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 ..... SRL, cu sediul în municipiul ....., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată prin director ..., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului cadru de servicii având ca obiect „.....” – lot 1, coduri CPV 72500000-0, 48000000-8, 51611100-9, 72200000-7, 72611000-6, organizată de ....., cu sediul în municipiul .....,....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- rectificarea documentației de atribuire și anularea răspunsului publicat în SEAP de autoritatea contractantă la data de 22.03....., în sensul eliminării și/sau modificării acelor cerințe care contravin liberei concurențe între ofertanți, conform celor detaliate în contestație;
- suspendarea procedurii până la obținerea unei decizii irevocabile în cauză.

Prin contestaţia nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL, cu sediul în municipiul .....,....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată prin administrator ....., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului cadru de servicii având ca obiect „.....”, coduri CPV 72500000-0, 48000000-8, 51611100-9, 72200000-7, 72611000-6, organizată de ....., cu sediul în municipiul .....,....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- în principal, constatarea faptului că suspendarea procedurii produce efecte generale cu privire la întreaga procedură de atribuire și, prin urmare, toate termenele procedurale din cadrul procedurii de atribuire (inclusiv termenele de contestație, notificare prealabilă, clarificare etc.) sunt suspendate ca urmare a suspendării procedurii de atribuire dispuse de autoritatea contractantă la data de .....;
- anularea în parte a actului atacat, în aspectele care vor fi detaliate în cadrul contestației, evidențiate la fiecare capăt de cerere;
- modificarea actului atacat, potrivit solicitărilor menționate la fiecare capăt de cerere sau, după caz, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere în conformitate cu cele decise de Consiliu;
- accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu, conform art. 19 din Legea nr. 101/2016.
- în subsidiar, anularea în totalitate a actului atacat și obligarea autorității contractante la emiterea și publicarea în mod legal a actului/actelor privind măsurile de remediere în conformitate cu cele decise de Consiliu, sau, în cazul în care nu ar mai putea fi adoptată niciuna dintre măsurile solicitate anterior, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestaţia nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată prin administrator ....., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului cadru de servicii având ca obiect „.....”, coduri CPV 72500000-0, 48000000-8, 51611100-9, 72200000-7, 72611000-6, organizată de ....., cu sediul în municipiul .....,....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- în principal, anularea în parte a actului atacat, în privința măsurilor 1 și 3, conform celor precizate în contestație;
- modificarea actului atacat, în privința măsurilor 1 și 3, conform celor precizate în contestație sau, după caz, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere în conformitate cu cele decise de CNSC;
- accesul la documentele dosarului constituit la CNSC, conform art. 19 din Legea nr. 101/2016;

- în subsidiar, anularea în totalitate a actului atacat și obligarea autorității contractante la emiterea și publicarea în mod legal a actului/actelor privind măsurile de remediere potrivit celor decise de Consiliu, sau, în cazul în care nu ar mai putea fi adoptată niciuna dintre măsurile solicitate anterior, anularea procedurii de atribuire.

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cele trei contestații au fost conexate.

Prin încheierea nr....., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii de atribuire din contestația depusă de ..... SRL, respingând-o ca rămasă fără obiect. 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 soluționeze contestația de față, prin care ..... SRL, ... SRL și SC ..... SRL reclamă conținutul documentației de atribuire, răspunsul publicat în SEAP de autoritatea contractantă la data de 22.03....., măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin Decizia nr. 1/1144/VT/02.04....., publicate în SEAP în data de 02.04..... și măsurile 1 și 3 din cadrul celui de al doilea set de măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin Decizia nr. 1/1413/VT/23.04....., publicate în SEAP în data de 23.04.....

În ceea ce privește contestația depusă de ..... SRL, contestatorul critică conținutul documentației de atribuire, precum și răspunsul publicat în SEAP de autoritatea contractantă la data de 22.03.....

În fapt, contestatorul precizează că, analizând documentația de atribuire aferentă procedurii contestate, a constatat existența unor prevederi de natură a discrimina ofertanții și a îngrădi libera concurență. Autoritatea contractantă a fost notificată asupra acestor aspecte prin adresa nr. 683/19.03:....., iar autoritatea prin răspunsul său a ales să mențină cerințele respective, după cum urmează.

1. În caietul de sarcini s-a solicitat:

Pagina 85:

În cadrul lotului 1 se vor achiziționa:

- servicii de suport <u>din partea producătorului</u> *pentru infrastructura hardware și software de bază, necesare utilizării în parametri normali de funcționare a sistemului*;

Pagina 87:

4.1.1 *Infrastructura comunicații* (...)

Ofertantul trebuie să: (...)

- asigure suport <u>*din partea producătorului*</u> *pentru toată perioada acordului-cadru, cât și servicii de mentenanță, care pot fi asigurate fie de producător sau de către ofertant, prin personal calificat. Suportul din partea producătorului se cotează la nivel de perioade de câte 1 an.*

De asemenea, ofertantul va asigura suport din partea producătorului pentru echipamentele SRX4200.

Pagina 88:

4.1.2 *Sistemul de mesagerie electronică*

... solicită prelungirea subscripției 8x5 FortiCare and FortiGuard Bundle pentru o perioadă de 3 ani, începând cu data de 17.10....., pentru cele 2 echipamente cluster FML- 200E-BDL.

4.1.3 *Infrastructura software de bază*

Pentru toate produsele COTS ce vor fi livrate în cadrul prezentei proceduri, precum și pentru serviciile de suport din partea producătorului, ofertantul va contacta respectivii producători pentru a obține din partea acestora prețurile de referință aferente instituțiilor publice.

4.1.3.1 *Upgrade și virtualizarea sistemului de operare*

... solicită identificarea unei soluții de Upgrade și virtualizare a sistemului de operare Microsoft, respectiv Microsoft Windows Server 2008 la ultima versiune existentă pe piață, cu suport direct de la producător pe minimum 1 an.

Pagina 91:

4.1.3.2 *Suport tehnic actualizat*

... dorește suport tehnic actualizat pentru următoarele componente software:

4.1.3.2.1 Liferay Portal Community Edition (CE)

Se solicită suport tehnic producător Liferay Entreprise Subscription, GOLD Service Level cu upgrade de la versiunea actuală: Liferay Portal Community Edition (CE) la versiunea Liferay Enterprise Edition (EE), inclusiv servicii de instalare/upgrade, configurare, testare și instruire, pentru componentele din pachetul Enterprise Edition, cel puțin următoarele componente: Liferay Connected Services, Liferay Digital Experience Platform, Liferay Developer Tools, Liferay Push, Liferay Sync, Mobile SDK.

Pagina 95:

4.1.4 *Infrastructura hardware (...)*

Pentru toate componentele hardware/software se solicită cotarea distinctă a taxelor de reconectare (Re-establishment Fee respectiv After License Charge), *serviciile de suport începând în decembrie 2013.*

Pentru componentele software, se dorește asigurarea unor servicii de suport tehnic minim din partea producătorului care să permita:

- *upgrade gratuit la cele mai noi versiuni ale programelor;*
- *asistență tehnică online și aplicare patch-uri;*
- *acces online la bază de date cunoștințe.*

Pagina 97:

4.1.4.1 *Extindere Echipament de stocare*

Garanţie *Garanţie oferită de producător: 4 ani (hardware și software) on-site, 24x7 cu timp de remediere maxim 24 ore.*

Contestatorul arată că a adus la cunoștință autorității contractante că toate aceste cerințe care indică un prestator impus (producătorul) nu sunt specificații tehnice ale serviciilor solicitate, în sensul definiției date din Legea nr. 98/2016, fiind pe de o parte constrângeri cu privire la cine poate presta serviciile respective (doar producătorul în loc de a permite ca orice ofertant să livreze liber serviciile cum consideră mai viabil economic) și pe de alta practic cerințe/criterii de calificare și/sau selecție de natura autorizațiilor de la producător (pentru că "dovada" achiziționării serviciilor de la operatorii indicați ca și producători se solicită ca și precondiție de acceptare a ofertei tehnice), care se găsesc în caietul de sarcini și nu au fost preluate în fișa 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, sau o anumită sursă, așa cum sunt cele subliniate anterior. Dovedirea capacității tehnice de executare a contractului se solicită în fișa de date și se demonstrează de ofertant prin îndeplinirea criteriilor de calificare.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă ar fi putut solicita (doar în fișa de date, nu în caietul de sarcini) documente care atestă instruirea personalului în conformitate cu standardele de reparații și folosirea echipamentelor adecvate la standardele cerute de producător, însă nu ca furnizorul să ofere servicii prestate de către producătorul unor anumite echipamente, întrucât aceasta înseamnă impunerea unei surse sau mărci pentru fiecare livrabil. Chiar dacă sursa impusă pentru echipamente diferite poate fi diferită, având în vedere că este vorba de mai mulți "producători" aceasta nu schimbă cu nimic situația că autoritatea contractantă dorește prin aceste false specificații tehnice să impună nelegal în mod unic prestatorul pentru fiecare livrabil și mai mult a specificat textual că ofertantul "va contacta respectivii producători pentru a obține din partea acestora prețurile de referință" ca și condiție pentru a i se accepta oferta pe care o va depune.

În situația concretă de față, luând în considerare și generația modelelor de echipamente, și obiectul în sine al procedurii, este înțeles faptul că echipamentele nu mai sunt în termenul de garanție acordat de producător, în care achizitorul ar putea eventual avea temerea de a invalida respectiva garanție în cazul unor intervenții la echipamente efectuate de ingineri ce nu lucrează direct pentru producător.

Prin urmare, în opinia contestatorului, nici această situație practică nu poate fi invocată pentru a justifica un interes legitim al achizitorului cu

privire la solicitarea de servicii direct din partea producătorului, cerință care, după cum a arătat, excede prevederilor legale cu privire la specificațiile tehnice care pot fi formulate. Cerințele referitoare la implicarea directă a producătorului, în forma din caietul de sarcini, nu sunt decât o piedică pe criterii care nu au de fapt nicio legătură cu specificațiile tehnice ale serviciilor, care trebuie să se refere la aspecte concrete ale prestării lor, precum calitatea, termenele de răspuns și rezolvare a incidentelor, garanția etc.

Prin astfel de cerințe, contestatorul consideră că se încalcă principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 - nediscriminarea și tratamentul egal, avantajându-se în mod clar operatorii economici cărora producătorii echipamentelor doresc să le acorde prestarea serviciilor aferente produselor respective, contrar art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, care prevede: *„Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”.*

De asemenea, contestatorul consideră că, prin răspunsul dat de autoritate notificării sale prealabile, prin care a menținut cerințele atacate, autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să întărească afirmațiile societății sale - se încalcă libera concurență, atribuindu-se prestarea serviciilor direct producătorului echipamentelor. Astfel, contestatorul precizează că se creează o situație de monopol în care producătorul poate solicita pentru anumite servicii orice preț dorește, neexistând concurență reală tocmai prin acțiunea autorității contractante, care greșește afirmând că doar producătorii pot presta serviciile solicitate.

Totodată, contestatorul precizează că autoritatea contractantă interpretează greșit și fără legătură cu sensul real art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care în nici un caz nu este acela că în cazuri excepționale ar fi permisă impunerea unei mărci sau surse pentru produsele sau serviciile achiziționate.

Contestatorul menționează că art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 stipulează doar că este permisă descrierea livrabilelor solicitate prin referire la o marcă sau producător (ceea ce în mod normal este interzis), în cazurile în care nu este posibilă o descriere precisă și

inteligibilă a obiectului contractului. Ori descrierea serviciilor solicitate în cazul de față este precisă și inteligibilă prin caracteristicile-specificațiile lor reale incluse în caietul de sarcini, iar constrângerea ca acestea să fie prestate de producător (cu alte cuvinte ofertantul ar trebui să fie constrâns să subcontracteze dintr-o singură sursă posibilă fiecare livrabil sub sancțiunea respingerii ofertei) este fără nicio legătură cu descrierea concretă prin specificații a livrabilelor de tipul servicii solicitate.

În concluzie, contestatorul menționează că rezultatul introducerii cerințelor respective este eliminarea concurenței și favorizarea unor operatori economici, încălcându-se principiile ce stau la baza activității de achiziții publice.

Contestatorul precizează că există în România numeroase societăți comerciale ce dețin capacitatea tehnică și posedă experiența necesară pentru a presta serviciile solicitate, la standardele solicitate, dacă nu apar situații în măsură a distorsiona concurența în procedură.

Astfel, contestatorul consideră că, pentru reintrarea în legalitate a prezentei proceduri, trebuie lăsat la alegerea ofertanților modul de prestare a serviciilor, respectiv ce servicii se vor presta direct de către prestator și/sau ce servicii vor fi încredințate de către acesta producătorului.

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să dispună eliminarea din caietul de sarcini a tuturor cerințelor de calificare excesive și nelegale, referitoare la producător, la obligația contactării producătorului, sau a obținerii de prețuri de la producători, care nu reprezintă specificații tehnice concrete ale serviciilor ce se solicită a fi prestate.

Contestatorul consideră că următoarele formulări sunt suficiente pentru revenirea în legalitate a procedurii:

Pagina 85:

În loc de

În cadrul lotului 1 se vor achiziționa:

- *servicii de suport <u>din partea producătorului</u> pentru infrastructura hardware și software de bază, necesare utilizării în parametri normali de funcționare a sistemului*.

Formularea nouă:

În cadrul lotului 1 se vor achiziționa:

- *servicii de suport pentru infrastructura hardware și software de bază, necesare utilizării în parametri normali de funcționare a sistemului*.

Pagina 87:

4.1.1 Infrastructura comunicații

(...)

Ofertantul trebuie să:

(...)

În loc de

- *asigure suport <u>din partea producătorului</u> pentru toată perioada acordului-cadru, cât și servicii de mentenanță, care pot fi asigurate fie de producător sau de către ofertant, prin personal calificat. Suportul din partea producătorului se cotează la nivel de perioade de câte 1 an.*

De asemenea, ofertantul va asigura suport <u>din partea producătorului</u> pentru echipamentele SRX4200.

Formularea nouă:

- *asigure suport pentru toată perioada acordului-cadru, cât și servicii de mentenanță, prin personal calificat. Suportul se cotează la nivel de perioade de câte 1 an.*

De asemenea, ofertantul va asigura suport pentru echipamentele SRX4200.

Pagina 88:

În loc de

4.1.3 Infrastructura software de bază

Pentru toate produsele COTS ce vor fi livrate în cadrul prezentei proceduri, precum și pentru serviciile de suport din partea producătorului, ofertantul va contacta respectivii producători pentru a obține din partea acestora prețurile de referință aferente instituțiilor publice.

Contestatorul solicită eliminarea întrucât ofertantul nu trebuie să fie constrâns să contacteze nicio altă parte pentru întocmirea ofertei, ca și cerință obligatorie pentru calificarea ofertei, ci realizează oferta în mod optim din propriile rațiuni comerciale.

În loc de

4.1.3.1 Upgrade și virtualizarea sistemului de operare

... solicită identificarea unei soluții de upgrade și virtualizare a sistemului de operare Microsoft, respectiv Microsoft Windows Server 2008 la ultima versiune existentă pe piață, cu suport direct de la producător pe minimum 1 an.

Formularea nouă:

4.1.3.1 Upgrade și virtualizarea sistemului de operare

... solicită identificarea unei soluții de upgrade și virtualizare a sistemului de operare Microsoft, respectiv Microsoft Windows Server 2008 la ultima versiune existentă pe piață, cu suport pe minimum 1 an.

Pagina 91:

4.1.3.2 Suport tehnic actualizat

... dorește suport tehnic actualizat pentru următoarele componente software:

În loc de

4.1.3.2.1 Liferay Portal Community Edition (CE)

Se solicită suport tehnic producător Liferay Entreprise Subscription, GOLD Service Level cu upgrade de la versiunea actuală: Liferay Portal

Community Edition (CE) la versiunea Liferay Enterprise Edition (EE), inclusiv servicii de instalare/upgrade, configurare, testare și instruire, pentru componentele din pachetul Enterprise Edition, cel puțin următoarele componente: Liferay Connected Services, Liferay Digital Experience Platform, Liferay Developer Tools, Liferay Push, Liferay Sync, Mobile SDK.

Formularea nouă:

4.1.3.2.1 Liferay Portal Community Edition (CE)

Se solicită suport tehnic Liferay Entreprise Subscription, GOLD Service Level cu upgrade de la versiunea actuală: Liferay Portal Community Edition (CE) la versiunea Liferay Enterprise Edition (EE), inclusiv servicii de instalare/upgrade, configurare, testare și instruire, pentru componentele din pachetul Enterprise Edition, cel puțin următoarele componente: Liferay Connected Services, Liferay Digital Experience Platform, Liferay Developer Tools, Liferay Push, Liferay Sync, Mobile SDK.

Pagina 95:

4.1.4 Infrastructura hardware (...)

În loc de

Pentru toate componentele hardware/software se solicită cotarea distinctă a taxelor de reconectare (Re-establishment Fee respectiv After License Charge), serviciile de suport începând în decembrie 2013.

