



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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. ..., formulată de către ...SRL, cu sediul în Orașul ..., Str. ... nr. ..., Județul ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub numărul ..., având CUI ..., reprezentată legal de administrator ..., și convențional de SCA „...”, cu sediul procesual ales în ..., Bld. ... nr. ..., bl. ..., sc. ..., et. ..., ap. ..., ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire consemnat în Raportul procedurii nr. ..., comunicat în data de ..., privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...”, cod CPV ..., de către ..., cu sediul în ..., Șos. ... nr. ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

I. ANULAREA Raportului procedurii nr. ... din data de ... și a proceselor verbale de evaluare tehnică care vizează oferta precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc respingerea ofertei contestatorului;

II. Obligarea autorității să adopte toate măsurile care se impun pentru restabilirea legalității procedurii, în principal reevaluarea ofertei depuse de ...SRL și constatarea caracterului acceptabil și conform al acesteia;

III. Constatarea caracterului nelegal al refuzului autorității contractante de a pune la dispoziție contestatorului dosarul achiziției în urma solicitării exprese făcute de acesta, constatarea încălcării principiului transparenței impus de legea achizițiilor publice, obligarea autorității contractante de prezenta documentele dosarului achiziției și repunerea petentului în termenul de a formula contestație împotriva elementelor prejudiciabile din timpul evaluării de care va lua cunoștința în urma studierii dosarului achiziției;

IV. Constatarea caracterului nelegal și netemeinic al justificării declarării confidențialității ofertei tehnice și financiare depuse de Asocieria

... SRL & ...SRL & ...SRL și acordarea posibilității contestatorului de a analiza partea sau părțile din oferta tehnică și financiară pentru care nu s-a dovedit în mod clar caracterul confidențial;

V. Obligarea Autorității Contractante la plata cheltuielilor de judecată suportate de contestator în prezenta cauză.

...SRL, lider al asocierii ...SRL - ...SRL - ...SRL (denumită în continuare „Asocierea”), cu sediul ales în ..., str. G-ral. ... nr. ..., ..., camera ..., ..., având număr de înmatriculare la Registrul Comerțului ... și cod unic de TVA ..., în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii de atribuire în dezbatere, depune *Cerere de intervenție voluntară* înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... din ..., prin care solicită respingerea contestației formulată de ...SRL, ca nefondată, și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ...SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele de mai sus.

Contestatorul susține că, în urma evaluării ofertelor tehnice, comisia de evaluare a reținut că doar propunerile tehnice prezentate de ...și de Asocierea ...SRL & ...SRL & ...SRL sunt admisibile, iar oferta depusă de contestator „nu îndeplinește toate cerințele din caietul de sarcini”, fiind respinsă ca inacceptabilă și neconformă.

După aplicarea factorilor de natură tehnică ofertelor admisibile din punct de vedere tehnic, comisia de evaluare a acordat 20 de puncte ofertantului ...și 40 de puncte ofertantului Asocierea ...SRL & ...SRL & ...SRL.

În etapa de evaluare a propunerilor financiare, oferta depusă de ...a fost respinsă, ca inacceptabilă, astfel că singura oferta financiară declarată admisibilă și câștigătoare a fost cea depusă de Asociere.

Contestatorul solicită Consiliului să constate caracterul abuziv al refuzului autorității contractante de a-i pune la dispoziție dosarul achiziției, cuprinzând modul concret în care a avut loc evaluarea ofertelor, să oblige autoritatea contractantă de a-i pune la dispoziție aceste înregistrări reținând și repunerea sa în termenul de a formula contestație împotriva aspectelor de nelegalitate constatate după studiul dosarului achiziției.

Totodată, petentul consideră că autoritatea contractantă a acceptat în mod nelegal declarația de confidențialitate a ofertei tehnice în mod integral cât și a ofertei financiare în mod integral, atâta vreme cât Asocierea declarată câștigătoare nu a justificat necesitatea acestei confidențialități.

Contestatorul arată că oferta sa a fost declarată neconformă și inacceptabilă sub pretextele prezentate la paginile 13-15 din Raportul procedurii și în Anexa 2 la Procesul verbal_12:

1. *Lipsa documentelor probatorii concludente și autentice privind îndeplinirea cerințelor tehnice minimale prevăzute în caietul de sarcini, în special în ceea ce privește:*

- *Suportul sistemelor de operare guest în soluția de vizualizare ofertată (Windows, CentOS, RedHat, SuSE, Ubuntu):*
- *Funcționalitatea de adăugarea de resurse (vCPU/ memorie) fără repornirea mașinii virtuale;*
- *Funcționalități de live migration între pool-uri/ centre de date ;*
- *Configurarea nativă în cluster de înaltă disponibilitate;*
- *Backup/ rastaurare nativă a platformei de management fără agent/ quescing;*
- *Caching FTP nativ și criptare SSL/TLS per streaming FTP;*

2. *Documentele transmise de ofertant (ex: confirmation-letter-VATES-signed.pdf) nu conține elemente de identificare oficiale, nu prezintă autentificare instituțională sau trasabilitate clară, și sunt limitate la reluarea cerințelor fără probare tehnică, fiind astfel lipsite de valoarea probatorie;*

3. *Constatarea repetată a neîndeplinirii cerințelor minime din caietul de sarcini, chiar și după runde succesive de solicitări de clarificări.*

În drept, respingerea ofertei contestatorului, ca inacceptabilă, a fost întemeiată pe dispozițiile art. 215 alin. (1) lit. (b). (4) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 și cu art. 137 din HG 395/2016. Temeiul de drept indicat de comisia de evaluare, în susținerea caracterului neconform al ofertei, este reprezentat de dispozițiile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul apreciază că în mod nelegal și netemeinic oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă. Se apreciază că respingerea ofertei denotă o analiză superficială a documentelor din propunerea tehnică și o interpretare discreționară și chiar tendențioasă a cerințelor documentației de atribuire.

