CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 contestaţia nr. P179/29.01.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 3767/29.01.2018, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în Timișoara, str. Tosca nr. 16, județul Timiș, având CUI 22658113, formulată împotriva documentației de atribuire emisă de către ...SA, cu sediul în Târgu Jiu, str. Alexandru Ioan Cuza nr. 5, județul Gorj, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „serviciu actualizare pachete software de securitate”, s-a solicitat *modificarea caietului de sarcini și reluarea procedurii din faza de depunere a ofertelor.*

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ...SRL critică documentația de atribuire.

În fapt, în data de 17.01.2018, entitatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. 421272, pentru "Serviciu actualizare pachete software de securitate".

Nemulțumită de anumite cerințe ale documentației de atribuire, contestatoarea a înaintat Notificare prealabilă nr. P171/19.01.2018, apreciind că entitatea contractantă încalcă dispozițiile Legilor nr. 98/2016, 99/2016 și 100/2016, respectiv art. 2 lit. a), b), c), d), e) și f). În opinia sa, scopul noii legislaţii privind achiziţiile publice este de promovare a concurenţei între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum sunt cerinţele repetate și nelegale ale autorității contractante.

Astfel, în fișa de date, entitatea contractantă folosește noțiunea de *„serviciu actualizare pachete software de securitate”*, iar în caietul de sarcini se precizează *„reînnoire și sincronizare mentenanță McAfee Complete Endpoint Protect for Business”*.

Contestatoarea apreciază că cele două enunțuri nu indică același lucru, în sensul că se pot oferi servicii actualizare pachete software și protecție antivirus pe perioada solicitată de entitatea contractantă, fără ca acestea să fie de la producătorul menționat.

Prin indicarea producătorului McAfee, entitatea contractantă restrânge artificial concurența, în sensul că alți producători de renume nu sunt acceptați în procedură pentru ofertarea unui produs echivalent nou. În plus, data de 13.01.2018 este depășită, iar o licență nu poate să ofere suport retroactiv.

Deoarece data de semnare a contractului și a ordinului de începere a furnizării serviciilor nu este cunoscută, nu se poate spune precis care este perioada, în luni sau zile, de licențiere.

Contestatoarea consideră că orice produs antivirus care respectă prevederile caietului de sarcini, nu doar McAfee, poate fi achiziționat de către entitatea contractantă și în acest fel se evită introducerea de criterii de calificare nelegale.

Astfel, petenta solicită următoarele modificări asupra caietului de sarcini:

- *reînnoire și sincronizare mentenanță McAfee Complete Endpoint Protect for Business* - să devină *Produs Antivirus tip Enterprise, varianta care să acopere Endpoint, Workstation, servere și servere virtuale* (dacă este cazul).

- perioada contractuală: 12 luni.

În data de 22.01.2018, entitatea contractantă a publicat răspunsul la Notificarea prealabilă, în sensul că:

- nu dorește achizitia unei alte soluții Antivirus Enterprise;
- soluția existentă oferă management centralizat;
- a protejat cu succes rețeaua sa;
- nu se dorește înlocuirea unei soluții binecunosute;
- cerințele din caietul de sarcini nu prevăd decât felul cum și cât trebuie asigurat suportul solicitat, nu și specificatiile tehnice detaliate pentru achiziția unei soluții de protecție antivirus;
- există mai mulți distribuitori ai soluției solicitate.

Autoritarea contractantă consideră că doar antivirusul solicitat poate asigura protecție pentru rețeaua internă, deși nu a menționat că a testat alte soluții Enterprise și că acestea nu respectă prevederile solicitate. Pe piață nu există un produs echivalent care să poate să ofere update de semnături pentru McAfee. Deși există mai mulți producători de Antivirus Enterprise cu management centralizat și care au oferit protecție cu succes în ultima perioadă, autoritarea contractantă are în vedere eliminarea acestora pe motive de obișnuință și nu pe criterii tehnice și financiare.