Pentru componentele software, se dorește asigurarea unor servicii de suport tehnic minim din partea producătorului care să permită:

- *upgrade gratuit la cele mai noi versiuni ale programelor;*
- *asistența tehnică online și aplicare patch-uri;*
- *acces online la baza de date cunoștințe.*

Formularea nouă:

(având în vedere mai cu seamă faptul că achiziția unor servicii care să acopere o perioadă anterioară 2013-..... procedurii de față nu este posibilă pentru ca serviciile nu se pot presta în trecut și crede că autoritatea contractantă nici nu este îndrituită să achiziționeze prin această procedură servicii care nu s-au prestat din 2013, și nici nu se poate aloca un buget în curs pentru eventuale prestări din trecut.)

Pentru componentele software, se dorește asigurarea unor servicii de suport tehnic minim care să permită:

- *upgrade gratuit la cele mai noi versiuni ale programelor;*
- *asistența tehnică online și aplicare patch-uri;*
- *acces online la baza de date cunoștințe.*

Pagina 97:

4.1.4.1 Extindere Echipament de stocare

În loc de

Garanţie	*Garanţie oferită de producător: 4 ani (hardware și software) on-site, 24x7 cu timp de remediere maxim 24 ore.*

Formularea nouă:

Garanţie	*4 ani (hardware și software) on-site, 24x7 cu timp de remediere maxim 24 ore.*

Contestatorul solicită ca aceste modificări să fie preluate și în anexele 4.26 și 4.27 ale caietului de sarcini, oriunde se solicită suport sau servicii de la producător.

Prin adresa nr. 626/11.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. 14508/11.04....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..... SRL, solicitând:

- respingerea contestației ca lipsită de interes întrucât ... nu are capacitatea de a participa la prezenta procedură de atribuire și implicit nu poate fi parte semnatară a acordului-cadru ce urmează a fi încheiat;
- în subsidiar, respingerea criticilor formulate împotriva cerințelor stabilite în documentația de atribuire ca nefondate;
- pe cale de consecință, menținerea cerințelor stabilite în documentația de atribuire și continuarea procedurii de atribuire.

În fapt, autoritatea contractantă arată că în perioada de elaborare a ofertelor, operatorul economic ... a formulat notificarea prealabilă nr. 683/19.03..... prin care a solicitat modificarea cerințelor stabilite în caietul de sarcini sub aspectul eliminării tuturor referirilor la obligația prestatorului de a asigura „servicii de suport din partea producătorului" echipamentelor hardware și produsele software pe care autoritatea intenționează să le achiziționeze în perioada de derulare a acordului-cadru.

În răspunsul la această notificare, în data de 22.03..... autoritatea contractantă arată că comunicat contestatorului că nu va dispune măsurile de remediere solicitate.

Nemulțumit fiind de decizia adoptată, ... a formulat contestație solicitând modificarea cerințelor stabilite prin documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă nu este de acord cu cererile contestatorului întrucât acesta denotă o slabă înțelegere a contextului achiziției și a specificității serviciilor aferente domeniului IT&C.

1. <u>Contestația se impune a fi respinsă ca lipsită de interes</u>

Invocând prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f), pct. i) din Legea nr. 101 /2016, autoritatea contractantă menționează că legiuitorul recunoaște posibilitatea unei persoane de a formula contestație doar dacă aceasta face dovada că are un interes în legătură cu procedura de atribuire.

De asemenea, autoritatea arată că din analiza dispozițiilor art. 33 C. proc. civ. rezultă că interesul trebuie să întrunească o serie de condiții printre care și acea de a fi *„personal".*

Totodată, autoritatea precizează că în materia achizițiilor publice a fost stabilit cu valoare de principiu că interesul contestatorului constă în posibilitatea acestuia de a participa la procedura de atribuire și de a fi parte a acordului-cadru/contractului de achiziție publică.

Autoritatea contractantă învederează faptul că criticile contestatorului vizează exclusiv achiziția ce face obiectul Lotului nr. 1 - *Infrastructură hardware şi software de bază.*

Pentru a putea participa la procedura de atribuire a acordului-cadru ce face obiectul lotului nr. 1, autoritatea contractantă arată că a stabilit o serie de cerințe privind capacitatea economică și profesională ce trebuie îndeplinite de operatorii economici participanți.

Astfel, la Cap. III.2.2) *Capacitatea economică şi financiară* din fișa de date a achiziției s-a specificat faptul că, pentru participarea la procedura de atribuire aferentă lotului nr. 1, ofertantul trebuie să fi realizat în ultimii 3 ani (2017, 2016, 2015) o cifră medie de afaceri de minimum 13.400.000 lei.

...Procedând la analiza informațiilor publice regăsite pe siteul Ministerului de Finanțe la adresa web ..., autoritatea a luat act de împrejurarea că operatorul economic ..... SRL a realizat în anii 2015 și 2016 rezultate financiare (cifră de afaceri) de aproximativ 10 ori mai mici decât cea solicitată prin cerința de calificare.

De exemplu, în anul 2015 ... a realizat o cifră de afaceri de 1.614.365 lei, iar în anul 2016 valoarea cifrei de afaceri a fost de doar 931.562 lei *(*Anexa nr. 1.1, 1.2. si 1.3 la contestație*).*

Astfel, conform informațiilor identificate la aceeași adresă, autoritatea arată că tipul de activitate desfășurată de contestator presupune „Comerț cu ridicata al aparatelor electrice de uz gospodăresc, al aparatelor de radio și televizoarelor", cod CAEN 4643.

Or, autoritatea contractantă precizează că, în cadrul lotului nr. 1, nu va achiziționa nici aparate electrice de uz gospodăresc, nici aparate radio și nici televizoare.

În fapt, autoritatea arată că în cadrul lotului nr. 1 se vor achiziționa servicii și produse specifice domeniului IT&C, după cum urmează:

- servicii de suport din partea producătorului pentru infrastructura hardware și software de bază, necesare utilizării în parametri normali de funcționare a sistemului;
- în cazul produselor catalogate ca fiind *"End of Support"* se vor achiziționa produse noi / se vor actualiza produsele existente prin migrarea la ultima variantă / versiune disponibilă pe piață și se vor asigura serviciile conexe de instalare, configurare, testare (inclusiv instruire) aferente;
- alte servicii de instalare, configurare, testare și servicii conexe (inclusiv instruire) de natura celor incluse în cadrul acestui lot, care pot fi incidente pe parcursul derulării acordului-cadru (pentru alte cerințe și upgrade-uri aferente infrastructurii hardware și software de bază, dacă este cazul).

În sensul celor de mai sus, autoritatea arată că potrivit informațiilor disponibile pe site-ul contestatorului http://www.....com.ro/, se observă că ... este un furnizor de produse și soluții integrate audio - video din România, pentru o gamă largă de echipamente profesionale AV pentru televiziune, film, radio și telecomunicații și nicidecum pentru serviciile și produsele specifice IT&C incluse în scopul lotului nr. 1.

Din perspectiva autorității contractante și ca urmare a analizei informațiilor conținute de site-ul contestatorului, niciunul din produsele și/sau serviciile comercializate de acesta nu este relevant din perspectiva obiectului lotului nr. 1.

Mai mult, autoritatea contractantă menționează că inclusiv soluțiile integrate oferite pe piață de ... nu pot răspunde în mod rezonabil necesităților sale, fiind evident că serviciile de consultanță, proiectare și instalare prestate de această societatea vizează sistemele de televiziune sau radio fixe sau mobile, scop în care acesta colaborează cu diverși integratori în vederea implementării proiectelor complexe de radio-televiziune, cum ar fi: studiouri de televiziune; care de reportaj HD; sisteme DSNG; studiouri mobile; MCR - regii finale; sisteme de monitorizare; sisteme de editare; servere video; content management; sisteme de arhivare; sisteme de iluminat tehnologic; stații de Uplink.

În acest context, autoritatea menționează că este incert cum ar putea participa la prezenta procedură de atribuire un operator economic a cărui activitate nu are nicio legătură cu obiectul de activitate presupus de realizarea serviciilor și furnizarea produselor incluse în lotul nr. 1.

Mai mult, autoritatea contractantă arată că la Cap. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* din *fișa de date a achiziției* a impus și o cerință de calificare privind experiența similară în activități specifice obiectului lotului nr. 1, după cum urmează:

„Ofertantul trebuie să facă dovada că a desfășurat în ultimii 3 ani (36 de luni) în cadrul unuia sau a maximum 3 contracte activități similare cu cele care fac obiectul celui mai mare contract subsecvent, având o valoare individuală sau cumulată de minimum 11.900.000 lei (fără TVA) și care au înglobat cel puțin următoarele tipuri de operațiuni principale:

1. *Instalare/realizare de actualizări (upgrade-uri)/ configurare/ migrare/ integrare și testare infrastructură software;*

2. *Suport tehnic pentru infrastructura hardware și infrastructura software (instalare/integrare și testare echipamente de comunicații și de stocare);*

3. *Instruirea utilizatorilor privind pachetele software de tipul celor mai sus menționate. [...]*

Nota nr. 3

Pentru Lotul nr. 1 si 3

Prin „infrastructura software" se înțeleg componente/pachete/infrastructură software de tipul sistemelor de operare și software-ului care furnizează diverse tipuri de servicii (cum ar fi sisteme de baze de date, sisteme/subsisteme/module de tip Enterprise Resourse Planning / ERP, etc.) pentru aplicațiile software aferente sistemului/platformei informatice (altele decât cele disponibile în cadrul sistemului de operare). În cazul contractelor care au implicat dezvoltarea/realizarea unor sisteme informatice/aplicații personalizate și/sau furnizarea infrastructurii software și hardware aferente, în cadrul cărora au fost executate, cu titlu accesoriu, inclusiv serviciile de instalare și punere în funcțiune de natura activităților/operațiunilor menționate în cadrul cerinței, dar care nu explicitează/prevăd în mod distinct valoarea acestor tipuri de servicii se va lua în considerare valoarea întregului contract astfel prezentat".

În opinia autorității contractante, ... nu îndeplinește nici măcar în parte această cerință câtă vreme activitățile desfășurate în mod curent de acesta nu sunt în domeniul obiectului achiziției iar pe de alta, contestatorul nici măcar nu a realizat o cifră de afaceri care măcar să se apropie de nivelul valoric solicitat prin cerința privind experiența similară.

Totodată, autoritatea contractantă arată că prin documentația de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini) s-a solicitat constituirea unei echipe de experți formată din personal calificat în domeniul obiectului contractului după cum urmează:

- Potrivit Cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Cerința nr. 2 din fișa de date a achiziției:

„Cerința nr. 2:

Ofertantul trebuie să facă dovada că dispune cel puțin de următorul personal de specialitate necesar pentru îndeplinirea celui mai mare contract subsecvent aferent fiecărui lot în parte (echipa de proiect):

1. *Expert coordonator echipa suport și asistență tehnică (ECAT) - 1 pers.*
2. *Expert asigurare calitate - (EAC) -1 pers. [...]"*

- Potrivit Cap. 7.3.2. Echipa de proiect - alocarea experților cheie solicitați pe loturi din caietul de sarcini:

„În funcție de lotul/loturile la care intenționează să participe prin depunerea ofertei, ofertanții vor trebui să procedeze la prezentarea următorilor experți:

- Pentru LOTUL 1 - experții enumerați la Cap. 7.3.2.1

Notă:

Ofertantul trebuie să probeze că, la nivelul echipei de experți solicitați în cadrul acestui lot, există competențe certe în ceea ce privește:

- *echipamentele aferente infrastructurii de comunicații existente sau, după caz, celei ofertate;*
- *tehnologiile pentru echipamentele aferente infrastructurii hardware existente aflate în exploatare în cadrul SIM și, după caz, celei ofertate, respectiv:*
    - *Microsoft Windows Server 2012/2016 şi Hyper- V;*
    - *Liferay Enterprise Edition (EE);*
    - *Administrare/suport AIX pentru sisteme de tip POWER;*
    - *IBM Tivoli Storage Manager server, IBM Tivoli Storage Manager backup-archive;*
    - *Instalare, configurare, administrare/suport pentru VMware vSphere 4, 5 și 6 (virtualizare DataCenter);*
    - *Microsoft SCCM, SCOM*".

➢ Potrivit Cap. 7.3.2.1. Echipa de proiect - profilul experților cheie (pentru LOTUL 1) din caietul de sarcini se solicită includerea obligatorie în echipa de personal a următoarelor tipuri de experți:

1. Project manager / Team Lider (TL, 1 persoană);
2. Adjunct Asistent proiect (DTL, 1 persoană);
3. Expert analiza (EA, 1 persoană);
4. Expert administrare/configurare portal (EAP, 1 persoană);
5. Expert virtualizare și management sistem (EVMS, 1 persoană);
6. Expert administrare infrastructura de comunicații (EAIC, 1 persoană);
7. Expert Hardware (EH, min. 2 persoane);
8. Expert testare (ET, min. 1 persoană);
9. Expert instruire (EI, min. 1 persoană).

Așa cum se poate observa, autoritatea contractantă arată că, prin intermediul cerințelor documentației de atribuire și luând în considerare complexitatea achiziției, a solicitat ofertanților să aloce pentru realizarea activităților o echipă de experți formată dintr-un număr important de persoane calificate, astfel încât aceștia să facă dovada că au capacitatea de presta serviciile ce fac obiectul procedurii de atribuire.

Or, potrivit informațiilor publice disponibile, din punctul de vedere al resurselor umane disponibile la nivelul acestui operator, se observă că numărul mediu de angajați nu depășește 4, fiind prezumat că activitatea

curentă desfășurată de aceștia este legată de realizarea principalului obiect de activitate al societății, după cum va explicita în cele ce urmează.

Prin urmare, autoritatea contractantă menționează că nu există nici cel mai mic indiciu care să conducă în mod rezonabil la concluzia că, ... ar dispune de o capacitate profesională corespunzătoare pentru a asigura personalul minim solicitat prin documentaţia de atribuire.

Nu în ultimul rând, autoritatea arată că la cap. III.2.3.b) *Standarde de asigurare a calităţii şi de protecţie a mediului* din fișa de date a achiziției au fost stabilite cerințe privind implementarea unor standarde de calitate la nivelul ofertantului, după cum urmează:

„Cerința nr. 1

Informații privind sistemul de management al calității, prin care se confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calității pentru activitățile principale ce caracterizează domeniul obiectului celui mai mare contract subsecvent aferent fiecărui lot în parte, potrivit condițiilor de certificare a sistemului de management al calității (cum ar fi ISO 9001:2008 sau echivalent), respectiv:

Pentru Lotul nr. 1

Întreținerea și repararea resurselor fizice și logice de tehnologie a informației și servicii conexe (cum ar fi instalare, testare, suport/asistența tehnică pentru infrastructura hardware și software, instruirea utilizatorilor) [...]

Cerința nr. 2

Informații privind sistemul de management al securității informațiilor, prin care se confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al securității informațiilor din punctul de vedere al controlului managementului asupra acestui domeniu, potrivit condițiilor de certificare a sistemului de management al calității (cum ar fi ISO 27001:2005 sau echivalent). Cerința este aplicabilă pentru toate loturile ce fac obiectul procedurii de atribuire".

Autoritatea arată că, potrivit informațiilor existente pe site-ul contestatorului, aceasta menționează că deține certificarea ISO 9001:2000 pentru *vânzare, închiriere, service, servicii de integrare și școlarizare.*

Prin urmare, contestatorul nu deține un certificat ISO 9001 pentru activități de tipul celor solicitate în cadrul cerinței de calificare și nici certificarea de tipul ISO 27001:2005 prin care să facă dovada că a implementat un sistem de management al securității informațiilor.

Concluzionând, autoritatea precizează că nu există niciun indiciu și cu atât mai puțin dovezi certe, prin intermediul cărora să poată fi probat că ... ar avea un interes personal în legătură cu prezenta procedură de atribuire.

În sensul celor de mai sus, autoritatea menționează că inclusiv criticile care fac obiectul contestației denotă incapacitatea contestatorului de a înțelege contextul prezentei achiziții și specificitatea domeniului aferent serviciilor ce urmează a fi achiziționate în cadrul lotului nr. 1.

În contextul în care interesul procesual trebuie să fie unul personal, adică folosul practic urmărit prin promovarea contestației să profite exclusiv celui care a formulat acțiunea, autoritatea contractantă precizează că, prin raportare la informațiile de mai sus, rezultă că ... nu ar putea

obține un folos practic din participarea la procedura de atribuire întrucât nu dispune de capacitatea minimă de a participa la procedura de atribuire și de a putea fi parte a acordului-cadru.

Autoritatea contractantă arată că în acest sens s-a pronunțat și Consiliul prin decizia nr. 2780/C2/3600 din 24.10.2017 (Anexa nr. 2 la contestație).

Pe cale de consecință, autoritatea solicită Consiliului să constate că ... nu face dovada că are un interes personal în legătură cu participarea la procedura de atribuire astfel că, în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, contestația se impune a fi respinsă pe cale de excepție.

2. Criticile îndreptate împotriva cerințelor caietului de sarcini se impun a fi respinse ca nefondate

Autoritatea arată că prin intermediul contestației ... solicită eliminarea cerințelor din documentația de atribuire vizând serviciile de suport tehnic din partea producătorilor echipamentelor hardware și produselor software, care sunt necesare a fi achiziționate pe perioada de derulare a acordului-cadru.

