

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în, str., ..., având CUI, reprezentată prin administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect „Servicii de mentenanță aferente produselor hardware și software HP achiziționate pentru funcționarea ...”, cu data de deschidere a ofertelor 11.07....., organizată de SA, cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat

Prin încheierea nr.../...../...../....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/....., să soluționeze contestația de față, prin care, prin care SC SRL reclamă modul în care autoritatea contractantă a stabilit cerințele minime de calificare din cuprinsul documentației de atribuire, care, în opinia sa, sunt de natură a discrimina și de a îngreuna libera concurență.

În motivare, contestatorul învederează următoarele:

1. În Fișa de date se solicită de către autoritatea contractantă:

„Ofertantul trebuie să fie autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware, în conformitate cu art. 8 din Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare emisă de Parlamentul României.

Ofertantul va prezenta certificate/documente din care să reiasă că este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware, în copie lizibilă cu mențiunea "conform cu originalul".

Potrivit contestatorului, cerința de mai sus este întru-totul echivalentă ca formă și efect cu o autorizație de la producător, cu efectul restrângerii accesului în procedură a tuturor ofertanților cărora producătorul, care nu are nici o calitate de autorizare, decide să nu le ofere documentul respectiv.

În acest sens, susține că introducerea în discuție a drepturilor de autor, prin invocarea art. 8 din legea nr. 8/1996, nu are nicio legătură cu procedura de față, dat fiind că accesul la respectivele patchuri și actualizări se poate face de către orice agent economic interesat, cu respectarea în totalitate a drepturilor de autor, în baza unei simple achiziționări a accesului în cadrul unei relații comerciale cu orice distribuitor de servicii, fără a fi necesară vreo aprobare / autorizare a vreunui producător.

În opinia contestatorului, desfășurarea normală a unei astfel de tranzacții este ca ofertantul câștigător să achiziționeze drepturile respective prin subscripții software comerciale, disponibile oricărei părți interesate pe piață, ca un produs/serviciu standard din lista de vânzare a vendorului, achiziția respectivelor subscripții implicând anumite costuri, astfel că doar ofertantul declarat câștigător le va achiziționa, și asta după semnarea contractului, nu în faza de ofertare.

Prin urmare, contestatorul susține că solicitarea oricăror dovezi că un ofertant deține drepturile respective (echivalent cu faptul că a cumpărat deja pentru utilizarea autorității contractante subscripțiile software) în momentul depunerii ofertelor ca și criteriu de calificare este o cerință absurdă și contrară înșiruirii logice a operațiunilor comerciale legate de contractul care va rezulta din această procedură. De asemenea, arată că numai în situația în care un ofertant este în mod particular favorizat de vendor, și există o înțelegere în afara unei relații comerciale standard cu acesta, ar putea primi eventual o hârtie (fără acoperire comercială în fapt) din partea reprezentanței producătorului precum că deține respectivele drepturi la momentul depunerii ofertelor, pentru a fi favorizat și singurul care s-ar putea califica în procedură pe baza acestui „criteriu” de calificare.

Admițând faptul că orice ofertant trebuie să respecte toate legile aplicabile în România, în activitatea sa, inclusiv legea drepturilor de autori, contestatorul subliniază faptul că nu există cadrul legal care să îndreptățească o autoritate contractantă să solicite documente „care să

ateste" respectarea uneia sau a tuturor legilor în vigoare de către un ofertant.

În concluzie, contestatorul solicită eliminarea din fișa de date a acestei cerințe care contravine legii, reprezentând o autorizație de la producător.

2. În caietul de sarcini se solicită de către autoritatea contractantă:

„3. Cerințele privind serviciile de mentenanță

Beneficiarul solicita ca serviciile sa fie asigurate de producător sau de către terți certificați de către producător pentru prestarea acestor tipuri de servicii, pentru categoriile de produse HP, menționate în Anexa 1, la prezentul Caiet de Sarcini.

(...)

Ofertantul va face dovada faptului că este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware, în vederea respectării drepturilor de proprietate intelectuală.”

