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. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 99/11.09.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 37029/11.09.2018, formulată de către ..., cu sediul în ... și cu adresa de corespondentă în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Extindere capacitate de stocare SAN-uri”, s-a solicitat eliminarea din caietul de sarcini a tuturor cerințelor de calificare care nu reprezintă specificații tehnice concrete ale produselor livrate sau ale serviciilor ce se solicită a fi prestate și îngrădesc accesul în procedura de atribuire, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea cauzei.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
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 ... critică o serie de prevederi din documentația de atribuire, respectiv din caietul de sarcini.

Contestatorul evocă faptul că în caietul de sarcini, entitatea contractantă a solicitat:

„b) Condiții obligatorii

1. Ofertantul trebuie să prezinte documente care să ateste că este reprezentantă a producătorului în România sau Distribuitor autorizat al producătorului în România, pentru vânzarea produselor respective.

2. Pentru pozițiile 1.1 și 1.2, trebuie să fie în mod obligatoriu unul din producătorii specificați în tabelul de mai jos:

Poziția	*Producător*

[1.1-1.2]	*Producător IBM sau echivalent*

3. Document prin care ofertantul face dovada scrisă a asigurării service în perioada de garanție și post garanție. Documente care să ateste activitatea de service a companiei ofertantului, de minim 1 an pentru echipamentele producătorului respectiv.

4. Toate echipamentele și serviciile aferente vor fi furnizate, respectiv prestate, de către același ofertant.

c) Cerințe generale (...)

5. Pentru realizarea acestor servicii, se solicită din partea ofertantului următoarele certificări tehnice:

- Minim un consultant certificat IBM Certified Specialist - Enterprise Storage Technical Support V4 - conform mediului existent al beneficiarului.

- Minim un consultant certificat SAP Basis - conform mediului existent al beneficiarului.

- Minim un consultant certificat Project Management Professional (PMP) sau echivalent."

Contestatorul susține că aceste cerințe nu sunt specificații tehnice ale produselor/serviciilor solicitate, în sensul definiției date din Legea nr. 99/2016, fiind practic cerințe/criterii de calificare și/sau selecție, care se găsesc în caietul de sarcini și nu au fost preluate în fișa de date a achiziției, fiind considerate clauze nescrise. Caietul de sarcini trebuie să includă descrierea concretă a caracteristicilor produselor ce se vor livra și ale serviciilor care se solicită prestate, iar nu criterii de calificare pentru a le livra/presta, așa cum sunt cele de mai sus. Dovedirea capacității tehnice de executare a contractului se solicită în fișa de date a achiziției și se demonstrează de ofertant prin îndeplinirea criteriilor de calificare. Așa-zisele specificații tehnice de mai sus, care sunt contestate și considerate nelegale, au ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, care restrâng concurența între operatorii economici, favorizând producătorul ori pe acei operatori economici agreați de anumiți producători, contrar art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Punctual, cu privire la criticile sale, contestatorul arată următoarele:

1. *Ofertantul trebuie să prezinte documente care să ateste că este reprezentantă a producătorului în România sau Distribuitor autorizat al producătorului în România, pentru vânzarea produselor respective*.

Contestatorul face precizarea că cererea de autorizații de la producător, în scopul calificării în procedurile de achiziție publică, a fost constatată ca fiind ilegală în mod repetat de către autoritățile în domeniul achizițiilor publice și interzisă ca atare. Nu există „autorizații" emise de producători care să confirme competențele și care să fie necesare pentru exercitarea profesiilor IT. Nu există entități abilitate legal în România pentru a emite astfel de „autorizări", întrucât domeniul IT nu este reglementat (spre deosebire de alte domenii precum cel electric, al gazelor naturale, ş.a., care prin legi specifice au desemnate autorități legal abilitate să emită certificate obligatorii pentru exercitarea profesiilor și activităților respective - cum ar fi ANRE, CNCIR, ş.a.).

Astfel, entitatea contractantă ar fi putut solicita (doar în fișa de date a achiziției, nu în caietul de sarcini), documente care atestă instruirea personalului în conformitate cu standardele de reparații și folosirea

echipamentelor adecvate la standardele cerute de producător, însă nu ca furnizorul să fie autorizat de către producătorul unor anumite echipamente.

Prin astfel de cerințe se încalcă principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 - nediscriminarea și tratamentul egal, avantajându-se în mod clar operatorii economici cărora producătorii echipamentelor doresc să le acorde prestarea serviciilor aferente produselor respective.

Contestatorul consideră că cerința referitoare la autorizările din partea producătorului, în forma din caietul de sarcini, nu este decât o piedică pe criterii care nu au de fapt nicio legătură cu specificațiile tehnice ale produselor și serviciilor (formulate și menționate concret în caietul de sarcini, și pe care ofertantul și le asumă), care trebuie să se refere la aspecte concrete ale livrării/prestării lor, precum calitatea, termenele de răspuns și rezolvare a incidentelor, garanția, etc. Tipul certificărilor/autorizărilor care se pot solicita în procedura de achiziție publică este prevăzut explicit și exhaustiv în legislația în domeniu. Certificările privind capacitatea tehnică a ofertanților care se pot solicita sunt cele privind standardele de calitate, cele privind standardele de mediu, cele privind standardele de muncă ale personalului, în unele cazuri. Organismele care pot emite aceste certificări sunt, conform legii, autoritățile publice competente în domeniul respectiv sau organismele publice sau private de atestare a calității (deci nu un producător de echipamente).Î

În mod evident, un producător nu se încadrează în niciuna din situațiile de mai sus, fiind un terț în procedură - nu este autoritate publică competentă, nu este organism public sau privat de atestare a calității sau a unui standard de muncă, care ar permite considerarea unor certificări sau autorizări emise de acesta, indiferent dacă acestea se referă la livrarea unor produse, garanție, servicii, suport tehnic sau la orice alte aspecte, ca fiind valabile în procedurile de achiziții publice. Așadar, o entitate care nu are abilități de certificare conform unor reglementări, cum este cazul producătorilor sau distribuitorilor de bunuri generale, mărfuri, echipamente etc., nu poate emite certificări care să constituie criterii de calificare într-o procedură de achiziție publică, iar chiar și solicitarea autorității contractante, fără precizarea normei legale pe care se bazează, (care normă legală desigur că nici nu există) este nelegală și restrictivă, având în vedere că legislația obligă autoritățile contractante să menționeze norma legală în baza căreia solicită o anumită certificare.

Solicitându-se autorizările/certificările respective ori se atribuie livrarea produselor și prestarea serviciilor direct producătorului echipamentelor, ori acelui partener agreat de către acesta care îi va aduce cel mai mare profit. Astfel, contestatorul apreciază că se creează o situație de monopol, în care producătorul poate solicita pentru anumite produse și servicii la orice preț dorește, neexistând concurență reală tocmai prin acțiunea eronată a entității contractante.

În concluzie referitor la această specificație tehnică, contestatorul evocă următoarele:

- rezultatul introducerii cerinței respective este restrângerea drastică (dacă nu chiar eliminarea) concurenței, încălcându-se principiile ce stau la baza activității de achiziții publice;

- nu constituie o specificație tehnică a unui livrabil, prin urmare nu are locul în caietul de sarcini;

- probabil prin introducerea acesteia aici și nu în fișa de date, entitatea contractantă a urmărit eludarea controalelor premergătoare aprobării publicării documentației care verifică legalitatea criteriilor de calificare solicitate, în locul în care trebuie să se găsească (fișa de date) și nu al celor ascunse ca și „specificații tehnice” în caietul de sarcini;

- se solicită eliminarea specificației tehnice din caietul de sarcini pentru motivele de mai sus.

2. *Pentru pozițiile 1.1 și 1.2, trebuie sa fie în mod obligatoriu unul din producătorii specificați în tabelul de mai jos:*

Poziția	*Producător*
[1.1-1.2]	*Producător IBM sau echivalent*

Contestatorul menționează că aceasta constituie o deturnare făcută cu bună știință a posibilității date de legislație de a menționa mărci de producător sau denumiri proprietare în caietul de sarcini, dar doar în scopul de a preciza exact specificațiile unui produs solicitat atunci când în lipsa precizării solicitările nu sunt suficient de clare și relevante. Legislația achizițiilor publice nu permite menționarea explicită a unui producător, ca obligație pentru produse de a purta marca respectivă, așa cum este folosită în această situație. În plus, este un non-sens noțiunea de producător echivalent IBM și păstrarea acesteia poate duce la interpretări arbitrare.