În opinia autorității, solicitarea contestatorului se impune a fi respinsă ca nefondată mai ales că din analiza argumentelor prezentate rezultă că acesta face o confuzie între serviciile de mentenanță și întreținere care:

- pe de o parte, pot fi prestate de ofertant însuși, după cum în unele cazuri, autoritatea contractantă a specificat în cadrul caietului de sarcini că solicită inclusiv asemenea servicii*;*
- iar pe de alta, diferă din punct de vedere tehnic și economic de serviciile de suport tehnic care nu pot fi asigurate decât de producătorii respectivelor echipamente sau produse software**,** după cum va explicita în cele ce urmează.

Astfel, autoritatea arată că una dintre atribuțiile ... este activitatea de raportare către organismele europene pe următoarele domenii: calitate aer, radioactivitate, deșeuri, chimicale, arii protejate, activități industriale, contaminare sol.

În activitatea de depunere online a cererilor de eliberare acte de reglementare, de colectare și prelucrare date operatori economici necesare raportării către organismele europene respectiv în activitatea de

monitorizare în timp real a indicatorilor de mediu, ... folosește Sistemul Informatic Integrat de Mediu (SIM).

Din punct de vedere arhitectural SIM conține două niveluri importante: cel al aplicațiilor *"de business"* și cel de infrastructură. Nivelul aplicațiilor de business conține următoarele subsisteme:

- subsistem de integrare a sistemelor de monitorizare și management factori de mediu;
- subsistemul de aplicații specializate de mediu;
- subsistem Gestiune electronică a documentelor și fluxurilor de lucru;
- subsistem Data Warehouse;
- subsistem management economico-financiar;
- subsistem GIS;
- subsistem Portal (extern și intern);
- subsistem de Management al Relațiilor cu Cetățeanul;
- subsistem de Integrare a Fluxurilor Informaționale între Instituții.

... are în administrare două Centre de date (DC), dintre care unul este amplasat la sediul ... din Splaiul Independenței nr. 294 și unul este găzduit la sediul Serviciului de Telecomunicații Speciale (STS).

DC-urile sunt folosite pentru găzduirea următoarelor tipuri de echipamente: servere, echipamente de telecomunicații, echipamente de backup, echipamente de stocare a datelor (storage) și includ conexiune la internet redundantă, alimentare redundantă cu energie electrică, sisteme de control al mediului (aer condiționat, sistem de stingere al incendiului, podea tehnologică în caz de inundație) și sisteme de securitate atât fizice (sisteme de control acces, supraveghere video, etc) cât și sisteme de securitate împotriva atacurilor informatice (Firewall, Intrusion Detection System, Intrusion Prevention System, etc.).

DC-ul găzduit la sediul STS acomodează serverele de tip enterprise (POWER IBM770), de tip blade și echipamentele de comunicații aferente portalului public și securizat, sistemului de gestiune a bazelor de date Oracle, respectiv aplicațiilor specializate de mediu (radioactivitatea mediului, inventare locale, IPPC, deșeuri, etc).

DC-ul de la sediul ... găzduiește sistemele informatice dezvoltate de către ... independent de SIM și anume: sistemele de monitorizare a radioactivității mediului IGP și ROKURA, aplicațiile: Helpdesk - formular electronic pentru întrebări în domeniile REACH și CLP, sistemul SINCRON, site web aferent Registrului Național al Emisiilor de Gaze cu Efect de Seră (RNEGES), sistemul ROMAIR, sistemul de alarmare prin senzori, sistemul de monitorizare video, etc.

Echipamentele IT (servere de tip enterprise (POWER IBM770), servere tip blade, echipamente de comunicații) din cadrul SIM, respectiv unele echipamente din cadrul DC-ului găzduit la sediul ... au perioada de garanție expirată.

Din perspectiva necesității întreținerii și asigurarea funcționării sistemului informatic SIM, acesta este alcătuit din următoarele categorii de componente relevante:

- produse hardware - totalitatea echipamentelor hardware care susțin funcționarea SIM, inclusiv software aferent acestora cum ar fi

sisteme de operare pentru unele servere și calculatoare, software de management pentru sistemele de stocare și/sau echipamentele de rețea;

- produse software - totalitatea produselor software achiziționate ca atare (COTS - Commercial of the Shelf) și folosite pentru implementarea sistemului informatic SIM;
- produsul SIM - include aplicația în sine cu toate dezvoltările de cod sursă și personalizările de produse software realizate pentru implementarea și buna funcționare a sistemului SIM (exclude cele două categorii de mai sus).

Autoritatea contractantă precizează că toate informațiile antemenţionate sunt detaliate în mod explicit în cadrul caietului de sarcini, astfel încât orice operator economic de profil să poată înțelege și să oferteze serviciile și produsele solicitate de către autoritate, în forma menționată în cadrul caietului de sarcini și fără de care Sistemul Integrat de Mediu nu poate funcționa.

Prin urmare, în ceea ce privește cerințele stabilite cu privire la *suportul tehnic acordat de producător*, acestea vor fi analizate, interpretate și aplicate în coroborare cu contextul în care acestea au fost detaliate în cadrul caietului de sarcini, ca unică bază de aplicare a prezentei proceduri de atribuire și nu prin recurgerea la interpretări proprii ale contestatorului privind esența, scopul și întinderea unor asemenea cerințe, care nu fac altceva decât să demonstreze că acesta nu a înțeles și nu deține know-how-ul necesar pentru a participa și depune o ofertă competitivă în cadrul prezentei proceduri.

În acest sens, suportul producător solicitat de către autoritatea contractantă definește prin însăși această sintagmă nivelul de calitate al serviciilor care urmează să fie achiziționate, care trebuie să fie garantat de producător la nivelul unui *Service Level Agreement* prin punerea la dispoziția ofertanților interesați de participarea la prezenta procedură a accesului la resursele de know-how disponibile la nivelul producătorului (releases, patches, security patches, knowledgebase, best practices, community portals, testing tools, etc.), prin intermediul căruia se va asigura furnizarea, în primul rând, menținerea la zi (actualizarea/update-ul):

- suite de aplicații (software) pe care autoritatea contractantă le utilizează (cum ar fi Microsoft, Oracle, SAP, IBM AIX, ELO, etc.), acestea

fiind deja achiziționate cu mulți ani în urmă, instalate, configurate pentru a gestiona cantitățile masive de date acumulate în ultimi ani în procesele de mediu (monitorizare, culegere automată date, emitere avize, raportări, situații de mediu, etc.);

- componentelor software și firmware (microcod) atât pentru echipamentele hardware deja existente la nivelul ... (cum ar fi echipamentele IBM, CISCO, Juniper), cât și pentru o serie de echipamente care urmează să fie achiziționate pentru înlocuirea unora dintre echipamentele existente, în cazul cărora producătorul nu mai asigură suport pentru componentele software și firmware care rulează pe acestea (care sunt clasificate ca fiind End of Support/End of Life), după cum rezultă din informațiile extensive furnizate în cadrul caietului de sarcini.

Este așadar vădit și de notorietate faptul că numai producătorul respectivelor produse software și echipamente hardware va putea asigura, indiferent de operatorului economic interesat de participarea la prezenta procedură care, din perspectiva autorității contractante, va revinde asemenea servicii în beneficiul acesteia:

- accesul utilizatorilor acestor produse la ultimele versiuni disponibile pe piață;
- aplicarea corecțiilor necesare pentru înlăturarea oricăror bug-uri identificate în cadrul codului sursă al respectivelor suite de aplicații/componente software, care reprezintă proprietatea intelectuală exclusivă a producătorului.

Similar, numai producătorul poate asigura accesul la bazele sale de date referitoare la produsele respective (knowledgebase), precum și la portalurile specifice conținând recomandările aplicabile pentru configurarea acestor produse (best practices), pentru prevenirea și înlăturarea pe cât posibil a riscurilor de operare/rulare (cum ar fi riscurile și vulnerabilitățile de securitate).

Totodată, autoritatea precizează că în baza *Service Level Agreement*-ului antemenționat, producătorul suitelor de aplicații/componentelor software oferă utilizatorilor (beneficiarului final) accesul la unelte de monitorizare și optimizare care pot fi folosite pentru identificarea vulnerabilităților, testarea configurărilor noi, etc, cum ar fi spre exemplu în cazul produsului *Oracle Security Alerts (*Anexa nr. 3.1 şi 3.2 la contestație).

De asemenea, în cazul produselor Oracle, producătorul specifică fără echivoc că actualizările/update-urile de program subsecvente achiziției licenței inițiale sunt condiționate de achiziția uneia dintre variantele disponibile pentru suportul tehnic pus la dispoziție de către această companie *(*pag. 4 din Anexa nr. 3.2 la contestație)*:*

"Update means a subsequent release of the program which Oracle generally makes available for program licenses to its supported customers at no additional license fee, other than shipping charges if applicable, provided you have ordered a technical support offering that includes software updates for such licenses for the relevant time period. Updates do not include any release, option or future program that Oracle licenses separately".

Prin urmare, autoritatea precizează că toate serviciile de suport tehnic producător solicitate prin caietul de sarcini reprezintă în fapt servicii de acces la resursele de know-how și de proprietatea intelectuală exclusivă a respectivilor producători care, în mod evident, nu pot fi asigurate decât de către aceștia, fie în mod direct sau indirect, prin intermediul unor reseller-i (revânzători/distribuitori) întrucât vizează update-uri, upgrade-uri, patch-uri ale propriilor produse comercializate pe piață de către aceștia.

Autoritatea menționează că aceeași situație se aplică componentelor software și firmware (microcod) pentru echipamentele hardware, scop în care upgrade-ul de microcod (orice remediere, patch sau înlocuire furnizate pentru codul echipamentului) pentru infrastructura hardware existentă reprezintă un serviciu de acces la resursele de know-how și de proprietate intelectuală ale producătorului, care nu poate fi asigurat decât de către producătorul unui anumit echipament.

Prin intermediul acestor upgrade-uri se aliniază, spre exemplu, nivelul de microcod al echipamentelor de comunicații cu nivelul de microcod al celorlalte componente funcționale hardware în cazul în care este necesară înlocuirea unor piese defecte și/sau instalarea unor noi echipamente. Fără această aliniere de microcod nu se pot înlătura disfuncționalitățile respectivelor echipamente, întrucât piesele noi adăugate nu vor fi recunoscute de sistem și nu vor putea asigura interoperabilitatea acestora.

Așadar, este evident că asemenea servicii de upgrade nu pot fi în răspunderea unei terțe părți, decât în măsura în care producătorul respectiv mandatează o asemenea parte spre a pune la dispoziția autorității contractante acest tip de servicii.

Autoritatea contractantă susține cele de mai sus cu informațiile obținute din partea a 3 producători diferiți referitor la specificul serviciilor de suport tehnic *(*Anexele 4.1, 4.2 și 4.3 la contestație*),* după cum urmează:

a) În corespondența purtată de ... cu producătorul Microsoft, acesta a făcut următoarele precizări relevante:

„În caietul de sarcini pe care l-am parcurs și noi, pentru Lotul 1 se cere up-date și up-grade echipamente și licențe inclusiv înlocuire. Chiar în nota de la începutul paragrafului se menționează: "achiziționarea de

licențe noi (cu scopul de a se stabili dacă se va opta pentru achiziționarea serviciilor de actualizare suport producător sau pentru achiziționarea unor licențe noi)". Atât actualizarea, cât și suportul pentru licențele noi sunt furnizate de către producătorul de licențe.

În accepțiunea Microsoft, suportul așa cum este descris, reprezintă o componentă a licenței de bază și nu un serviciu separat sau customizat. Acest beneficiu numit "Software Assurance" (detalii le puteți găsi în documentul din linkul următor http://download.microsoft.com/download/5/c/7/5c727885-ec15-4920-818b-4d140ec6c38a/Software-Assurance-Program-Guide.pdf) permite achizitorului în principal accesul la noi versiuni de produse lansate de Microsoft pe perioada de valabilitate a SA-ului precum și alte beneficii adiționale.

Astfel, doar producătorul poate pune la dispoziția clienților în mod direct din punct de vedere tehnic și bineînțeles prin intermediul reseller-ilor care înglobează licențele cu SA în oferta lor din punct de vedere comercial, noi versiuni de produs, patchuri și update-uri.

Niciun integrator sau un third party nu-și poate asuma tehnic cât și legal mentenanța soluțiilor software microsoft în ceea ce privește dezvoltarea de patchuri sau noi versiuni de produs.

Microsoft pune direct la dispoziția beneficiarului (corelat cu cele de mai sus) accesul la un site securizat de licențiere unde se poate verifica numărul licențelor achiziționate, versiunile la care au dreptul și bineînțeles download-ul acestora în mod oficial și securizat.

De asemenea, referitor la punctul 4.1.3.1 Upgrade și virtualizarea sistemului de operare

"... solicită identificarea unei soluții de upgrade și virtualizare a sistemului de operare Microsoft, respectiv Microsoft Windows Server 2008 la ultima versiune existentă pe piață, cu suport direct de la producător pe minimum 1 an".

Nu considerăm că ... limitează în vreun fel up-grade-ul și virtualizarea sistemului de operare, tocmai prin formularea "solicită identificarea unei soluții de upgrade și virtualizare" oricare ar fi sistemul identificat, ofertantul trebuie să oferteze licențele aferente, cu suport de la producător pentru un an (acest suport deseori este inclus în prețul licenței și uneori obligatoriu, sau poate fi obținut defalcat); în general suportul de la producător include (în funcție de produs):

- *Up-date de software;*
- *Patching;*
- *Up-date de semnături.*

Mai mult, așa cum menționam și în alte discuții, Microsoft prin partenerii de licențiere / distribuitori din Romania pune la dispoziție tuturor ofertanților interesați a acelorași prețuri de referință pentru beneficiarul ....

Mai mult la Pagina 94 se specifică:

"Pentru toate componente software de bază (COTS), parte a sistemului informatic SIM, ...:

- *nu dorește achiziționarea serviciilor de suport și mentenanță operaționale din partea producătorului, ci doar servicii de suport și mentenanță operațional din partea prestatorului;*
- *dorește asigurarea unor servicii de suport tehnic minim din partea producătorului care să permită:*

- *upgrade gratuit la cele mai noi versiuni ale programelor;*
- *asistență tehnică online și aplicare patch-uri;*
- *acces online la baza de date cunoştinţe".*

Formularea este foarte clară, nu face trimitere către servicii specifice, ci doar la cele elementare, cel mai des întâlnite în bunele practici ale producătorilor de HW și SW, iar niciun terț nu va putea asigura cele 3 tipuri de servicii minime solicitate din perspectiva tehnică a cerințelor";

b) De asemenea, autoritatea arată că în corespondența purtată cu producătorul Oracle acesta a făcut următoarele precizări:

„În ceea ce privește licențele Oracle, conform politicii de suport, pentru a putea avea acces la serviciile solicitate în caietul de sarcini, respectiv upgrade gratuit la cele mai noi versiuni de programe, acces online la o bază de cunoștințe, este nevoie de achiziționarea de servicii de suport de la producător, în cazul în speță ORACLE. Facem precizarea că drepturile de proprietate intelectuală asupra produselor Oracle, descrise în caietul de sarcini, sunt ale companiei Oracle, ... achiziționând licențe ce oferă dreptul de utilizare perpetuu asupra acestora. Pe cale de consecință, firma ORACLE este singura în măsură sa poată pună la dispoziția clienților acces la ultimele versiuni ale propriilor produse, upgrade-uri, patch-uri, corecții de securitate etc.

De asemenea menționăm că firma Oracle, prin canalele de vânzare, pune la dispoziția firmelor partenere, conform politicilor de revânzare proprii Oracle, posibilitatea de revânzare a acestor servicii, fiecare firmă putând oferi servicii suplimentare față de cele oferite în mod standard de Oracle în funcție de cerințele solicitate de fiecare client în parte".

c) Autoritatea arată că un alt exemplu elocvent îl reprezintă împrejurarea că, orice intervenție asupra serverelor produse de IBM, cum ar fi cele care deservesc Sistemul Integrat de Mediu (IBM POWER) nu poate fi realizată decât de către personalul calificat propriu al IBM, care are acces la nivelele 2 și 3 de suport, cu precizarea că acest producător nu admite intervenții neautorizate asupra acestui tip de echipamente.

De altfel, autoritatea contractantă arată că în cadrul caietul de sarcini a precizat în mod explicit că, pentru anumite activități, nu se solicită suport din partea producătorului, ci servicii de natura mentenanței operaționale, care pot fi asigurate direct de către ofertantul interesat de participarea la prezenta procedură.

Aceste informații i-au fost aduse la cunoștință contestatorului prin punctul de vedere la notificarea prealabilă formulată de acesta. În acest sens, autoritatea enumeră cu titlu exemplificativ următoarele cerințe din cadrul caietului de sarcini:

"4.1.1 Infrastructura comunicații

Infrastructura de comunicații aflată în utilizare în cadrul sistemului SIM prezentată mai sus este una extrem de performantă, fiabilă și eficientă. Deoarece o parte din echipamente sunt EOS (End of Support), ... dorește achiziționarea unor echipamente noi cu servicii de suport aferente, de minimum 1 an, care să funcționeze ca o serie de module de rezervă și/ sau echipamente de "spare", astfel încât să se păstreze în funcțiune infrastructura actuală.

[...]

Ofertantul trebuie să:

[...]