Având în vedere că aceste cerințe nu sunt specificații tehnice, în sensul definiției date de art. 35 din OUG nr. 34/2006, fiind, conform art. 33 alin. (3) din ordonanță, cerințe/criterii de calificare și/sau selecție, care se găsesc în caietul de sarcini și nu sunt preluate în fișa de date, contestatorul arată că acestea sunt considerate clauze nescrise. Mai mult, apreciază că prin acestea se încalcă și principiile prevăzute la art. 2, alin. (2), lit. a) și b) din OUG 34/2006 - nediscriminarea și tratamentul egal, avantajându-se în mod clar producătorii sau orice alt operator economic căruia producătorul dorește să îi acorde prestarea serviciilor solicitate de autoritatea contractantă.

De asemenea, arată că prin procedura de față se achiziționează servicii post garanție, drept pentru care nu se poate justifica solicitarea ca prestatorul de servicii, pe lângă faptul de a fi calificat profesional, să fie și autorizat în vreun fel de producător pentru intervenții în garanție.

Potrivit contestatorului, toate cerințele referitoare la autorizarea producătorului sau utilizarea serviciilor producătorului, formulate în forma din caietul de sarcini, nu sunt decât piedici administrative nejustificate pe criterii care nu au de fapt nicio legătură cu specificațiile tehnice ale serviciilor, care trebuie să se refere la aspecte concrete ale livrării lor, precum calitatea, termenele de intervenție și rezolvare etc.

Pe lângă faptul că este cerut expres un angajament al unui anumit terț în procedură, terț ce nu are nicio obligație legală în contractul ce se va încheia între achizitor și furnizor, contestatorul susține că această cerință se constituie practic într-o autorizare de la producător (de a oferta servicii în numele lui), act a cărei solicitare a fost constatată ca fiind ilegală în mod repetat de către autoritățile în domeniul achizițiilor publice.

Contestatorul susține că prin formularea sa, autoritatea contractantă amestecă de fapt două lucruri diferite, și anume garanția standard (acordată de producător în domeniul echipamentelor electronice, existând și obligații legale în acest sens în sarcina acestuia),

și serviciile ulterioare garanției standard - care de fapt nu au legătură cu aceasta ci sunt niște livrabile separate. În acest sens arată că serviciile adiționale și complementare garanției inițiale constituie un livrabil de tipul serviciilor, și conform legislației din domeniul concurenței acestea trebuie să poată fi oferite, contractate și livrate liber de constrângeri, fără legătură directă cu producătorul echipamentelor. Ofertantul trebuie să decidă pe criterii comerciale și de piață dacă livrează astfel de servicii cu resurse proprii sau le contractează de la terți pe care îi selectează pe criterii strict comerciale. "Producătorul" este în această situație în concurență directă cu orice alt ofertant de servicii, iar impunerea acestuia ca furnizor obligatoriu de servicii încalcă accesul liber la procedură a altor ofertanți.

De asemenea, consideră că acordarea serviciilor de suport pe „*canalul oficial al producătorului*” încalcă prevederile legale în materia achizițiilor publice, constituindu-se, din nou, într-o autorizare de a livra (servicii de suport) emisă de producător, considerată restrictivă și în mod expres interzisă de Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, având ca efect îngrădirea concurenței, prin cererea de autorizări de la terți producători (precum că ofertantul face parte din „canalul oficial”), care nu au calitatea de a emite certificări sau autorizări valabile în cadrul procedurii de achiziție publică.

În opinia sa, introducerea unei cerințe cum ar fi servicii „*asigurate de producător sau de către terți certificați de producător*” au ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, care restrâng concurența între operatorii economici, favorizând producătorul ori pe acei operatori economici agreeți de producător, contrar art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006.

În concluzie, contestatorul apreciază că rezultatul introducerii celor două cerințe atacate este restrângerea drastică a concurenței, încălcându-se principiile ce stau la baza activității de achiziții publice. Deși există în România numeroase societăți comerciale ce dețin capacitatea tehnică și posedă experiența necesară pentru a presta serviciile solicitate, formularea „*asigurate de producător sau de către terți certificați de către producător*” arată intenția autorității contractante de a distorsiona concurența în procedură, dat fiind că producătorul, o societate comercială ce urmărește - în mod natural - profitul, ori va participa direct la procedură ori va favoriza ofertanții cu care se află în relații privilegiate, materializate prin aceste „certificări”, ce îi vor oferi cel mai mare profit în urma desfășurării contractului, dacă autoritatea contractantă însăși, încălcând - printre altele - principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, îi pune la dispoziție instrumentele necesare.

