CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, 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. ...../..... înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu adresa de corespondenţă în municipiul ....., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ....., reprezentată legal prin director ..., privind procedura simplificată – într-o singură etapă, online, pentru contractului de achiziţie publică de servicii având ca obiect ”.....”, cod CPV 71356300-1, organizată de ..... SA, cu sediul în municipiul .....,....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- rectificarea documentaţiei de atribuire și anularea răspunsului publicat în SEAP de către autoritatea contractantă la data de ....., în sensul eliminării și/sau modificării acelor cerinţe care contravin liberei concurenţe între ofertanţi, conform celor detaliate în contestaţie;
- suspendarea procedurii până la obţinerea unei decizii irevocabile în cauză.

Prin încheierea nr....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, admițându-l. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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 SC ..... SRL reclamă documentaţia de atribuire, precum și răspunsul publicat în SEAP de către autoritatea contractantă la data de .....

În fapt, contestatorul arată că, analizând documentaţia de atribuire aferentă procedurii contestate, a constatat existenţa unor prevederi de natură a discrimina ofertanţii şi a îngrădi libera concurenţă. Autoritatea contractantă a fost notificată asupra acestor aspecte prin adresa societăţii sale nr. 137/04.12..... Prin răspunsul autorităţii (tardiv, dar va considera drept cauză disfuncţionalităţile SEAP din data de 07.12.....), ataşat contestaţiei, autoritatea contractantă a ales să menţină cerinţele respective, după cum urmează.

1. În caietul de sarcini s-a solicitat de către autoritatea contractantă: *„Prestatorul trebuie să deţină specialişti autorizaţi IBM (producătorul echipamentelor de stocare) în vederea realizării serviciilor de mentenanţă şi suport tehnic pentru echipamentele de stocare*".

După cum s-a adus la cunoştinţa autorităţii contractante, aceste cerinţe nu sunt specificaţii tehnice ale serviciilor solicitate, în sensul definiţiei date din Legea nr. 98/2016, fiind practic cerinţe/criterii de calificare şi/sau selecţie, care se găsesc în caietul de sarcini şi nu au fost preluate în fişa de date, fiind considerate clauze nescrise. Caietul de sarcini trebuie să includă descrierea concretă a caracteristicilor serviciilor care se solicită prestate, iar nu criterii de calificare pentru a le presta, aşa cum sunt cele subliniate mai sus. Dovedirea capacităţii tehnice de executare a contractului se solicită în fişa de date şi se demonstrează de ofertant prin îndeplinirea criteriilor de calificare.

Contestatorul precizează că nu există „autorizaţii" emise de producători care să confirme competenţele şi care să fie necesare pentru exercitarea profesiilor IT. Nu există entităţi 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 autorităţi legal abilitate să emită certificate obligatorii pentru exercitarea profesiilor şi activităţilor respective - cum ar fi ANRE, CNCIR, ş.a.).

Autoritatea contractantă ar fi putut solicita (doar în fişa de date, nu în caietul de sarcini) documente care atestă instruirea pesonalului în conformitate cu standardele de reparaţii şi folosirea echipamentelor adecvate la standardele cerute de producător, însă nu ca furnizorul să dispună de specialişti autorizaţi de către producătorul unor anumite echipamente.

În situaţia concretă de faţă, luând în considerare şi generaţia modelelor de echipamente, şi obiectul în sine al procedurii, este înţeles faptul că echipamentele nu mai sunt în termenul de garanţie acordat de producător, în care achizitorul ar putea eventual avea temerea de a invalida respectiva garanţie în cazul unor intervenţii la echipamente efectuate de ingineri fără o certificare specifică de la producător. Prin urmare nici această situaţie practică nu poate fi invocată pentru a justifica un interes legitim al achizitorului cu privire la solicitarea de autorizări care, după cum a arătat, excede prevederile legale cu privire la specificaţiile tehnice care pot fi formulate.

Contestatorul consideră că prin astfel de cerinţe se încalcă principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016 - nediscriminarea şi tratamentul egal, avantajându-se în mod clar operatorii

economici cărora producătorii echipamentelor doresc să le acorde prestarea serviciilor aferente produselor respective.