- asigure serviciile de instalare echipamente comunicații, configurare, testare și servicii conexe, precum migrarea funcționalităților echipamente de comunicații, inclusiv migrarea și implementare tuturor funcționalităților ISA proxy existente;

- realizeze un plan de migrare a funcționalităților către echipamentele noi, care va trebui aprobat de ...;

- asigure suport din partea producătorului pentru toată perioada acordului-cadru, cât și servicii de mentenanță, care pot fi asigurate fie de producător SAU de către ofertant, prin personal calificat. Suportul din partea producătorului se cotează la nivel de perioade de câte 1 an.

De asemenea, ofertantul va asigura suport din partea producătorului pentru echipamentele SRX4200.

Notă:

1. Echipamentele existente, KEMP LM5500, sunt EOS (End Of Support) din martie 2017, astfel încât în acest moment nu se mai poate achiziționa suport pentru echipamentele existente; din cauza costurilor mari pe care oricum le-ar fi generat taxa de reînnoire (renewal) practicată de KEMP, se preferă opțiunea de înlocuire prin achiziționare unor echipamente similare, de generație nouă. Prin urmare, ofertantul va propune o soluție pentru înlocuirea acestora cu echipamente cu funcționalități cel puțin echivalente, în configurație HA. Prin urmare, soluția tehnică trebuie să permită și preluarea funcțiilor ISA proxy existente.

[...]

4.1.3.1 Upgrade și virtualizarea sistemului de operare

... solicită identificarea unei soluții de upgrade și virtualizare a sistemului de operare Microsoft, respectiv Microsoft Windows Server 2008 la ultima versiune existentă pe piață, cu suport direct de la producător pe minimum 1 an.

[...]

Soluția de upgrade licențe sisteme de operare Microsoft la ultima variantă existentă va avea în vedere folosirea în mod optim a puterii de procesare aferentă infrastructurii hardware existente, precum și asigurarea funcționării aplicațiilor existente.

Nota:

[...]

3. În sensul celor de mai sus, înainte de prestarea serviciilor de instalare, configurare și testare Windows Server 2016, operatorul economic va efectua inclusiv o analiză având ca obiect optimizarea costurilor de licențiere prin recurgerea la soluția de virtualizare a resurselor hardware existente.

[...]

4.1.3.2.6 Componenta de monitorizare stații și servere MICROSOFT SYSTEM CENTER OPERATIONS MANAGER

Pentru produsul existent care este licențiat pentru 100 servere și 200 clienți, se dorește suport tehnic actualizat sau înlocuirea cu altă soluție de monitorizare echivalentă care va fi inclusă în serviciile de suport.

Pentru toate componente software de bază de mai sus, parte a sistemului informatic SIM, ofertantul trebuie să asigure serviciile de instalare infrastructură software de bază și componente software noi, inclusiv migrarea aplicațiilor SIM și datelor.

Pentru toate componente software de baza (COTS), parte a sistemului informatic SIM, ...:

- *nu dorește achiziționarea serviciilor de suport și mentenanța operaționale din partea producătorului, ci doar servicii de suport și mentenanță operațională din partea prestatorului;*
- *dorește asigurarea unor servicii de suport tehnic minim din partea producătorului care să permită:*

- *upgrade gratuit la cele mai noi versiuni ale programelor;*
- *asistența tehnică online și aplicare patch-uri;*
- *acces online la baza de date cunoștințe.*

[...]

4.1.4 Infrastructura hardware

... dorește achiziționarea de servicii de mentenanță hardware cu acoperire 9x5 sau 24x7 și, eventual, timp asumat de reparare de 24 de

ore pentru următoarele echipamente și pachete software care au fost achiziționate de la IBM Romania:

[...]

Pentru componentele software, se dorește asigurarea unor servicii de suport tehnic minim din partea producătorului care să permită:

- *upgrade gratuit la cele mai noi versiuni ale programelor;*
- *asistența tehnică online și aplicare patch-uri;*
- *acces online la baza de date cunoștințe.*

Notă:

Cotarea prețurilor pentru suport tehnic producător se va realiza pentru perioadele minime care pot fi achiziționate (de ex. 1 lună), urmând ca pe parcursul acordului- cadru și la momentul încheierii fiecărui contract subsecvent să fie stabilită perioada finală pentru care se achiziționează respectivele servicii (ca multiplu de perioadă minimă).

Pentru suportul proactiv/reactiv la alte probleme care pot să apară (configurări / reconfigurări, tunning de AIX etc) se consideră necesar și suficient cotarea suport ofertant în limita a 5 zile/lună (60 de zile pe an)".

Prin urmare, autoritatea contractantă menționează că a făcut o diferențiere clară între serviciile de acces a resursele de know-how și de proprietate intelectuală exclusivă ale producătorului și cele care pot fi asigurate de către orice operator economic interesat de participare la prezenta procedură, prin propriul său personal calificat cu precizarea că, ori de câte ori a fost posibil, a limitat cerințele caietului de sarcini la cele strict necesare pentru îndeplinirea obiectului acordului-cadru ce urmează să fie atribuit fără să fi fost solicitată prestarea unor asemenea servicii direct prin personalul calificat al producătorului.

Pe de altă parte, dat fiind obiectul, complexitatea și natura SIM, cele două tipuri de servicii antemenționate nu pot fi separate din punct de vedere tehnic și economic unele față de celelalte, pentru simplul motiv că scopul celor dintâi este inclus în scopul serviciilor care urmează să fie asigurate de către ofertant prin propriul său personal calificat.

Cu alte cuvinte, nu se pot asigura spre exemplu servicii de analiză având ca obiect optimizarea costurilor de licențiere prin recurgerea la soluția de virtualizare a resurselor hardware existente și nici cele de furnizare, instalare, configurare, testare și/sau instruire în absența serviciilor de suport din partea producătorului, prin intermediul cărora pe de o parte se va asigura accesul autorității contractante la cele mai noi versiuni ale programelor în discuție, la asistența tehnică on-line și aplicarea de patch-uri, iar pe de alta, la baza de cunoștințe a producătorului.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că este puțin probabil ca oricare dintre producătorii produselor software/echipamentelor menționate în cadrul caietului de sarcini să fie interesat de participarea în mod direct la prezenta procedură (având calitatea de ofertant), fapt care ar fi de natură să restricționeze participarea altor ofertanți la procedură, întrucât:

- în scopul procedurii de atribuire sunt incluse o serie de servicii care exced sferei activităților care sunt asigurate în mod curent de respectivii producători;

- în mod similar, orice alt operator economic (ofertant) nu poate participa la procedură fără să beneficieze de suportul tehnic oferit de producător;
- participarea directă a producătorilor la prezenta procedură în calitate de asociat, ar putea reprezenta o încălcare a următoarelor dispoziții legale: art. 167 alin. (1) lit. d), art. 167 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, și art. 5 alin. (1) lit. b), c) şi d) din Legea nr. 21/1996 a concurenței, cu modificările și completările ulterioare, prin care este stabilit că:

"*Art. 5 - (1) Sunt interzise orice înțelegeri între întreprinderi, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate care au ca obiect sau ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care;*
[...]

b) limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investiția;

c) împart piețele sau sursele de aprovizionare;

d) aplică în raport cu partenerii comerciali, condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial".

În concluzie, autoritatea contractantă precizează că participarea la prezenta procedură *"nu este rezervată"* producătorilor așa cum lasă să se subînțeleagă contestatorul, aceștia putând însă participa fie din poziția de subcontractanți sau cea de furnizori ai operatorilor economici care depun oferta, în caz contrar putând deveni aplicabile una sau mai multe din prevederile legale antemenţionate.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă menționează că, în niciun context în cuprinsul caietului de sarcini, nu a impus ca serviciile de natura *suportului tehnic producător* să fie achiziționate direct de la producător, ofertanții fiind liberi să recurgă la terți furnizori aflați deja în relații contractuale cu respectivii producătorii în scopul comercializării pe piață a acestui tip de servicii.

Față de cele arătate, autoritatea contractantă opinează că ... face confuzie privind scopul serviciilor incluse în lotul nr. 1 în condițiile în care serviciile încadrate în categoria suportului tehnic producător:

- reprezintă în fapt un drept (grant) acordat de către aceștia prin care se va asigura accesul autorității contractante la ultimele release-uri,

patch-uri, patch-uri de securitate, baze de cunoștințe, bune practici, instrumente și aplicaţii de testare, etc;

- acest drept este însă legat intrinsec de celelalte servicii solicitate spre a fi prestate de către ofertanții interesați de participarea la acest lot în raport pe de o parte, cu produsele aflate deja în dotarea autorității contractante, iar pe de alta, acolo unde o astfel de înlocuire a fost posibilă potrivit mențiunilor explicite din caietul de sarcini, cu produsele care se vor achiziționa în cadrul lotului respectiv.

În acest context, autoritatea contractantă consideră că afirmația contestatorului, potrivit căreia: *„[...] se încalcă principiile prevăzute la art. 2, alin. (2), lit. a) și b) din Legea 98/2016 - nediscriminarea și tratamentul egal, avantajând-se în mod clar operatorii economici cărora producătorii echipamentelor doresc să le acorde prestarea serviciilor aferente produselor respective, contrar art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, [...]",* este eronată, câtă vreme serviciile de natura *suportului (tehnic) producător* reprezintă pe fond servicii de acces la siturile proprietatea producătorului, pe baza unor credențiale (drepturi de acces) la produsele software accesorii licențelor achiziționate, care sunt acoperite de asemenea de drepturile de proprietate intelectuală exclusive ale producătorului.

Prin urmare, asemenea servicii nu vor putea fi asigurate decât de către producător sau, prin intermediul reprezentaților acestuia, indiferent și independent de ofertantul sau ofertanții care decid să depună o ofertă la prezenta procedură, respectiv de entitatea care va achiziționa aceste servicii pentru, în numele și pe contul autorității contractante ca urmare a desemnării drept câștigătoare a uneia dintre ofertele depuse în cadrul procedurii.

Pentru acest tip de operațiune comercială (respectiv, pe fond, o revânzare), autoritatea contractantă menționează că nu a solicitat niciun fel de document de natura vreunei autorizări din partea producătorului și nici prezentarea de personal calificat din partea acestuia, în fapt neexistând niciun fel de restricție în cadrul fișei de date și/sau a caietului de sarcini.

Ca atare, nu există nicio clauză scrisă sau nescrisă în cadrul documentației de atribuire având o asemenea întindere sau care să comporte o interpretare precum cea sugerată de contestator, în fapt orice operator economic putând să primească o cotație de preț și deci să poată participa la procedura de atribuire în mod nerestrictiv și nediscriminatoriu.
Prin urmare, operatorii economici vor avea deplina libertate să contacteze direct fie producătorii respectivi și/sau partenerii/distribuitorii acestora pentru a obține cotațiile de preț pentru serviciile de suport tehnic din partea producătorului, aplicabile pentru beneficiarul final ..., cu scopul de a fi evitate situații de natura celor antemenționate, ca fiind de natură să aducă atingere prevederilor art. 5 alin. (1) lit. b), c) și d) din Legea nr. 21/1996 a concurenței.

În acest scop, autoritatea contractantă arată că prevederile Cap. 4.1.3 - "*Infrastructura software de bază*" prin care a fost specificat că: "*Pentru toate produsele COTS ce vor fi livrate în cadrul prezentei proceduri, precum și pentru serviciile de suport din partea producătorului,*

ofertantul va contacta respectivii producători pentru a obține din partea acestora prețurile de referință aferente instituțiilor publice", vor fi interpretate în sensul că prin sintagma *"producători"* se înțelege inclusiv orice partener/distribuitor sau altă entitate care poate asigura accesul la servicii de natura suportului tehnic din partea producătorului și la produsele solicitate prin caietul de sarcini.

De altfel, chiar din corespondența purtată cu producătorul Microsoft așa cum a arătat anterior, autoritatea precizează că această companie a specificat fără echivoc că: *"...Mai mult, așa cum menționam și în alte discuții, Microsoft prin partenerii de licențiere/ distribuitori din Romania pune la dispoziție tuturor ofertanților interesați a acelorași prețuri de referință pentru beneficiarul ... ...".*

În concluzie, în opinia autorității, a contesta o necesitate neechivocă a autorității contractante și care nu este interschimbabilă, reprezintă un act netemeinic și nefondat, al cărui unic scop din perspectiva sa nu poate fi reprezentat decât de o conduită șicanatorie a ... și/sau care nu probează altceva decât că această entitate nu a înțeles obiectul serviciilor și produselor incluse în scopul lotului nr. 1.

Autoritatea precizează că, chiar dacă ar accepta situația ipotetică imaginată de contestator în care autoritatea contractantă ar proceda la eliminarea sintagmei *"producător"* din enunțul specificațiilor tehnice incluse în caietul de sarcini, cu explicitarea în mod corelativ a celorlalte cerințe care să vizeze *"descrierea concretă a caracteristicilor serviciilor care se solicită prestate",* rezultatul ar fi o situație similară cu cea care face obiectul contestației, respectiv ofertanții vor trebui să includă în ofertă același tip de servicii, constând în accesul la resursele de know-how și de proprietate intelectuală a producătorilor.

Autoritatea contractantă susţine acest lucru în contextul în care acest tip de servicii reprezintă expresia necesităților obiective ale autorității și nu există posibilități alternative de asigurare a accesului la asemenea servicii.

Prin urmare, o ipoteză de lucru în care autoritatea contractantă lasă "la alegerea ofertanților modul de prestare a serviciilor, respectiv ce servicii se vor presta direct de către prestator și / sau ce servicii vor fi încredințate de către acesta producătorului" reprezintă un non-sens întrucât ofertantul declarat câștigător nu va putea furniza autorității contractante servicii care să nu fie legate intrinsec de licențele/produsele

deținute de aceasta (achiziționate anterior), respectiv care să fie împerecheate cu respectivele licențe/produse.

Cerințele criticate au fost stabilite ținând seama de necesitățile obiective (și nu subiective) ale autorității contractante, respectiv specificul serviciilor ce se intenționează a fi achiziționate și sunt de natură să asigure respectarea dispozițiilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cu alte cuvinte, însuși legiuitorul admite *de plano* că pot exista situații excepționale, justificate de obiectul contractului (cum este situația de față), în care specificațiile tehnice incluse în caietul de sarcini pot preciza elemente precum antemenționate.

Concluzionând, autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere în decizia pe care o va pronunța informațiile de ansamblu furnizate și detaliate în cadrul caietului de sarcini, prin care autoritatea a procedat la:

- specificarea fără echivoc a împrejurării că obiectul prezentei proceduri este reprezentat de "*Servicii de întreținere, actualizare a infrastructurii HW/SW, extindere/dezvoltare software pentru subsistemele integrate (adaptări la modificările legislative, actualizări în funcție de modificări organizaționale, îmbunătățiri și extinderi ale modulelor existente), asistență și suport tehnic pentru Sistemul Integrat de Mediu, mentenanță evolutivă, servicii instalare, configurare, testare și conexe (inclusiv instruire) pentru alte cerințe și upgrade-uri aferente infrastructurii IT&C a ...*".

Cu alte cuvinte, procedura vizează în esență întreținerea, actualizarea și extinderea unui sistem informatic existent, rezultând că în realizarea acestui demers trebuie ținut cont în mod obligatoriu de tehnologiile deja implementate la nivelul acestuia și de restricțiile care rezultă din necesitatea de a utiliza respectivele platforme tehnologice;

- prezentarea situației actuale a SIM, respectiv a echipamentelor, licențelor anterior achiziționate și aplicațiilor care se află în exploatare;
- precizarea serviciilor incluse în lotul nr. 1 care pot fi asigurate de ofertant prin intermediul propriilor resurse, dar și a serviciilor acoperite de sintagma *suport (tehnic) producător* și care nu pot fi furnizate decât prin intermediul acestor entități în calitatea lor legală de deținători ai know-how-ului și a drepturilor exclusive de proprietate intelectuală asupra produselor comercializate de aceștia;
- precizarea produselor software/echipamentelor care nu sunt critice (şi care nu afectează structura funcţională a sistemului integrat de mediu, respectiv care nu reprezintă: sisteme de operare, partiționare, clustering, structura existentă a bazelor de date, formatele/formularele de raportare implementate, business intelligence, managementul accesului și a identității, personalizarea și diagnoza soluțiilor funcționale existente, etc), în cazul cărora se acceptă inclusiv soluţii de înlocuire, cum ar fi:
  - echipamentele care fac parte din infrastructura de comunicații în raport cu care:

"[...] ofertantul va propune o soluție pentru înlocuirea acestora cu echipamente cu funcționalități cel puțin echivalente, în configurație HA. Prin urmare, soluția tehnică trebuie să permită și preluarea funcțiilor ISA proxy existente ";

- componenta Microsoft Lync, pentru care:

"Se solicită migrarea la Skype for Business sau echivalent (1.950 de utilizatori)";

- soluția de management al documentelor ELO, pentru care se solicită:

"Se dorește achiziționarea unei versiuni noi sau o altă soluție echivalentă, cu garantarea serviciilor de migrare, pentru un număr de 1.000 licențe utilizatori.

- definirea fără echivoc a obiectului fiecărui lot în parte, scop în care serviciile și produsele incluse în scopul lotului nr. 1 au delimitate în mod strict de cele incluse în cadrul celorlalte loturi.