Se arată că în cadrul procedurii de achiziție publică, contestatorul a depus o ofertă compusă din soluții furnizate de mai mulți producători, în conformitate cu cerințele documentației de atribuire.

Oferta contestatorului a fost declarată neconformă pentru două componente, după cum urmează:

Capitolul 5.2.3 din Caietul de Sarcini - Soluția software de virtualizare: am propus soluția XCP-ng, produsă de compania VATES, soluție consacrată la nivel internațional și compatibilă cu cerințele tehnice impuse.

Capitolul 5.2.10 din Caietul de Sarcini - Echipament de tip Load Balancer pentru protocoale FTP. HTTP. HTTPS (WAF): am propus o arhitectură compusă din două echipamente server pe care rulează sistemul de operare Linux și aplicația NGINX Plus, recunoscută ca tehnologie de referință în domeniul echilibrării de sarcină și securizării aplicațiilor web.

Pentru susținerea conformității soluțiilor propuse, contestatorul a atașat extrasul din matricea de conformitate aferent tuturor componentelor (inclusiv celor două componente cu privire la care au fost identificate preținse neconformități) precum și fișele tehnice oficiale corespunzătoare, documente care demonstrează îndeplinirea cerințelor solicitate prin documentația de atribuire.

Comisia de evaluare a apreciat că informațiile puse la dispoziție de contestator „nu sunt suficiente”, astfel că i-au fost transmise solicitări de

clarificări, însă, în ciuda clarificărilor oferite, oferta sa a fost declarată neconformă, decizia autorității fiind lipsită de suport tehnic și legal.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul „[...] Contestație ..._..._.... PDF.p7s”, postat de autoritate în SEAP la ..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr. Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Sintetizarea de mai sus nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la dispoziție spre vizualizare și descărcare prin intermediul SEAP întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă depune *Punct de vedere* la contestația formulată de ...SRL, învederând următoarele:

I . Excepții și aspecte procedurale

În ce privește cererea de acces la dosarul achiziției formulată de contestator, autoritatea contractantă susține că refuzul parțial al accesului este legal, proporțional și justificat, având în vedere obligația sa de a proteja informațiile confidențiale ale ofertanților.

În ce privește repunerea în termen, Autoritatea consideră că solicitarea contestatoarei este lipsită de temei, aceasta având la dispoziție toate documentele necesare pentru a-și exercita dreptul la contestație: Raportul procedurii, comunicarea rezultatului și anexa de evaluare tehnică a propriei oferte.

Se arată că ...a respectat integral dispozițiile legale privind transparența și confidențialitatea. Contestatoarea a beneficiat de acces la toate documentele necesare pentru exercitarea dreptului la apărare, iar limitarea accesului la informațiile confidențiale ale altor ofertanți este legală, justificată și proporțională.

Pe fond, autoritatea contractantă răspunde pe fiecare motiv tehnic invocat:

A) Platforma de virtualizare XCP-ng (cap. 5.2.3)

A.1 - Suport OS pentru „Windows (toate versiunile)” și Linux (CentOS/RedHat/SUSE/Ubuntu) - pct. 5.2.3.3.2

Contestatorul invocă documentația XCP-ng și precizează că, până la certificarea Microsoft, se recomandă folosirea XenServer Windows Guest Tools; oferă și un link Citrix pentru versiunile Windows suportate de acel pachet.

Poziția ...: Caietul cere suportul soluției oferite; sprijinul pe un alt produs (XenServer tools/Citrix) pentru a acoperi Windows indică dependență de un component extern și certificare nefinalizată la producătorul soluției oferite, ceea ce nu dovedește conformitatea cerinței „Windows (toate versiunile)” cu documente oficiale ale producătorului soluției. Sarcina probei revine ofertantului; scrisori de confirmare nepublice, cu trimiteri la produse terțe, nu înlocuiesc documentația oficială publică a producătorului ofertei.

A.2 - Live migration între pool-uri/centre de date, hardware diferit aceleași familii CPU - pct. 5.2.3.5.4

Contestatorul copiază din CLI-reference faptul că „by default VM is suspended... live parameter selects live migration... downtime <1s; în unele circumstanțe, live migration revine la mod implicit și suspendă VM.” Chiar susținerea lor recunoaște posibilitatea întreruperii.

Poziția ...: Cerința privește migrare live între pool-uri/DC pe hardware din aceeași familie; contestatorul nu a furnizat documentație publică concludentă din care să reiasă că soluția asigură constant comportamentul „live” în scenariile cerute (inclusiv cross-pool, fără partajare stocare), nici validări de compatibilitate/limitări (rețele, stocare, feature masking). Comisia a reținut corect lipsa probării integrale a cerinței prin documente oficiale publice.

A.3 - HA „nativă” pentru management, cu evitarea timpilor de nefuncționare - pct. 5.2.3.6.3

Contestatorul spune că „soluția permite configurare nativă în cluster HA” și că VM-ul de management (Xen Orchestra) se mută live pe alt nod în caz de avarie, „fără întreruperi”.

