CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în Otopeni, ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, împotriva adresei nr. 821/19.03....., reprezentând comunicare ..... procedură, emisă de ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de entitate contractantă, în procedura licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru, având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii nr. 821/19.03..... și a comunicării privind rezultatul procedurii transmise către SC ..... SA, ...

Prin adresa nr. ..... înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../23.04....., SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., reprezentată prin ..... – Director ICT & Key Account România, a formulat o cerere de intervenție prin care solicită respingerea contestației SC ..... SRL, ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de fată, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia prin care SC ..... SRL atacă adresa nr. 821/19.03....., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de ..... SA, în calitate de entitate contractantă în procedura amintită, potrivit căreia oferta sa a fost declarată neconformă.

În fapt, contestatoarea arată că, inițial, oferta sa a fost declarată câștigătoare, însă, ca urmare a contestației formulate de ..., Consiliul, prin Decizia nr. 379/...../..... din 13.02....., a obligat entitatea contractantă la reevaluarea ofertei sale, aceasta fiind declarată neconformă, în baza art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016.

Referitor la primul motiv de neconformitate, respectiv, neîndeplinirea cerinței de la punctul 3.2. din caietul de sarcini cu privire la certificarea pentru „Activitățile de preconfigurare și livrare vor fi coordonate din partea ofertantului de către un project manager (certificat PMP) dedicat acestui produs”, contestatoarea precizează că entitatea contractantă a constatat, în mod real, că Certificatul PMP nr. 493881 prezentat în răspunsul la clarificările solicitate, pentru Robert Dobre, este expirat din data de 06.11.2017, însă la data limită de depunere a ofertelor, 25.10.2017, ora 16.00, certificatul era în perioada de valabilitate.

Prin urmare, susținerea entității contractante, conform căreia, certificatul PMP pentru Robert Dobre nu este valabil la data prezentării, este eronată și tendențioasă, întrucât acesta a avut calificarea continuă inclusiv în perioada de preemitere a noului certificat, dovada fiind chiar emiterea noului certificat pus la dispoziţia autorității contractante.

Referitor la nerespectarea asigurării garanției pe perioada contractuală, contestatoarea supune atenției că s-a solicitat prezentarea unei adrese oficiale din partea producătorului CISCO sau distribuitorului autorizat al acestuia în România, care să confirme faptul că serviciile de suport de tip Cisco SmartNet, ofertate pentru o perioada de 3 ani, sunt valide pentru întreg ansamblul ASR -920-12SZ-IM, inclusiv pentru modulele SFP și dacă, în situatia montării unor module 3-rd party (de la un alt producător), există anumite limitări cu privire la acordarea suportului Cisco SmartNet pentru întreg ansamblul platformei ASR -920-12SZ-IM. Față de această solicitare nu s-a prezentat o astfel de confirmare.

Conform politicii Cisco, se asigură suport pentru componentele de la terțe părți, pentru servicii de garanţie și suport pentru utilizarea de memorii, de cabluri, de controler de interfaţă gigabit (GBIC), a filtrelor unei terțe părți, sau a altor componente non-Cisco, după cum urmează:

- atunci când un client raportează o defecţiune sau un defect la un produs și Cisco consideră că defecţiunea sau defectul se datorează utilizării de memorii, de cabluri, de controler de interfaţă gigabit (GBIC),

de filtre ale unei terțe părți, sau a altor componente non-Cisco, atunci Cisco, în mod unilateral, poate retrage suportul în garanţie sau alt program de suport Cisco, cum ar fi serviciul SMARTnet ™;

- atunci când apare o defecţiune sau un defect în reţea, iar Cisco consideră că defecţiunea sau defectul nu poate fi atribuită utilizării de memorie, cabluri, GBIC, filtre ale unei terțe părți, sau alte componente non-Cisco instalate de un client sau de un revânzător, Cisco va continua să furnizeze suport pentru produsul afectat în garanţie sau acoperit de un program de asistentă Cisco;

- natura defectului sau erorii este cheia pentru determinarea obligaţiilor de suport Cisco. Cisco îşi rezervă, de asemenea, dreptul de a percepe clientului, la tarifele de manoperă și materiale pentru serviciile furnizate clientului, atunci când Cisco determină, după ce a furnizat astfel de servicii, că principala cauză a defectului de produs se datorează unui produs furnizat de un vendor terț.