Concret, contestatorul arată ca, în urmă cu câțiva ani, firma IBM a vândut divizia de echipamente de acest tip către firma Lenovo, ceea ce face ca în prezent echipamentele menționate (Storwize v7000 și v5000) să fie disponibile, mai ales componentele lor precum upgrade-urile, atât sub marcă IBM, cât și sub marcă Lenovo. Păstrarea acestei „specificații” poate avea ca efect ca în cazul în care entitatea contractantă nu agreează o ofertă, să stabilească arbitrar că producătorul Lenovo nu este echivalent cu IBM întrucât oricum nu a explicat ce ar însemna producător echivalent, cu efectul descalificării ofertei care conține produse Lenovo cu totul compatibile și care se integrează cu sistemele conform cerinței.

... consideră ca fiind întrutotul suficientă solicitarea entității contractante de la pct. 2 al cap. c) Condiții generale: *„Unitățile de extensie ofertate trebuie să se integreze în sistemele de stocare existente. Prin urmare, ofertanții sunt responsabili de asigurarea unei compatibilități depline din punct de vedere hardware și software a echipamentelor propuse, cu sistemele de stocare Storwize v5000 și Storwize v7000 gen2 la care se vor atașa*” și solicită eliminarea acestei specificații referitoare la producător.

3. *Document prin care ofertantul face dovada scrisă a asigurării service în perioada de garanție și post garanție. Documente care să ateste activitatea de service a companiei ofertantului, de minim 1 an pentru echipamentele producătorului respectiv.*

Contestatorul menționează că această cerință se constituie prin efectele sale într-o nouă solicitare de autorizare din partea producătorului. Cerința de *„document care să ateste activitatea de service a companiei ofertantului, de minim 1 an pentru echipamentele producătorului respectiv*”,

este în mod evident un alt criteriu de calificare, care eventual putea fi cerut în fișa de date a achiziției și, în niciun caz, cât timp ofertantul a prestat activități de service anterior procedurii, nu poate fi o specificație tehnică a serviciilor solicitate în prezenta procedură de atribuire.

Aceste cerințe de documente referitoare la ofertant, nu formulează în niciun fel specificații concrete referitoare la caracteristicile serviciilor solicitate împreună cu produsele (precum timpi de intervenție, timpi de reparație maximi pentru defecte, perioadă de disponibilitate a serviciului de preluare reclamații/incidente precum 24x7 sau 8x5 în zilele lucrătoare, etc.) și, prin urmare, acestea sunt din nou documente de calificare a ofertantului, de tipul autorizației de la producător, disimulate ca specificații tehnice ale livrabilelor în caietul de sarcini.

Contestatorul solicită eliminarea acestei specificații tehnice.

4. *Toate echipamentele și serviciile aferente vor fi furnizate, respectiv prestate, de către același ofertant*.

Contestatorul susține ca aceasta nu este o specificație tehnică. Ofertantul este liber să aleagă, pe criterii comerciale obiective, ce produse / servicii va livra sau presta pe cont propriu sau prin subcontractanți. Contractul se semnează între furnizor și achizitor - câtă vreme furnizorul își asumă prin semnare ducerea la bun sfârșit a contractului, cu respectarea tuturor termenelor, nu i se pot impune de către achizitor niciun fel de restricții în privința modului în care se îndeplinește acest lucru. De altfel, în fișa de date nu se face nicio referire la astfel de interdicție, dimpotrivă, se specifică ce documente trebuie să depună terții susținători sau ofertanții în asociere ori subcontractanții.

Astfel, ... solicită eliminarea acestei specificații tehnice.

5. *c) Cerințe generale. Pentru realizarea acestor servicii, se solicită din partea ofertantului următoarele certificări tehnice:*

- minim un consultant certificat IBM Certified Specialist - Enterprise Storage Technical Support V4 - conform mediului existent al beneficiarului;

- minim un consultant certificat SAP Basis - conform mediului existent al beneficiarului;

- minim un consultant certificat Project Management Professional (PMP) sau echivalent.

Contestatorul reiterează faptul că aceste specificații tehnice sunt, prin formă și efect, din nou criterii de calificare a ofertantului, neprecizate în fișa de date a achiziției și disimulate în caietul de sarcini, ca și cum ar fi specificații tehnice concrete ale livrabilelor.

Astfel, contestatorul apreciază că formularea „*se solicită din partea ofertantului următoarele certificări tehnice*”, are efectul de calificare sau nu a ofertelor la depunere, întrucât nu se solicită eventual doar „*serviciile se vor livra cu personal certificat cu certificările A, B, C*”, ceea ce un ofertant ar putea să își asume ca specificație de livrare a serviciilor odată ce contractul este în derulare.

În același timp, contestatorul precizează că solicitarea este în contradicție cu cerințele de calificare chiar din fișa de date a achiziției, cap. III. 2.3) Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului: Obligație de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: Nu.

Drept urmare, contestatorul susține că cerințele privind calificările personalului sunt criterii de calificare ale ofertantului, ce nu sunt preluate în fișa de date a achiziției, fiind așadar clauze nescrise, numai acest lucru fiind suficient pentru eliminarea din caietul de sarcini a „specificațiilor" atacate. Mai mult, combinația exactă de certificări solicitate, care nu reflectă în niciun caz o necesitate reală, denotă o probabilă pre-înțelegere nelegitimă cu un ofertant a celor care au editat caietul de sarcini, pentru favorizarea acestuia și crearea de dificultăți oricăror altor ofertanți de a îndeplini solicitările.

- minim un consultant certificat IBM Certified Specialist - Enterprise Storage Technical Support V4 - conform mediului existent al beneficiarului.

Contestatorul menționează că această cerință este foarte restrictivă, mai ales cu precizarea expresă de Versiunea 4 (de ce nu 3, sau 5). Există mai multe certificări de storage pentru acest tip de echipamente, nu doar cea menționată, și întrucât echipamentele sunt acum comercializate de Lenovo, există și de la Lenovo, nu numai de la IBM. Dacă entitatea contractantă ar fi dorit să formuleze o specificație legitimă, iar nu în scopul favorizării unui ofertant, putea solicita de exemplu „*serviciile se vor presta de un consultant având o certificare relevantă de suport tehnic pentru produsele solicitate*", fără alte precizări de versiuni obligatorii sau emitent al certificării.

- minim un consultant certificat SAP Basis - conform mediului existent al beneficiarului.

Contestatorul precizează că această cerință dovedește cel mai bine premeditarea favorizării unui ofertant, care deduce că are personal certificat IBM cu certificarea de mai sus, precum și pentru aplicația de gestiune economică SAP, cu certificarea SAP Basis. Nimic din cadrul caietului de sarcini nu indică faptul că se urmărește, prin prezenta procedură de atribuire, acționarea de aplicații SAP, servicii pentru SAP sau alt livrabil legat de aplicația SAP. Nu se solicită nicăieri niciun livrabil referitor la aplicația SAP, aceasta fiind o procedură strict de achiziție de echipamente hardware și de servicii de instalare pentru acestea. Implementarea extinderii soluției de stocare nu are nicio legătură cu eventuala utilizare în prezent în „mediul beneficiarului" a acestui tip de aplicații, cerința ca ofertantul să dețină un specialist certificat SAP Basis, fiind așadar, nu disproporționată, ci total lipsită de relevanță față de obiectul procedurii de atribuire.

- minim un consultant certificat Project Management Professional (PMP) sau echivalent.

Contestatorul susține că planurile de implementare și instalare și configurare solicitate în cadrul procedurii de atribuire, nu necesită implicarea unei persoane cu grad înalt de certificare în management de proiect, putând fi realizate cu ușurință de un consultant cu pregătire medie în acest domeniu. Din nou, și această cerință este disproporționată în raport cu obiectul prezentei proceduri, fiind doar o piedică pe criterii care nu au de fapt nicio legătură cu specificațiile tehnice ale produselor și serviciilor. În procedură nu se solicită servicii de management de proiect, acest lucru ar fi fost și fără sens, întrucât procedura solicită un upgrade punctual la niște

echipamente și livrarea altora, iar nu un proiect extins și complicat de implementare.