Poziția ...: Cerința vizează HA nativă a componentei de management, nu doar disponibilitatea generică a unei VM asigurată de hipervizor. Migrarea/repornirea unei VM de management nu este echivalentă cu un cluster nativ al aplicației de management (mecanisme active-active/replicare de stare/evitare single-point-of-failure la nivel de aplicație). Contestatorul nu a indicat documentație publică a producătorului care să ateste explicit „configurare nativă în cluster” a managementului, cu „evitarea timpilor de nefuncționare”, ci doar mecanisme de migrare/HA ale hipervizorului.

A.4 - Backup/restore nativ al configurației managementului, fără agenți, fără quiescing sau întreruperi - pct. 5.2.3.6.4

Contestatorul afirmă că „se va folosi aceeași procedură de backup ca pentru VM-urile normale” și invocă pagini despre backup în Xen Orchestra.

Poziția ...: Cerința privește configurația soluției de management (nu doar imaginea VM) și impune nativ, fără agenți/quiescing și fără întreruperi. Trimiterea la „aceeași procedură ca pentru VM-urile normale” nu demonstrează existența unui mecanism nativ dedicat configurației managementului (export/restaurare config cu continuitate). Contestatorul nu a prezentat documentație publică a producătorului care să ateste explicit că backupul/restaurarea configurației managementului se fac nativ, fără quiescing sau întreruperi. Comisia a solicitat două rânduri de clarificări (ex. ...), tocmai din acest motiv, iar răspunsurile nu au probat cerința.

B) Echipamente rețea / Load-balancer - caching FTP (pct. 5.2.10.6)

Contestatorul a oferit NGINX Plus și, la clarificări, a depus un e-mail F5/NGINX în care se arată explicit că NGINX este focalizat pe HTTP/HTTPS, iar caching-ul FTP „poate fi implementat” prin metode alternative (configurații speciale bazate pe njs) și adaptări de arhitectură pentru performanță. Aceasta nu este funcționalitate nativă a produsului. Comisia a consemnat corect că, la pagina de documentație indicată nu există capabilități native de caching pentru protocolul FTP, iar chiar e-mailul depus confirmă necesitatea de scripturi și customizări.

Concluzie: Cerința 5.2.10.6 cere „capabilități de caching excelente... pentru FTP/HTTP/HTTPS” ca parte integrantă a echipamentului. O soluție

bazată pe custom code (njs) și arhitectură adițională nu îndeplinește cerința minimală.

Referitor la solicitarea contestatorului de acces integral la dosarul achiziției, Autoritatea susține că în cadrul unui contract de software și know-how, detaliile tehnice prezentate de ofertanți constituie elemente esențiale de proprietate intelectuală, a căror divulgare ar conduce la pierderea avantajului competitiv și ar prejudicia grav interesele legitime ale acestora.

...a apreciat că, în mod inerent, majoritatea datelor tehnice depuse în cadrul ofertelor - arhitecturi software, metode de configurare, proceduri interne - sunt parte din know-how-ul propriu al ofertanților și nu pot fi comunicate terților fără a încălca art. 57 din Legea 98/2016 și art. 21 din Directiva 2014/24/UE.

Astfel, accesul integral solicitat de contestator ar echivala cu o divulgare nepermisă a unor informații strategice și sensibile, contrară atât legislației naționale, cât și jurisprudenței CJUE (cauza C-927/19, Klaipedos regiono).

Referitor la cerințele din Caietul de Sarcini privind platforma de virtualizare și soluția de load-balancing, Autoritatea subliniază că răspunsurile contestatoarei au fost formulate într-un mod vag și insuficient, fără detalii tehnice concrete care să dovedească, încă din faza de ofertare, îndeplinirea cerințelor.

Contestatoarea a indicat link-uri externe care nu conduceau direct către informațiile solicitate, iar în etapa de clarificări s-a limitat la a face trimitere la aceleași documente sau link-uri, fără a aduce dovezi suplimentare clare.

Potrivit art. 137 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, solicitările de clarificări nu pot fi folosite pentru a remedia lipsuri esențiale ale ofertei sau pentru a completa documentația tehnică, ci doar pentru a explica sau confirma aspecte deja prezentate.

La cerințele referitoare la platforma de virtualizare și la soluția de load-balancing, ofertantul nu îndeplinește cerințele tehnice minime prevăzute în Caietul de Sarcini. Răspunsurile transmise au fost vagi și incomplete, iar documentele și link-urile furnizate în etapa de clarificări nu au demonstrat conformitatea, ci dimpotrivă, au confirmat lipsa îndeplinirii acestor cerințe obligatorii. Or, caracterul de conformitate al unei oferte trebuie analizat prin raportare la aceste cerințe minime, iar absența lor justifică în mod deplin declararea ofertei ca neconformă.

Se arată că refuzul ... de a furniza contestatoarei acces integral la dosarul achiziției este pe deplin legal și se întemeiază atât pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, cât și pe jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Astfel:

Conform art. 57 alin. (1) și art. 217 alin. (4)-(6) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația expresă de a proteja informațiile indicate de ofertanți ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elemente de proprietate intelectuală, atunci când divulgarea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic.

Jurisprudența CJUE (cauzele C-54/21 - Antea Polska și C-927/19 - Klaipėdos) consacră protecția extinsă a informațiilor confidențiale în cadrul procedurilor de achiziții publice și subliniază necesitatea realizării unui echilibru între principiul transparenței și obligația de rotejare a secretelor comerciale.