Cât privește cerința „*Ofertantul va face dovada faptului că este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware, în vederea respectării drepturilor de proprietate intelectuală*”, contestatorul, făcând trimitere la cele

anterior expuse, arată că această "autorizare" care se obține comercial prin cumpărarea de subscripții software, nu poate fi "dovedită" la momentul depunerii ofertelor și pentru motivul că este absurd ca autoritatea contractantă să solicite și să impună tuturor ofertanților să achiziționeze aceste subscripții costisitoare înainte de semnarea unui contract, doar pentru a se califica în procedură și a depune oferta.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 92/38395/28.06....., înregistrat la CNSC sub nr. 19465/28.06....., ... SA, în calitate de autoritate contractantă, învederează următoarele:

1. În cuprinsul fișei de date a achiziției au enunțate criteriile de calificare, în care au fost descrise cerințele minime privind: situația personală a candidatului, capacitatea de exercitare a activității profesionale, capacitatea economico-financiară, capacitatea tehnică, standarde de asigurare a calității.

Criteriile de calificare constituie cerințele minime obligatorii pe care ofertantul trebuie să le îndeplinească, criterii elaborate în conformitate cu prevederile OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, precum și în concordanță cu recomandările ANRMAP, cu ordinele, instrucțiunile și notificările emise de aceasta. Criteriile de calificare au fost elaborate în funcție de principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică (art. 2 din OUG nr. 34/2006), avându-se în vedere nerestricționarea accesului operatorilor economici la aceasta procedura de atribuire, precum și în conformitate cu Ordinul ANRMAP nr. 509/2011.

La elaborarea acestor criterii s-a ținut cont de experiența anterioară a ... SA în domeniul procedurilor de achiziție publică pentru contractele de prestări servicii de mentenanță precum și de specificul acestui contract.

Cerința criticată prin contestație are ca scop principal protejarea autorității contractante în sensul evitării atribuirii contractului unor operatori, economici, care nu sunt înregistrări conform prevederilor legale în vigoare, în vederea desfășurării activității pentru care au fost autorizați. Solicitarea acestei cerințe minime de calificare s-a făcut în conformitate cu prevederile art. 183 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Serviciile de suport software ce trebuie asigurate se referă la asigurarea serviciilor:

- pentru licențe specifice aplicații HP (HP Data Protector);
- pentru soluții furnizate HP împreună cu echipamentele (ex: sistemele de operare HP-UX, software specific activităților din zona de infrastructura IT),

Prin urmare, avându-se în vedere necesitatea respectării drepturilor de proprietate intelectuală, ofertantul trebuie să facă dovada faptului că este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware specifice software-urilor HP.

În susținerea poziției sale, autoritatea contractantă face trimitere și la punctul de vedere al direcției de specialitate din cadrul ... SA- respectiv Direcția Generală Economică și Financiară - Direcția Venituri, formulat prin actul nr. 11B/569/....., conform căruia, în considerarea dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 8/1996, cu modificările și completările ulterioare, prin documentația de atribuire s-a solicitat printre altele, și suport software care se referă atât la actualizări software pentru toate produsele software incluse împreună cu echipamentele hardware cât și la soluțiile furnizate de HP împreună cu echipamentele (ex: sistemele de operare HP-UX, software specific activităților din zona de infrastructură IT).

În cauză este invocat actul Hewlett-Packard România SRL din data de 04.04.2014, înregistrat la SA sub nr. 92/19219/07.04....., potrivit căruia:

„Utilizăm expertiza și proprietatea noastră intelectuală pentru a oferi clienților noștri o experiență de suport deosebită, atunci când suntem contactați fie direct, online sau telefonic, fie prin partenerii noștri autorizați.

În sprijinul angajamentului de mai sus, începând cu Ianuarie 2014, Hewlett-Packard a schimbat la nivel global dreptul și modalitatea de acces la actualizările de firmware și drivere pentru serverele din gama ProLiant și Integrity (n.n. opere derivate care au fost create plecând de la una sau mai multe opere preexistente), precum și pentru echipamentele de stocare din gama EVA. În acest sens, accesul la echipamentele de firmware și software menționate mai sus va fi posibil doar prin portalul HP Support Center și dedicat exclusiv clienților care beneficiază de un contract de suport tehnic sau garanție. Clienții noștri vor avea acces doar la actualizările pentru gamele de produse pentru care dețin contract de suport sau garanție, legate de contul propriu de HP Support Center, în baza unui număr unic de înregistrare SAID (Service Agreement ID)”