Față de cele menționate, în vederea respectării cerinței de la punctul 1 din caietul de sarcini cu privire la perioada contractuală, contestatoarea consideră relevantă atât oferta RRC Tech Distribution (distribuitor autorizat al producătorului Cisco în România), în cazul liniei 10.0 SR-920-12SZ-IM, serviciile de suport Smartnet aferente (liniile 10.0.1, 10.3.0.1, 10.10.0.1), precum și oferta GlobeCom, privind modulele SFP, a căror garanție este de peste 3 ani (respectiv 10 ani).

În continuare, contestatoarea invocă legislația aferentă din Statele Unite al Americii, țara de origine a producătorului Cisco, care nu permite corelarea vânzării unor produse cu obligația achiziționării altor componente produse de aceeași companie.

Aceasta tactică de vânzare poartă denumirea de "tie-in sales provision", fiind interzisă în piaţa de consum conform secţiunii 102 (c) din Magnuson-Moss Warranty Act din 1975. În piaţa de networking, acest tip de tactică de vânzare este în contradicţie cu secţiunea 1 și 2 din Sherman Antitrust Act (https://en.wikipedia.org/wiki/Sherman_Antitrust_Act), așa cum Curtea Supremă din Statele Unite a statutat: "Caracteristica esenţială al unui "tying arrangement" invalid constă în exploatarea de către vânzător a controlului asupra "tying product" (în situația de față, un sistem informatic) pentru a forţa cumpărătorul în achizitionarea unui tying product (în cazul de față, transceivers module) pe care cumpărătorul ori nu îl doreşte deloc, ori prefera să-l achiziţioneze din altă parte, în condiţii diferite. Atunci când "această forţare" este prezentă, competiția pe bază de merit în piaţa (transceivers module) este restrânsă și Sherman Act este încălcată (Cazul Jefferson Parish Hospital District No. 2 versus Hyde, 466 U.S. 2 (1984) https://supreme.justia.eom/cases/federal/us/466/2/.

În ceea ce privește legislația europeană, o "warranty tie", explicită sau implicită, de către un producător OEM, constituie o "legătură ilegală" în temeiul articolelor 101 şi 102 din TFUE (Tratatul de funcţionare al

Uniunii Europene), atunci când există un brand-aftermarket specific pentru piesele de schimb, pentru acele produse OEM, atunci când producătorul OEM are o cotă mare de aprovizionare pe această piaţă şi când producătorul OEM caută în mod ilegal să-și protejeze această poziţie prin descurajarea clienţilor "captivi" ai produsele sale primare să achiziţioneze produsele de calitate mai eficiente din punct de vedere al costurilor şi/sau dacă există o piaţă aftermarket largă pentru furnizarea de transceivers de schimb, dacă efectul cumulativ al practicilor adoptate de producătorii de echipamente originale (OEM) determină ca furnizorilor de astfel de componente să le fie foarte dificil să pătrundă pe piaţă.

De asemenea, art. 101 lit. e) din TFUE, precizează că "Următoarele sunt interzise ca fiind incompatibile cu piaţa internă: toate acordurile între întreprinderi, decizii ale asociaţiilor de întreprinderi şi practici concertate care pot afecta comerţul dintre statele membre care au ca obiect sau efect prevenirea, restricţionarea sau denaturarea concurenţei în cadrul pieţei interne, în special a celor care se referă la: (e) condiţionarea încheierii contractelor de acceptarea de către celelalte părţi a obligaţiilor suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu reglementările comerciale nu au nicio legătură cu obiectul acestor contracte".

În continuare, contestatoarea prezintă art. 101 și art. 102 din TFUE (Tratatul de funcționare al Uniunii Europene), precum și legislația națională, OUG nr. 39/2017, care a avut ca obiect transpunerea în legislaţia naţională a Directivei 2014/104/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 noiembrie 2014, privind anumite norme care guvernează acţiunile în despăgubire, în temeiul dreptului intern, în cazul încălcărilor dispoziţiilor legislaţiei în materie de concurenţă a statelor membre şi a Uniunii Europene. Adoptarea, la nivel naţional, a unui act normativ privind reglementarea regimului juridic al acţiunilor în despăgubire trebuia realizată de către autorităţile române, până la data de 27 decembrie 2016, fiind necesară pentru a asigura stabilirea, în concret, a unor măsuri care să conducă la crearea unui sistem eficient şi uniform de aplicare privată a regulilor de concurenţă pe întreg spaţiul Uniunii Europene.