Mai mult, chiar și în aceste condiții, potrivit informațiilor de la pag. 180 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a specificat că:

"Notă:

1. În conformitate cu dispozițiile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, specificațiile tehnice care precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și care se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică sunt justificate de situația excepțională în care se află autoritatea contractantă prin raportare la obiectul contractului (extinderea unui sistem existent), respectiv de produsele deja existente deja la nivelul acesteia, în condițiile în care nu există informații suficiente pentru a putea determina cerințele specifice de interoperabilitate care trebuie îndeplinite pentru a asigura funcționarea acestora cu alte produse sau servicii similare.

2. În sensul celor de mai sus și întrucât autoritatea contractantă nu urmărește favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse din cadrul competiției, respectivele specificații tehnice vor fi interpretate prin sintagma "sau echivalent" fiind așadar acceptată ofertarea de produse similare cu condiția probării în mod concludent în cadrul ofertei a faptului că acestea sunt interoperabile cu cele existente. Într-o asemenea situație și în cazul declarării ofertei drept câștigătoare, precum și în eventualitatea în care pe parcursul execuției contractelor subsecvente nu se va putea asigura interoperabilitatea acestora potrivit informațiilor incluse în ofertă, intră în sarcina contractantului să procedeze la înlocuirea produselor respective cu produsele solicitate prin prezentul

caiet de sarcini și/sau variantele/versiunile superioare ale acestora, fără costuri suplimentare în sarcina autorității contractante".

În acest context, se observă că, raportat la specificitatea domeniului aferent serviciilor ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, cerințele în cauză sunt nu doar relevante ci și necesare în vederea îndeplinirii scopului și obiectului lotului nr. 1 aferent acordului-cadru ce urmează să fíe atribuit, mai cu seamă o serie dintre activitățile menționate nu pot fi asigurate decât către producătorul produselor hardware sau software menționate în caietul de sarcini.

Împrejurarea că nu au fost formulate cerințe restrictive rezultă și din mențiunea potrivit căreia, în cazul acelor activități care pot fi asigurate atât de către producător cât și de către prestator, s-a permis ofertanților să aleagă una dintre cele două opțiuni.

Mai mult, autoritatea arată că în cadrul caietului de sarcini s-au făcut inclusiv precizări explicite cu privire la împrejurarea că pentru anumite activități nu se solicită suport din partea producătorului, tocmai pentru a elimina orice ambiguități de interpretare a acestui tip de cerințe.

În opinia autorității contractante, criticile contestatorului relevă, în fapt, carențe evidente de înțelegere a contextului prezentei achiziții și a specificității serviciilor de acces la resursele de know-how și drepturile de proprietate intelectuală care nu pot fi asigurate decât prin intermediul producătorilor platformelor tehnologice și a produselor care fac parte integrantă din SIM.

În mod subsidiar, autoritatea contractantă arată Consiliului că, raportat la gradul ridicat de complexitate al achiziției, anterior inițierii procedurii de atribuire, a derulat două procese de consultare a pieței cu scopul de a elabora o ..... de atribuire care să corespundă necesităților sale.

La aceste consultări și în raport cu obiectul achiziției incluse în scopul lotului nr. 1 au participat un număr total de 8 operatori economici care activează în domeniul serviciilor specifice IT&C care fac obiectul acestui lot, iar niciunul dintre aceștia nu a formulat observații în sensul că solicitarea de asigurare a serviciilor din partea producătorilor ar avea un caracter restrictiv.

Mai mult, autoritatea contractantă învederează faptul că până la data formulării acestui punct de vedere, conform informațiilor din SEAP, există un număr de 20 operatori economici interesați de participarea la procedura de atribuire care au formulat numeroase solicitări de clarificare privind cerințele caietului de sarcini, cu precizarea că niciun operator economic nu a adus în discuție un potențial caracter restrictiv al unor asemenea cerințe.

Dimpotrivă, există numeroase solicitări de clarificare prin care operatorii economici solicită detalii suplimentare astfel încât aceștia să poată întreprinde diligențele necesare pe a asigura autorității serviciile de suport (tehnic) din partea producătorilor.

În acest sens, autoritatea exemplifică în cadrul Anexei nr. 5 la contestație, o serie dintre solicitările clarificare formulate de operatorii economici interesați de participarea la procedură în legătură cu aceste cerințe.

După cum se poate observa, până la acest moment există un număr important de solicitări de clarificare cu privire la *serviciile de suport tehnic acordate de producători* însă toate aceste cereri au rolul de a obține informații suplimentare astfel încât operatorii economici să oferteze soluția optimă care satisface necesitatea autorității contractante și nicidecum să considere că asemenea cerințe ar avea un caracter restrictiv.

De asemenea, se poate observa că întrebările vizează aspecte referitoare la serviciile suport acordate de diverși producători (Oracle, Kemp, Cisco, Fortinet, Juniper sau IBM) ceea ce demonstrează că există o piață bine dezvoltată a serviciilor care pot fi asigurate de aceștia.

Cele de mai sus denotă fără putință de tăgadă că operatorii economici care desfășoară constat activități în piața serviciilor IT&C cunosc foarte bine specificitatea acestui domeniu precum și împrejurarea că fiecare producător oferă o gamă de servicii suport utilizatorilor pentru produsele hardware și software dezvoltate de aceștia și care nu pot fi oferite decât prin recurgerea la resursele puse la dispoziție de respectivele entități.

Prin urmare, autoritatea contractantă precizează că afirmația contestatorului potrivit căreia prin solicitarea de a oferta servicii de suport tehnic din partea producătorilor autoritatea contractantă ar fi formulat în fapt o cerință de calificare, nu are niciun fundament real, cerințele în discuție fiind cerințe care țin de specificațiile tehnice incluse în caietul de sarcini, cu respectarea prevederilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, așa cum a arătat mai sus.

În consecință, autoritatea consideră că cerințele în discuție au fost formulate cu deplina respectare a prevederilor legale aplicabile astfel încât să poată fi asigurată satisfacerea necesităților sale, acestea sunt deplin justificate de situația excepțională în care se află, prin raportare la obiectul contractului (extinderea unui sistem existent), respectiv de produsele deja existente deja la nivelul autorității.

Față de cele menționate anterior, autoritatea contractantă solicită:

- în principal, respingerea contestației ca fiind introdusă de o persoană care nu face dovada că are un interes personal în legătură cu participarea la prezenta procedură de atribuire;

- în subsidiar, respingerea contestației ca nefondată, menținerea cerințelor stabilite prin documentația de atribuire și continuarea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 700/16.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. 15075/16.04....., contestatorul formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante nr. 626/11.04.....

Referitor la excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă

Contestatorul consideră că legiuitorul, prin Legea nr. 101/2016 dorește să asigure accesul liber și fără nicio restricție a operatorilor economici la căile de atac descrise în lege, fără vreo condiție prealabilă pe care aceștia ar trebui să o îndeplinească pentru a se „califica" în utilizarea respectivelor căi de atac.

Astfel, art. 2 din lege precizează că:

ART. 2

(1) *"Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

(2) *Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege".*

Prin urmare, contestatorul precizează că legea specială care reglementează căile de atac, nu pune nicăieri condiții de calificare similare cu cele pe care autoritățile contractante le pot solicita pentru calificarea ofertanților în proceduri, care sunt solicitate în baza altui act normativ. Nu se poate accepta juridic extrapolarea făcută de autoritatea contractantă precum că drepturilor operatorilor economici în virtutea Legii speciale care reglementează căile de atac 101/2016 trebuie să li se aplice criteriile de calificare legiferate prin Legea achizițiilor publice nr. 98/2016.

Mai departe, contestatorul arată că Legea nr. 101/2016 precizează la art. 3 alin. (1) lit. f) următoarele:

"f) *persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) *are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și*

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire"

De asemenea, potrivit art. 3 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016:

"(2) *Termenii și expresiile definite la alin. (1) se completează în mod corespunzător cu termenii și expresiile definite în legislația privind achizițiile publice, legislația privind achizițiile sectoriale, respectiv legislația privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz*

(3) *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, contestatorul precizează că legiuitorul definește foarte clar în interiorul actului normativ invocat, ce înseamnă „persoană care se consideră vătămată", respectiv ce înseamnă interesul, și în virtutea precizărilor specifice ale legii, orice operator economic care nu a fost exclus definitiv din procedură are interes.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să constate că toate extrapolările făcute de autoritatea contractantă pe premise greșite cu privire la cifra de afaceri, obiectul principal de activitate al societății sale, experiența similară, capacitatea tehnică, personalul, certificări de calitate, potențial beneficiu economic, exced cadrul legal în baza căruia este formulată contestația de față.

Contestatorul menționează că potrivit precizărilor Legii nr. 101/2016, operatorii economici nu au în niciun fel obligația să demonstreze interesul pentru accesul la procedurile administrativ-jurisdicționale și judiciare, interesul fiind prezumat prin simplul fapt că operatorii au existență juridică și că nu au fost excluși definitiv din procedură, condiții în care desigur societatea sa se încadrează.

Adițional, contestatorul precizează că societatea sa se află în momentul de față într-o asociere informală, care va fi formalizată până la data depunerii ofertelor, care asociere desigur are tot interesul să îndeplinească condițiile de calificare prin metodele legale disponibile în toate privințele în care autoritatea contractantă a încercat să demonstreze că nu le poate îndeplini.

În concluzie, cu privire la excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă, contestatorul solicită Consiliului să constate lipsa totală de temei legal a acesteia, să o respingă ca nefondată, și să treacă la analizarea și pronunțarea pe fondul contestației.

Referitor la punctul de vedere al autorității contractante pe fondul contestației

Adițional motivației pe fond depuse deja în cadrul contestației sale, contestatorul învederează faptul că, în mod similar cu argumentația pe care a înțeles să o facă autoritatea contractantă cu privire la pretinsa lipsă de interes, în punctul de vedere pe fond, aceasta include o multitudine de informații și argumente fără relevanță pentru esența problemelor semnalate, care în opinia acesteia ar trebui să justifice nelegalitatea cerințelor cu anumite precizări tehnice.

În fapt, contestatorul arată că toată argumentația pe fond a autorității contractante încearcă să mute discuția de la nelegalitatea restrângerii posibilității de ofertare la o singură sursă, precizarea originii și mărcii livrabilelor, și efectul de cerințe de calificare de tipul autorizației de la producător ascunse în specificațiile tehnice.

Contestatorul menționează că toate precizările tehnice cu privire la licențiere, drepturi de proprietate intelectuală, moduri de comandă și obținere a unor servicii de un anumit tip prezentate de autoritatea contractantă sunt desigur reale.

Totuși, contestatorul solicită Consiliului să ia în considere următoarele aspecte:

- Aspectele tehnice prin care un operator economic decide, după analiza cerințelor obiective din caietul de sarcini, să procure și sa achiziționeze livrabile din contract țin de decizia sa și de libertatea acestuia de a contracta și de a realiza operații economice pe piață și nu există temei ca autoritatea contractantă să impună formal modul în care un operator economic contractează livrabilele pe care le va oferi într-un eventual contract. Autoritatea contractantă poate doar să accepte, sau nu, ca și conforme specificațiile livrabilelor la depunerea ofertei și respectiv la livrarea efectivă.
- Autoritatea contractantă nu poate prezuma din oficiu că un operator economic mai degrabă nu ar respecta proprietatea intelectuală a unor terțe părți, încălcând alte legi în vigoare, și prin urmare să solicite demonstrații speciale de la acesta de natura prezentării unor contracte sau înțelegeri cu terți. Autoritatea contractantă nu are un interes legitim să se ocupe cu protejarea drepturilor terților așa cum dorește să facă, ci doar să primească livrabilele în parametri solicitați, ceea trebuie să accepte în baza ofertei tehnice a operatorului economic care este depusă în principal în nume propriu și cu angajarea răspunderii proprii.
- Efectul solicitării de relații contractuale, demonstrarea prin documente de la terți producători că aceștia vor presta anumite servicii, sau a confirmărilor unor relații între ofertant și terți producători au ca efect punerea în mâna unor terți a metodelor de selecție conform intereselor lor economice de maximizare a profitului, a operatorilor economici care vor putea depune oferte. Dacă se mențin astfel de „specificații tehnice" practic, chiar dacă serviciile respective de actualizări software sau altele sunt liber disponibile pe piață pentru a fi achiziționate de orice operator economic, doar aceia cărora respectivii producători le vor acorda autorizările și confirmările respective vor putea depune oferta. Acest fapt desigur duce la puternica distorsiune a liberei competiții pe piață cu consecința că autoritatea contractantă va primi doar oferte controlate de producători cel mai probabil la prețuri mai mari decât cele reale ale pieței.

- Indiferent de aspectele tehnice prin care un operator reușește să împacheteze livrabile din diferite surse în oferta sa, pe care autoritatea contractantă le descrie extins pentru aplicații de la producători precum Microsoft sau Oracle, acestea nu se pot constitui într-o justificare a încălcării prevederilor legale aplicabile achizițiilor publice care nu permit precizarea unei surse sau origini a livrabilelor și a impunerii prin „specificații" a unor surse obligatorii. Contestatorul solicită Consiliului să constate că niciunul din argumentele pe fond aduse de autoritatea contractată și care descriu diverse constrângeri pe care operatorii economici le pot avea în formularea ofertei și care nu au de ce să fie de interes pentru autoritatea contractantă ci doar pentru operatori, nu pot constitui justificări pentru încălcarea unor norme legale explicite.

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului, ca pe fondul contestației, să accepte solicitările sale de modificare a specificațiilor tehnice așa cum au fost formulate, și să oblige autoritatea contractantă la modificarea în consecință a documentației de atribuire în interesul asigurării accesului neîngrădit la procedură a operatorilor economici interesați.

În ceea ce privește contestația depusă de ..... SRL, contestatorul critică măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin Decizia nr. 1/1144/VT/02.04....., publicate în SEAP în data de 02.04.....

În fapt, contestatorul arată că la data de ....., a fost publicat în SEAP anunțul de participare nr. ....., împreună cu documentația de atribuire.

În data de 19.03....., contestatorul arată că a depus o notificare prealabilă, conform art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, prin care solicita autorității contractante adoptarea mai multor măsuri de remediere.

La data de 22.03....., conform art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă i-a răspuns, precizând că va adopta o serie de măsuri de remediere.

În ultima zi a termenului legal în care putea să adopte și publice măsurile de remediere conform art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, mai precis în data de ....., ora 11:54, pe platforma SEAP, în cadrul anunțului de participare, la secțiunea „Stare procedură", a apărut

mențiunea „Suspendată". Acest fapt a avut drept consecință, așa cum a constatat și Consiliul prin încheierea nr. 195/...../..... din 02.04....., publicată de autoritatea contractantă în SEAP, la data de 10.04....., ora 15:33, în secțiunea „....., clarificări și decizii": „potrivit informațiilor regăsite în cadrul anunțului de participare nr. ...../....., Consiliul constată că procedura în cauză a fost suspendată de către autoritatea contractantă în data de ....., ora 11:54".

Autoritatea contractantă nu a publicat, anterior suspendării procedurii, niciun act prin care să justifice adoptarea acestei măsuri.

Ulterior, în data de 02.04....., ora 17:14, deci după suspendarea procedurii și cu depășirea termenului de 7 zile pentru implementarea efectivă a măsurilor de remediere conform art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, în timpul în care suspendarea opera deja, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la secțiunea „....., clarificări și decizii", actul atacat, denumit „Masuri_remediere_documentatie_atribuire", prin care explică motivul suspendării procedurii și adoptă o serie de măsuri de remediere ca urmare a primirii unei notificări prealabile din partea unui operator economic, fiind vorba despre notificarea prealabilă adresată de societatea sa.

1. Referitor la constatarea faptului că suspendarea procedurii produce efecte generale cu privire la întreaga procedură de atribuire și, prin urmare, toate termenele procedurale din cadrul procedurii de atribuire (inclusiv termenele de contestație, notificare prealabilă, clarificare etc.) sunt suspendate ca urmare a suspendării procedurii de atribuire dispuse de autoritatea contractantă la data de .....

Ca o remarcă preliminară, contestatorul precizează faptul că legislația în domeniu (Legea nr. 101/2016) nu prevede, în mod explicit, dreptul autorității contractante de a suspenda, din proprie inițiativă, procedura de atribuire, cu excepția situației menționate la art. 28 alin. (5), care însă nu se regăsește în prezenta speță, nefiind vorba despre depunerea unei plângeri împotriva unei decizii a Consiliului.

Cu toate acestea, contestatorul arată că inclusiv Agenția Națională pentru Achiziții Publice recunoaște dreptul autorității contractante ca, în anumite circumstanțe care nu fac obiectul unor prevederi legislative exprese, să suspende procedura de atribuire. ANAP a publicat, în GHIDUL ACHIZIŢIILOR PUBLICE, care este pus la dispoziție online, în mod public, putând fi consultat de toate persoanele interesate, la adresa web: https://www.achizitiipublice.gov.ro, următoarele răspunsuri care i-au fost adresate cu privire la posibilitatea adoptării, din oficiu, de către autoritatea contractantă, a suspendării procedurii de atribuire, ca măsură de remediere în cazul depunerii unei contestații, conform art. 9 alin. (1).

„Speţa 383.

Întrebare: Conform art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 prin măsuri de remediere se înțelege inclusiv suspendarea procedurii?