Orice producator de marcă, care poate demostra prin certificări, diplome și testare, că respecta solicitările autorității contractante este

elimiant din procedură, deși, poate, este net superior antivirusului solicitat.

Petenta apreciază că aceasta obișnuință cu o soluție existentă nu este eficientă nici din punct de vedere ethnic, nici financiar.

Prin adresa nr. 3978/254-C4/30.01.2018, Consiliul a înştiinţat entitatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC ...SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie, precum și copia dosarului achiziției.

Entitatea contractantă a transmis documentele solicitate și necesare în soluționarea prezentei contestații, atașate adresei nr. 56/05.02.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 5367/08.02.2018, prin care invocă excepția tardivității acțiunii de față, prin netransmiterea contestației atât autorității contractante, cât și Consiliului, în termenul legal de contestare, conform prevederilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, pe fondul cauzei aceasta se află în imposibilitatea de a formula apărări în combaterea criticilor contestatoarei, nefiindu-i transmisă contestația, motiv pentru care solicită admiterea excepției invocate, având ca și consecință respingerea prezentei contestații ca tardivă.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

...SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată – într-o singură etapă, privind atribuirea contractului *„Serviciu actualizare pachete software de securitate”.* În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare simplificat nr. 421272/17.01.2018, valoarea estimată a procedurii fiind de 66.600 lei, fără TVA, data limită pentru depunerea ofertelor în SEAP fiind 01.02.2018, ora 15:00.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire a formulat contestație SC ...SRL, cu respectarea prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016 care reglementează procedura notificării prealabile.

Prin contestația formulată este criticată prevederea din caietul de sarcini referitoare la indicarea de către autoritatea contractantă a producătorului McAfee, prin care, așa cum afirmă contestatoarea, se restrânge în mod artificial concurența, în sensul că producători de renume nu sunt acceptați în procedură „pentru ofertarea unui produs echivalent nou”.

Prin punctul de vedere depus la dosarul cauzei autoritatea contractantă a invocat excepția tardivității contestației, afirmând că aceasta nu i-a fost transmisă, cât și faptul că, despre existența acesteia a aflat din adresa Consiliului nr. 3978/254 – C4/30.01.2018, fiind încălcate astfel dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„Sub sancțiunea repingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”.*

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra*

excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei", Consiliul va analiza cu prioritate excepția invocată.

Din analiza documentelor depuse la dosarul cauzei rezultă că în data de 29.01.2018, ora 12:48, SC ...SRL a transmis, prin e-mail, la Consiliul la adresa office@cnsc.ro<licitații@printopia.ro> cât și în la adresele grigorie.dadalau@ceoltenia.ro grigorie.dadalau@ceoltenia.ro, paul.pinosanu@ceoltenia.ro, paul.pinosanu@ceoltenia.ro, următoarele documente:

- P179 Contestație CE OLTENIA 29.01.2018.pdf.p7s 295 KB
- Notificare prealabilă CE Oltenia P171.pdf.p7s 283 KB
- Răspuns notificare.pdf.p7s 397 KB
- Caiet de sarcini.pdf 580 KB.

Prin adresa nr. 81/13.02.2018, autoritatea contractantă afirmă că în susținerea și dovedirea excepției tardivității a anexat, în copie, adresele de e-mail unde, în data de 29.01.„2017", ora 12:48, contestatoarea a transmis „doar caietul de sarcini ca și document regăsit în atașamentul respectiv".

În print screen-ul depus de către autoritatea contractantă, cu privire la documentul existent, apare mențiunea *„Caiet de sarcini.pdf(597,7 KB) Descărcare Servietă Eliminare".*

Însă, Consiliul va avea în vedere că la dosarul cauzei a fost depusă dovada că SC ...SRL a transmis la aceeași data și oră, prin e-mail, printre alte documente, și contestația, fiind respectate astfel dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare",* situație față de care respinge ca nefondată excepția tradivității contestației.