Chiar dacă această certificare nu este rară sau restrictivă în sine, constituie totuși, mai ales în combinația cu cele de mai sus, o greutate inutilă în calificarea ofertanților, în condițiile în care nu este aplicabilă unor livrabile solicitate explicit și care se vor livra în prezenta procedură de atribuire.

... solicită C.N.S.C. eliminarea din caietul de sarcini a tuturor cerințelor de calificare care nu reprezintă specificații tehnice concrete ale produselor livrate sau ale serviciilor ce se solicită a fi prestate și îngrădesc accesul în procedura de atribuire, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea cauzei.

Prin punctul de vedere nr. 7000/27432/21.09.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 38737/24.09.2018, ... solicită respingerea contestației ... ca neîntemeiată.

Entitatea contractantă evocă prevederile art. 126 alin. (11) din Legea nr. 99/2016 și susține că solicitarea de personal calificat, conform dispozițiile art. 192 lit. g) din același act normativ, nu este inclusă în respectivele prevederi legale. Astfel, personalul calificat solicitat prin caietul de sarcini, este necesar ducerii la îndeplinire în bune condiții a contractului. Solicitarea personalului calificat la nivelul caietului de sarcini nu îngrădește participarea nici unui ofertant care poate duce la îndeplinire acest contract în bune condiții.

Astfel, entitatea contractantă susține că proiectul „Extindere capacitate de stocare SAN-uri” are ca obiect achiziționarea de echipamente, software și de servicii de integrare ale acestora în infrastructura existentă, în vederea consolidării sistemului de stocare existent, bazat pe familia de produse „IBM Storwrze”, a finalizării migrării sistemelor informatice către acesta și a dezafectării sistemului de stocare inițial de tip „IBM DS4800/DS4500”, aflat în stadiul de „sfârșit de viață și de suport” la producător (EoL/EoS), fără afectarea continuității în funcționare a sistemelor informatice, a funcționalităților existente, a performanțelor și a securității acestora.

Deoarece SAN-ul vizat pentru consolidare și extindere a capacității, reprezintă sistemul de stocare productiv al entității contractante, care deservește aplicațiile critice ale companiei și datorită complexității tehnice a acestui proiect, a riscurilor deosebite pe care le implică, a particularităților acestei tehnologii, respectiv a configurației specifice a acestui sistem, a fost necesară impunerea unor condiții tehnice severe în ceea ce privește compatibilitatea, funcționarea, stabilitatea, performanțele sistemului SAN modernizat sau certificările tehnice necesare. Printre particularitățile sistemelor SAN (Storage Area Network) și dificultățile de integrarea ale acestora în diverse medii, entitatea contractantă enumeră următoarele:

1. tehnologiile de tip SAN sunt în general proprietare, fiind specifice anumitor producători consacrați.

2. cu foarte mici excepții, echipamentele de stocare și de fibră optică tip FC (Fibre Channel) utilizate pentru SAN-uri, nu sunt interschimbabile, compatibilitatea dintre echipamentele furnizate de către diferiți producători, fiind parțială, la nivel declarativ sau fiind asigurată prin artificii tehnice și

încercări de standardizare de tipul comunicațiilor unificate (Unified Communication), FCoE și iSCSI.

3. mixarea unor echipamente de stocare de la producători diferiți în același SAN, poate crea imediat sau în perspectivă, probleme tehnice majore, cum ar fi actualizarea software și corelarea versiunilor diferite de firmware, chiar dacă este posibilă din punct de vedere tehnic.

4. echipamentele de fibră optică (FC) specifice unui anumit producător, în general nu pot fi interfațate cu echipamente de la un alt producător.

5. serverele integrate într-un SAN hibrid, realizat cu echipamente de la mai mulți producători, pot avea probleme de funcționalitate și de performanță pe canalele Fibre Channel, în cazul necorelării nivelelor de firmware și de software între echipamentele de stocare, interfețele HBA ale serverelor și versiunile driverelor de dispozitiv.

6. existența unui SAN hibrid, creează mari probleme de administrare și de mentenanță hardware și software, datorită utilizării unor sisteme de management diferite, a dificultății de a identifica specialiști în SAN-uri realizate de mai mulți producători sau a refuzului explicit din partea producătorilor de a asigura suport tehnic pentru sisteme hibride.

7. pentru echipamentele achiziționate pe alte canale comerciale decât cele oficiale, producătorii sau reprezentanții acestora din România, refuză să asigure mentenanță și/sau garanția, punând în dificultate strategia de administrare, suport și mentenanță a beneficiarului.

Datorită acestor considerente, entitatea contractantă apreciază că solicitarea de eliminare a cerinței nr. 2 din caietul de sarcini „Producător IBM sau echivalent” este excesivă, făcând abstracție de mediul existent al beneficiarului, de stabilirea unei referințe tehnice solide, de implicațiile tehnice și economice deosebite pe care le poate avea pentru beneficiar, ignorarea problemelor de compatibilitate specifice sistemelor de tip SAN. Succesul acestui proiect depinde în foarte mare măsură de cunoașterea mediului hardware și software al beneficiarului, de identificarea interdependențelor dintre sisteme, de evaluarea corectă a riscurilor la care este expus beneficiarul în cazul existenței unor neconformități tehnice sau al apariției unor probleme tehnice previzibile, care se puteau remedia sau elimina, încă din faza de analiză a proiectului și de stabilire a ofertelor tehnice.

Entitatea contractantă subliniază faptul că are deja în exploatare sisteme de stocare produse de către firma IBM (Storwize v5000 gen. 2, Storwize v7000 gen. 1/2 și FlashSystem v9000), respectiv servere de producție IBM Power. Având în vedere că obiectul procedurii de achiziție are ca scop extinderea sistemelor existente și faptul că, din punct de vedere tehnic, acest lucru este posibil doar cu componente realizate de producătorul echipamentelor (IBM/Lenovo), consideră că această cerință nu este restrictivă și a fost introdusă în specificații pentru a înlesni procesul de identificare a produselor și subansamblelor ce sunt necesare pentru ofertanți, respectiv de analiză a unor eventuale probleme de integrare și compatibilitate.

Referitor la cerințele 1, 3, 4 și 5 din specificațiile tehnice, scopul acestora nu este cel de a discrimina participanții la licitație, ci de a testa și

verifica seriozitatea, experiența și abilitățile firmelor participante la implementarea proiectelor de mare complexitate.

Cerința nr. 1 nu a fost introdusă pentru a restrânge sau limita numărul de participanți, ci reprezintă o măsură minimă de protecție a entității contractante în ceea ce privește calitatea produselor ce sunt solicitate a fi livrate și instalate. Un reprezentant autorizat al producătorului (indiferent care este acesta) poate oferi, la cerere, o trasabilitate a produselor, pornind de la momentul fabricației până la momentul livrării și instalării la beneficiar. Acest lucru este util în momentul în care produsele nu sunt conforme și/sau prezintă defecte ascunse de fabricație care pot apărea în momentul instalării și punerii în funcțiune sau ulterior, în cadrul procesului de exploatare.

Entitatea contractantă consideră această cerință foarte ușor de îndeplinit de către orice potențial ofertant, prin prezentarea contractelor de distribuție/achiziție de bunuri și servicii încheiate direct cu un producător sau un distribuitor al acestuia, contracte impuse de legislația din România și fără de care activitatea comercială, ce presupune aprovizionarea produselor ce urmează a fi ofertate, nu poate fi îndeplinită.

Cerința nr. 3 are în vedere faptul că, încheierea contractului presupune atât instalarea și configurarea echipamentelor furnizate, cât și preluarea serviciilor de intervenție în perioada de garanție de către ofertant.

Astfel, entitatea contractantă consideră justificată solicitarea ca ofertantul să facă dovada că nu este prima dată când livrează, instalează și pune în funcțiune, respectiv asigură suport și service, pentru echipamente de tipul celor solicitate în caietul de sarcini.

Deoarece proiectul „Extindere capacitate de stocare SAN-uri” a fost conceput și planificat ca fiind unitar, entitatea contractantă apreciază că Cerința nr. 4 nu impietează asupra participanților la licitație, deoarece nu împiedică asocierea acestora cu alte firme sau subcontractarea anumitor servicii către terțe părți, astfel încât să fie acoperit în totalitate obiectul contractului.

Cerința nr. 5 are în vedere faptul că obiectul procedurii de achiziție este furnizarea, instalarea și punerea în funcțiune a echipamentelor solicitate prin intermediul caietului de sarcini, proces ce implică efectuarea de operațiuni tehnice asupra sistemelor informatice existente ce se află în proces de exploatare în infrastructura IT a entității contractante.