Ultima actualizare: 29 dec. 2017, 11:14:22

Răspuns:

Măsurile de remediere sunt definite conform art. 3 alin. (1) lit. d) din Legea nr.101/2016, acele măsuri adoptate de autoritatea/entitatea

contractantă, în urma primirii unei notificări prealabile/contestații, cu scopul de a corecta o decizie adoptată în cadrul procedurii de atribuire. Legea nr. 101/2016, prevede că măsura suspendării procedurii reprezintă o măsură care se adoptă în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente. Prin urmare, în măsura în care autoritatea contractantă consideră, în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, că este necesară suspendarea procedurii, aceasta poate adopta măsura suspendării procedurii. Măsura suspendării procedurii se dispune de către Consiliu în condițiile prevăzute la art. 22 din Legea nr. 101/2016, de către autoritatea contractantă potrivit cu dispozițiile art. 28 alin. 5 din același act normativ și respectiv de instanță în conformitate cu prevederile art. 33 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Pe de altă parte, art. 7 alin (1) din Legea nr. 101/2016 prevede că formularea unei notificări prealabile în termenul legal de către persoana care se consideră vătămată are ca efect suspendarea dreptului de încheiere a contractului.

Speța 360.

Întrebare: Autoritatea contractantă are în derulare o procedură simplificată de atribuire a unui contract de furnizare produse biocide care are ca obiect un singur tip de produs. Având în vedere că în perioada de depunere a ofertelor a fost transmisă o contestație, se solicită consiliere metodologică cu privire la necesitatea accesării secțiunii „ Suspendare " de pe platforma S.E.A.P..

Ultima actualizare: 12 dec. 2017, 13:12:35

Răspuns:

Astfel cum este prevăzut la art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, după primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare, măsuri ce trebuie comunicate, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării acestora, operatorilor economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor. În situația în care autoritatea contractantă a hotărât să suspende procedura și a comunicat decizia nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării acesteia, apreciem că actul autorității contractante nu contravine legislației în domeniul achizițiilor publice. Vă informăm că în cadrul Ghidului achizițiilor publice, ghid online publicat pe website-ul www. achizitiipublice. sov. ro, veți regăsi în cadrul secțiunii „Procesul de achiziții publice", la

„Organizarea procedurii și atribuirea contractului", în etapa „Primirea și soluționarea contestațiilor", informații privind acțiunile determinate de depunerea unei contestații".

Contestatorul învederează faptul că, în speță, măsura suspendării a fost luată în data de ....., iar explicația menționată în cadrul măsurilor de remediere publicate în data de 02.04..... nu vizează depunerea contestației, ci, conform mențiunilor din cadrul Deciziei nr. 1/114/VT/02.04..... a autorității contractante, art. 6 și 7 din Legea nr. 101/2016 (deci nu art. 9), iar, ulterior, în Anexa la Decizie (Măsura 2, pag. 3), autoritatea contractantă dezvoltă subiectul, invocând ca motiv al suspendării „volumul solicitărilor de clarificări primite de autoritatea contractantă până în prezent (prin urmare, clarificări, nu notificarea vizată), autoritatea contractantă a adoptat următoarele măsuri: ”Suspendarea temporară a procedurii de atribuire în scopul formulării răspunsurilor de clarificare care se impun, în conformitate cu art. 161 din Legea nr. 98/2016".

Prin urmare, suspendarea este generată, conform celor menționate de autoritatea contractantă în cadrul măsurilor de remediere publicate după suspendarea procedurii de atribuire, de volumul mare de clarificări primite și de dorința acesteia de a respecta termenul prevăzut de art. 161 din Legea nr. 98/2016 (care privește tot clarificările, prin raportare la data de depunere a ofertelor), iar nu notificarea sau contestația, în temeiul Legii nr. 101/2016.

Contestatorul consideră că, în acest caz, măsura care s-ar fi impus ar fi fost prelungirea termenului-limită stabilit pentru depunerea ofertelor, iar nu suspendarea procedurii, întrucât se generează confuzie privind termenele procedurale pentru operatorii economici interesați (de ex., dacă autoritatea contractantă avea intenția de a publica sau chiar publică răspunsuri la clarificări/măsuri de remediere în perioada în care operează suspendarea).

De asemenea, contestatorul menționează că, deși Legea nr. 101/2016 nu cuprinde o dispoziție expresă cu privire la efectele suspendării procedurii decise de autoritatea contractantă, potrivit art. 68 Legea nr. 101/2016 se completează în mod corespunzător cu Legea contenciosului administrativ, Codul civil și Codul de procedură civilă.

În ceea ce privește efectele suspendării, contestatorul arată că în Legea nr. 101/2016, se menționează, la art. 25 alin. (5), că *„Suspendarea procedurii de soluționare a contestației întrerupe curgerea termenului de soluționare prevăzut la art. 24 alin. (1). De la reluarea soluționării curge un nou termen*".

Referitor la efectele suspendării, Legea contenciosului administrativ prevede, printre altele, la art. 14 alin. (7), faptul că *”Suspendarea executării actului administrativ are ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării".*

De asemenea, conform Codului civil, în cazul de ex., al prescripţiei extinctive, se menţionează, la art. 2.534, ”Efectele suspendării prescripției" că: *”De la data când cauza de suspendare a încetat, prescripția își reia cursul, socotindu-se pentru împlinirea termenului și timpul scurs înainte de suspendare*".

Codul de procedură civilă cuprinde, de asemenea, dispoziții referitoare la suspendare (de ex., „Suspendarea procesului", art. 411 și următoarele). În ceea ce privește efectele suspendării în dreptul procesual civil, contestatorul citează din „Drept procesual civil", BOROI, Gabriel, STANCU, Mirela, Ediția a 4-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, ..., 2017, pag. 573: ”Prin încheierea de suspendare a judecății, instanța nu se dezinvestește de soluționarea cauzei, însă procesul rămâne în nelucrare și orice act de procedură efectuat în timpul suspendării judecății (cu excepția cererii de redeschidere a judecății) este lovit de nulitate relativă [...] Suspendarea judecății are un efect general, în sensul că operează în bloc, față de toate părțile din proces, indiferent de calitatea acestora [...] apariția unei cauze de suspendare a judecății [...] are drept consecință suspendarea totală a judecății, având în vedere că procesul constituie un tot unitar".

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să constate că suspendarea operează în bloc, pentru întreaga procedură de atribuire, iar, ca urmare a suspendării procedurii de atribuire dispuse din oficiu de autoritatea contractantă în data de ....., aceasta operează cu privire la efectele tuturor actelor și măsurilor adoptate de autoritatea contractantă (de exemplu, efectele publicării măsurilor de remediere în data de 02.04..... - deci în timpul în care procedura este suspendată - se produc doar din momentul ridicării măsurii suspendării, prin efecte înțelegând, fără ca enumerarea să fie limitativă, curgerea oricăror termene procedurale în cadrul prezentei proceduri, inclusiv a celor de contestare).

În subsidiar, în cazul în care nu se va putea constata cele solicitate anterior, contestatorul solicită Consiliului să dispună anularea actului intitulat „Masuri_remediere_documentatie_atribuire", ca nelegal, fiind adoptat și publicat în timpul în care opera suspendarea procedurii, cu atât mai mult cu cât temeiul adoptării măsurii de suspendare nu îl reprezintă nici notificarea, nici contestaţia, deci nu poate fi circumscris Legii nr. 101/2016, ci autoritatea contractantă invocă volumul mare de clarificări și termenul de răspuns, conform Legii nr. 98/2016.

2. Referitor la măsura de remediere nr. 1.

Prin notificarea prealabilă, contestatorul arată că a solicitat publicarea în SEAP a rezultatului procesului de consultare a pieței, întrucât în conformitate cu art. 19 alin. (5) din HG nr. 395/2016 acesta trebuie

publicat în SEAP: *„(5) Autoritatea contractantă are obligația de a publica în SEAP rezultatul procesului de consultare a pieței, dar nu mai târziu de momentul inițierii procedurii de atribuire*".

Prin Măsura nr. 1, deși a publicat o serie de documente, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a dat curs, în integralitate, solicitării sale, în sensul că nu a publicat toate informațiile solicitate, așa cum sunt acestea menționate și de către ANAP.

Contestatorul precizează că ANAP a publicat, în GHIDUL ACHIZIŢIILOR PUBLICE, care este pus la dispoziție online, în mod public, putând fi consultat de toate persoanele interesate, la adresa web: https://www.achizitiipublice.gov.ro, o detaliere a modului în care autoritățile contractante trebuie să trateze procedura de consultare a pieței, menționându-se, în mod expres, următoarele:

„Cu luarea în considerare a prevederilor art. 19 alin. (5) din HG 395/2016, Compartimentul intern specializat în domeniul achizițiilor publice trebuie să publice rezultatul procesului de consultare a pieței în SEAP, dar nu mai târziu de momentul inițierii procedurii de atribuire.

Informațiile privind rezultatul procesului de consultare a pieței pot lua forma Raportului privind consultarea pieței.

La finalul acestei activități rezultatul consultării pieței va fi disponibil pentru accesare în SEAP în secțiunea Anunțuri - Consultarea pieței".

și punând la dispoziția autorităților contractante modelul de RAPORT PRIVIND CONSULTAREA PIEŢEI, intitulat „Formular-cadru Raport privind consultarea pieței", pe care îl anexează contestației.

„Elaborarea Raportului privind consultarea pieței

https://www. achizitiipublice.gov.ro/workflows/view/269

Persoanele din cadrul Compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor publice trebuie să pregătească cu promptitudine un Raport privind consultarea pieței.

Varianta finală a Raportului privind consultarea pieței va fi adusă la cunoștință tuturor participanților, urmând ca după avizarea și aprobarea internă să fie publicată în SEAP ca rezultat al procesului de consultare a pieței, în conformitate cu prevederile art. 19 alin. (5) din HG 395/2016.

Un Raport de consultare a pieței poate să conțină cel puțin următoarele:

1. *Contextul derulării consultării pieței*
2. *Rezumatul procesului de consultare a pieței:*
   a. *Calendarul activităților și etapele majore ale procesului de consultare a pieței;*
   b. *Abordările folosite în procesul de consultare a pieței;*
   c. *Subiectele tratate cu participanții la consultări.*
3. *Rezultatul procesului de consultare a pieței*
4. *Alte informații relevante pentru a demonstra aplicarea principiilor achizițiilor publice în timpul consultării pieței*
5. *Anexe*

La finalul acestei activități va rezulta un Raport privind consultarea pieței întocmit și pregătit pentru aprobare.

Aprobarea Raportului privind consultarea pieței

https://www.achizitiipublice.gov.ro/workflows/view/270

Întrucât reprezintă o comunicare formală cu piața și are efect asupra procedurii de atribuire de care aparține, este recomandabil ca Raportul privind consultarea pieței să fie supus:

1. *avizării factorilor interesați din interiorul Autorității Contractante, conform procedurilor interne*
2. *aprobării de către persoana desemnată în vederea aprobării documentelor conform procedurilor operaționale sau de sistem existente la nivel de Autoritate Contractantă.*

Perioada pentru aprobarea Raportului privind consultarea pieței ar trebui luată în considerare în stabilirea duratei pentru întreg procesul de consultare.

La finalul acestei activități se recomandă ca toți factorii interesați din cadrul Autorității Contractante care au competențe și atribuții în avizarea și aprobarea documentelor ce implică comunicarea Autorității Contractante cu exteriorul sau aspectele ce țin de abordarea de achiziții în procesul de achiziție din care face parte această consultare, să fie consultați și să se obțină avizul/aprobarea acestora conform procedurilor operaționale sau de sistem existente la nivel de Autoritate Contractantă.

Publicarea în SEAP a rezultatului consultării pieței

https://www.achizitiipublice.gov.ro/workflows/view/271

Cu luarea în considerare a prevederilor art. 19 alin. (5) din HG 395/2016, Compartimentul intern specializat în domeniul achizițiilor publice trebuie să publice rezultatul procesului de consultare a pieței în SEAP, dar nu mai târziu de momentul inițierii procedurii de atribuire.

Informațiile privind rezultatul procesului de consultare a pieței pot lua forma Raportului privind consultarea pieței.

La finalul acestei activități rezultatul consultării pieței va fi disponibil pentru accesare în SEAP în secțiunea Anunțuri - Consultarea pieței

Informarea factorilor interesați din cadrul Autorității Contractante în legătură cu rezultatul consultării

https://www.achizitiipublice.gov.ro/workflows/view/272

După finalizarea consultării pieței, persoana responsabilă/echipa multidisciplinară/grupul de lucru pentru atribuirea contractului va informa toți factorii interesați din cadrul Autorității Contractante despre rezultatul consultării, analizând apoi împreună cu aceștia impactul consultării pieței

asupra planificării și derulării procedurii de atribuire din care consultarea face parte.

Scopul consultării pieței este acela de a asigura îndeplinirea necesităților Autorității Contractante printr-un proces de achiziții inovator si competitiv. Un proces de consultare a pieței desfășurat într-un mod eficient are un impact pozitiv puternic asupra derulării procedurii de atribuire din care face parte. Prin urmare, este important ca Autoritatea Contractantă să realizeze o evaluare a consultărilor care au avut loc.

Se recomandă ca Autoritatea Contractantă să ia în considerare în procesul de evaluare cel puțin următoarele aspecte:

1. *verificarea îndeplinirii obiectivelor pe care Autoritatea Contractantă și le-a propus în legătură cu această consultare a pieței;*
2. *dacă rezultatele propuse au fost atinse;*
3. *dacă există ceva care ar trebui să fie făcut în mod diferit în cadrul viitoarelor procese de consultare a pieței.*

Autoritatea Contractantă are dreptul de a implementa și utiliza sau opiniile, sugestiile sau recomandările primite în cadrul procesului de consultare a pieței pentru pregătirea și desfășurarea procedurii de atribuire asociate. Cu toate acestea, conform prevederilor art. 139 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, utilizarea sau punerea în aplicare a acestor opinii, sugestii sau recomandări trebuie să nu conducă la denaturarea concurenței și/sau la încălcarea principiilor nediscriminării și transparenței.

Mai mult decât atât, în aplicarea prevederilor art. 140 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, persoana responsabilă/echipa multidisciplinară/grupul de lucru pentru atribuirea contractului trebuie să se asigure că sunt incluse în documentele achiziției pentru procedura de atribuire ce urmează consultării supuse evaluării toate măsurile necesare pentru a se asigura că participarea unui potențial ofertant implicat în procesul de consultare prealabilă a pieței la procedura de atribuire nu este de natură să denatureze concurența.

Se recomandă ca persoana responsabilă/echipa multidisciplinară/grupul de lucru pentru atribuirea contractului să se asigure că Documentația de atribuire aferentă procedurii ce urmează consultării pieței include:

1. *informaţiile relevante care au fost transmise în cadrul procesului de consultare a pieței;*
2. *informaţiile relevante ce au rezultat din consultare;*
3. *termene adecvate pentru depunerea ofertelor, astfel încât interesul operatorilor economici care nu au participat la consultare dar ar putea fi interesați de participarea la procedură să nu fie lezat.*

La finalul acestei activități:

1. *rezultatul procesului de consultare a pieței este pus la dispoziția factorilor interesați interni și analizat de către persoana responsabilă/echipa multidisciplinară/grupul de lucru pentru atribuirea contractului împreună cu aceștia în perspectiva pregătirii și desfășurării procedurii de atribuire asociate;*
2. *măsurile luate împotriva denaturării concurenței și/sau încălcării principiilor nediscriminării și transparenței prevăzute la art. 140*

alin. (2) din Legea nr. 98/2016 sunt reflectate ca atare în Documentația de atribuire aferentă procedurii ce urmează consultării pieței".

În afară de faptul că, în mod contrar susținerilor autorității contractante, publicarea în SEAP a acestor informații nu este asigurată prin intermediul strategiei de contractare, la care nu au acces operatorii economici, contestatorul precizează că în momentul adoptării măsurilor de remediere, autoritatea contractantă nu a publicat în SEAP toate informațiile cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile, în conformitate cu modelul pus la dispoziție de ANAP:

1. *Contextul derulării consultării pieței*

2. Rezumatul procesului de consultare a pieței:

a. Calendarul activităților și etapele majore ale procesului de consultare a pieței;

b. Abordările folosite în procesul de consultare a pieței;

c. Subiectele tratate cu participanții la consultări.

3. Rezultatul procesului de consultare a pieței

4. Alte informații relevante pentru a demonstra aplicarea principiilor achizițiilor publice în timpul consultării pieței

cu precădere a aspectelor menționate la pag. 5 (din 6) a Formularului-cadru Raport privind consultarea pieței - menționarea participanților, a persoanelor care au participat la discuțiile/grupurile de lucru/întâlnirile individuale/vizitele la fața locului, precum și a oricărui factor interesat care a fost invitat să ia parte la consultări pentru a oferi credibilitate și influență evenimentului/întâlnirilor:

„c. Menționați participanții — persoanele/organizațiile care au participat la fiecare întâlnire de consultare.

d. *Menționați persoanele care au facilitat discuțiile/grupurile de lucru/întâlnirile individuale/vizitele la fața locului (din cadrul Autorității Contractate sau facilitatori independenți).*

e. *Menționați orice factor interesat care a fost invitat să ia parte la consultări pentru a oferi credibilitate și influență evenimentului/întâlnirilor, dacă a fost cazul*".