Cerinţa 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 specificaţiile tehnice ale serviciilor (formulate şi menţionate concret în caietul de sarcini, şi pe care ofertantul şi le asumă), care trebuie să se refere la aspecte concrete ale prestării lor, precum calitatea, termenele de răspuns şi rezolvare a incidentelor, garanţia etc.

Contestatorul menţionează că tipul certificărilor/autorizărilor care se pot solicita în procedura de achiziţie publică este prevăzut explicit şi exhaustiv în legislaţia în domeniu. Certificările privind capacitatea tehnică a ofertanţilor 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, autorităţile publice competente în domeniul respectiv sau organismele publice sau private de atestare a calităţii (deci nu un producător de echipamente).

În mod evident, un producător nu se încadrează în niciuna din situaţiile de mai sus, fiind un terţ în procedură - nu este autoritate publică competentă, nu este organism public sau privat de atestare a calităţii 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, garanţie, servicii, suport tehnic sau la orice alte aspecte, ca fiind valabile în procedurile de achiziţii publice. Aşadar, o entitate care nu are abilităţi 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 achiziţie publică, iar chiar şi solicitarea autorităţii contractante, fără precizarea normei legale pe care se bazează, este nelegală şi restrictivă, având în vedere că legislaţia obligă autorităţile contractante să menţioneze norma legală în baza căreia solicită o anumită certificare.

Contestatorul arată că aşa-zisa specificaţie tehnică atacată are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, care restrâng concurenţa între operatorii economici, favorizând producătorul ori pe acei operatori economici agreaţi de anumiţi producători, contrar art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, care prevede: *„Specificaţiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici*".

De asemenea, contestatorul consideră că, prin răspunsul dat notificării prealabile, prin care a menţinut cerinţa atacată, autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să întărească afirmaţiile societăţii sale - solicitându-se autorizările/certificările respective ori se atribuie prestarea serviciilor direct producătorului echipamentelor (în mod total eronat denumit „prestator unic"), ori acelui partener agreat de către acesta care îi vor aduce cel mai mare profit. Astfel, se crează o situaţie de monopol în care producătorul poate solicita pentru anumite servicii orice

preţ doreste, neexistând concurenţă reală tocmai prin acţiunea eronată a autorităţii contractante.

Contestatorul precizează că afirmaţiile autorităţii contractante referitoare la faptul că doar producătorul sau câţiva „parteneri de afaceri" (altfel spus, ofertanţi ce transmit achizitorilor costurile aferente „autorizării" specialiştilor proprii) pot presta serviciile sunt inexacte: piese de schimb originale IBM, noi şi nefolosite, se pot achiziţiona de pe piaţa liberă de la zeci de distribuitori, iar „codurile maşină" şi „dezvoltările software" sunt cu totul irelevante în acest caz, nefiind necesare pentru prestarea serviciilor ce fac obiectul procedurii, în fapt, chiar anul acesta societatea sa a prestat servicii similare pentru echipamente IBM identice [dealtfel, echipamente de stocare ce nu mai sunt de câţiva ani „de tip high-end (complexitate şi nivel tehnologic înalt)"], aşa cum este sigur că au făcut şi alţi numeroşi posibili ofertanţi.

Mai mult, referitor la riscurile invocate de către autoritatea contractantă, cum că *„orice disfuncţionalitate, atât hardware cât şi software poate avea efecte negative în emiterea şi eliberarea de paşapoarte româneşti*", întrucât nu ar exista un „contract care să prevadă clar o perioadă agreată si garantată de rezolvare a eventualelor probleme", contestatorul atrage atenţia Consiliului că scopul acestei proceduri este tocmai încheierea unui astfel de contract, solicitându-se ofertanţilor, prin caietul de sarcini, remedierea în maxim 24 de ore a oricărei defecţiuni, cerinţă perfect realizabilă pe care şi-o asumă orice ofertant interesat, aşa cum îşi asumă toate specificaţiile tehnice referitoare la aspectele concrete ale serviciilor.

În concluzie, contestatorul menţionează că rezultatul introducerii cerinţei respective este restrângerea drastică (dacă nu chiar eliminare) concurenţei, încălcându-se principiile ce stau la baza activităţii de achiziţii publice.