Entitatea contractantă consideră justificată solicitarea ca aceste operațiuni să fie executate doar de către personal calificat și certificat, pentru a evita apariția unor probleme ce pot conduce la disfuncționalități majore ale echipamentelor existente și la blocarea activității sale, ce depinde de aceste echipamente.

... arată că solicitarea certificării „IBM Certified Specialist - Enterprise Storage Technical Support V4” este absolut necesară, deoarece prin intermediul acesteia pot fi dovedite competentele ofertanților în montarea, punerea în funcțiune și configurarea sistemelor de stocare ale producătorului IBM. Deși versiunea nr. 4 a acestei certificări include competențe suplimentare pentru noile sisteme de stocare IBM Storwize și FlashSystem, existente la entitatea contractantă, sunt acceptate și certificările anterioare acestei versiuni.

Solicitarea certificării „SAP Basis” a fost introdusă din motive de precauție și minimizare a riscurilor de implementare, respectiv pentru asigurarea consultanței, în vederea migrării sistemelor SAP-ERP existente pe sistemul de stocare ce urmează să fie dezafectat, către noul sistem SAN.

Entitatea contractantă consideră că specificațiile tehnice exprimate în caietul de sarcini sunt justificate, având în vedere faptul că, prin acestea, se solicită nu numai livrarea unor produse, ci și instalarea și punerea lor în funcțiune în cadrul infrastructurii IT existente la beneficiar, operațiune ce necesită a fi executată de personal calificat, pentru a evita crearea de disfuncționalități în activitate, care pot conduce la imposibilitatea oferirii de servicii către clienții acesteia.

Totodată, entitatea contractantă susține că, în mod obișnuit, neclaritățile și observațiile firmelor participante la licitațiile publice, vis a vis de omisiunile inerente și condițiile tehnice în aparență restrictive, existente în caietele de sarcini, se pot soluționa prin cereri de clarificare și nu prin contestații, întocmite înainte de a se dispune de toate datele unei probleme. Restul aprecierilor contestatorului, întocmite pe marginea cerințelor în discuție, sunt nefondate, tendențioase, părtinitoare, bazate pe supoziții, fiind total lipsite de adevăr pentru entitatea contractantă.

Având în vedere argumentele mai sus precizate, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca neîntemeiată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Extindere capacitate de stocare SAN-uri”, cod CPV 48780000-9 Pachete software pentru managementul sistemelor, al stocării și al conținutului (Rev.2), prin publicarea în S.I.C.A.P. a anunțului de participare simplificat nr. ...

Potrivit anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare este de 881.000 lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire, ... a formulat prezenta contestație.

Prin Încheierea nr. 521/C7/2827/13.09.2018, C.N.S.C. a admis cererea de suspendare a procedurii de atribuire, până la soluționarea fondului cauzei, solicitată de către ...

Procedând la soluționarea fondului cauzei, Consiliul are în vedere dispoziţiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care prevăd faptul că procedura de soluţionare a contestaţiilor se desfăşoară cu respectarea principiilor legalităţii, celerităţii, contradictorialităţii, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecinţă, Consiliul va lua în considerare apărările şi argumentele aduse de petenţi formulate şi înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Analizând criticile formulate de societatea contestatoare ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de autoarea contestației, Consiliul găseşte util expunerea câtorva elemente din cadrul documentaţiei de atribuire, menite să înlesnească înţelegerea ei, cât şi să îi circumstanţieze soluţionarea.

Obiectul contractului de furnizare supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie „Extindere capacitate de stocare SAN-uri”, în caietul de sarcini nr. 7000/20818/17.07.2018 fiind precizat că ”*Achiziția se realizează cu scopul extinderii și consolidării sistemului de stocare existent la ..., prin atașarea de sertare suplimentare de extensie a discurilor, la controllerele Storwize v5000-v7000 gen2 aflate în dotarea Beneficiarului, respectiv prin achziționarea unor componente și accesorii în vederea dezvoltării acestui sistem*”.

De asemenea, prezintă relevanță informațiile din cadrul Strategiei de contractare nr. 7000/25441/04.09.2018, unde achizitoarea a menționat aspectele importante cu privire la achiziția care face obiectul procedurii de atribuire: *„1. Obiectul contractului*

Obiectul contractului este reprezentat de livrarea de produse, adică de FURNIZARE: Extindere capacitate de stocare SAN-uri (...)

vi. Tipul de specificații utilizate în caietul de sarcini permit monitorizarea rezultatelor obținute în cadrul contractelor subsecvente cu resursele existente la nivel de entitate contractantă,

vii. Tipul de specificații utilizate în caietul de sarcini nu implică monitorizarea rezultatelor obținute în cadrul contractelor subsecvente cu atragerea de resurse din afara entității contractante,

viii. Nivelul de familiaritate al rezultatului contractului în raport cu produsele existente pe piață este unul ridicat pentru personalul entității contractante, fiind legat de activitatea sa principală,

ix. Nivelul de familiaritate al personalului entității contractante cu procedura necesar a fi derulată pentru semnarea contractului este ridicat.

3. Constrângeri asociate îndeplinirii obiectului contractului sectorial și contractelor subsecvente

Următoarele constrângeri în ceea ce privește achiziția au fost identificate și analizate:

i. referitor la procesul de achiziție:

a. posibilitatea definirii specificațiilor de performanță/funcționale utilizând resursele existente - având în vedere nivelul de complexitate și expertiză necesară pentru evaluarea propunerilor tehnice în cazul specificațiilor de performanță, precum și specificul activității entității contractante. Acestea impun utilizarea specificațiilor tehnice ca dată de intrare în procesul de achiziție

ii. referitor la tipul de achiziție:

a. datorită caracteristicilor produselor conținutul propunerilor tehnice primite poate fi evaluat cu resursele existente la nivelul entității contractante, întrucât caietul de sarcini/documentul descriptiv include specificații tehnice

b. întrucât <u>este necesară asigurarea compatibilității echipamentelor incluse în lucrare cu cele existente deja la nivel de entitate contractantă</u>, trebuie utilizate resurse interne de specialitate în evaluarea ofertelor

4. Resursele disponibile la nivelul entității contractanta pentru derularea procesului de achiziție

Structura organizatorică a entității contractante include un compartiment intern specializat în domeniul achizițiilor sectoriale și departamente interne ce pot pune la dispoziție cunoștințe de specialitate necesare pentru evaluarea ofertelor primite.

Astfel, având în vedere:

i. volumul activităților planificate în perioada de derulare a procesului de achiziție

ii. resursele umane și infrastructura ITC existente în cadrul compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor sectoriale

iii. resursele umane existente în cadrul celorlalte compartimente ale entității contractante,

iv. complexitatea obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, așa cum este aceasta descrisă mai sus,

v. lipsa constrângerilor majore la nivel de entitate contractantă în raport cu procesul de achiziție și beneficiile anticipate entitatea contractantă nu își exercită dreptul de a achiziționa servicii auxiliare achiziției și realizează întreg procesul de achiziție cu resurse interne, disponibile la nivel de entitate contractantă.

5. Procedura de atribuire

Având în vedere prevederile art. 12 și art. 82 din Legea 99/2016, procedura selectată pentru atribuirea contractului este PROCEDURA SIMPLIFICATĂ

întrucât:

i. Valoarea estimată pentru toate produsele este sub pragul prevăzut la art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea 99/2016.

ii. Finalizarea procedurii se realizează prin încheierea unui contract sectorial,

iii. Caietul de sarcini include specificații ce sunt definite în mod clar,

iv. Termenii contractuali sunt stabiliți în mod clar și corelați cu conținutul Caietului de sarcini,

v. Valoarea estimată poate fi stabilită pe baza informațiilor din caietul de sarcini și a condițiilor contractuale și este suficient de mare ca să justifice exercițiul competitiv

vi. Potențialii ofertanți pot elabora o ofertă clară, întrucât informațiile incluse în documentația de atribuire permit o identificare clară a efortului necesar și a costurilor generate de implementarea contractului,

vii. Planificarea procesului de achiziție este realizată astfel încât să asigure satisfacerea nevoii în timp util,

viii. Este exercițiul competitiv cel mai utilizat și cu un grad ridicat de familiaritate la nivel de entitate contractantă, ceea ce asigură realizarea în mod eficient a etapei de derulare a procedurii

ix. Permite verificarea situației economice și financiare și a capacității tehnice și profesionale pentru operatorii economici participanți, permițând astfel selectarea unui contractant care are resursele financiare și tehnice necesare - inclusiv cele ce țin de accesul la tehnicieni și organisme pentru controlul calității, în vederea îndeplinirii obiectului contractului.