Astfel, aplicarea dispoziţiilor de fond şi de procedură referitoare la exercitarea cererilor de despăgubiri pentru prejudicii cauzate de încălcarea legislaţiei în materie de concurenţă nu poate face practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea dreptului la despăgubiri integrale.

Totodată, aplicarea dispoziţiilor, de fond şi de procedură, privind exercitarea cererilor de despăgubiri întemeiate pe încălcări ale art. 101 sau 102 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene, nu poate fi mai puţin favorabilă pentru părţile care pretind a fi prejudiciate decât normele care reglementează acţiuni similare în despăgubire care rezultă din încălcări ale legislaţiei naţionale.

Contestatoarea mai supune atenției că, în data de 24 ianuarie 2017, Comisia Europeană a notificat autorităţile române, cu privire la

declanşarea unei acţiuni de infringement pentru constatarea neîndeplinirii obligaţiilor de stat membru, prin punere în întârziere pentru necomunicarea măsurilor naţionale de transpunere a Directivei sus-menţionate, procedura care face obiectul Cauzei 2017/0189.

Autorităţile române au avut la dispoziţie un termen de două luni, respectiv până la data de 24 martie 2017, pentru a răspunde notificării de punere în întârziere. La solicitarea statului român, acest termen a fost prelungit cu două luni, până la data de 24 mai 2017. Este esenţial ca, în cazul necomunicărilor, autorităţile române să depună toate diligenţele să transpună integral Directiva 2014/104/UE şi să notifice Comisiei măsurile de transpunere, înainte de sesizarea Curţii de Justiţie a Uniunii Europene.

Prin urmare, menţinerea unui cadru juridic diferit în raport cu celelalte state membre ale Uniunii Europene, cu privire la condiţiile în care părţile prejudiciate îşi pot exercita dreptul la despăgubiri care derivă din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene, în opinia contestatoarei, afectează eficacitatea acestui drept pe teritoriul României şi face mai dificilă repararea prejudiciului determinat de încălcarea normelor de concurenţă, afectând capacitatea economico-financiară a acestora.

Mai mult, din documentaţia de atribuire aferentă procedurii în cauză, nu reiese că acordul cadru ce urmează a fi încheiat, este tripartit. Entitatea contractantă dorește confirmarea serviciilor de suport și mentenență de la un operator economic care nu a participat la procedura de atribuire (chiar dacă acest operator economic este producătorul produselor).

Concluzionând, contestatoarea mai precizează că relația contractuală dintre operatorul economic ce va fi declarat câștigător al procedurii de atribuire și unul dintre furnizorii săi, nu face obiectul acordului-cadru publicat în documentaţia de atribuire a procedurii în cauză și însușit de operatori economici participanţi prin *Declaraţia privind însușirea clauzelor contractuale*.

De asemenea, în cazul în care contractul ce urmează a fi încheiat nu este unul tripartit, doar operatorul economic declarat câștigător, cu care va încheia acordul-cadru, are obligaţii clare și specifice față de entitatea contractantă (inclusiv obligaţia de a deschide garanţia de bună execuţie în cuantum de 10% din valoarea contractului).

În cazul în care entitatea contractantă ar primi o confirmare din partea producătorului Cisco privind serviciile de suport și mentenanță pe 3 ani, aceasta va beneficia de aceste servicii doar prin intermediul "furnizorului", fără a putea interveni în relaţia contractuală a acestuia cu producătorul/furnizorul.

În consecinţă, contestatoarea apreciază că, semnarea de către operatorul economic declarat câștigător a acordului - cadru, însușirea clauzelor contractuale privind garanţia produselor, constituirea garanţiei de bună execuţie, sunt mijloacele legale prin care entitatea contractantă se poate asigura de garanţia echipamentelor livrate, oferta sa respectând

pe deplin solicitările din cadrul documentaţiei de atribuire cu privire la obligaţiile de garanţie.

În consecință, în opinia contestatoarei, declararea ofertei sale neconformă pentru cerințe ce nu se regăsesc în caietul de sarcini, încalcă în mod grav dispozițiile art. 2 alin. (2), dispoziţiile art. 49, ale art. 83 alin. (3) și ale art. 154 din Legea nr. 98/2016, solicitând pe această cale admiterea contestației așa cum a fost formulată în partea introductivă a deciziei.