Pe fond, autoritatea contractantă concluzionează că motivele tehnice ale contestației sunt nefondate. Contestatoarea nu a demonstrat prin documente oficiale publice emise de producătorul soluției oferite îndeplinirea cerințelor tehnice minimale prevăzute de Caietul de Sarcini. Dimpotrivă, analiza ofertei a relevat:

- dependențe de aplicații terțe (ex. XenServer Tools/Citrix), ceea ce contravine cerinței de funcționalitate nativă;

- recunoașterea posibilității de întrerupere în cazul funcționalității de live migration, incompatibilă cu cerințele de continuitate și disponibilitate ridicată;

- bazarea pe mecanisme generice de hipervizor, în loc de soluții de HA nativă integrate în platforma de management;

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de ...SRL ca neîntemeiată, și menținerea Raportului procedurii nr.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ...SRL, lider al asocierii ...SRL – ...SRL (denumită în continuare „Asocierea”), cu sediul ales în ..., str. G-ral. ... nr. ..., ..., camera ..., ..., având număr de înmatriculare la Registrul Comerțului ... și cod unic de TVA ..., în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii de atribuire în dezbatere, depune *Cerere de intervenție voluntară* prin care învederează următoarele:

... a protejat în mod corect informațiile confidențiale (know-how, secrete comerciale, soluții tehnice și financiare) conținute în ofertele depuse, în conformitate cu art. 57 alin. (1) din Legea 98/2016 și art. 212 alin. (2) din HG 395/2016;

Contestatoarea a primit suficiente informații pentru a înțelege modalitatea de evaluare și a formula contestația în termen.

Solicitarea contestatoarei de a avea acces la procese-verbale intermediare, clarificări și oferta câștigătorului ar fi echivalentă cu divulgarea unor informații sensibile privind infrastructura IT și soluțiile tehnice specifice, aspecte protejate prin lege.

Pe cale de consecință, față de capătul de cerere formulat de contestatoare, intervenientul apreciază că nu există temei pentru repunerea în termen și nici pentru obligarea ... să divulge întreg dosarul achiziției.

Astfel, se solicită respingerea acestui capăt de cerere din contestație ca fiind nefondat și confirmarea legalității refuzului ... de a pune la dispoziție documente confidențiale.

Cu privire la punctul (II) din contestație referitor la caracterul conform și acceptabil al ofertei contestatorului, intervenientul arată următoarele:

- Caietul de sarcini (pct. 5.2.10.6 și 5.2.10.7) prevede clar că soluția ofertată trebuie să ofere, în mod integrat, capacități de caching

pentru FTP/HTTP/HTTPS si securitate avansată SSL/TLS, limitări conexiuni si protecție DDoS.

- În etapa de clarificări, contestatoarea a recunoscut că produsul NGINX Plus nu oferă nativ caching FTP, ci doar prin dezvoltări suplimentare (njs, configurații personalizate, arhitectură adaptată). Aceasta reprezintă o neîndeplinire a cerinței minime - soluția trebuia să includă această funcționalitate ca parte integrantă, nu ca dezvoltare ulterioară.

- În cazul cerinței 5.2.10.7, documentația depusă arată funcționalități SSL/TLS pentru trafic TCP general, însă nu există dovadă specifică privind FTP streaming, așa cum solicita explicit caietul de sarcini.

- Cerința 5.2.10.6 nu cerea doar posibilitatea teoretică de caching FTP, ci existența funcționalității ca parte integrantă a soluției livrate. Faptul că producătorul (F5) a recunoscut că FTP caching necesită „additional configuration and njs scripting” confirmă neconformitatea. FTP caching nu este suportat nativ in NGINX Plus, performanta 'excelenta' fiind doar asumata contractual. Mai mult solutia nu este un echipament dedicat, ci o constructie software.

- Invocarea altor produse nu schimbă analiza: dacă acestea nu îndeplinesc nativ cerința, nu înseamnă că cerința devine inaplicabilă, ci doar că ofertantul trebuia să ofere o soluție completă conformă.

- Cerința 5.2.10.7 preciza explicit „SSL/TLS per streaming FTP”. Prezentarea unor funcționalități SSL generice pentru TCP nu este echivalentă, deoarece FTP are particularități arhitecturale (canal de control si canal de date) ce reclamă criptare si protecție dedicate. Contestatarul trimite la NGINX 'Limiting the Request Rate' (HTTP only). Aceasta functie limiteaza doar cereri HTTP per IP, nu acopera FTP si nu ofera protectie DDoS avansata. Lipsa dovezilor clare în documentația producătorului justifică concluzia și decizia Comisiei de evaluare.

În concluzie, intervenientul apreciază că ... a evaluat corect oferta contestatoarei ca neconformă, întrucât nu a probat respectarea cerințelor minime obligatorii.

Răspunsurile (la solicitările de clarificări) transmise de contestatoare au confirmat, nu au înlăturat, neconformitatea: caching FTP nu este nativ, SSL/TLS pentru FTP nu este probat.

Cu privire la punctul (II) din contestație: „confirmation-letter-VATES-signed.pdf”, intervenientul reține că, în fapt:

- Contestatoarea invocă un document transmis ulterior („confirmation-letter-VATES- signed.pdf”), prin care furnizorul pretinde că soluția ar oferi funcționalități precum: scalare resurse fără restart, live migration, HA cluster, backup/restaurare nativă, caching FTP nativ, SSL/TLS per FTP.

- În realitate, caietul de sarcini solicita dovada concretă, aflată/depusă în cadrul ofertelor, privitoare la existența acestor funcționalități - și susținerea conformă prin documentație tehnică adecvată. Trimiterile la documente publice sau scrisori ulterioare nu echivalează cu demonstrarea caracterului nativ și complet al funcționalităților.