Procedura se finalizează cu atribuirea unui contract.

Entitatea contractantă își rezervă dreptul de a anula procedura în cazul în care nu are o concurență asigurată.

6. Modalități speciale de atribuire asociate procedurii de atribuire

Procedura de atribuire care se finalizează cu încheierea unui contract sectorial este utilizată deoarece entitatea contractantă își desfășoară activitatea într-un domeniu reglementat, cel de distribuție energie electrică și trebuie să intervină în orice moment pentru asigurarea continuității în alimentarea cu energie electrică a consumatorilor, astfel personalul de exploatare trebuie să fie echipat corespunzător pentru a interveni în rețelele de energie electrică.

i. Produsele ce urmează a fi achiziționate sunt personalizate în mod specific pentru nevoile entității contractante și estimate la cantități minime și maxime.

ii. <u>Produsele achiziționate sunt de importanță strategică pentru entitatea contractantă și sunt critice pentru rezultatul activității entității contractante, regăsindu-se incorporate în serviciile oferite de entitatea contractantă sau ca</u>

suport direct pentru furnizarea de utilități pe o piața reglementată la nivel național,

iii. Caracteristicile produselor permit concentrarea competiției numai pe nivelul prețurilor, acestea fiind singura sursă de eficiență economică pentru entitatea contractantă în cazul acestor tipuri de produse.

7. Tipul de contract, modalitatea de implementare și mecanismele de plată utilizate în cadrul contractului sectorial

Contract cu preț fix ferm

Întrucât

Termenul de livrare și montaj a produselor este stabilit prin intermediul caietului de sarcini la 45 ZILE de la semnarea contractului sectorial:

i. indicatorii macroeconomici nu indică fluctuații semnificative la nivel de 12 luni, care să necesite activarea unei clauze de ajustare a prețurilor pe baza derulării contractului

ii. Institutul Național de Statistică, prin intermediul seriei de date online nu arată o fluctuație relevantă pentru indicele de creștere a prețurilor producției industriale pentru piața internă

iii. caietul de sarcini include specificații tehnice ce instruiesc viitorul Contractant asupra tipului de echipament dorit în mod clar și coerent, ceea ce permite realizarea unei oferte în condiții de certitudine

Astfel, Contractul subsecvent include o clauză prin care se specifică concret modalitatea de implementare a tipului de contract, respectiv contract cu preț ferm fix și că prețurile incluse în ofertă și implicit în contract nu sunt subiect de ajustare pe perioada derulării contractului.

8. Alocarea riscurilor în cadrul contractului și măsuri de gestionare a acestora

Ținând cont de:

i. conținutul Caietului de sarcini (care include o detaliere clară a specificaților tehnice și descrise în mod clar)

ii. caracteristicile produselor care se vor livra;

iii. gradul de complexitate al activităților ce trebuie realizate de viitorul contractant în etapa de planificare/pregătire a procesului de achiziție au fost identificate următoarele categorii de riscuri asociate îndeplinirii obiectului contractului și obținerii beneficiilor de către entitatea contractantă în condiții de eficiență economică și socială:

i. riscuri de natură tehnică generate de caracteristicile produselor ce formează obiectul contractului,

ii. riscuri generate de mediul economic ce caracterizează desfășurarea activității economici de către operatori economici participanți la procedură

Ca urmare a:

i. evaluării probabilității apariției riscurilor identificate,

ii. evaluării impactului asupra îndeplinirii obiectului contractului și asupra entității contractante în caz de concretizare a acestora,

iii. evaluării costurilor și beneficiilor asociate strategiilor de diminuare a efectului apariției riscurilor,

iv. identificării părtii din contract care are capacitatea cea mai bună de gestionare a riscurilor identificate, alocarea riscurilor și a măsurilor de gestionare a acestora în cadrul documentației de atribuire are la bază următoarele:

i. Capacitatea entității contractante și a contractantului selectat de a controla evenimentele ce pot determina apariția riscurilor identificate,

ii. Capacitatea entității contractante și a contractantului selectat de a controla riscul dacă acesta apare,

iii. Asigurarea că atunci când riscul este transferat contractantului, acesta are capacitatea de a suporta consecințele în cazul apariției riscului, fără a întrerupe realizarea obiectului contractului și fără a diminua nivelul solicitat pentru cerințele incluse în Caietul de sarcini,

iv. Asigurarea îndeplinirii cerințelor specificate în legea ce guvernează contractul pentru riscurile transferate contractantului,

Strategiile de diminuare pentru riscurile identificate ca fiind transferabile viitorului Contractor sunt incluse în cadrul contractului sub formă de clauze contractuale sau în cadrul documentației de atribuire sub formă de cerințe privind includerea în ofertă a informațiilor ce stabilesc:

i. Modalitatea de raportare de către Contractant a progresului activităților și a rezultatelor asociate în cadrul contractului, reflectată în clauzele contractuale asociate obligațiilor contractorului și a modului de efectuare a plaților

ii. Evidențele ce trebuie furnizate de către Contractant pentru măsurile întreprinse în vederea eliminării/diminuării efectelor riscurilor ce se pot materializa, respectiv notificarea promptă pentru potențiale modificări drept clauza în contract sau solicitarea de a include în propunerea tehnică măsurile ce au fost stabilite pentru riscurile identificate

Strategiile de diminuare a riscurilor identificate ca fiind cel mai bine controlate la nivelul entității contractante sunt:

i. incluse în cadrul Caietului de sarcini sub formă de cerințe și în cadrul contractului sub formă de obligații. Neîndeplinirea de către Contractant a acestor cerințe atrage după sine penalități pentru neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor, așa cum este stabilit prin clauza contractuală referitoare la neîndeplinirea obligațiilor

Pentru riscurile identificate ca fiind generate de evenimente ce nu sunt sub controlul entității contractante sau a contractantului au fost stabilite clauze contractuale care să permită gestionarea eventualelor efecte generate de astfel de situații, sub forma clauzelor ce reglementează modalitatea de abordare în astfel de situații:

i. modul de gestionare a situației de forța majoră."

Din economia celor mai sus expuse rezultă faptul că în vederea atribuirii contractului de furnizare supus procedurii în cauză-„*Extindere capacitate de stocare SAN-uri*", entitatea contractantă a elaborat caietul de sarcini nr. 7000/20818/17.07.2018 în cadrul căruia a menționat condițiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească achiziţia în scopul extinderii și consolidării sistemului de stocare existent la ..., prin atașarea de sertare suplimentare de extensie a discurilor, la controllerele Storwize v5000-v7000 gen2 aflate în dotarea Beneficiarului, respectiv prin achiziționarea unor componente și accesorii în vederea dezvoltării acestui sistem.

Față de cele de mai sus, Consiliul are în vedere specificul contractului, importanța acestuia și rezultatele așteptate de la derularea proiectului, respectiv achiziționarea de echipamente, software și de servicii de integrare ale acestora în infrastructura existentă, în vederea consolidării sistemului de stocare existent, bazat pe familia de produse „IBM Storwrze", a finalizării migrării sistemelor informatice către acesta și a dezafectării sistemului de stocare inițial de tip „IBM DS4800/DS4500", aflat în stadiul de „sfârșit de viață și de suport" la producător (EoL/EoS), fără afectarea continuității în funcționare a sistemelor informatice, a funcționalităților existente, a performanțelor și a securității acestora.

Așa cum a fost mai sus reținut, analizând criticile formulate de ..., Consiliul reține că acestea vizează aspecte în referire la prevederile cuprinse

în cadrul documentației de atribuire, fiind considerate, în opinia acestuia, ca fiind prevederi discriminatorii şi clauze nescrise, respectiv cerințele din caietul de sarcini, în baza cărora entitatea contractantă a solicitat „b) *Condiții obligatorii*

1. Ofertantul trebuie să prezinte documente care să ateste că este reprezentantă a producătorului în România sau Distribuitor autorizat al producătorului în România, pentru vânzarea produselor respective.