De asemenea, contestatorul precizează că nu au fost prezentate în detaliu nici informațiile prevăzute la pct. 4 (pag. 6 din 6) și anume măsurile luate de Autoritatea Contractantă pentru respectarea prevederilor legislației în domeniul achizițiilor în ceea ce privește acordarea unei atenții

speciale pentru a nu denatura competiția în cadrul viitoarei proceduri de atribuire și de a nu încălca principiile nediscriminării și transparenței:

„4. Alte informații relevante pentru a demonstra aplicarea principiilor achizițiilor publice în timpul consultării pieței

i. Menționați măsurile luate de Autoritatea Contractantă pentru respectarea prevederilor legislației în domeniul achizițiilor în ceea ce privește acordarea unei atenții speciale pentru a nu denatura competiția în cadrul viitoarei proceduri de atribuire și de a nu încălca principiile nediscriminării și transparenței".

Prin urmare, contestatorul consideră că are loc o încălcare gravă a Legii nr. 98/2016, în special a principiilor achizițiilor publice prevăzute la art. 2 alin. (2) (cu precădere a principiilor transparenței, nediscriminării și tratamentului egal), a art. 140 alin. (2) coroborat cu alin. (1), precum și a dispozițiilor referitoare la evitarea conflictului de interese, conform Secțiunii a 4-a, Reguli de evitare a conflictului de interese, art. 58-63, dintre care amintește art. 58 și art. 59.

De asemenea, contestatorul menționează că nepublicarea acestor informații se înscrie într-unul dintre cazurile de anulare a procedurii de atribuire, conform art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele antemenționate anterior, contestatorul solicită Consiliu să dispună obligarea autorității contractante la publicarea informațiilor referitoare la menționarea participanților (inclusiv a eventualilor operatori economici care au participat, în calitate de consultanți, adică de furnizori de servicii de achiziție în înțelesul art. 3 alin. (1) lit. x) din Legea nr. 98/2016, din partea autorității contractante), a persoanelor, atât fizice, cât și juridice, care au participat la discuțiile/grupurile de lucru/întâlnirile individuale/vizitele la fața locului, precum și a oricărui factor interesat care a fost invitat să ia parte la consultări pentru a oferi credibilitate și influență evenimentului/întâlnirilor, precum și a măsurilor luate de autoritatea contractantă pentru respectarea prevederilor legislației în domeniul achizițiilor în ceea ce privește acordarea unei atenții speciale pentru a nu denatura competiția în cadrul viitoarei proceduri de atribuire și de a nu încălca principiile nediscriminării și transparenței.

3. <u>Referitor la măsura de remediere nr. 3.</u>

Contestatorul arată că potrivit măsurii de remediere nr. 3, autoritatea contractantă precizează următoarele: *„În raport cu cerințele stabilite prin caietul de sarcini [...] un operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire solicită informații suplimentare cu privire la tipul informațiilor clasificate de care prestatorii vor lua la cunoștință pe parcursul perioadei de derulare a acordului-cadru*".

Contestatorul arată că, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat ca, în cazul anumitor experți, mai precis Expertul securitatea informației (loturile 2-5) și Expertul testare securitate (lotul 5), aceștia să dețină *”Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu (dintre care una va fi privind <u>accesul la informații clasificate)</u>".* În acest sens, autoritatea contractantă face trimitere, în caietul de sarcini, la *„cerințele/criteriile minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate*

pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013 ".

Prin raportare la solicitarea menționată anterior, autoritatea contractantă a adoptat următoarea măsură de remediere: *„Față de cele arătate mai sus, respectiv împrejurarea că cel puțin o parte din personalul de execuție al ofertanților (echipa de proiect) vor putea intra în contact cu date și informații cuprinse cel puțin în clasa „secret", în conformitate cu prevederile art. 15 lit. f) din Legea nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate, autoritatea contractantă a procedat la formularea cerinței potrivit căreia, cel puțin persoanele care vor fi propuse spre a ocupa poziția de expert securitate a informației și expert testare securitate să dețină minim 3 certificări relevante în domeniu, dintre care una va viza dreptul acestora de a avea acces la informații clasificate.*

În acest scop, autoritatea va prezuma în mod absolut că nevoile acesteia pot fi îndeplinite potrivit cerinței în discuție dacă se prezintă un document de natură să ateste faptul că experții propuși spre a ocupa pozițiile de mai sus au/au avut dreptul de acces la informații clasificate pe parcursul profesional al acestora (indiferent de scopul/proiectul pentru care un asemenea document a fost emis, respectiv indiferent dacă documentul se află sau nu în termen de valabilitate la data prezentării acestuia)".

În continuare, contestatorul arată că Legea nr. 182/2002, cu modificările și completările ulterioare, prevede următoarele:

”Art. 15

În sensul prezentei legi, următorii termeni se definesc astfel:

a) *informații - orice documente, date, obiecte sau activități, indiferent de suport, forma, mod de exprimare sau de punere în circulație;*

b) *informații clasificate - informațiile, datele, documentele de interes pentru securitatea națională, care, datorită nivelurilor de importanta și consecințelor care s-ar produce ca urmare a dezvăluirii sau diseminării neautorizate, trebuie să fie protejate;*

c) *clasele de secretizare sunt: secrete de stat și secrete de serviciu;*

d) *informații secrete de stat - informațiile care privesc securitatea națională, prin a căror divulgare se pot prejudicia siguranța națională și apărarea tarii;*

e) *informații secrete de serviciu - informațiile a căror divulgare este de natura să determine prejudicii unei persoane juridice de drept public sau privat;*

f) *nivelurile de secretizare se atribuie informațiilor clasificate din clasa secrete de stat și sunt:*

- *strict secret de importanță deosebită - informațiile a căror divulgare neautorizată este de natura să producă daune de o gravitate excepțională securității naționale;*
- *strict secrete - informațiile a căror divulgare neautorizată este de natura să producă daune grave securității naționale;*
- *secrete - informațiile a căror divulgare neautorizată este de natura să producă daune securității naționale".*

De asemenea, contestatorul arată că, potrivit aceleiași legi:

„Art. 21

(1) *În subordinea Guvernului se organizează Oficiul Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat.*

(2) *Oficiul Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat organizează evidența listelor și a informațiilor din această categorie și a termenelor de menținere în nivelurile de clasificare, a personalului verificat și avizat pentru lucrul cu informațiile secrete de stat, a registrelor de autorizări menționate la art. 10.*

Art. 28

(1) *Accesul la informații secrete de stat este permis numai în baza unei autorizații scrise, eliberate de conducătorul persoanei juridice care deține astfel de informații, după notificarea prealabilă la Oficiul Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat.*

(2) *Autorizația se eliberează pe niveluri de secretizare, prevăzute la art. 15 lit. f), în urma verificărilor efectuate cu acordul scris al persoanei în cauză asupra acesteia. Persoanele juridice, cu excepția celor prevăzute la art. 25 alin. (2) și (3), notifică Oficiului Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat eliberarea autorizației de acces.*

(3) *Accesul la informațiile clasificate NATO se face în baza eliberării de către Autoritatea Națională de Securitate a autorizațiilor și certificatelor de securitate, după efectuarea verificărilor de securitate de către instituțiile abilitate.*

(4) *Durata de valabilitate a autorizației este de până la 4 ani; în această perioadă verificările pot fi reluate oricând.*

(5) *Neacordarea autorizației sau retragerea motivată a acesteia determină de drept interdicția de acces la informații secrete de stat.*

Art. 29

Conducătorii agenților economici sau ai altor persoane juridice de drept privat, precum și persoanele fizice cărora le-au fost încredințate informații secrete de stat, în cadrul raporturilor de colaborare, au obligația să respecte prevederile legale privind protecția acestora.

Art. 30

Accesul cetățenilor străini, al cetățenilor români care au și cetățenia altui stat, precum și al persoanelor apatride la informațiile secrete de stat și în locurile în care se desfășoară activități și se expun obiecte sau se execută lucrări din această categorie este permis numai în situațiile și în

condițiile stabilite prin tratatele internaționale la care România este parte sau prin hotărâre a Guvernului".

Verificând dispozițiile la care se face trimitere de către autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire (caietul de sarcini) și anume cerințe/criterii minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013, contestatorul precizează că a constatat că se face trimitere doar la informații confidențiale, iar nu la informații clasificate, neexistând niciun motiv pentru a se considera că cei doi termeni, „clasificat" și „confidențial", ar fi echivalenți sau că, prin „confidențial" se înțelege, de fapt, „clasificat".

De asemenea, contestatorul menționează că trebuie avute în vedere și prevederile HG nr. 585 din 13 iunie 2002 pentru aprobarea Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate în România (denumită în continuare „HG nr. 585/2002"), respectiv ale Ordinului Oficiului Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat nr. 108 din 12 octombrie 2012 pentru aprobarea Directivei privind acreditarea de securitate a sistemelor informatice și de comunicații (SIC) care stochează, procesează sau transmit informații clasificate - INFOSEC 13 (denumit în continuare „Ordinul nr. 108/2012").

Astfel, contestatorul arată că potrivit art. 3 din HG nr. 585/2002:

„- autorizație de acces la informații clasificate - document eliberat cu avizul instituțiilor abilitate, de conducătorul persoanei juridice deținătoare de astfel de informații, prin care se confirmă că, în exercitarea atribuțiilor profesionale, posesorul acestuia poate avea acces la informații secrete de stat de un anumit nivel de secretizare, potrivit principiului necesității de a cunoaște;

- certificat de securitate - document eliberat persoanei cu atribuții nemijlocite în domeniul protecției informațiilor clasificate, respectiv funcționarului de securitate sau salariatului din structura de securitate, care atestă verificarea și acreditarea de a deține, de a avea acces și de a lucra cu informații clasificate de un anumit nivel de secretizare;

- funcționar de securitate - persoana care îndeplinește atribuțiile de protecție a informațiilor clasificate în cadrul autorităților, instituțiilor publice, agenților economici cu capital integral sau parțial de stat și altor persoane juridice de drept public sau privat".

Având în vedere aceste dispoziții legale prin raportare la măsura de remediere adoptată de autoritatea contractantă (și anume ca experții de securitate să dețină certificare privind accesul la informații clasificate de nivel secret), ar rezulta că experții propuși de ofertanți ar trebui să activeze ca funcționari de securitate în cadrul autorității contractante ..., ceea ce nu poate fi primit.

Mai mult decât atât, în ceea ce privește Sistemul Integrat de Mediu (denumit în continuare „SIM"), vizat de prezenta procedură de atribuire, contestatorul arată că acesta poate să gestioneze documente clasificate de nivel secret doar dacă a fost acreditat de instituțiile autorizate în domeniu (conform art. 240 din HG nr. 585/2002). În cazul în care este corectă afirmația autorității contractante din măsura de remediere nr. 3 litera j), că *„SIM vehiculează o serie de informații clasificate dintre care unele încadrate la nivel «secret»",* atunci întregul personal care asigură mentenanța ar trebui să respecte prevederile art. 301 din HG nr. 585/2002.

Așadar, contestatorul consideră că, prin măsura de remediere adoptată, autoritatea contractantă încalcă principiile proporționalității, nediscriminării și tratamentului egal prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și scopul acesteia, prevăzut la art. 2 alin. (1), prevederile atacate ducând la denaturarea concurenței pe piață și neasigurarea eficienței economice și sociale. Prin această măsură de remediere, se încearcă în mod forțat, artificial și arbitrar, limitarea competiției, deoarece sistemul nu procesează, de fapt, documente clasificate.

În plus, faptul că o persoană a avut, la un moment dat, acces la documente clasificate nu înseamnă ca va primi autorizație pentru noul proiect.

De asemenea, contestatorul precizează că este lipsit de relevanță faptul ca SIM este găzduit parțial de STS, neavând drept consecință faptul că SIM ar gestiona secrete de stat, mai ales în contextul în care componente ale acestuia sunt conectate fizic la internet (art. 6 din Ordinul nr. 108/2012).

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă face afirmații contradictorii din care rezultă că nu are o înțelegere și o viziune clară asupra termenilor utilizați, deci nici asupra implicațiilor acestora, menționând că SIM vehiculează date secrete de stat sau cel puțin o parte din personalul de execuție a ofertanților va putea intra în contact cu date și informații cel puțin din clasa secret.

În aceste condiții, contestatorul menționează că funcționarul de securitate al autorității contractante ar trebui să comunice explicit dacă SIM gestionează informații de nivel secret de stat (având ca dovadă acreditarea ORNISS pentru SIM) și, în caz afirmativ, se ridică întrebarea care este motivul legal pentru care cerința în cauză este solicitată doar pentru cei doi experți (Expertul securitatea informației și Expertul testare securitate), mai ales că, din documentația de atribuire, așa cum a fost publicată inițial, nu reiese faptul că SIM ar gestiona informații de nivel secret de stat, ci cel mult, de nivel secret de serviciu.

De asemenea, contestatorul precizează că procesul de autorizare a accesului unor persoane la documente clasificate, mai ales din categoria secretelor de stat, se inițiază prin intermediul autorității contractante, în cadrul unui proiect/contract, cu respectarea nevoii de a cunoaște, și este de lungă durată, nefiind posibilă încadrarea în termenele de derulare a procedurii de achiziție. Acest proces ar putea fi derulat și după atribuire, ofertantul câștigător având obligația de a furniza toate datele necesare pentru obținerea autorizării pentru personalul propriu și, la nevoie, pentru înlocuirea experților cheie cu persoane care au competențele necesare și, în plus, îndeplinesc cerința de acces la documente clasificate.

Totodată, contestatorul atrage atenția și asupra faptului că deținerea unei autorizații de acces la documentele clasificate nu evidențiază vreo competență a expertului cheie care să fie utilă autorității contractante și să servească satisfacerii nevoii autorității contractante și scopului pentru care a fost inițiată prezenta procedură de atribuire, ci este un aspect absolut inutil, menit doar să denatureze major concurența, deoarece o astfel de cerință denotă doar faptul că persoana respectivă a trecut, la un moment dat și în anumite circumstanțe, printr-un proces anterior de verificare, dar fără să existe o minimă garanție că persoana va trece cu succes prin procesul similar aferent noului proiect.

Având în vedere cele antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să dispună anularea măsurii de remediere nr. 3, precum și obligarea autorității contractante la precizarea clară a situației existente și a cerințelor justificate în mod obiectiv pe care ar trebui să le îndeplinească operatorii economici interesați de participarea la această procedură.

4. Referitor la măsura de remediere nr. 4.

Contestatorul arată că prin notificarea prealabilă a solicitat, la punctul 4, referitor la experiența generală solicitată drept criteriu/ cerință minimă sau factor de evaluare pentru experți, mai precis 4.1. Factorii de evaluare în cadrul criteriului de atribuire, adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

- Prevederea, în mod clar, în documentele achiziției, a unui singur tip de experiență generală, și prin urmare, acordarea de punctaj pentru acesta;

- Stabilirea modalității de dovedire a îndeplinirii cerinței prin documente specifice experienței, iar nu calificărilor educaționale (de tipul:

cărți de muncă/contracte individuale de muncă/contracte de prestări servicii încheiate între ofertant și persoanele respective ori angajamentele/acordurile de participare și/sau alte documente echivalente).

Autoritatea contractantă a adoptat măsura de remediere nr. 4, care însă nu este completă, neacoperind situația managerului de proiect.

În cadrul Anexei 4.36 la caietul de sarcini - Detalii privind aplicarea algoritmului de calcul, respectiv metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți în cadrul criteriului de atribuire stabilit - Anexă în completarea Secțiunii IV.2.1) - "CRITERII DE ATRIBUIRE" din cadrul fișei de date a achiziției - în cazul managerului de proiect, se menționează, pentru toate loturile, următoarele: *”pentru o experiență profesională generală în domeniul/specializarea management de proiect [...]".*

Or, în aceste condiții, măsura de remediere adoptată de către autoritatea contractantă:

”b) pentru cerințele privind experiența generală (în domeniul studiilor absolvite)/specializarea IT&C: cărți de muncă/contracte individuale de munca/contracte de prestări servicii încheiate între ofertant și persoanele respective ori angajamentele/acordurile de participare și/sau alte documente echivalente (care să asigure trasabilitatea includerii în ofertă a respectivului personal de specialitate, precum și să probeze îndeplinirea cerințelor privind profilul experților propuși, în conformitate cu descrierea furnizata de către autoritatea contractanta în cadrul respectivelor cerințe);

c) pentru cerințele privind competențe profesionale (la nivel de expert/la nivelul echipei de proiect): diplome/certificări (recunoscute la nivel național sau internațional în specializarea solicitată sau, după caz, în tehnologiile solicitate)/autorizații/atestate profesionale (aflate, acolo unde este cazul, în termen de valabilitate la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor) sau, în lipsa acestora, declarația pe propria răspundere semnată autentic de către expert privind experiența profesională relevantă deținută în raport cu competențele specifice ce trebuie demonstrate (în cadrul căreia se explicitează echivalența cu cerințele solicitate) însoțită de documentele de specializare deținute de expert/transcript-urile acestora".

Cu referire la punctul b), contestatorul precizează că autoritatea nu răspunde în totalitate solicitării din cadrul notificării prealabile și nu remediază în totalitate documentația de atribuire în privința modalităților de evaluare a experienței, întrucât nu este clar definit cum se va evalua experiența profesională în cazul Expertului Manager de proiect.