- Mai mult, contestatoarea a recunoscut prin clarificări anterioare că FTP caching și SSL/TLS FTP nu există nativ, ci prin configurații suplimentare.

Intervenientul face mențiunea că:

- Cerințele menționate (live migration între pool-uri, backup nativ, caching FTP nativ, SSL/TLS FTP streaming) trebuiau să fie parte integrantă a documentației de produs, confirmabile din specificațiile tehnice oficiale, nu doar printr-o scrisoare de confirmare.

- „Confirmation letter” are doar valoare declarativă și nu poate substitui lipsa evidențelor tehnice publice sau lipsa integrării native a funcționalității.

- În plus, în sensul atribuțiilor legale, Comisia de evaluare a verificat documentația publică a producătorului și a constatat lipsa explicită a funcționalităților cerute (ex. caching FTP nativ, SSL/TLS FTP). Această verificare este în linie cu obligația de diligență a autorității.

În concluzie, intervenientul arată că ... a procedat corect declarând oferta contestatoarei neconformă - nu a existat dovada integrată, clară și verificabilă a îndeplinirii cerințelor minime.

Scrisoarea VATES, transmisă ulterior, are doar valoare formală, nu poate suplini documentația tehnică obligatorie, și echivalează cu o modificare a ofertei, interzisă de legislație.

Cu privire la critica punctul (III) al contestației privind „nulitatea Raportului procedurii din cauza pretensei neconcordanțe între procesul-verbal

si raportul final”, intervenientul susține că:

- Contestatoarea afirmă că există o neconcordanță între Procesul-verbal nr. ... de evaluare tehnică și Raportul procedurii: în procesul-verbal s-ar fi consemnat că oferta nu respectă cerința 5.2.3.4.2 (scalare CPU/memorie fără restart), în timp ce în raportul final nu mai este menționată această cerință printre motivele de respingere.

- Pe baza acestei discrepanțe, contestatoarea apreciază că Raportul procedurii ar fi „lipsit de motivare completă” și, deci, lovit de nulitate.

- În realitate, Raportul procedurii a reținut motivele reale si suficiente pentru respingerea ofertei contestatoarei, respectiv neîndeplinirea cerințelor tehnice minime (5.2.3.3.2, 5.2.3.5.4, 5.2.3.6.3, 5.2.3.6.4, 5.2.10.6, 5.2.10.7). Acestea, în sine, sunt suficiente pentru a atrage neconformitatea ofertei.

- Omiterea cerinței 5.2.3.4.2 din raportul final nu afectează fundamentul respingerii, întrucât oferta era deja neconformă pentru multiple alte cerințe minime.

- Chiar presupunând că în procesul-verbal se menționase și cerința 5.2.3.4.2, faptul că aceasta nu a fost reiterată în raport arată că în cadrul fazei specifice comisia a selectat motivele considerate decisive pentru respingerea ofertei.

- Oferta contestatoarei fusese deja calificată drept neconformă pentru șase cerințe minime distincte. Aceasta face ca eventuala omisiune să fie irelevantă din punct de vedere juridic: o singură cerință minimă neîndeplinită atrage respingerea, astfel încât respingerea rămâne valabilă și legală indiferent de reținerea/omiterea altor motive suplimentare.

- Contestatoarea nu demonstrează vreo vătămare concretă: chiar dacă ar fi fost eliminată cerința 5.2.3.4.2 din discuție, oferta sa tot ar fi fost respinsă pentru celelalte motive, enumerate clar în raport. Or,

conform principiului de drept procesual „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, CNSC analizează doar actul final și motivele efectiv reținute, care în speță sunt suficiente.

În concluzie, intervenientul apreciază că oferta contestatoarei este în mod evident neconformă, întrucât încalcă mai multe cerințe minimale independente; chiar și în lipsa cerinței 5.2.3.4.2, decizia de respingere rămâne pe deplin legală și justificată.

Pe cale de consecință, intervenientul solicită respingerea contestației ca nefondată și menținerea valabilității Raportului procedurii întocmit de

Cu privire la EXCEPȚIA LIPSEI DE INTERES

Intervenientul invocă excepția lipsei de interes a contestației formulate de către ...SRL, întrucât oferta acesteia a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă, iar justificarea interesului său este pur ipotetică și lipsită de suport legal.

În fapt, contestatoarea susține că ar avea interes la prezenta procedură deoarece prețul său ar fi apropiat de cel al ofertei Asocierii câștigătoare și că, în cazul unei reevaluări, oferta sa ar putea fi declarată admisibilă și chiar câștigătoare. Mai mult, aceasta afirmă că ar putea contesta și evaluarea ofertei câștigătoare, astfel încât propria ofertă ar rămâne „singura admisibilă”.

În realitate, oferta contestatoarei a fost respinsă de comisia de evaluare ca neconformă, întrucât nu a îndeplinit cerințele minimale și obligatorii prevăzute în Caietul de sarcini.

Pentru aceste motive, în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 137 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, intervenientul solicită Consiliului să admită excepția lipsei de interes și să respingă contestația formulată de ...SRL ca inadmisibilă.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., contestatorul depune *Concluzii scrise*, în urma studierii dosarului achiziției, prin care întărește argumentele expuse, pe larg, în cuprinsul contestației, susținând astfel caracterul conform și admisibil al ofertei sale.