2. Pentru pozițiile 1.1 și 1.2, trebuie să fie în mod obligatoriu unul din producătorii specificați în tabelul de mai jos:

Poziția Producător

[1.1-1.2] Producător IBM sau echivalent

3. Document prin care ofertantul face dovada scrisă a asigurării service în perioada de garanție și post garanție. Documente care să ateste activitatea de service a companiei ofertantului, de minim 1 an pentru echipamentele producătorului respectiv.

4. Toate echipamentele și serviciile aferente vor fi furnizate, respectiv prestate, de către același ofertant.

c) Cerințe generale (...)

5. Pentru realizarea acestor servicii, se solicită din partea ofertantului următoarele certificări tehnice:

- Minim un consultant certificat IBM Certified Specialist - Enterprise Storage Technical Support V4 - conform mediului existent al beneficiarului.

- Minim un consultant certificat SAP Basis - conform mediului existent al beneficiarului.

- Minim un consultant certificat Project Management Professional (PMP) sau echivalent", ... apreciind că aceste cerințe nu sunt specificații tehnice ale produselor/serviciilor solicitate, în sensul definiției date din Legea nr. 99/2016, fiind practic cerințe/criterii de calificare și/sau selecție, care se găsesc în caietul de sarcini și nu au fost preluate în fișa de date a achiziției, fiind considerate clauze nescrise.

În acest sens, contestatorul remarcă aspectul conform căruia caietul de sarcini trebuie să includă descrierea concretă a caracteristicilor produselor ce se vor livra și ale serviciilor care se solicită prestate, iar nu criterii de calificare pentru a le livra/presta, iar dovedirea capacității tehnice de executare a contractului trebuia solicitată în fișa de date a achiziției și se demonstra de ofertant prin îndeplinirea criteriilor de calificare.

Or, cerințele criticate au ca efect, în opinia contestatorului, introducerea unor obstacole nejustificate, de natură să restrângă concurența între operatorii economici, favorizând producătorul ori pe acei operatori economici agreați de anumiți producători, contrar art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la aspectele criticate, Consiliul are în vedere faptul că legat de cerința conform căreia „*Ofertantul trebuie să prezinte documente care să ateste că este reprezentantă a producătorului în România sau Distribuitor autorizat al producătorului în România, pentru vânzarea produselor respective"*, susținerile contestatorului conform cărora *cererea de autorizații de la producător, în scopul calificării în procedurile de achiziție publică, a fost constatată ca fiind ilegală în mod repetat de către autoritățile în domeniul achizițiilor publice și interzisă ca atare. Nu există „autorizații" emise de producători care să confirme competențele și care să fie necesare pentru exercitarea profesiilor IT. Nu există entități abilitate legal în România pentru a emite astfel de*

„autorizări", întrucât domeniul IT nu este reglementat (spre deosebire de alte domenii precum cel electric, al gazelor naturale, ş.a., care prin legi specifice au desemnate autorități legal abilitate să emită certificate obligatorii pentru exercitarea profesiilor și activităților respective - cum ar fi ANRE, CNCIR, ş.a.), sunt neîntemeiate.

În susținerea acestei concluzii, Consiliul are în vedere că cerința în discuție nu a fost introdusă pentru a restrânge sau limita numărul de participanți, ci reprezintă o măsură minimă de protecție a entității contractante în ceea ce privește calitatea produselor ce sunt solicitate a fi livrate și instalate.

Argumentul adus de ... conform căruia entitatea contractantă ar fi putut solicita (doar în fișa de date a achiziției, nu în caietul de sarcini), documente care atestă instruirea personalului în conformitate cu standardele de reparații și folosirea echipamentelor adecvate la standardele cerute de producător, însă nu ca furnizorul să fie autorizat de către producătorul unor anumite echipamente, nu poate fi primit de către Consiliu în condițiile în care cerința ar putea fi îndeplinită de către orice potențial ofertant, prin prezentarea contractelor de distribuție/achiziție de bunuri și servicii încheiate direct cu un producător sau un distribuitor al acestuia, contracte impuse de legislația din România și fără de care activitatea comercială, ce presupune aprovizionarea produselor ce urmează a fi ofertate, nu poate fi îndeplinită, aspect, de altfel, susținut și de către entitatea contractantă.

Așadar, susținerile contestatorului conform cărora cerința referitoare la autorizările din partea producătorului, inserate în caietul de sarcini, nu este decât o piedică pe criterii care nu au de fapt nicio legătură cu specificațiile tehnice ale produselor și serviciilor (formulate și menționate concret în caietul de sarcini, și pe care ofertantul și le asumă, nu pot fi primite, din următoarele considerente:

Consilul reține că în cadrul fișei de date a achiziției, la capitolul IV.4.1 *Modul de prezentare al propunerii tehnice*, este menționată următoarea prevedere „*Propunerea tehnică se va prezenta astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței acesteia cu cerințele tehnice prevăzute în Caietul de sarcini*".

De asemenea în cadrul caietului de sarcini, achizitoarea a menționat la litera b) „Condiții obligatorii", pagina 2 următoarele „*Ofertantul trebuie să prezinte documente care să ateste că este reprezentantă a producătorului în România sau Distribuitor autorizat al producătorului în România, pentru vânzarea produselor respective*".

Aspectul esențial relevant în soluționarea criticilor formulate vizavi de documentul solicitat de achizitoare, îl reprezintă faptul că, așa cum a specificat aceasta în cadrul documentației de atribuire, proiectul „*Extindere capacitate de stocare SAN-uri*" are ca obiect achiziționarea de echipamente, software și de servicii de integrare ale acestora <u>în infrastructura existentă</u>, în vederea consolidării sistemului de stocare existent, bazat pe familia de produse „IBM Storwize", a finalizării migrării sistemelor informatice către acesta și a dezafectării sistemului de stocare inițial de tip „IBM DS4800/DS4500", aflat în stadiul de „sfârșit de viață și de suport" la producător (EoL/EoS), fără afectarea continuității în funcționare a sistemelor

informatice, a funcționalităților existente, a performanțelor și a securității acestora.

În soluționare, Consiliul are în vedere relevanța faptului că, în cauză, este vorba despre un contract de achiziție publică care reprezintă un contract administrativ, iar nu unul comercial (civil), pertinentă în acest sens fiind definiţia contractului de achiziție publică (art 3 lit. l) din Legea nr. 99/2016) şi a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. Fiind un contract cu ajutorul căruia administraţia publică (sau entităţile asimilate) îşi realizează o parte din sarcinile sale, avându-se în vedere şi obiectul său, se consideră că regimul juridic aplicabil contractelor administrative este unul exorbitant, de drept public. Prerogativele de putere publică ale administraţiei au la bază faptul că administraţia încheie contractul în scopul de a satisface un interes general. În virtutea acestor prerogative, administraţia are posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare a contractului şi de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primeşte prin executarea contractului o satisfacţie completă şi continuă.

Clauzele exorbitante sunt clauze derogatorii de la dreptul comun şi care consacră puteri sporite în favoarea autorităţii publice pe considerentul ocrotirii interesului public. Acestea sunt de obicei prevăzute în caietul de sarcini, precum şi în contract.

Consiliul are în vedere faptul că entitatea contractantă este ..., iar sistemul SAN-ul vizat pentru consolidare și extindere a capacității, reprezintă sistemul de stocare productiv al entității contractante, care deservește aplicațiile critice ale companiei.

Astfel cum s-a menționat în cadrul Strategiei de contractare nr. 7000/25441/04.09.2018, achiziția se realizează cu scopul **extinderii și consolidării sistemului de stocare existent la ...**, prin atașarea de sertare suplimentare de extensie a dioscurilor, la controllerele Storwize v5000-v7000 gen2 aflate în dotarea beneficiarului, respectiv prin achiziționarea unor componente și accesorii în vederea dezvoltării acestuia sistem.

Or, astfel cum s-a menționat și anterior, orice contract cu o autoritate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului şi destinaţia vizând interesul public a contractului. În consecinţă, şi contractele de achiziții publice presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relaţie contractuală cu statul sau entităţile sale publice. Nimic nu opreşte contestatorul să nu participe la achiziția în curs dacă nu doreşte să îşi asume clauzele exorbitante pe care le presupune orice contract administrativ, cum sunt cele enumerate la art. 2 lit. c1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, în rândul cărora se situează şi achizițiile publice. Aceeaşi lege organică a contenciosului administrativ instituie regula conform căreia principiul libertăţii contractuale este subordonat principiului priorităţii interesului public.