Astfel, în raport cu politica producătorului aplicată începând cu ianuarie 2014 este indubitabil faptul că pentru a putea îndeplini toate obligațiile contractuale, câștigătorul procedurii de achiziție publică trebuie să asigure accesul beneficiarului (...) la portalul producătorului. Acest lucru, așa cum este menționat și în adresa emisă în data de 04.04.2014 de către Hewlett-Packard România SRL, se poate face exclusiv clienților care beneficiază de un contract de suport tehnic sau garanție. Ținând cont că produsele hardware-software pentru care se solicită achiziționarea serviciilor de mentenanță și suport nu mai sunt în garanție, singura posibilitate prin care se poate realiza în totalitate obiectul contractului este un contract de suport.

Achiziția de către ofertantul câștigător, ulterior finalizării procedurii de achiziție, a drepturilor de accesare a actualizările de firmware și drivere pentru serverele din Integrity și pentru echipamentele de stocare din gama EVA nu poate fi considerată o certitudine, existând astfel

posibilitatea ca autoritatea contractantă să declare câștigător un operator economic care nu poate să îndeplinească în totalitate cerințele caietului de sarcini.

Având în vedere cele prezentate mai sus, pentru a garanta posibilitatea îndeplinirii obligațiilor contractuale, autoritatea contractantă consideră că toți ofertanții trebuie să facă dovada ca au dreptul de a accesa actualizările de firmware și drivere pentru serverele din Integrity și pentru echipamentele de stocare din gama EV A, echipamente pentru care trebuie asigurate serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri.

În consecința, autoritatea contractantă solicită respingerea susținerilor contestatorului formulate la punctul 1 din contestație ca fiind neîntemeiate și lipsite de fundament legal.

2. În ceea ce privește criticile de la punctul 2 din contestație, autoritatea contractantă arată că, în baza art. 9 alin (1) din Legea nr. 101/19.05....., a adoptat următoarele măsuri de remediere:

Forma inițială	Forma finală
1. Cerințele privind serviciile de mentenanță Beneficiarul solicită ca serviciile să fie asigurate de către producător sau de către terți autorizați de acesta pentru prestarea acestor tipuri de servicii, pentru categoriile de produse HP, menționate în Anexa nr. 1 la prezentul Caiet de Sarcini. Prestatorul va asigura mentenanța tuturor produselor hardware menționate în Anexa nr. 1 la prezentul Caiet de Sarcini, pentru o perioadă de 1 an, începând cu data intrării în vigoare a contractului, iar cererile de suport/ mentenanță vor fi direcționate către un singur punct de contact al Prestatorului, indiferent de natura solicitării. Prestatorul va asigura, pentru o perioadă de 1 an de la data intrării în vigoare a contractului și suportul produselor software menționate în Anexa nr. 1, precum și dreptul de descărcare și utilizare a actualizărilor software pentru toate produsele software incluse împreună cu echipamentele hardware.	1. Cerințele privind serviciile de mentenanță Prestatorul va asigura mentenanța tuturor produselor hardware menționate în Anexa nr. 1 la prezentul Caiet de Sarcini, pentru o perioadă de 1 an, începând cu data intrării în vigoare a contractului, iar cererile de suport/ mentenanță vor fi direcționate către un singur punct de contact al Prestatorului, indiferent de natura solicitării. Prestatorul va asigura, pentru o perioadă de 1 an de la data intrării în vigoare a contractului și suportul produselor software menționate în Anexa nr. 1, precum și dreptul de descărcare și utilizare a actualizărilor software pentru toate produsele software incluse împreună cu echipamentele hardware. Suportul software se referă și la soluțiile furnizate de HP împreună cu echipamentele (ex: sisteme de operare HP-UX, software specific activităților din zona de infrastructura IT) și nu la soluții software 3rd party.