Contestatorul solicită Consiliului următoarele:

-să rețină conformitate tehnică integrală a ofertei sale. Pentru cerințele 5.2.3.3.2, 5.2.3.5.4, 5.2.3.6.3, 5.2.3.6.4, 5.2.10.6, 5.2.10.7 (și, subsidiar, 5.2.3.4.2), contestatorul a furnizat linkuri și extrase din documentația oficială XCP-ng/Xen Orchestra/NGINX Plus, răspunsuri punctuale la clarificări și scrisoarea de confirmare VATES, autentică și susținută prin corespondență directă.

-să rețină încălcări procedurale săvârșite de Autoritatea contractantă nu a valorificat documentele publice și nu a epuizat mecanismul clarificărilor, contrar art. 209 din Legea nr. 98/2016 și art. 134 din H.G. nr. 395/2016; a aplicat în evaluare criterii nepublicate (exigența „nativ”) și a emis un raport final incomplet motivat, cu atingere adusă principiului proporționalității și tratamentului egal.

-admiterea contestației, constatarea conformității ofertei contestatorului cu cerințele minime și continuarea procedurii prin includerea acesteia în evaluarea finală, precum și obligarea autorității la plata cheltuielilor de judecată.

-obligarea ... la plata către contestator a sumei de ... lei cu titlu de cheltuielilor de judecate suportate de acesta în prezentul dosar, conform Facturii nr. ... și a Ordinului de plata nr. ..., atașate.

În măsura în care, prin absurd, se va aprecia că criteriul nepublicat (exigența „nativ”) era obligatoriu pentru funcționalitățile de caching, contestatorul solicită Consiliului să rețină că nici oferta Asocierii ... nu este conformă și să dispună remedieri în acest sens.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de Asocieria ...SRL & ...SRL & ...SRL, contestatorul solicită Consiliului să o respingă, reținând că motivele sale de contestație vizează strict modalitatea de evaluare a propunerii sale tehnice și doar incidental, oferta declarată câștigătoare, respectiv numai în măsura în care una dintre cerințele în raport cu care petentul a fost exclus din procedura (deși cerința nu fusese expres prevăzută în Caietul de Sarcini) a fost considerată îndeplinită de către Asocieria ..., deși sistemul ofertat de acesta nu satisface cerința.

Contestatorul anexează dovada cheltuielilor avansate pentru formularea contestației, factura nr. ..., în suma de ... lei, reprezentând onorariu contract asistență juridică.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ..., ...SRL a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din ..., emisă de CEC Bank – Sucursala ..., în valoare de ... RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...”, cod CPV În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În Raportul procedurii nr. ..., s-a consemnat depunerea a 5 oferte, respingerea a 4 oferte, printre care și a ...SRL, precum și desemnarea ofertei depusă de ...SRL, lider al asocierii ...SRL - ...SRL - ...SRL câștigătoarea procedurii, cu un punctaj total de 90 puncte și o propunere financiară de 9.991.986,36 lei, fără TVA.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, consemnat în Raportul procedurii nr. ..., ...SRL a depus contestația ce face obiectul dosarului nr.

Prin contestație, autorul ei solicită atât anularea deciziei de respingere a ofertei sale, respectiv, a raportului procedurii și a actelor subsecvente lui, cu constatarea nevoii de reevaluare a ei, cât și obligarea autorității contractante la a-i asigura acces la informațiile din dosarul achiziției, în mod complet, inclusiv la oferta desemnată câștigătoare.

În privința criticilor privind modul de restricționare a accesului său la dosarul achiziției, Consiliul a stabilit temeinicia în parte a acestora, iar cu titlu de măsură prealabilă analizei cauzei, a permis contestatorului studierea dosarului cauzei, mai puțin a copiei propunerii tehnice din oferta desemnată câștigătoare. Drept urmare, Consiliul ia act de faptul că, prin concluziile scrise conținute de adresa nr. ... din ..., autorul contestației arată

că petitul privind obligarea autorității contractante la asigurarea accesului la dosarul achiziției a fost complinit.

Prealabil analizei pe fond a contestației, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de ...SRL, lider al asocierii ...SRL - ...SRL - ...SRL; această asocierie are interes să intervină în cauză, deoarece oferta sa a fost desemnată câștigătoarea procedurii de atribuire, potrivit Raportului procedurii nr. ..., fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

Consiliul ia act de faptul că, subsecvent cererilor pe fond ale intervenientului, acesta invocă și excepția lipsei de interes a contestației formulate de către ...SRL, întrucât oferta acesteia a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă, iar justificarea interesului acestui ofertant ar fi "pur ipotetică și lipsită de suport legal".

Contrar susținerilor intervenientului, contestatorul are interes în promovarea acțiunii, întrucât a participat cu ofertă, iar analiza ei o consideră vătămătoare. Situația de fapt a acestui operator economic se încadrează în dispozițiile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.*

Prin urmare, Consiliul va respinge excepția lipsei de interes invocată de intervenient, ca nefondată.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a considerat că ofertantul contestator nu a făcut dovada îndeplinirii unor cerințe ale caietului de sarcini, la nivelul indicat în acesta, inclusiv după solicitarea informațiilor de clarificare a conținutului ofertei.

Privind specificația tehnică identificată sub titulatura 5.2.3.3.2. *suport pentru următoarele sisteme de operare pentru mașinile virtuale tip server Windows (toate versiunile) CentOS, Red Hat, SuSE, Ubuntu*, Consiliul constată că atât propunerea tehnică (inclusiv, matricea de conformitate) cât și răspunsurile de clarificare indică link-urile cu conținut suficient pentru a proba îndeplinirea ei.

