehnic elaborat de un organism

european de standardizare, dacă aceste specificații vizează cerințele de performanțe sau cerințele funcționale stabilite de autoritatea contractantă.

(6) În cazul prevăzut la alin. (5), ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, inclusiv cele prevăzute la art. 158, că lucrările, produsele sau serviciile conforme standardului satisfac cerințele de performanță sau cerințele funcționale stabilite de autoritatea contractantă.

Echivalența unui produs, fie el și un software open source, nu se prezumă, ci trebuie dovedită de cel care o invocă și care dorește să îi fie atribuit contractul de achiziție publică. În cauză, îi revenea SC ..... SRL sarcina să dovedească, dincolo de orice îndoială rezonabilă, echivalenței sistemului de operate pe care l-a propus cu cel nominalizat de autoritate, sarcină de care s-a achitat prin răspunsul nr. 500/22.....2017, cu anexa de la SC … SRL (tabel comparativ de funcționalități). În acest context, sarcina probei fiind inversată, revenea … obligația de a argumenta în procesele-verbale de evaluare tehnică neechivalența celor două produse, iar nu să constate că nu se poate stabili echivalența. Cu alte cuvinte, trebuia să explice, cu argumente concrete, de ce Red Hat Enterprise Linux Server Standard nu este echivalent Microsoft Windows Server 2016 Standard, iar doar ulterior se va tranșa conformitatea sau neconformitatea ofertei.

Unitatea achizitoare avea datoria, în combaterea susținerilor de echivalență formulate de reclamantă, să demonstreze că ansamblul de cerințe de ordin tehnic pe care le presupune Microsoft Windows Server 2016 Standard nu sunt atinse de către sistemul propus de reclamantă. Organul administrativ-jurisdicțional nu este chemat să stabilească în locul unității achizitoare dacă cele două sisteme informatice sunt sau nu echivalente, căzând în sarcina exclusivă a unității să prezinte argumente și mijloace de probă care să conducă în mod indubitabil la o anumită concluzie, ceea ce nu se observă în speța aflată pe rol. Scurta demonstrație pe care o încearcă autoritatea în procesul-verbal nr. 97062/12.12.2017, reluată în comunicarea nr. 97064/12.12.2017, este insuficientă pentru conturarea unei concluzii certe, mai cu seamă că însăși autoritatea si-a declarat imposibilitatea determinării echivalenței.

Nu este exclus ca migrarea la sistemul de lucru Linux Red Hat Enterprise Server să presupună inconveniente pentru utilizatorii instruiți să opereze sub Windows Server, existând riscul imposibilității folosirii noului sistem.

După cum în mod judicios a remarcat contestatoarea, potrivit art. 126 alin. (3) din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, în cazul în care evaluarea ofertelor necesită o expertiză aprofundată de natură tehnică, autoritatea poate desemna, pe lângă comisia de evaluare, specialiști externi (specialiști IT, în speță).

Prin urmare, în lumina celor înfățișate, obiecțiile ofertantei privind nelegalitatea respingerii ofertei se vădesc a fi fondate și, în

baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., va anula procesul-verbal nr. 97062/12.12.2017, raportul procedurii de atribuire nr. 97226/21.12.2017 și adresele de comunicare a respingerii ofertei. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei (precedată de reclarificarea ei, dacă este cazul), precum și la emiterea unui nou act de evaluare tehnică a acesteia, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale, cu respectarea legislației aplicabile.

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

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu ....., și anulează procesul-verbal de evaluare nr. 97062/12.12.2017, raportul procedurii de atribuire nr. 97226/ 21.12.2017, precum și adresele autorității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei sale. Obligă autoritatea la reevaluarea acestei oferte (precedată de reclarificarea ei, dacă este cazul) și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului act, autoritatea va comunica societății rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține unsprezece pagini.