Contestatorul susţine că există în România numeroase societăţi comerciale ce deţin capacitatea tehnică şi posedă experienţa necesară pentru a presta serviciile respective, la standardele solicitate, dacă nu apar situaţii în măsură a distorsiona concurenţa în procedură.

2. În modelul de contract publicat în cadrul procedurii, la punctul 7.8, autoritatea contractantă a solicitat: *„Prestatorul se obligă să deţină specialişti autorizaţi IBM (producătorul echipamentelor de stocare) în vederea realizării serviciilor de mentenanţă şi suport tehnic pentru echipamentele de stocare”.*

Contestatorul arată că argumentaţia în favoarea eliminării acestui punct din modelul de contract se regăseşte în totalitate mai sus în contestaţie.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să dispună eliminarea din caietul de sarcini a acestei cerinţe de calificare excesivă si nelegală, care nu reprezintă specificaţii tehnice concrete ale serviciilor ce se solicită a fi prestate. Întrucât cerinţa a fost preluată şi în modelul de contract publicat în cadrul procedurii, solicită şi eliminarea punctului 7.8 din modelul de contract respectiv.

în drept - prevederile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016, Directiva Europeană 2014/24/UE.

Prin adresa nr. 52801/.....-...../11.12....., Consiliul a solicitat autorității contractante un punct de vedere cu privire la capătul de cerere privind suspendarea procedurii.

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. F/4993/12.12..... înregistrată la CNSC sub nr. 53108/12.10....., învederând următoarele:

...Invocând prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă arată că în data de 04.12.2017, ora 10:47, operatorul SEAP, prin adresa sa ..., a anunțat faptul că la procedura de achiziție în discuție, ... SRL a solicitat o clarificare (potrivit extrasului atașat).

În vederea identificării documentului despre care a fost anunțată autoritatea contractantă, s-a procedat la vizionarea Sistemului Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), constatându-se faptul că acest document a fost publicat de către operatorul economic la Secțiunea întrebări, sub denumirea generică Notificare (potrivit extrasului atașat).

Urmare parcurgerii documentului Notificare nr. 137/04.12....., înregistrat în cadrul autorității contractante sub nr. F/4837/04.12....., publicat de către ..... SRL, s-a constatat faptul că acesta nu este întocmit în conformitate cu prevederile legale în vigoare în ceea ce privește Notificarea Prealabilă, respectiv nu este denumit conform legislației în vigoare în materia achizițiilor publice, iar, în opinia autorității contractante, acesta nu se întemeiază pe articolele de lege arătate mai sus.

La finele documentului despre care se face vorbire, contestatorul invocă prevederile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

În textul contestației, ... SRL aduce acuze autorității contractante potrivit cărora aceasta a publicat răspunsul la solicitarea de clarificări tardiv, or, chiar dacă aceasta din urmă consideră că destinația documentului este o solicitare de clarificare și nu o notificare prealabilă, cu toate că operatorul SEAP anunță probleme de ordin tehnic în data de 07.12....., răspunsul s-a publicat în SEAP în data de 07.12....., ora 17:55, deci nicidecum tardiv, respectându-se deopotrivă atât prevederile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, cât și cele ale art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, (potrivit extrasului atașat).

Pe cale de consecință, asigurând Consiliul de faptul că autoritatea contractantă nu este una de rea credință, ori că desfășoară această procedură de achiziție cu nerespectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, autoritatea contractantă precizează că nu este de acord cu suspendarea procedurii de achiziție în discuție.

Prin adresa nr. 6/04.01.2018 înregistrată la Consiliu sub nr. 263/04.01.2018, ... SA, în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la fondul contestaţiei depusă de SC ..... SRL.

Autoritatea contractantă arată că a achiziţionat sistemul care include şi echipamentele IBM, pentru care se doreşte achiziţia serviciilor de

mentenanţă şi suport tehnic, conform procedurii de achiziţie în discuţie, de la un furnizor care a implementat infrastructura paşapoartelor electronice la începutul proiectului, acesta având recomandări din partea IBM Romania SRL.