În drept, petenta invocă prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1138/16.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 15282/17.04....., entitatea contractantă a transmis un punct de vedere și copii din dosarul achiziției publice, solicitând respingerea contestației formulate de SC ..... SRL, ca neîntemeiată.

Entitatea contractantă arată că, urmare a Deciziei CNSC nr. 379/..... din 13.02....., prin care s-a dispus la reevaluarea ofertei SC ..... SRL, a procedat întocmai conform celor dispuse de CNSC, reanalizând oferta tehnică a contestatoarei, solicitându-i acesteia clarificări, iar în urma răspunsului, comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei, pentru neîndeplinirea cerințelor caietului de sarcini.

După operarea în SEAP a evaluărilor DUAE și tehnic, au fost redeschise ofertele financiare ale ofertanților declarați admiși, comisia de evaluare a stabilit oferta .., ca fiind câștigătoare, având în vedere criteriul de atribuire, prețul cel mai scăzut, comunicând rezultatul final tuturor participanților în procedură.

În referire la criticile contestatoarei, entitatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere cu privire la rezultatul procedurii exprimat în raportul procedurii nr. 816/19.03....., respectiv comunicarea rezultatului prin care a fost descalificată oferta contestatoarei, precum și punctul de vedere transmis ca urmare a notificării prealabile, solicitând pe această cale, respingerea contestației SC ..... SRL, ca neîntemeiată.

Prin adresa nr. ...../ înregistrată la CNSC sub nr. ...../23.04....., SC ..... SA a formulat o cerere de intervenție prin care solicită respingerea contestației SC ..... SRL, ca nefondată.

Considerând ca fiind îndeplinite condițiile legale pentru o cerere de intervenție principală, întrucât este ofertant declarat câștigător al procedurii în discuție, iar în situația în care se consideră că aceste condiții nu sunt îndeplinite, solicită calificarea cererii de intervenție ca fiind una accesorie, SC ..... SA, precizează că, în referire la nedepunerea certificatului PMP pentru Robert Dobre, însăși contestatoare recunoaște, în mod direct, că a depus acest certificat. Prin urmare, riscul întocmirii ofertelor, formularea răspunsurilor la solicitarea de clarificări, precum și prezentarea documentelor cerute de autoritatea contractantă, cad, exclusiv, în sarcina operatorului economic, fiind mai mult decât evident lipsa de diligență din partea SC ..... SRL.

Intervenienta mai arată că petenta a ofertat componente aparținând producătorului Globecom, iar poziția oficială a producătorului Cisco, în ceea ce privește garanția pe care o acordă în această situație, a fost foarte clară, respectiv: „… aceste componente nu se află pe lista componentelor certificate și testate de noi, situație în care politica Cisco susține în mod clar imposibilitatea acordării suportului pentru acest tip de componente și retragerea/neacordarea suportului pentru întreg ansamblul în discuție ...”, ceea ce, în mod evident, reiese imposibilitatea contestatoarei de a asigura garanția prevăzută în documentația de atribuire.

Pentru motivele expuse, .., solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației SC ..... SRL, ca nefondată.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii unui acord-cadru, având ca obiect „.....”, ... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, publicând în SEAP anunțul de participare nr. ...../..... și documentația de atribuire.

Consiliul constată că în cadrul acestei proceduri a mai fost formulată o contestație de către SC ..... SA împotriva adresei nr. 2921/20.12.2017, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de ..... SA, ce a fost soluționată de Consiliu prin decizia nr. 379/...../..... din data de 13.02....., în sensul admiterii, anulării rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare și obligării entității contractante, în termen de 15 zile, la reevaluarea ofertei SC ..... SRL.

Totodată, nu rezultă că decizia anterioară a CNSC ar fi fost atacată cu plângere la Curtea de Apel, situaţie în care, rămânând definitivă, soluţia pronunţată este obligatorie pentru părţi. În consecinţă, autoritatea contractantă nu putea ignora decizia Consiliului şi dispoziţiile legale aplicabile, constatate a fi încălcate cu ocazia reevaluării ofertei contestatoarei.