La parcurgerea pașilor indicați în răspunsul de clarificare, se confirmă susținerile contestatorului: "Precizăm faptul că link-ul respectiv furnizează mai multe informații detaliate cu privire la gestiunea diferitelor sisteme de operare de tip guest. Parcurgând secțiunea "Windows Guest Tools" se poate identifica paragraful marcat diferit și link-ul Link: <https://support.citrix.com/support-home/kbsearch/article?articleNumber=CTX235403> care furnizează exact informațiile care au fost extrase folosind captura de ecran în răspunsul la întrebarea de clarificare numărul 5. Vă confirmăm faptul că soluția ofertată include suport pentru toate distribuțiile de sistem de operare solicitate prin cerință. Vă rugăm să regăsiți atașat scrisoarea de confirmare emisă de producătorul VATES prin care se confirmă îndeplinirea acestei cerințe" – aferent la solicitarea de clarificări nr. ... a autorității contractante.

Autoritatea contractantă a reținut incorect că, în lipsa unei certificări finalizate din partea Microsoft, produsul XCP-NG nu ar fi compatibil, întrucât informațiile din <https://docs.xcp-ng.org/vms/#windows-guest-tools>, privind suportul pentru sisteme de operare Windows, confirmă că până la amintita certificare se poate utiliza XenServer*s Windows Guest Tools, bazată pe același Open Source project aparținând Xen Project.

Mai mult, refuzul acceptării scrisorii de confirmare a specificației, pe motive care țin de formatul corespondenței, este considerat de Consiliu disproportionat față de nevoia clarificării în sine. Adresa în cauză are elemente de autenticitate evidente (cu trimitere la persoane și mail dedicat pentru producător VATES) care puteau fi apreciate, cel puțin, drept un început de dovadă, care putea fi ușor de confirmat, prin corespondență suplimentară.

Or, chiar în lipsa respectivei scrisori de confirmare, sursele de informare indicate anterior (proponerea tehnică și linkurile din răspunsurile de clarificare), dovada de îndeplinire a cerinței se afla în posesia autorității contractante.

Prin urmare, sunt lipsite de temei motivele de respingere a ofertei aferente cerinței de conformitate arătate la punctul 5.2.3.3.2. al caietului de sarcini.

Parțial, pentru aceleași raționamente, Consiliul consideră că și aprecierile privind neîndeplinirea cerinței de la punctul 5.2.3.5.4. *permite migrarea mașinilor virtuale în funcționare între sisteme gazdă, între clustere sau între centre de date diferite ce folosesc procesoare din aceeași familie (ex. Intel sau AMD) și care pot avea versiuni hardware diferite, în vederea asigurării unei funcționalități avansate de cloud hibrid* sunt nefondate.

Pe de o parte, informațiile din linkurile puse la dispoziție, dar și din începutul de dovadă sus amintit, confirmă soluția de migrare a mașinilor virtuale. Pe de altă parte, modalitatea de asigurare a migrării, așa cum a fost descrisă în solicitarea de clarificări a autorității contractante (*"...cerința tehnică minimală nu se aplică oricărei soluții de virtualizare așa cum susține ofertantul. Cerința se aplică doar soluțiilor de virtualizare de tip enterprise..."*) nu a fost precizată în caietul de sarcini ca fiind unica acceptată. Astfel că, sub acest aspect, se impunea a se formula o solicitare de clarificare explicită, în sensul în care soluția să fie dovedită a fi la nivelul "unei funcționalități avansate", de tipul celei evocate în solicitarea de clarificare sau echivalentă ei.

În privința specificației 5.2.10.6. *Soluția trebuie să ofere capacități de caching excelente ce pot permite gestionarea eficientă a conținutului static și dinamic transferat prin FTP, HTTP, HTTPS*, față de care autoritatea contractantă a constatat că nu ar exista dovezi ale faptului că aceasta ar asigura, cu certitudine caching FTP, dar și că funcția este asigurată prin mecanisme native, Consiliul constată că autorul contestației invocă absența unei cerințe explicite a caietului de sarcini în sensul amintit (care să impună caracterul nativ al funcției).

Contrar susținerilor contestatorului, Consiliul constată că specificațiile tehnice de la pozițiile 5.2.10.1., 5.2.10.2. și 5.2.10.3. ale secțiunii "5.2.10. ECHIPAMENT DE TIP LOAD BALANCER PENTRU PROTOCOALE FTP, HTTP, HTTPS (WAF)" trimit la nevoia ca echipamentele propuse să fie deja

echipate și cu licențe necesare, în mod dedicat, indiferent de soluția propusă. În mod specific: *5.2.10.1. Echipamentele trebuie să fie livrate sub forma unor echipamente hardware/instalate în infrastructura virtuală, redundante, dedicate, de ultimă generație și trebuie să pună la dispoziție toate componentele hardware și licențele software necesare menținerii tuturor funcționalităților solicitate pentru asigurarea serviciilor solicitate.*

5.2.10.2. Se acceptă orice soluție care corespunde cerințelor tehnice, rolul echipamentului fiind de a securiza și a asigura un nivel optim de disponibilitate și adaptabilitate pentru aplicațiile software componente SCD.

5.2.10.3. Soluția de balansare a traficului trebuie să distribuie traficul către mai multe servere prin metode precum round-robin, least connections sau IP hash nativ.

Mențiunea finală, din conținutul cerinței 5.2.10.3., privind caracterul nativ al oricărei soluții de balansare care ar fi propusă, prin ofertă, este lipsită de echivoc.