La momentul finalizării perioadei de garanţie contractuale a întregului sistem, în vederea asigurării funcţionării fără întreruperi a sistemului, s-a procedat la prospectarea pieţei, respectiv la identificarea şi selectarea unui prestator care să facă dovada capacităţii şi autorizării pentru prestarea serviciilor.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că s-a adresat IBM Romania SRL, producătorul echipamentelor, solicitând acestuia informaţii privind posibilitatea asigurării continuităţii prestării serviciilor, respectiv a potenţialilor prestatori.

Răspunsul IBM România a fost că autorizează revânzarea propriilor servicii de mentenanţă prin parteneri de afaceri. De asemenea, IBM a comunicat că poate presta şi direct serviciile solicitate.

Ca atare, astfel cum precizează producătorul echipamentelor, prin politica sa de service şi suport pentru echipamente de tip high-end (complexitate şi nivel tehnologic înalt) cum sunt cele în discuţie, acesta exclude implicarea directă a unor terţi în activităţi cu impact asupra echipamentelor proprii. Prestator unic pentru aceste servicii este IBM Romania, care deţine codurile maşină, dezvoltările software şi piesele de schimb, nefiind posibilă folosirea unor produse "compatibile" (de exemplu nu există pe piaţă hard disk-uri compatibile de la alţi producători).

Autoritatea contractantă menţionează că, deşi avea temeiul legal să achiziţioneze aceste servicii urmare desfăşurării unei proceduri de negociere, conform art. 104 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016, în vederea respectării art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care vorbeşte despre principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică şi a organizării concursurilor de soluţii, a ales să organizeze o procedură de achiziţie transparentă prin intermediul SEAP.

Mai mult, autoritatea contractantă consideră că nu încalcă prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, conform căruia cu excepţia cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic şi nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producţie specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

De asemenea, având în vedere necesitatea bunei funcţionări a echipamentelor utilizate în proiectul paşapoartelor electronice, un proiect guvernamental de o importanţă deosebită la nivel naţional, lipsa unor servicii de suport şi mentenanţă de maximă calitate pentru aceste sisteme, care reprezintă practic nucleul sistemului implementat de către ... ar reprezenta o vulnerabilitate serioasă.

Autoritatea contractantă precizează că atât componentele software, cât şi bazele de date stocate pe sistemele IBM sunt critice pentru

desfăşurarea fluxului de business din proiectul paşapoartelor electronice. Orice disfuncţionalitate, atât hardware cât şi software poate avea efecte negative în emiterea şi eliberarea de paşapoarte româneşti.

Totodată, fără un contract care să prevadă clar o perioadă agreată şi garantată de rezolvare a eventualelor probleme, există riscul apariţiei unor perioade mari de timp în care procesul de emitere să nu poată fi desfăşurat.

Pe cale de consecinţă, asigurând Consiliul de faptul că autoritatea contractantă nu este una de rea credinţă, ori că desfăşoară această procedură de achiziţie cu nerespectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, în susţinerea celor mai sus arătate, autoritatea învederează următoarele:

- în conformitate cu art. II, alin. (3) şi (4) din O.U.G. nr. 94/2008 pentru stabilirea unor măsuri privind punerea în circulaţie a paşapoartelor electronice, precum şi producerea altor documente de călătorie, ... - SA este abilitată să procure şi să pună la dispoziţia Ministerului Internelor şi Reformei Administrative şi a Ministerului Afacerilor Externe echipamentele şi produsele soft necesare pentru personalizarea paşapoartelor electronice, colantelor uniforme de viză şi colantelor pentru vize biometrice. ..... - SA asigură comunicaţiile si serviciile necesare funcţionării neîntrerupte a întregului sistem de emitere, gestionare şi eliberare a documentelor prevăzute la alin. (3);

- având în vedere necesitatea bunei funcţionări a echipamentelor utilizate în proiectul paşapoartelor electronice, un proiect guvernamental de o importanţă deosebită la nivel naţional, lipsa unor servicii de suport şi mentenanţă de maximă calitate pentru aceste sisteme, care reprezintă practic nucleul sistemului implementat de către Compania Naţională „Imprimeria Naţională" - SA ar reprezenta o vulnerabilitate serioasă, ceea ce s-ar concretiza într-un risc de nefuncţionare a sistemului, practic imposibilitatea emiterii şi eliberării paşapoartelor electronice, cu un impact social la nivel naţional şi efecte economice negative pentru autoritatea contractantă (pierderi de venituri/reducerea profitului);