Pe de altă parte, la art. 1.350 C. civ. se prevede că orice persoană trebuie să îşi execute obligaţiile pe care le-a contractat, iar atunci când, fără justificare, nu îşi îndeplineşte această îndatorire, persoana este

răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părţi şi este obligată să repare acest prejudiciu, în condiţiile legii.

Așa cum a fost reținut, regimul juridic al contractului în discuţie este unul special, preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemâna entităţii contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public ceea ce pune entitatea contractantă într-o poziţie privilegiată cu posibilitatea de a impune unele cerințe în caietul de sarcini sau clauze în contract, de a controla modul de executare şi chiar de reziliere a contractului.

Fiind încheiat în vederea realizării unei competenţe a administraţiei publice, acest contract are o natură juridică preponderent de adeziune. În consecinţă, contractul de achiziție publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc şi se implică într-o relaţie contractuală cu statul sau entităţile publice ale sale.

Având în vedere faptul că așa cum a fost mai sus reținut, sistemul SAN-ul vizat pentru consolidare și extindere a capacității, reprezintă sistemul de stocare productiv al entității contractante, care deservește aplicațiile critice ale companiei, achiziția în cauză realizându-se cu scopul **extinderii și consolidării sistemului de stocare existent la ...**, prin atașarea de sertare suplimentare de extensie a dioscurilor, la controllerele Storwize v5000-v7000 gen2 aflate în dotarea beneficiarului, respectiv prin achiziționarea unor componente și accesorii în vederea dezvoltării acestuia sistem, solicitarea entității contractante conform căreia *„Ofertantul trebuie să prezinte documente care să ateste că este reprezentantă a producătorului în România sau Distribuitor autorizat al producătorului în România, pentru vânzarea produselor respective*”, având astfel legătură cu obiectul contractului de achiziție publică și fiind justificată, în condițiile în care la nivelul entității contractante se va face o extindere a sistemului de stocare existent.

Având în vedere că se dorește extinderea și consolidarea sistemului de stocare existent la ..., prin atașarea de sertare suplimentare de extensie a discurilor, la controllerele Storwize v5000-v7000 gen2 aflate în dotarea beneficiarului, respectiv prin achiziționarea unor componente și accesorii în vederea dezvoltării acestuia sistem, achizitoarea a identificat necesitatea solicitării prezentării documentelor care să ateste că ofertantul este reprezentant a producătorului în România sau distribuitor autorizat al producătorului în România, pentru vânzarea produselor respective, solicitarea entității contractante nu apare ca fiind excesivă, contrar susținerilor contestatorului, fiind pertinente susținerile ..., exprimate în punctul de vedere nr. 7000/27432/21.09.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 38737/24.09.2018, conform cărora *„tehnologiile de tip SAN sunt în general proprietare, fiind specifice anumitor producători consacrați, (...) cu foarte mici excepții, echipamentele de stocare și de fibră optică tip FC (Fibre Channel) utilizate pentru SAN-uri, nu sunt interschimbabile, compatibilitatea dintre echipamentele furnizate de către diferiți producători, fiind parțială, la nivel declarativ sau fiind asigurată prin artificii tehnice și încercări de standardizare de tipul comunicațiilor unificate (Unified Communication), FCoE și iSCSI, mixarea unor echipamente de stocare de la producători diferiți în același SAN, poate crea imediat sau în perspectivă, probleme tehnice majore, cum ar fi actualizarea software și corelarea versiunilor diferite de firmware, chiar dacă este posibilă din punct de vedere tehnic, (...) echipamentele de fibră optică (FC) specifice unui*

anumit producător, în general nu pot fi interfațate cu echipamente de la un alt producător."

În aceste condiții, nu pot fi reținute în soluționare susținerile ..., potrivit cărora *„prin astfel de cerințe se încalcă principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 - nediscriminarea și tratamentul egal, avantajându-se în mod clar operatorii economici cărora producătorii echipamentelor doresc să le acorde prestarea serviciilor aferente produselor respective",* în prezenta cauză, prin impunerea cerinței astfel cum a fost formulată, entitatea contractantă și-a luat măsuri tocmai pentru a oferi posibilitatea operatorilor economici din piaţa de a isi reglementa legal acest aspect, pentru a nu exista ulterior probleme legislative pentru potenţiali ofertanţi la momentul implementării soluţiilor ofertate și nu încearcă favorizarea, discriminarea sau introducerea de obstacole nejustificate.

Tot cu privire la cerința mai sus analizată, societatea contestatoare reclamă că, în fapt această cerință reprezintă clauză nescrisă, motivat de faptul că o astfel de cerinţă, astfel cum a fost impusă de entitatea contractantă, trebuie înlăturată din cuprinsul documentaţiei de atribuire, deoarece nu a fost prezentă în cadrul fișei de date a achiziției.

Analizând modul de elaborare și întocmire a cerinței, mai sus redată, Consilul constată că entitatea contractantă, având în vedere specificul contractului supus procedurii de atribuire în cauză, a dorit să se asigure că operatorii economici sunt capabili să îndeplinească **obiectul** achiziției, pentru a nu exista ulterior probleme legislative pentru potenţialii ofertanţi la momentul furnizării echipamentelor în vederea extinderii și consolidării sistemului existent la nivelul entității contractante.

Așadar, cerința în discuție este specifică modului de îndeplinire a obiectivului supus procedurii de atribuire, fiind regăsită în cadrul caietului de sarcini la "Condiții obligatorii", nefiind o cerință de calificare, în sensul celor prevăzute la dispozițiile art. 163, art. 178 și art. 179.

În raport de cele mai sus reținute critica prin care ... reclamă că, în fapt solicitarea documentelor amintite reprezintă clauză nescrisă este neîntemeiată, motiv pentru care Consiliul respinge această critică.

Legat de cerințele pozițiile 1.1 și 1.2, conform cărora trebuie să fie în mod obligatoriu unul din producătorii specificați „Producător [1.1-1.2.-*„Producător IBM sau echivalent*", Consiliul reține că, în opinia contestatorului, aceasta constituie o deturnare făcută cu bună știință a posibilității date de legislație de a menționa mărci de producător sau denumiri proprietare în caietul de sarcini, dar doar în scopul de a preciza exact specificațiile unui produs solicitat atunci când în lipsa precizării solicitările nu sunt suficient de clare și relevante. Legislația achizițiilor publice nu permite menționarea explicită a unui producător, ca obligație pentru produse de a purta marca respectivă, așa cum este folosită în această situație. În plus, este un non-sens noțiunea de producător echivalent IBM și păstrarea acesteia poate duce la interpretări arbitrare.

Pe de altă parte, se au în vedere susținerile entității contractante care arată că tehnologiile de tip SAN sunt în general proprietare, fiind specifice anumitor producători consacrați iar mixarea unor echipamente de stocare de la producători diferiți în același SAN, poate crea imediat sau în perspectivă, probleme tehnice majore, cum ar fi actualizarea software și

corelarea versiunilor diferite de firmware, chiar dacă este posibilă din punct de vedere tehnic.

Consiliul are în vedere că însuși contestatorul susține că *„în urmă cu câțiva ani, firma IBM a vândut divizia de echipamente de acest tip către firma Lenovo, ceea ce face ca în prezent echipamentele menționate (Storwize v7000 și v5000) să fie disponibile, mai ales componentele lor precum upgrade-urile, atât sub marcă IBM, cât și sub marcă Lenovo”,* acesta subliniind așadar că există cel puțin două posibilități de ofertare-IBM și Lenovo-aspect care este în defavoarea solicitării acestuia de eliminare a cerinței.

De altfel, prin mențiunea *„sau echivalent*”, entitatea contractantă a respectat dispozițiile legale incidente (art. 166 din legea nr. 99/2016), prin demersul efectuat aceasta exprimându-și exact necesitatea, prevederea legală indicând posibilitatea de a se menționa producătorul, însoțit de mențiunea „sau echivalent”, în situația în care stabilirea specificațiilor tehnice nu este posibilă printr-o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului.