Or, corespondența de confirmare a posibilității de asigurare a funcției "FTP caching", de la producătorul F5, pusă la dispoziția autorității contractante prin răspunsul de clarificare nr. ... (evocat de părți), încunoștințează că pentru asigurarea funcției ar fi necesare activități suplimentare de dezvoltare a unor configurații adiționale și de modificare a arhitecturii de sistem al produsului său *NGINX native Javascript*.

În consecință, susținerile contestatorului, privind incorecta aplicare a regulilor din caietul de sarcini, în privința acestei cerințe de conformitate, sunt nefondate.

Cu privire la analiza comparativă a produsului conținut de oferta desemnată câștigătoare, furnizat de același producător (F5), Consiliul constată că susținerile contestatorului că produsul BIG-IP ar fi similar cu produsul său NGINX Plus nu sunt probate. În timp ce producătorul confirmă nevoia de modificare semnificativă a acestuia din urmă, pentru a corespunde cerințelor din caietul de sarcini, clarificările similare emise de ofertantul câștigător trimit la specificații exacte, disponibile pe site-ul producătorului, care menționează că permit configurarea protocolului FTP pe baza funcțiilor deja existente (nu prin modificări ale structurii, precum în cazul ofertantului contestator).

Prin urmare, nu se susțin aprecierile contestatorului că oferta desemnată câștigătoare, sub acest aspect, ar fi fost avantajată într-un mod incorect.

Astfel că, aprecierea autorității contractante că oferta contestatorului nu este conformă cu cerința caietului de sarcini 5.2.10.6. este considerată de Consiliu corectă.

În privința lipsei dovezilor că soluția propusă de ofertantul contestator nu ar îndeplini cerința 5.2.10.7. *Soluția trebuie să ofere securitate avansată pentru criptare SSL/TLS per streaming FTP, limitări de conexiuni, și protecție împotriva atacurilor DDoS*, Consiliul constată temeinicia motivului de respingere.

Pe de o parte, parcurgând informațiile din linkul invocat de contestator (indicat și în răspunsul de clarificare aferent cererii autorității contractante din adresa nr. ...), Consiliul constată că nu sunt referiri directe la protocolul FPT.

În același timp, susținerile din contestație că, în fapt, acest protocol de transfer s-ar baza pe protocolul de control al legăturii între diferite devices din rețea – TCP (dovedit a fi deținut de soluția sa), nu sunt probate de informații care să confirme o echivalență evidentă a funcției în cauză.

Astfel, sunt lipsite de relevanță susținerile că, în fapt, autoritatea contractantă nu i-ar fi solicitat informații suplimentare, privind această cerință, deși a mai emis un rând de întrebări de clarificare a altor aspecte. Etapele de analiză și de solicitare a clarificărilor nu sunt interdependente, nici formal și nici pe fond, dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 nefiind de natură a fi interpretate în sensul că ar stabili imposibilitatea emiterii unor solicitări de clarificări succesive sau paralele.

De altfel, modalitatea de organizare a procesului de analiza a ofertelor este libertatea comisiei de evaluare, stabilită și la art. 131 alin. Din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016: *Modul de lucru al comisiei de evaluare este stabilit de comun acord între membrii acesteia, urmând a se avea în vedere calendarul estimativ de aplicare a procedurii de atribuire și perioada solicitată pentru valabilitatea ofertelor.*

Prin urmare, criticile contestatorului împotriva reținerii acestui motiv de neconformitate sunt considerate nefondate.

Susținerile contestatorului privind nulitatea raportului procedurii întrucât nu ar cuprinde și neconformitatea suplimentară a ofertei sale (față de cerința 5.2.3.4.2) care ar fi fost redată în procesul-verbal nr. 12 de analiză a propunerii tehnice, sunt considerate de Consiliu nefondate.

Situația ofertei sale este stabilită prin documentul ce-i este opozabil în mod direct, raportul procedurii de atribuire, document obligatoriu de întocmit, care trebuie să cuprindă efectiv măsurile și motivele luate față de oferte (admise/respinse) conform prevederilor art. 216 alin. (2) al Legii nr. 98/2016, pentru validitatea procedurii de atribuire.

Documentele de analiză a ofertelor, emise de comisia de evaluare, sunt documente pregătitoare, nedefinitive, a căror situație este subsidiară raportului procedurii. În consecință, faptul că procesul-verbal evocat ar mai conține un motiv de neconformitate a ofertei sale, nu îl îndreptățește pe contestator să atace conținutul unui alt document (raport al procedurii), care nu validează acea apreciere a comisiei de evaluare. De altfel, o asemenea situație nu poate fi considerată fapt/act vătămător, în înțelesul prevederilor Legii nr. 101/2016, pentru a fi atacat.

Analiza celorlalte motive de neconformitate a ofertei contestatorului, apare ca fiind lipsită de interes, câtă vreme se constată temeinicia motivelor legate de specificațiile tehnice aferente punctelor 5.2.10.6. și 5.2.10.7. din caietul de sarcini. Existența unui singur motiv de neconformitate a ofertei este suficient pentru a determina respingerea ei, ca atare.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu ..., ca nefondată.

Pe cale de consecință, actualul rezultat al procedurii fiind menținut, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite

cererea de intervenție accesorie formulată de ...SRL, lider al asocierii ...SRL - ...SRL - ...SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Admite în principiu cererea de intervenție formulată de ..., lider al asocierii ...SRL - ...SRL - ...SRL.

Respinge excepția lipsei de interes a contestatorului, invocată de intervenient, ca nefondată.

Admite cererea de intervenție formulată de

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