- atât componentele software, cât şi bazele de date stocate pe sistemele IBM sunt critice pentru desfăşurarea fluxului de business din proiectul paşapoartelor electronice. Orice disfuncţionalitate, atât hardware cât şi software poate avea efecte negative în emiterea şi eliberarea de paşapoarte româneşti;

- fără un contract care să prevadă clar o perioadă agreată şi garantată de rezolvare a eventualelor probleme, există riscul apariţiei unor perioade mari de timp în care procesul de emitere să nu poată fi desfăşurat.

Pe cale de consecinţă, autoritatea contractantă apreciază că au fost respectate pe deplin prevederile legale în vigoare în materia achiziţiilor publice cu privire la desfăşurarea procedurii de achiziţie în discuţie, consideră contestaţia formulată de către ..... SRL ca fiind nefondată, lipsită de interes şi obiect, şi solicită Consiliului să dispună, în temeiul în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 respingerea contestaţiei în cauză.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată – într-o singură etapă, online, pentru contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect ”.....”, cod CPV 71356300-1. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunţul de participare simplificat nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „preţul cel mai scăzut”.

Împotriva documentaţiei de atribuire, precum și a răspunsului publicat în SEAP de către autoritatea contractantă la data de ....., SC ..... SRL a formulat contestaţia care formează obiectul dosarului nr. ...../.....

Prin Încheierea nr....., Consiliul, în considerarea dispozițiilor, art. 22 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 23 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a admis cererea de suspendare a procedurii, din cadrul contestației formulate de SC ..... SRL.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, întrucât apreciază că adresa nr. 137/04.12..... denumită ”NOTIFICARE” îndeplinește condițiile impuse de legiuitor pentru a putea fi considerată Notificare, în sensul dispozițiilor art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv: „Notificarea prealabilă se face în scris şi conţine cel puţin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz”.

Pe fondul contestaţiei formulate de către SC ..... SRL, Consiliul retine:

Contestatorul SC ..... SRL considera nelegale doua prevederi din documentatia de atribuire, una din continutul caietului de sarcini si una din continutul modelului de contract, ambele prevederi avand insa acelasi obiect.

Astfel în caietul de sarcini s-a solicitat de către autoritatea contractantă: „***Prestatorul trebuie să deţină specialişti autorizaţi IBM (producătorul echipamentelor de stocare) în vederea realizării serviciilor de mentenanţă şi suport tehnic pentru echipamentele de stocare***”.

În modelul de contract, la punctul 7.8, autoritatea contractantă a solicitat: „***Prestatorul se obligă să deţină specialişti autorizaţi IBM (producătorul echipamentelor de stocare) în vederea realizării serviciilor de mentenanţă şi suport tehnic pentru echipamentele de stocare***”.

Analizand argumentele partilor, Consiliul a ajuns la concluzia ca decizia autoritatii contractante de a organiza o procedura competitiva este in contradictie cu conditiile mai sus enuntate.

O prima problema este ridicata de faptul ca obligarea participantilor la procedura de a detine specialisti autorizati IBM, desi este evident o conditie de participare sau criteriu de calificare (cu o oferta admisibila) si ar fi trebuit sa figureze in anuntul de participare si in fisa de date a achizitiei a fost introdusa doar in caietul de sarcini si in modelul de

contract, fiind considerata o **specificatie tehnica** in sensul larg al sintagmei.

Potrivit prevederilor art. 155 alin (6) din Legea nr. 98/2016:

„(6) Specificaţiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici.”

In mod evident, conditia ca operatorii economici participanti la o procedura competitiva de licitatie deschisa sa detina specialisti autorizati de un anumit producator, si acesta agent economic, introduce un obstacol nejustificat faţă de asigurarea unei concurenţe efective, deci incalca prevederea legala mai sus citata.