Suportul software se referă și la soluțiile furnizate de HP împreună cu echipamentele (ex: sisteme de operare HP- UX, software specific activităților din zona de infrastructura IT) și nu la soluții software 3rd party. Ofertantul va face dovada faptului ca este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware, în vederea respectării drepturilor de proprietate intelectuală. Toate solicitările transmise de Beneficiar, prin persoana de contact autorizată, telefonic, web sau prin e-mail, vor fi înregistrate de către Prestator, accesul telefonic/web/e-mail trebuie să fie valabil 7 zile pe săptămână (Luni - Duminică), 24 ore pe zi, pe tot parcursul unui an calendaristic, inclusiv sărbătorile legale. La sfârșitul fiecărui incident deschis, Prestatorul va efectua o analiză a cauzelor care au dus la producerea incidentului, iar măsurile luate pentru remedierea problemei vor fi incluse într-un raport final cu privire la incident.	Toate solicitările transmise de Beneficiar, prin persoana de contact autorizată, telefonic, web sau prin e-mail, vor fi înregistrate de către Prestator, accesul telefonic/web/e-mail trebuie să fie valabil 7 zile pe săptămână (Luni - Duminică), 24 ore pe zi, pe tot parcursul unui an calendaristic, inclusiv sărbătorile legale. La sfârșitul fiecărui incident deschis, Prestatorul va efectua o analiză a cauzelor care au dus la producerea incidentului, iar măsurile luate pentru remedierea problemei vor fi incluse într-un raport final cu privire la incident
---	--

În cauză, autoritatea contractantă arată că adoptarea măsurilor de remediere referitoare la punctul 2 din contestație sunt conform celor menționate prin actul nr. 11B/569/..... (anexa nr. 1) emis de Direcția de specialitate din cadrul autorității contractante, respectiv Direcția Generală Economică și Financiară - Direcția Venituri.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și continuarea procedurii.

Prin adresa nr. 19506/1228C10/28.06..... Consiliul a solicitat contestatorului un punct de vedere cu privire la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă.

La această solicitare, contestatorul a răspuns prin adresa nr. 51/29.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 19816/....., precizând că a luat act de măsurile de remediere adoptate de către autoritatea contractantă,

prin eliminarea din caietul de sarcini al prevederilor ce contraveneau legislației în domeniul achizițiilor publice.

Referitor însă la decizia de menținere a solicitărilor criticate din cuprinsul fișei de date, contestatorul, pe lângă cele exprimate deja în cuprinsul contestației, susține că autoritatea contractantă face o confuzie în privința înregistrării unor agenți economici în vederea desfășurării anumitor activități autorizate. Astfel, față de afirmația autorității că cerințele atacate au fost introduse în documentație pentru a asigura autoritatea contractantă împotriva atribuirii contractului unor operatori economici neînregistrați/neautorizați, contestatorul arată că înregistrarea și autorizarea operatorilor economici în vederea desfășurării unor activități se face de către autoritățile statului, nu de către terțe societăți comerciale, cum ar fi Hewlett-Packard România SRL în cazul de față, drept pentru care un astfel de document de „autorizare” provenind de la o societate comercială nu poate fi solicitat drept document de calificare.

De asemenea, arată că și în actul referitor la suport invocat, în opinia sa fără vreun temei legal de către autoritatea contractantă, din anul 2014, provenind de la producătorul HP, nu se specifică nicăieri (din câte se înțelege din cele citate de către autoritatea contractantă, întrucât acest act nu i-a parvenit) că un anumit agent economic trebuie să aibă dovada unui contract cu HP deja încheiat la data ofertării pentru a beneficia ulterior de anumite avantaje. Mai mult, susține că, și într-o astfel de situație, „incertitudinea” autorității contractante în privința capacității ofertanților de a derula un contract nu poate fi înlăturată prin acceptarea solicitării în fișa de date a unor documente clar ilegale (conform OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare și Ordinului Președintelui ANRMAP nr. 509/2011), cum este cazul autorizărilor de la producător - iar aici se solicită în mod expres astfel de documente.

Contestatorul menționează că ofertanții își asumă derularea în bune condiții a contractului prin depunerea ofertei, autoritatea contractantă trebuind să accepte acest lucru în baza principiului recunoașterii reciproce, fiind asigurată împotriva oricăror riscuri de existența garanțiilor depuse - de participare sau, ulterior semnării contractului, de bună execuție.

Din punct de vedere al întemeierii în drept al argumentației autorității, contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă declară că menține cerința restrictivă de calificare de „autorizare” a ofertanților care vor fi acceptați, de către societatea comercială Hewlett Packard Romania SRL, pentru ca doar ofertanții confirmați de aceasta să se poată califica în procedură, bazându-se pe Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor, în timp ce la finalul punctului de vedere trimis susține că se întemeiază pe legislația achizițiilor publice.