Nemulțumită de noul ..... al procedurii comunicat prin adresa nr. 821/19.03....., SC ..... SRL a înaintat contestația de față, cu respectarea prevederilor art. 6 alin (1) din Legea nr 101/2016 (de notificarea prealabilă), solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată în partea introductivă a deciziei.

De asemenea, Consiliul reține că, în cauza prezentă, SC ..... SA, ofertantul desemnat câștigător, a formulat o cerere de intervenție, demers ce a fost încunoștiințat părților interesate.

Din analiza preliminară a acesteia, Consiliul consideră cererea de intervenție admisibilă în principiu, raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, fiind formulată în susținerea interesului autorității contractante, de menținere a rezultatului procedurii atacat,

urmând a fi cercetată odată cu solicitările părților, conform cu dispozițiile art. 64 și următoarele din Codul de procedură civilă.

Conform adresei nr. 821/19.03....., de comunicare a rezultatului procedurii, oferta contestatoarei a fost respinsă ca neconformă, în baza art. 143 alin. (3) pct. a) din HG nr. 394/2016 – întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini: „nu este respectată cerința de la punctul 3.2 din caietul de sarcini cu privire la certificarea pentru Activitățile de preconfigurare și livrare vor fi coordonate din partea ofertantului de către un proiect manager (certificat PMP) dedicat acestui produs. Certificatul PMP nr. 493881 prezentat, pentru domnul Robert Dobre, este expirat din data de 06.11.2017; nu este respectată asigurarea garanției pe perioada contractuală. Cu toate că s-a solicitat prezentarea unei adrese oficiale din partea producătorului CISCO care să confirme faptul că serviciile de suport tip Cisco SmartNet ofertate pentru o perioadă de 3 ani sunt valide pentru întreg ansamblul ... nu s-a prezentat o astfel de confirmare ...".

Potrivit considerentelor deciziei anterioare, Consiliul a reținut următoarele aspecte ce urmau a face obiectul clarificărilor de către entitatea contractantă:

- pagina 7: **[- nu a fost respectată cerința de la punctul 3.2 din caietul de sarcini cu privire la certificarea pentru "Activitățile de preconfigurare și livrare vor fi coordonate din partea ofertantului de către un project manager (certificat PMP) dedicat acestui produs ...".** Referitor la acest aspect, Consiliul constată temeinicia în parte a criticilor, având în vedere că ofertantul declarat câștigător l-a declarat, în cadrul ofertei și în răspunsul la clarificări nr. 487/27.11.2017, pe domnul Robert Dobre - PMP Certificate, pentru îndeplinirea activităților și subactivităților din caietul de sarcini, dar fără a prezenta certificat doveditor**]**;

- pagina 7-9: **[- nu e respectată asigurarea garanției pe perioada contractuală.** Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere că societatea contestatoare susține că ofertantul câștigător, în tabelul de detalii producător, a menționat doar producătorul Cisco, în condițiile în care acesta a ofertat și produse aparținând Globecom, ale căror cerințe privind asigurarea garanției pe perioada contractuală nu sunt respectate, conform caietului de sarcini care prevede că: *Oferta trebuie să includă garanția echipamentelor și a platformelor livrate pentru o perioadă de cel puțin 3 ani, asigurându-se și mentenanța componentelor hardware și software pe această durată. De asemenea, produsele (echipamentele, software), trebuie să întrunească condițiile pentru a primi garanția producătorului și pentru a primi suportul și serviciile oferite de producător*.

Referitor la îndeplinirea acestei cerințe Consiliul are în vedere, pe de o parte, informațiile prevăzute în cadrul propunerii tehnice a