În aceste condiții, constatând că însuși contestatorul arată că există cel puțin doi producători ale căror echipamente sunt compatibile cu cele existente la nivelul entității contractante (IBM și Lenovo), a căror extindere se urmărește prin prezenta achiziție, Consiliul constată că solicitarea de eliminare a cerinței nr. 2 din caietul de sarcini *„Producător IBM sau echivalen*t” ar fi excesivă și nejustificată, urmând a fi menținută ca atare.

În ceea ce privește critica legată de cerința privind prezentarea unui *„Document prin care ofertantul face dovada scrisă a asigurării service în perioada de garanție și post garanție. Documente care să ateste activitatea de service a companiei ofertantului, de minim 1 an pentru echipamentele producătorului respectiv”,* apreciată de contestator ca fiind o nouă solicitare de autorizare din partea producătorului, fiind un alt criteriu de calificare, care eventual putea fi cerut în fișa de date a achiziției și, în niciun caz, cât timp ofertantul a prestat activități de service anterior procedurii, nu poate fi o specificație tehnică a serviciilor solicitate în prezenta procedură de atribuire, Consiliul are în vedere aceleași argumente aduse în susținerea primei critici, atunci când s-a arătat că cerința are legătură cu modul de îndeplinire a obiectivului supus procedurii de atribuire, fiind regăsită în cadrul caietului de sarcini la ”Condiții obligatorii”, nefiind o cerință de calificare, în sensul celor prevăzute la dispozițiile art. 163, art. 178 și art. 179.

Mai mult, prezintă relevanță și argumentul adus de entitate conform căruia cerința nr. 3 are în vedere faptul că, încheierea contractului presupune atât instalarea și configurarea echipamentelor furnizate, cât și preluarea serviciilor de intervenție în perioada de garanție de către ofertant, fiind astfel justificată solicitarea ca ofertantul să facă dovada că nu este prima dată când livrează, instalează și pune în funcțiune, respectiv asigură suport și service, pentru echipamente de tipul celor solicitate în caietul de sarcini. În aceste condiții, constatând că în susținerea criticii aduse ... nu a adus argumente de natură să determine Consiliul să elimine cerința în discuție, se respinge critica formulată, ca neîntemeiată.

Aceeași concluzie de respingere a criticii este avută în vedere de Consiliu și în privința solicitării de eliminare a cerinței nr. 4 conform căreia *„Toate echipamentele și serviciile aferente vor fi furnizate, respectiv prestate, de*

către același ofertant", cerință față de care contestatorul susține ca aceasta nu este o specificație tehnică și că un ofertant este liber să aleagă, pe criterii comerciale obiective, ce produse/servicii va livra sau presta pe cont propriu sau prin subcontractanți, în condițiile în care Consiliul are în vedere faptul că legislația în materia achizițiilor publice permite asocierea operatorilor economici în vederea depunerii de ofertă comună în vederea participării la procedura de atribuire și a demonstrării îndeplinirii obiectului contractului de achiziție publică.

Or, se remarcă faptul că prin cerința impusă entitatea contractantă nu îngrădește participarea la procedura de atribuire, cum eronat susține contestatorul, cerința neproducând un astfel de efect, fiind posibilă asocierea ofertanților cu alte firme sau subcontractarea anumitor servicii către terțe părți, astfel încât să fie acoperit în totalitate obiectul contractului, aspect, de altfel, susținut de însuși ... atunci când a afirmat că *„în fișa de date nu se face nicio referire la astfel de interdicție, dimpotrivă, se specifică ce documente trebuie să depună terții susținători sau ofertanții în asociere ori subcontractanții*."

Referitor la cerințele de la punctul „c) *Cerințe generale. Pentru realizarea acestor servicii, se solicită din partea ofertantului următoarele certificări tehnice:*

- minim un consultant certificat IBM Certified Specialist - Enterprise Storage Technical Support V4 - conform mediului existent al beneficiarului;

- minim un consultant certificat SAP Basis - conform mediului existent al beneficiarului;

- minim un consultant certificat Project Management Professional (PMP) sau echivalent", față de care contestatorul arată că nu reflectă o necesitate reală a entității contractante ci favorizarea unui anumit ofertant și crearea de dificultăți oricăror altor ofertanți de a îndeplini solicitările, Consiliul are în vedere următoarele:

-legat de cerința *„minim un consultant certificat IBM Certified Specialist - Enterprise Storage Technical Support V4 - conform mediului existent al beneficiarului",* considerată foarte restrictivă de către contestator, mai ales cu precizarea expresă de Versiunea 4, în condițiile în care acesta arată că există mai multe certificări de storage pentru acest tip de echipamente, nu doar cea menționată, Consiliul constată că în punctul de vedere nr. 7000/27432/21.09.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 38737/24.09.2018, ... a susținut că *„Deși versiunea nr. 4 a acestei certificări include competențe suplimentare pentru noile sisteme de stocare IBM Storwize și FlashSystem, existente la entitatea contractantă**, sunt acceptate și certificările anterioare acestei versiuni***".**

Așadar, în condițiile în care, astfel cum s-a reținut anterior în motivare, sistemul existent la nivelul ... S.A. este IBM și s-a menținut cerința din documentația de atribuire ca produsele ce vor fi furnizate să fie IBM sau echivalent, solicitarea unui consultant certificat IBM Certified Specialist apare ca fiind justificată și va fi menținută ca atare de către Consiliu.

Însă, în ceea ce privește solicitarea doar a versiunii V4, fără posibilitatea unor certificări anterioare acestei versiuni, este excesivă și nejustificată de entitate, ținându-se seama și de faptul că însăși entitatea a susținut că poate accepta și alte certificări anterioare versiunii 4.

În aceste condiții, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul obligă entitatea contractantă să remedieze

documentația de atribuire, în privința cerinței *„minim un consultant certificat IBM Certified Specialist - Enterprise Storage Technical Support V4”,* în sensul acceptării și de certificări anterioare versiunii V4.

-legat de cerința *„minim un consultant certificat SAP Basis - conform mediului existent al beneficiarului*”, Consiliul constată că cerința impusă este excesivă, neavând legătură cu **obiectul** achiziției, argumentul entității contractante că cerința a fost introdusă *„din motive de precauție și minimizare a riscurilor de implementare*” neputând fi primit, constatându-se că nicio specificație tehnică sau mențiune din cadrul caietului de sarcini nu indică faptul că se urmărește, prin prezenta procedură de atribuire, acționarea de aplicații SAP, servicii pentru SAP sau alt livrabil legat de aplicația SAP.

În aceste condiții, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul obligă entitatea contractantă să remedieze documentația de atribuire, în privința cerinței *„minim un consultant certificat SAP Basis - conform mediului existent al beneficiarului*”, în sensul eliminării acesteia.

-legat de cerința *„minim un consultant certificat Project Management Professional (PMP) sau echivalent*”, Consiliul constată că susținerile contestatorului sunt întemeiate, cerința fiind disproporționată și excesivă, în condițiile în care se constată că entitatea contractantă nu a justificat impunerea acesteia prin raportare la **obiectu**l achiziției, ci s-a rezumat doar să susțină că solicită nu numai livrarea unor produse, ci și instalarea și punerea lor în funcțiune în cadrul infrastructurii IT existente la beneficiar, operațiune ce necesită a fi executată de personal calificat, pentru a evita crearea de disfuncționalități în activitate, care pot conduce la imposibilitatea oferirii de servicii către clienții acesteia.

Or, în condițiile în care ... S.A. nu a adus argumente în susținerea necesității unei astfel de certificări din partea ofertanților, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune eliminarea cerinței *„minim un consultant certificat Project Management Professional (PMP) sau echivalent*”, din documentația de atribuire, reținând în soluționare, ca fiind pertinente, susținerile contestatorului conform cărora *„în procedură nu se solicită servicii de management de proiect, acest lucru ar fi fost și fără sens, întrucât procedura solicită un upgrade punctual la niște echipamente și livrarea altora, iar nu un proiect extins și complicat de implementare*”.

În aceste condiții pentru toate considerentele expuse anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ...

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, să remedieze documentația de atribuire conform celor dispuse în considerente și să aducă la cunoștința

tuturor celor interesați măsurile de remediere adoptate, prin postarea acestora în SICAP.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul în ... și cu adresa de corespondentă în ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ..., cu sediul în ...

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, să remedieze documentația de atribuire conform celor dispuse în considerente și să aducă la cunoștința tuturor celor interesați măsurile de remediere adoptate, prin postarea acestora în SICAP.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

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

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 23 (douăzecișitrei) pagini.