În cauză, contestatorul face precizarea că Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor (în baza căreia face argumentarea introducerii restricției autoritatea contractantă), nu se aplică procedurilor de achiziții

publice, și explicit documentelor de calificare într-o procedură. În schimb legislația specifică care se aplică procedurilor de achiziții publice interzice restrângerea accesului prin solicitarea ca documente de calificare a unor astfel de „autorizări” într-un domeniu de activitate nereglementat cum este cel IT, (spre deosebire de alte domenii reglementate precum cel electric, al instalațiilor cu gaze etc. - unde există autorizare de funcționare a agenților economici care pot desfășura activități în domeniu, dar date de autorități ale statului precum ISCIR, ANRE etc. iar nu de către societăți comerciale private).

În concluzie, arată că rezultatul menținerii acestui criteriu de calificare ar fi că la procedură vor putea practic participa doar ofertanții selectați de societatea comercială Hewlett Packard Romania SRL, care astfel poate să controleze 100% participarea și să o restrângă la ofertanții cu care are o înțelegere comercială de a oferi prețurile pe care le dorește, în loc ca procedura să fie deschisă și să permită accesul oricărui prestator de servicii interesat, la prețul calculat economic corect.

Așadar, contestatorul învederează faptul că își menține solicitarea adresată Consiliului privind eliminarea din Fișa de date a acestor cerințe ce contravin legii, reprezentând o autorizație de la producător, considerând insuficiente măsurile de remediere ce afectează doar caietul de sarcini, nu și fișa de date a achiziției.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA a inițiat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect „Servicii de mentenanță aferente produselor hardware și software HP achiziționate pentru funcționarea ...”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr./.....

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului ce urmează a se atribui este de 1.249.057,68 lei, fără TVA, termenul de depunere a ofertelor fiind stabilit pentru 11.07.....

Prin contestația nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., care face obiectul dosarului nr./....., SC SRL reclamă modul în care autoritatea contractantă a stabilit cerințele minime de calificare din cuprinsul documentației de atribuire.

[nr. 34/2006](#)[nr. 337/2006](#) Preliminar, Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 24.05.2016, contestația fiind înregistrată la Consiliu la data de, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căreia, „La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări și completări

prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare” [(art. 238 lit. a)] și a Legii 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. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, deci anterior formulării prezentei contestații.

În aceste condiții, rezultă că, în prezenta cauză sunt incidente prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/....., conform cărora „Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”, astfel că soluționarea prezentei contestații urmează să se facă în baza prevederilor Legii nr. 101/..... 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, în vigoare la data depunerii prezentei contestații.

În soluționare, Consiliul reține că SC SRL consideră abuzive și nelegale următoarele cerințe din documentația de atribuire:

1. cerința cuprinsă în Fișa de date, cap. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale:

„Ofertantul trebuie să fie autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware, în conformitate cu art. 8 din Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare emisă de Parlamentul României.

Ofertantul va prezenta certificate/documente din care să reiasă că este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware, în copie lizibilă cu mențiunea "conform cu originalul".

2. cerința cuprinsă în caietul de sarcini, pag. 1. pct. 3 Cerințele privind serviciile de mentenanță

„3. Cerințele privind serviciile de mentenanță

Beneficiarul solicita ca serviciile să fie asigurate de producător sau de către terți certificați de către producător pentru prestarea acestor tipuri de servicii, pentru categoriile de produse HP, menționate în Anexa 1, la prezentul Caiet de Sarcini.

(...)

Ofertantul va face dovada faptului că este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware, în vederea respectării drepturilor de proprietate intelectuală.”

De asemenea, este reținut faptul că, în considerarea dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/....., după primirea contestației, autoritatea contractantă a decis să adopte măsuri de remediere în ceea ce privește critica

societății contestatoare referitoare la cerințele privind serviciile de mentenanță din cuprinsul caietului de sarcini, astfel:

Forma inițială	Forma finală
1. Cerințele privind serviciile de mentenanță Beneficiarul solicită ca serviciile să fie asigurate de către producător sau de către terți autorizați de acesta pentru prestarea acestor tipuri de servicii, pentru categoriile de produse HP, menționate în Anexa nr. 1 la prezentul Caiet de Sarcini. Prestatorul va asigura mentenanța tuturor produselor hardware menționate în Anexa nr. 1 la prezentul Caiet de Sarcini, pentru o perioadă de 1 an, începând cu data intrării în vigoare a contractului, iar cererile de suport/ mentenanță vor fi direcționate către un singur punct de contact al Prestatorului, indiferent de natura solicitării. Prestatorul va asigura, pentru o perioadă de 1 an de la data intrării în vigoare a contractului și suportul produselor software menționate în Anexa nr. 1, precum și dreptul de descărcare și utilizare a actualizărilor software pentru toate produsele software incluse împreună cu echipamentele hardware. Suportul software se referă și la soluțiile furnizate de HP împreună cu echipamentele (ex: sisteme de operare HP- UX, software specific activităților din zona de infrastructura IT) și nu la soluții software 3rd party. Ofertantul va face dovada faptului ca este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizările de software și firmware, în vederea respectării drepturilor de	1. Cerințele privind serviciile de mentenanță Prestatorul va asigura mentenanța tuturor produselor hardware menționate în Anexa nr. 1 la prezentul Caiet de Sarcini, pentru o perioadă de 1 an, începând cu data intrării în vigoare a contractului, iar cererile de suport/ mentenanță vor fi direcționate către un singur punct de contact al Prestatorului, indiferent de natura solicitării. Prestatorul va asigura, pentru o perioadă de 1 an de la data intrării în vigoare a contractului și suportul produselor software menționate în Anexa nr. 1, precum și dreptul de descărcare și utilizare a actualizărilor software pentru toate produsele software incluse împreună cu echipamentele hardware. Suportul software se referă și la soluțiile furnizate de HP împreună cu echipamentele (ex: sisteme de operare HP-UX, software specific activităților din zona de infrastructura IT) și nu la soluții software 3rd party. Toate solicitările transmise de Beneficiar, prin persoana de contact autorizată, telefonic, web sau prin e-mail, vor fi înregistrate de către Prestator, accesul telefonic/web/e-mail trebuie să fie valabil 7 zile pe săptămână (Luni - Duminica), 24 ore pe zi, pe tot parcursul unui an calendaristic, inclusiv sărbătorile legale. La sfârșitul fiecărui incident deschis, Prestatorul va efectua o analiză a cauzelor care au dus la

proprietate intelectuală. Toate solicitările transmise de Beneficiar, prin persoana de contact autorizată, telefonic, web sau prin e-mail, vor fi înregistrate de către Prestator, accesul telefonic/web/e-mail trebuie să fie valabil 7 zile pe săptămână (Luni - Duminică), 24 ore pe zi, pe tot parcursul unui an calendaristic, inclusiv sărbătorile legale. La sfârșitul fiecărui incident deschis, Prestatorul va efectua o analiză a cauzelor care au dus la producerea incidentului, iar măsurile luate pentru remedierea problemei vor fi incluse într-un raport final cu privire la incident.	producerea incidentului, iar măsurile luate pentru remedierea problemei vor fi incluse într-un raport final cu privire la incident
--	---

Respectivele măsuri de remediere au fost aduse la cunoștința contestatorului, prin adresa nr. 92/38394/28.06....., cât și celorlalți operatorii economici interesați, fiind publicate în SEAP, la data de 28.06.....

În aceste condiții, constatând faptul că autoritatea contractantă a eliminat din caietul de sarcini cele două paragrafe criticate de contestator, Consiliul reține că acest capăt de cerere este rămas fără obiect.

În ceea ce privește primul punct al contestației, cel privind cerința asupra careia autoritatea contractantă nu a revenit cu remedieri, Consiliul a luat în considerare următoarele aspecte:

Potrivit prevederilor Legii nr. 98/.....:

„Art. 236. - (1) Prezenta lege se aplică procedurilor de atribuire inițiate după data intrării sale în vigoare.

(2) Procedurilor de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei legi li se aplică legea în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire.”

Prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de drept pentru care legislația care se impune a fi respectată în desfășurarea procedurii este cea prevăzută în OUG nr. 34/2006 cu completările și modificările ulterioare, în HG nr. 925/2006 cu completările și modificările ulterioare precum și în celelalte acte normative aflate în vigoare la data demarării procedurii printre care și Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP.