In al doilea rand, IBM nu este un organism independent de reglementare sau de acreditare ci un operator privat cu interese economice iar o astfel de conditie il transforma in entitatea care decide, unilateral, cine poate si cine nu poate participa la procedura, ceea ce este profund neconcurential.

Potrivit prevederilor art. 156 alin (2) si (3) din Legea nr. 98/2016:

„(2) Cu excepţia cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic şi nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producţie specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.”

(3) Prin excepţie de la prevederile alin. (2), stabilirea specificaţiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situaţii excepţionale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă şi de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispoziţiile alin. (1); în aceste situaţii, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoţită de cuvintele "sau echivalent".

In speta, este indicata obligativitatea autorizarii specialistilor de catre un anumit producator (IBM) dar orice varianta „echivalenta” este exclusa ceea ce conduce, de asemenea, si la nerespectarea prevederilor legale mai sus enuntate.

Consiliul intelege si argumentele autoritatii contractante potrivit carora, obiectul contractului nu poate fi realizat la nivelul cerut decat prin intermediul unor specialisti IBM, deoarece a achiziţionat sistemul care include şi echipamentele IBM pentru care se doreşte achiziţia serviciilor de mentenanţă şi suport tehnic, dar argumentele autoritatii sunt strict in sensul in care aceasta afirma posibilitatea desfăşurării unei proceduri de negociere, conform art. 104 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

„Art. 104. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare pentru atribuirea contractelor de achiziţii publice/acordurilor-cadru de lucrări, de produse sau de servicii într-unul din următoarele cazuri:.....

b) dacă lucrările, produsele sau serviciile pot fi furnizate numai de către un anumit operator economic pentru unul dintre motivele prevăzute la alin. (2)*;*

(2) Motivele prevăzute la alin. (1) lit. b) sunt următoarele:

a) scopul achiziţiei este crearea sau achiziţionarea unei opere de artă sau unei reprezentaţii artistice unice;

b) concurenţa lipseşte din motive tehnice;

c) protecţia unor drepturi exclusive, inclusiv drepturi de proprietate intelectuală."

Consiliul nu este investit cu analizarea legalitatii organizarii (in acest caz) a unei negocieri fara publicarea unui anunt de participare si nici nu va analiza aceasta posibilitate.

Consiliul constata ca participarea la o procedura concurentiala de achiziţie publică de servicii având ca obiect "....." nu poate fi legal conditionata de obtinerea unei autorizari din partea unui operator economic privat, drept pentru care va admite contestatia formulata si va dispune eliminarea din caietul de sarcini si din modelul de contract a conditiilor criticate.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA si va dispune:

- Eliminarea din caietul de sarcini a cerintei :„*Prestatorul trebuie să deţină specialişti autorizaţi IBM (producătorul echipamentelor de stocare) în vederea realizării serviciilor de mentenanţă şi suport tehnic pentru echipamentele de stocare*".
- Eliminarea din modelul de contract a prevederii : „*Prestatorul se obligă să deţină specialişti autorizaţi IBM (producătorul echipamentelor de stocare) în vederea realizării serviciilor de mentenanţă şi suport tehnic pentru echipamentele de stocare*".

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune efectuarea modificarilor dispuse mai sus si publicarea acestora in SEAP, in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Totodata, Consiliul va dispune stabilirea unei noi date limita pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 10 zile de la publicarea in SEAP a modificarilor dispuse.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepţia inadmisibilităţii contestaţiei, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestaţia formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA si dispune:

- Eliminarea din caietul de sarcini a cerintei :„*Prestatorul trebuie să deţină specialişti autorizaţi IBM (producătorul echipamentelor de stocare) în vederea realizării serviciilor de mentenanţă şi suport tehnic pentru echipamentele de stocare*”.
- Eliminarea din modelul de contract a prevederii : „*Prestatorul se obligă să deţină specialişti autorizaţi IBM (producătorul echipamentelor de stocare) în vederea realizării serviciilor de mentenanţă şi suport tehnic pentru echipamentele de stocare*”.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune efectuarea modificarilor dispuse mai sus si publicarea acestora in SEAP, in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Totodata, dispune stabilirea unei noi date limita pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 10 zile de la publicarea in SEAP a modificarilor dispuse.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 si poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelasi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

…… **……** **……**

....