ofertantului declarat câștigător, pag 1 și 2: „oferta ..... SRL include garanția echipamentelor și a platformelor livrate pentru o perioadă de 3 ani, asigurându-se și mentenanța componentelor hardware și software pe această durată. În cazul în care oferta noastră este câștigătoare, ... SRL va prezenta confirmarea producătorului că echipamentele sunt declarate sub clientul final corect în termen de 7 zile de la livrare … ..... SRL fiind agreat de producător să ofere servicii de tip partener, acest lucru fiind confirmat cu declarația producătorului MAF-Electrica-Frontal (document atașat) …", răspunsul nr. 514/12.12.2017 „… oferta trebuie să includă garanția echipamentelor și a platformelor livrate pentru o perioadă de cel puțin 3 ani, asigurându-se și mentenanța componentelor hardware și software pe această durată, fără să facă nicio precizare clară privind garanția și mentenanța ansamblului de la un singur vendor/producător … mai mult în politica producătorului Cisco referitor la folosirea unor module 3-rd party există următoarele precizări … atunci când apare o defecțiune sau un defect în rețea, iar Cisco consideră că defecțiunea sau defectul nu poate fi atribuită utilizării de memorie, cabluri, GBIC, filtre ale unei terțe părți, sau alte componente non-Cisco instalate de un client sau de un revânzător Cisco va continua să furnizeze support pentru produsul afectat în garanție sau acoperit de un program de asistență Cisco … va asigura împreună cu producătorul Cisco, în baza programului de garanție Cisco SmartNet, serviciile de garanție și mentenanță, în parametrii ofertați, fără niciun cost suplimentar pentru autoritatea contractantă", la solicitarea entității contractante nr. 2777/08.12.2017 „… vă rugăm să ne prezentați o adresă și documente oficiale din partea producătorului CISCO prin care se confirmă faptul că serviciile de support tip Cisco SmartNet ofertate pentru o perioadă de 3 ani sunt valide pentru întreg ansamblul ASR-920-12SZ-IM, inclusiv pentru modulele SFP și dacă în situația montării unor module 3-rd party (de la un alt producător) există anumite limitări cu privire la acordarea suportului Cisco SmartNet pentru întreg ansamblul platformei Cisco ASR-920-12SZ-IM", iar, pe de altă parte, adresele de răspuns transmise de producătorul Cisco, atât către contestatoare, cât și către entitatea contractantă, care precizează "cu privire la utilizarea unor componente 3rd party (de la alți producători) ca cele menționate în adresa dumneavoastră (SFP-10G-ER-S= de la producătorul GLOBECOM) aceste componente nu se află pe lista componentelor certificate și testate de noi, situație în care politica Cisco susține în mod clar imposibilitatea acordării suportului Cisco SmartNet pentru acest tip de componente și retragerea/neacordarea suportului Cisco SmartNet pentru întreg ansamblul în discuție (Cisco ASR-920-12SZ-IM) în cazul apariției oricăror probleme de funcționare sau defecțiuni datorate utilizării acestui tip de componente".

Cu toate că i s-a solicitat prezentarea unei adrese din partea producătorului CISCO care să confirme faptul că serviciile de suport tip Cisco SmartNet ofertate pentru o perioadă de 3 ani sunt valide pentru

întreg ansamblul ASR-920-12SZ-IM, inclusiv pentru modulele SFP și dacă în situația montării unor module 3-rd party (de la un alt producător) există anumite limitări cu privire la acordarea suportului Cisco SmartNet pentru întreg ansamblul platformei Cisco ASR-920-12SZ-IM, ofertantul declarat câștigător nu a prezentat o astfel de confirmare.

Cu toate că entitatea contractantă a solicitat, și a primit răspunsul producătorului CISCO, care confirmă imposibilitatea acordării suportului Cisco SmartNet pentru acest tip de componente și retragerea/ neacordarea suportului Cisco SmartNet pentru întreg ansamblul în discuție (Cisco ASR-920-12SZ-IM), în cazul apariției oricăror probleme de funcționare sau defecțiuni datorate utilizării acestui tip de componente (aparținând Globecom), așa cum precizează contestatoarea, entitatea contractantă a declarat admisibilă și câștigătoare oferta depusă de SC ..... SRL.

În aceste condiții, de interes pentru entitatea contractantă era să se asigure că beneficiază de garanția echipamentelor și a platformelor livrate pentru o perioadă de 3 ani, și de mentenanța componentelor hardware și software pe această durată, așa cum a solicitat prin caietul de sarcini.

Astfel, Consiliul are în vedere încălcarea dispozițiilor art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016, care prevăd atribuțiile comisiei de evaluare:

„f) verificarea conformităţii propunerilor tehnice ale ofertanţilor cu prevederile caietului de sarcini;

i) elaborarea solicitărilor de clarificări şi/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare şi/sau ofertelor;

j) stabilirea ofertelor inacceptabile şi/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;

k) stabilirea ofertelor admisibile”.