Consiliul va reține în soluționare că într-o situație similară Curtea de Apel București s-a pronunțat prin Decizia nr. 588/02.02.2018, astfel:

„5.1. *Contrar susținerilor petentei, Curtea constată că organul administrativ-jurisdicțional a procedat în mod corect atunci când a respins ca nefondată excepția tardivității contestației, constatând că intimata a respectat dispozițiile art. 16 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora „sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare".*

Astfel, având în vedere documentele aflate la dosar, Consiliul a respins excepția tardivității, constatând că intimata a transmis autorității contractante, în data de 14.11.2017, la ora 10.31, prin poșta electronică, la adresa spjudilfov_achiziții@yahoo._____ de date a achiziției, un mesaj însoțit de documentul „Contestație Sp. de UrgențăIF.pdf (403 KB)".

Curtea constată că acest document se află la filele 42 și 47 din dosarul C.N.S.C. și prezintă aceeași formă indicată în cuprinsul deciziei contestate. Consiliul a mai observat corect că documentul atașat are

dimensiunea de 403 kb, foarte apropiată de cea a documentului prin care a fost transmisă contestația la Consiliu, de 400 kb. Este adevărat că petenta a depus la dosarul achiziției dovada primirii de la intimată, în data de 14.11.2017, ora 10.30, a unui e-mail care nu are atașată contestația (fila 1 din dosarul achiziției publice), însă, coroborând înscrisurile aflate la dosar, Curtea observă că, în aceeași zi, la ora 10.31, intimata a transmis către autoritatea contractantă un nou e-mail, de data aceasta însoțit de documentul „Contestație Sp. de UrgențăIF.pdf (403 KB)". În aceste condiții, Consiliul a constatat întemeiat că intimata și-a îndeplinit obligația prevăzută la art. 16 alin. 1 din Legea nr. 101/2016".

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că este criticat faptul că în fișa de date a achiziției autoritatea contractantă a folosit noțiunea *„Serviciu actualizare pachete software de securitate"* iar în caietul de sarcini a folosit *„reînnoire și sincronizare mentenanță McAfee Complete Endpoint Protect for Business"*, cele două două enunțuri, în opinia contestatoarei nu înseamnă același lucru, iar prin indicarea producătorului McAfee, a fost restrânsă artificial concurența, în sensul că alți producători nu sunt acceptați în procedură *„pentru ofertarea unui produs echivalent nou".*

Contestatoarea critică de asemenea faptul că data de 13.01.2018 este depășită, iar o licență nu poate oferi suport retroactiv, deoarece data de semenare a contractului și a ordinului de începere furnizare nu este cunoscută, nu se poate spune precis care este perioada în luni sau zile de licențiere.

Față de criticile de mai sus, contestatoarea solicită următoarele modificări ale caietului de sarcini:

1. Reînnoire și sincronizare mentenanță McAfee Complete Endpoint protect for Business – să devină:

- Produs Antivirus tip Enterprise, varianta care să acopere Endpoint, Workstation, servere și servere virtuale (dacă este cazul).

2.Perioada contractuală: 12 luni.

Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatoarei având în vedere că obiectul contractului îl constituie *„Serviciu actualizare pachete software de securitate",* iar potrivit descrierii din caietul de sarcini autoritatea contractantă a organizat prezentat procedură de atribuire pentru *„Reînnoire și sincronizare mentenanță McAfee Complete Endpoint Protect for Business",* și nu cumpărare de produse noi.

Este evident din solicitatea contestatoarei potrivit căreia să se aducă modificări în caietul de sarcini în sensul că, sintagma *„Reînnoire și sincronizare mentenanță McAfee Complete Endpoint protect for Business"* să devină: *„Produs Antivirus tip Enterprise, varianta care să acopere Endpoint, Workstation, servere și servere virtuale (dacă este cazul)",* contestatoarea solicită, în fapt, modificarea obiectului contractului, din actualizare a unui produs existent, cu înlocuirea acestuia cu altul nou.