Potrivit anexei nr. 1 la Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP, printre cerințele/formularele considerate restrictive și care nu se accepta în documentația de atribuire regăsim și solicitarea privind

„autorizarea/imputernicirea pentru livrarea/comercializarea produselor din partea producatorului sau importatorului.”

Analizand solicitarea critica din cuprinsul fișei de date a achizitiei cap. III.2.1.b): *„Ofertantul trebuie să fie autorizat de proprietarul drepturilor de autor sa acceseze patchurile și actualizarile de software și firmware, în conformitate cu art. 8 din Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare emisă de Parlamentul României.*

Ofertantul va prezenta certificate/documente din care să reiasă că este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizarile de software și firmware, în copie lizibilă cu mențiunea conform cu originalul”, Consiliul constata ca este sub o forma similara solicitarii unei autorizari de la producator si se impune a fi considerata restrictiva. De altfel, analizand legislatia, constatam ca este permisa introducerea ca cerinta de calificare a solicitarii de autorizari emise de institutii ale statului cu rol de reglementare (ex: ISCIR, AFER, ANRE) dar nu poate fi acceptata solicitarea unei autorizari din partea unui operator privat deoarece actiunile acestuia pot restrange concurenta.

Este de asemenea justificat argumentul contestatorului potrivit caruia acest tip de autorizare se obtine pe cale comerciala, deci se poate obtine ulterior atribuirii contractului.

Ca un ultim argument, Consiliul constata ca (in mod corect) autoritatea contractantă a organizat o procedura de licitație deschisă, procedura care se supune integral rigorilor privind nerestricționarea participarii operatorilor economici. Daca detinerea unei autorizari din partea proprietarului drepturilor de autor ar fi fost fundamentala (ceea ce Consiliul considera ca nu este cazul) atunci autoritatea contractantă ar fi putut organiza o procedura de negociere fara publicarea unui anunt de participare in temeiul prevederilor art. 122 lit b) din OUG nr. 34/2006 cu modificarile si completarile ulterioare:

„ Art. 122. - Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri:...

*b) **atunci când**, din motive tehnice, artistice sau **pentru motive legate de protecția unor drepturi de exclusivitate**, contractul de achiziție publică poate fi atribuit numai unui anumit operator economic;”*

In concluzie avand in vedere argumentele de mai sus, Consiliul apreciaza ca restrictiva cerinta din fisa de date privind autorizarea de catre proprietarul drepturilor de autor (Hewlett-Packard) si va dispune eliminarea acesteia.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/....., Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu SA.

Consiliul va dispune eliminarea din fișa de date a achizitiei cap. III.2.1.b) a cerintei *„Ofertantul trebuie să fie autorizat de proprietarul*

drepturilor de autor sa acceseze patchurile și actualizarile de software și firmware, în conformitate cu art. 8 din Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare emisă de Parlamentul României.

Ofertantul va prezenta certificate/documente din care să reiasă că este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizarile de software și firmware, în copie lizibilă cu mențiunea conform cu originalul” si publicarea in SEAP a unei erate cuprinzand modificarea efectuata in documentatie, in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Consiliul va dispune totodată prelungirea cu 10 zile a termenului stabilit pentru depunerea ofertelor si publicarea in SEAP a noului termen.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge ca rămasă fără obiect solicitarea contestatorului de la punctul 2 din contestație deoarece autoritatea contractantă a efectuat remedierile în continutul caietului de sarcini.

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

CONSILIUL DISPUNE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/....., admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu SA.

Dispune eliminarea din fișa de date a achizitiei cap. III.2.1.b) a cerinței „*Ofertantul trebuie să fie autorizat de proprietarul drepturilor de autor sa acceseze patchurile și actualizarile de software și firmware, în conformitate cu art. 8 din Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare emisă de Parlamentul României.*

Ofertantul va prezenta certificate/documente din care să reiasă că este autorizat de proprietarul drepturilor de autor să acceseze patchurile și actualizarile de software și firmware, în copie lizibilă cu mențiunea conform cu originalul” si publicarea in SEAP a unei erate cuprinzand modificarea efectuată în documentatie, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Dispune totodată prelungirea cu 10 zile a termenului stabilit pentru depunerea ofertelor si publicarea în SEAP a noului termen.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., respinge ca rămasă fără obiect solicitarea contestatorului de la punctul 2 din contestație deoarece autoritatea contractantă a efectuat remedierile în continutul caietului de sarcini.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/..... și poate fi atacată cu

plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

...