Rezultă, din motivarea expusă, faptul că entitatea contractantă avea obligația de a verifica îndeplinirea, de către ofertanți, a tuturor cerințelor pe care le-a stabilit și impus prin documentația de atribuire, astfel încât să se asigure asupra satisfacerii cantitative și calitative a necesităților sale prin oferta desemnată câștigătoare. Văzând această situație de fapt, Consiliul stabilește că, în fapt, evaluarea ofertei depusă de SC ..... SRL relevă lipsa de conformitate, entitatea contractantă nefiind în posesia unor documente și justificări ale ofertantului din care să rezulte că beneficiază de garanția echipamentelor și a platformelor livrate pentru o perioadă de 3 ani, și de mentenanța componentelor hardware și software pe această durată și a diplomelor pentru personalul propus].

Punând în aplicare decizia anterioară a Consiliului nr. 379/...../..... din data de 13.02....., prin adresa nr. 490/21.02....., entitatea contractantă i-a solicitat contestatoarei, următoarele: „1. Pentru a fi respectată cerința de la punctul 4 din caietul de sarcini ... vă rugăm să clarificați cu prezentarea documentelor de confirmare. 2. Pentru a fi respectată cerința de la punctul 3.2 din caietul de sarcini ... întrucât ați declarat în cadrul ofertei și în răspunsul la clarificări nr. 487/27.11.2017, pe domnul Robert Dobre – Certificat PMP, pentru îndeplinirea activităților și subactivităților din caietul de sarcini, vă rugăm să prezentați documentele doveditoare. 3. Pentru a fi respectată cerința de la punctul 1 din caietul de sarcini cu privire la asigurarea garanției pe perioada contractuală, vă solicităm prezentarea unei adrese oficiale din partea producătorului CISCO care să confirme faptul că serviciile de suport tip Cisco SmartNet ofertate pentru o perioadă de 3 ani sunt valide pentru întreg ansamblul ...".

La această solicitare, prin adresa nr. 103/26.02....., contestatoarea a transmis următorul răspuns: „1. Solicitare nr. 1 (...) 2. Solicitare nr. 2: (...) În conformitate cu cele prezentate în oferta ..... SRL, vă rugăm să găsiți atașată prezentului document certificarea Project Management Professional a domnului Robert Dobre. 3. Solicitare nr. 3: (...) În caietul de sarcini, parte din documentația de atribuire a acordului-cadru (...) fără să facă nicio precizare clară privind garanția și mentenanța ansamblului de la un singur producător (...) privind respectarea cerinței de la punctul 1 din caietul de sarcini cu privire la asigurarea garanției pe perioadă contractuală, considerăm relevante atât oferta mai sus menționată, așa cum reiese din liniile menționate, precum și din oferta GlobeCom atașată privind modulele SFP, a căror garanție este de peste 3 ani (respectiv 10 ani) ... în concluzie vă confirmăm faptul că SC ..... SRL a respectat în oferta sa cerința de la punctul 1 din caietul de sarcini cu privire la asigurarea garanției pe perioada contractuală".

Analizând răspunsul contestatoarei, Consiliul constată că, în contradicție cu dispozițiile art. 249 din Codul de procedură civilă, potrivit cărora, „*cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*", societatea contestatoare nu a prezentat certificat PMP – valabil pentru Robert Dobre, precum și adresă de confirmare din partea producătorului CISCO privind asigurarea garanției echipamentelor/platformelor și de mentenanță a componentelor hardware și software.

Faptul că, la data depunerii ofertelor, certificatul PMP prezentat pentru Robert Dobre era încă valabil, e lipsit de relevanță, având în vedere că acesta a expirat pe parcursul derulării procedurii, iar contestatoarea nu a prezentat informații/documente, la solicitarea

entității contractante, din care să rezulte că se află în proces de prelungire a valabilității certificatului.

Prin ultimul său act de evaluare, se constată că entitatea contractantă a reanalizat oferta cu aplicarea celor statuate de Consiliu în decizia anterioară. În consecinţă, demersurile de executare întreprinse de entitatea contractantă sunt în concordanță cu cele decise de Consiliu. Or, riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor, cade în sarcina ofertantului, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în fișa de date și în solicitarea de clarificări, care sunt aspectele pe care ofertantul trebuie să le clarifice și modalitatea clară, explicită în care acesta să o facă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA. Pe cale de consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ..... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SC ..... SA.

Respinge ca nefondată contestația formulată de de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA. Admite cererea de intervenție formulată de SC ..... SA.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**..**	**..**

.....