Consiliul va reține în soluționare faptul că la cap. III. Descriere achiziție, III.1. Specificații tehnice minimale, autoritatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților că:

„- Soluția trebuie să includă livrarea de către producător a noilor semnături, versiuni de produs, acces la portalul de service on-line al producătorului, 24x7x365 Live/Phone/Web/Chat Suport precum și asistență de la distanță;

- Soluția trebuie să includă suport tehnic până la data specificată, care să permită actualizări la zi pentru program, baze de viruși, atacatori, inclusiv trecerea la versiunile superioare care sunt publicate de producător în termenul contractual".

Potrivit prevederilor art. 155 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției",* prin urmare, autoritatea contractantă a stabilit, în mod clar, raportat la obiectul contractului, respectiv *„Serviciu de actualizare pachete software de securitate",* care sunt specificațiile tehnice pe care oferta trebuie să le îndeplinească și nu un produs nou echivalent pachetului software de securitate *„McAfee Complete Endpoint protect for Business"*.

Astfel, în condițiile în care obiectul contractului este de reînnoire, sincronizare și mentenanță pentru pachetul de securitate existent *„McAfee Complete Endpoint protect for Business"*, autoritatea contractantă nu poate indica un alt produs de cât cel pe care îl utilizează în prezent și a cărui actualizare, *„Reînnoire și sincronizare mentenanță"* trebuie realizată.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu intenționează să achiziționeze un nou pachet de securitate ci, exclusiv, *„reînnoire și sincronizare mentenanță"* a celui existent, respectiv *„McAfee Complete Endpoint protect for Business"*.

În același timp, nu este posibilă actualizarea pachetului aflat în exploatare cu alte pachete diferite, deoarece această situație ar genera erori de comunicare și de securitate, știut fiind că pe o stație de lucru nu se pot instala două sisteme antivirus diferite.

De altfel, contestatoarea, așa cum rezultă din conținutul contestației nu susține că ar dori să ofere soluția de actualizare a pachetelor McAfee, ci dorește ofertarea unui sistem nou antivirus echivalent, situație care conduce, în mod cert, la modificarea obiectului contractului, așa cum s-a arătat mai sus, or modificările solicitate nu sunt legal posibile.

Obiectul achiziției se stabilește în funcție de necesitățile autorității contractante, și nu de necesitățile ofertanților.

Așa cum rezultă din specificațiile tehnice autoritatea contractantă solicită, spre exemplu, *„livrarea de către producător a noilor semnături, versiuni de produs",* fiind vorba, evident, de produsul existent, respectiv pachetul de securitate *„McAfee Complete Endpoint protect for Business"*, și *„actualizări la zi pentru program, baze de viruși, atacatori, inclusiv trecerea la versiunile superioare care sunt publicate de producător în termenul contractual",* și nu prin soluții echivalente de securitate celor adoptate de McAfee.

Consiliul constată că SC ...SRL susține caracterul restrictiv prin indicarea producătorului McAfee, situație în care, în opinia sa, alți producători de renume nu vor fi acceptați cu un produs echivalent, însă, indicarea producătorului a fost făcută în contextul indicării pachetului deja existent, pachet asupra căruia ofertanții trebuie să intervină, conform prezentei proceduri de achiziție, și să asigure potrivit obiectului contractului *„Serviciu actualizare pachete software de securitate”,* servicii de *„reînnoire și sincronizare mentenanță”,* informație care este necesară ofertanților pentru elaborarea ofertei.

În ceea ce privește critica referitoare la perioada contractuală, aceasta, deși este stabilită potrivit caietului de sarcini în perioada *„13 ianuarie 2018 – 29 aprilie 2019”*, autoritatea contractantă o poate păstra ca întindere în timp calculată de la data încheierii contractului, nefiind indicată de către contestatoare vreo încălcare a legii care să necesite eliminarea cerinței.

Față de cele constatate anterior, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul reține caracterul nefondat al criticilor formulate referitoare la prevederile documentației de atribuire, motiv pentru care va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu COMPLEXUL ENERGETIC OLTENIA SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației invocată de către autoritatea contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ...SRL în contradictoriu cu ...SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

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

Redactată în patru exemplare, conţine șapte pagini.