Contestatorul arată că o măsură de remediere care să acopere și situația Expertului Manager de proiect ar fi: ”b) pentru cerințele privind experiența generală (în domeniul studiilor absolvite)/specializarea IT&C/specializarea management de proiect (în cazul Expertului Manager de proiect)".

Având în vedere cele antemenţionate, contestatorul solicită Consiliului să dispună modificarea documentației de atribuire în sensul precizat anterior și/sau dispună obligarea autorității contractante la

completarea măsurii de remediere cu precizarea clară a cerințelor pentru managerul de proiect.

5. Referitor la măsura de remediere nr. 5 literele d) și e).

Contestatorul arată că potrivit Măsurii de remediere nr. 5, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

„Referitor la cerințele stabilite în cadrul secțiunii 4.1.3.2.5 ELO - Document Management din caietul de sarcini, un operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire solicită autorității contractante să furnizeze informații suplimentare necesare elaborării ofertelor, după cum urmează:

[...]

d) Referitor la solicitarea de a „preciza funcționalitățile ce trebuie avute în vedere pentru echivalarea cu alt produs similar ", vă prezentăm specificațiile tehnice care vor trebui avute în vedere pentru determinarea echivalenței între cele două produse, după cum urmează: [...]".

Parcurgând măsura de remediere nr. 5, contestatorul a constatat că, la litera d), autoritatea contractanta nu doar că a evitat comunicarea unui răspuns clar și concret la solicitarea operatorului economic privind *„precizarea funcționalităților ce trebuie avute în vedere pentru echivalarea cu alt produs similar*", ci a furnizat o serie de așa-zise „specificații" ale componentei actuale de Document Management (ELO) pentru „echivalarea cu un produs similar" nominalizând o serie de componente ale platformei ELO (AdminConsole, am-eloam, as-SIM, Dm-SIM, Ft-SIM, Ig-SIM, Ix-SIM, Tr-SIM, etc.) care fac imposibilă echivalarea cu alt produs.

Prin urmare, contestatorul precizează că, prin intermediul măsurii de remediere, autoritatea contractantă a eliminat, de fapt, posibilitatea de echivalență între produsele existente pe piață, posibilitate recunoscută, la nivel de concept, prin documentația de atribuire publicată inițial.

Așa-zisele „specificații" definesc, în realitate, unicitatea produsului ELO, fiecare dintre acele componente software incluzând unele funcționalități specifice (nenominalizate de autoritatea contractantă și, probabil, neutilizate) care sunt specifice doar acestui produs software.

Prin măsura de remediere adoptată, autoritatea contractantă avantajează în mod vădit operatorul economic care a implementat acest sistem deoarece numai acesta știe cu exactitate ce anume se folosește din

soluție și, prin urmare, poate alege înlocuirea produsului ELO sau continuarea asigurării mentenanței acestuia.

Ceilalți operatori economici, pe baza măsurii de remediere adoptată de autoritatea contractantă, sunt limitați doar la opțiunea de prelungire a mentenanței produsului ELO, deoarece răspunsul prezentat mai sus induce riscuri majore ca autoritatea contractantă să considere, în etapa de evaluare a ofertelor sau chiar în cea de implementare, că produsul ofertat nu este echivalent cu produsul ELO.

Contestatorul menționează că orice produs este unicat (având implementări și abordări specifice), iar descrierea echivalenței cu un produs similar prin nominalizarea componentelor software ale produsului existent, nu face decât să evidențieze imposibilitatea echivalării pentru cei care nu au participat la implementarea sistemului informatic.

Totodată, contestatorul arată că în cadrul literei e) din măsura de remediere nr. 5, autoritatea contractantă precizează că, în Anexa B la prezenta, pune la dispoziție manualele de utilizare ale componentei de Document Management, însă nu a furnizat detalii complete privind fluxurile de documente și tipurile de documente implementate.

Din manualele de utilizare respective se observă, în unele screenshot-uri, o listă mare de fluxuri de documente care ar putea fi interpretată de orice operator economic interesat de participarea la această procedură ca făcând parte din implementarea curentă, care, în mod normal, ar trebui să fie migrate/dezvoltate în urma trecerii la produsul înlocuitor.

Contestatorul precizează că lipsa informațiilor detaliate despre aceste fluxuri de documente implementate și despre tipurile de documente (specificații funcționale, cereri de schimbare, documente de proiectare etc.) face imposibilă estimarea corectă a efortului de migrare și, implicit, aduce atingere operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură de atribuire care nu au participat la implementarea sistemului informatic, deoarece nu pot avea o imagine clară asupra situației existente, ceea ce îi poate pune fie în situația de a renunța la depunerea unei oferte sau de a depune oferte necompetitive (incluzând marje mari de risc, tocmai din cauza necunoașterii clare a situației de fapt).

Totodată, contestatorul atrage atenția și asupra faptului că autoritatea contractantă restrânge în mod intenționat competiția introducând următoarele cerințe:

- să se oferteze „Servicii instalare, configurare, migrare date, integrare și testare noua platformă Document management" (poz. 43 din anexa 4.26), pentru un volum de maxim 120 zile*om ce trebuie implementate pe o durată de maxim 60 de zile calendaristice, cerințele evidențiind faptul că, în cadrul acestui efort și acestei durate, ofertanții trebuie să realizeze toate serviciile aferente înlocuirii produsului existent cu cel nou;
- în contextul în care autoritatea contractantă refuză să pună la dispoziție documentația tehnică referitoare la fluxurile de lucru implementate, tipurile de documente (validările acestora, comportamentul acestora la încărcare, modificare, ștergere, etc.), riscul de depășire a

efortului bugetat de autoritatea contractantă (pentru finalizarea procesului de migrare), precum și de depășire a duratei de implementare este unul considerabil, iar cuantificarea acestui risc, inclusiv din perspectiva propunerii financiare, poate fi realizată doar de operatorul economic care a participat la implementarea sistemului informatic, întrucât acesta deține informațiile necesare.

Contestatorul consideră că, prin măsurile de remediere adoptate, autoritatea contractantă a încălcat principiile achizițiilor publice, în special pe cele ale transparenței, nediscriminării și tratamentului egal, precum și scopul legislației achizițiilor publice menționat la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, și anume achiziționarea în condiții de eficiență economică și socială care presupune, în mod obligatoriu, asigurarea unei concurențe libere, loiale și nedenaturate.

Având în vedere cele antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să dispună anularea măsurii de remediere nr. 5 lit. d) și e), precum și obligarea autorității contractante la precizarea în mod clar atât a cerințelor pe care ar trebui să le îndeplinească produsul nou, similar cu cel existent, astfel încât sa fie considerat echivalent cu cel existent, cât și furnizarea documentației tehnice a fluxurilor de documente și a tipurilor de documente implementate în sistemul existent (specificații funcționare, cereri de schimbare, documente de proiectare, etc.).

Prin adresa nr. 690/23.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. 16545/24.04....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..... SRL, solicitând:

- respingerea contestației ca fiind tardiv formulată;

- în subsidiar și în măsura în care Consiliul ar urma să nu respingă contestația pe calea excepției antemenţionate, solicită respingerea:

- criticilor formulate de contestator cu privire la suspendarea procedurii și cu privire la publicarea rezultatului proceselor de consultare a pieței ca fiind nefondate (punctele 1-2 din contestație);

- cererilor formulate de contestator ca lipsite de obiect în partea în care autoritatea contractantă a înțeles să dispună din proprie inițiativă măsurile de remediere solicitate de contestator (punctele 3-5 din contestație);

- în mod conex cererilor de mai sus, solicită menținerea cerințelor stabilite prin documentația de atribuire (inclusiv a modificărilor aduse acesteia prin măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă din proprie inițiativă), cu măsura corelativă privind dispunerea continuarea acesteia.

În fapt, autoritatea contractantă arată că a inițiat procedura prin publicarea anunțului de participare nr. ...../.....

În perioada de elaborare a ofertelor, operatorul economic ..... a formulat notificarea prealabilă fără număr de înregistrare din data de 19.03..... prin care a solicitat modificarea/completarea/clarificarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire.

În răspunsul la această notificare, în data de 22.03..... autoritatea contractantă arată că a comunicat contestatorului că va dispune o serie de măsuri de remediere cu privire la aspectele criticate. În acest sens, în data de 02.04..... autoritatea contractantă menționează că a publicat în S.E.A.P. adresa nr. 1/1144/VT/02.04..... prin care a adus la cunoștință tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire măsurile de remediere adoptate ca urmare a notificării prealabile formulate de .....

Nemulțumit fiind de anumite măsuri de remediere, ... a formulat contestație solicitând completarea/modificarea documentației de atribuire.

În raport de cererile contestatorului, autoritatea contractantă apreciază că acestea trebuie respinse în principal ca fiind tardiv formulate și lipsite de obiect, iar în subsidiar ca nefondate, pentru următoarele considerente de fapt și de drept.

Pe cale de excepție,

1. Contestația se impune a fi respinsă ca fiind tardiv formulată

În acest sens, autoritatea precizează că, în data de 19.03..... (Anexa nr. 1), contestatorul a transmis prin S.E.A.P. o notificare prealabilă prin care solicita modificarea/completarea/clarificarea unor cerințe stabilite prin documentația de atribuire.

În răspunsul la notificarea prealabilă în data de 22.03..... (Anexa nr. 1), autoritatea contractantă arată că a comunicat contestatorului faptul că va dispune măsuri de remediere parțiale cu privire la aspectele puse în discuție.

Invocând dispozițiile art. 6 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, autoritatea arată că în contextul în care, în data de 22.03..... a informat contestatorul că va dispune o serie de măsuri de remediere cu privire la aspectele criticate prin notificarea prealabilă rezultă că, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016 măsurile de remediere trebuiau implementate efectiv cel mai târziu la data de 29.03..... și aduse la cunoștință contestatorului la data de .....

Mai departe, autoritatea arată că potrivit fișei de date a achiziției valoarea estimată a procedurii de atribuire este cuprinsă între 50.358.655,97 lei și 99.265.694,83 lei astfel că, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, orice contestație în legătură cu procedura de atribuire trebuie depusă termen de maximum 10 zile calculat în funcție de fiecare situație particulară.

De asemenea, autoritatea arată că regulile prevăzute pentru calculul termenului de formulare a contestației împotriva modului în care autoritatea contractantă adoptă măsurile de remediere la care s-a angajat, sunt prevăzute în cadrul art. 6 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016.

Așadar, autoritatea învederează faptul că termenul de 10 zile în care contestatorul avea dreptul de a formula contestație împotriva modului în care autoritatea contractantă a înțeles să dispună măsurile de remediere începea să curgă la data împlinirii termenului de 7 zile în care autoritatea trebuia să implementeze efectiv măsurile de remediere asumate.

Având în vedere că ultima zi în care autoritatea trebuia să implementeze măsurile de remediere era în data de 29.03....., rezultă că ultima zi în care contestatorul avea dreptul de a formula contestația cu privire la modul în care autoritatea a înțeles să dispună măsurile de remediere era în data de 09.04.....

În schimb, contestația a fost a fost transmisă abia în data de ..... așa cum rezultă atât din numărul de înregistrare al documentului (contestația este înregistrată la contestator sub nr. 64/.....) cât și din informațiile menționate pe plicul în care a fost transmis documentul și unde se precizează că data primirii de către unitatea poștală a fost ..... (Anexa nr. 2).

Având în vedere aceste aspecte, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, autoritatea solicită Consiliului să procedeze la respingerea contestației ca fiind tardiv formulată, în conformitate cu dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) coroborate cu cele ale art. 8 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016.

Fiind conștient de împrejurarea că această contestație a fost formulată peste termenul stabilit de legiuitor, autoritatea menționează că ..... încearcă să creeze aparența că totuși a respect acest termen.

În acest sens, autoritatea face precizarea că, până la data de ....., operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire au formulat peste 300 de întrebări cu privire la modul de interpretare și aplicare a cerințelor stabilite în documentația de atribuire.

Având în vedere volumul foarte mare de întrebări adresate precum și împrejurarea că autoritatea contractantă nu avea posibilitatea de a formula și publica răspunsurile cu cel puțin 10 zile înainte de termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor (conform art. 161 din Legea nr.

98/2016), în data de ....., autoritatea arată că s-a procedat la suspendarea voluntară a procedurii de atribuire pentru a dispune de timpul necesar elaborării răspunsurilor. În mod corelativ, ca urmare suspendării procedurii de atribuire și cu luarea în considerare a volumului și a complexității informațiilor ce vor fi puse la dispoziția operatorilor economici, o dată cu încetarea suspendării procedurii se va stabili și noul termen de depunere a ofertelor.

Autoritatea arată că, în opinia contestatorului autoritatea contractantă nu trebuia să procedeze la suspendarea procedurii de atribuire ci să prelungească termenul de depunere a ofertelor stabilit inițial.

Cu privire la acest aspect, autoritatea solicită Consiliul să constate că societatea contestatoare nu face dovada că ar fi suferit un prejudiciu ca urmare a suspendării procedurii de atribuire și, prin urmare, orice critică sub aspectul legalității adoptării deciziei de suspendare se impune a fi respinsă ca inadmisibilă deoarece, potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 doar o persoană vătămată poate cere adoptarea unor măsuri de remediere pe cale administrativ-jurisdicțională.

De asemenea, autoritatea menționează că legiuitorul nu a acordat competența absolută de a dispune suspendarea procedurii de atribuire unui anumit organism (de ex. instanța de judecată). Prin urmare, nu există niciun motiv pentru a se aprecia că autoritatea contractantă nu ar fi putut dispune suspendarea procedurii de atribuire în mod voluntar atunci când a constatat că volumul solicitărilor de clarificare face imposibilă publicarea răspunsurilor în termenul stabilit de legiuitor.

Mai departe, autoritatea contractantă a considerat că este oportună suspendarea procedurii de atribuire și nu prelungirea termenului pentru depunerea ofertelor întrucât, din cauza volumului foarte ridicat de întrebări adresate, nu ar fi avut timpul necesar pentru a analiza în detaliu conținutul acestora și de a estima în mod rezonabil perioada în care ar putea să publice răspunsurile de clarificare. Prin urmare, exista probabilitatea ridicată ca noul termen stabilit pentru depunerea ofertelor să nu fie unul rezonabil și să necesite o altă prelungire. De aceea, pentru a evita dificultățile generate de prelungirea succesivă a termenelor de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă a considerat că suspendarea voluntară a procedurii de atribuire este măsura care corespunde cel mai bine nevoilor sale date de situația particulară în care se afla procedura de atribuire la acel moment.

Așa cum a mai precizat mai sus, autoritatea arată că societatea contestatoare a formulat o notificarea prealabilă cu privire la conținutul documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă s-a angajat să dispună o serie de măsuri de remediere.

Din cauza volumului mare de informații care trebuiau puse la dispoziția operatorilor economici, autoritatea contractantă menționează că a publicat măsurile de remediere în data de 02.04..... la secțiunea „....., clarificări și decizii" din S.E.A.P. a adresei nr. 1/1144/VT/02.04..... (Anexa nr. 3).

Având în vedere că măsurile de remediere au fost publicate în S.E.A.P. în perioada în care procedura de atribuire era suspendată, prin

intermediul primului capăt de cerere, autoritatea arată că societatea contestatoare solicită Consiliului să ia act de împrejurarea că „suspendarea procedurii de atribuire produce efecte generale cu privire la întreaga procedură de atribuire și, prin urmare, toate termenele procedurale din cadrul procedurii de atribuire (inclusiv termenele de contestație, notificare prealabilă, clarificare etc.) sunt suspendate ca urmare a suspendării procedurii de atribuire dispuse de autoritatea contractantă la data de .....".

Autoritatea contractantă susține că niciunde în cadrul legislației nu se face precizarea că suspendarea unei proceduri de atribuire ar atrage după sine și suspendarea termenului în care persoanele vătămate de o acțiune/inacțiune a autorității contractante au dreptul de a cere dispunerea unor măsuri de remediere.

În fapt, din economia dispozițiilor legale se pot distinge situațiile explicite sau implicite asupra cărora suspendarea procedurii de atribuire produce efecte.

De exemplu, autoritatea arată că potrivit art. 7 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 formularea unei notificări prealabile suspendă dreptul autorității contractante de a încheia contractul de achiziție publică.

De asemenea, suspendarea procedurii de atribuire înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor atrage după sine imposibilitatea respectării termenului inițial de depunere a ofertelor stabilit prin anunțul de participare, cu măsura corelativă privind prelungirea acestuia în mod corespunzător odată reluată procedura de atribuire (dispusă ieșirea din suspendare a acesteia).

Pe de altă parte, în situația în care legiuitorul aprecia că, prin suspendarea procedurii de atribuire se suspendă inclusiv termenele de formulare a unei contestații, autoritatea opinează că o asemenea situație trebuia prevăzută explicit în legislație, un atare efect neputând fi dedus prin prezumții sau analogii, cum în mod eronat încearcă să facă contestatorul.

Astfel, contrar opiniei contestatorului, autoritatea contractantă precizează că suspendarea procedurii de atribuire nu poate atrage după sine și suspendarea termenului în care persoana vătămată are dreptul de a formula o contestație.

Autoritatea susține cele de mai sus invocând practica unitară a instanțelor de judecată, care au reținut, cu valoare de principiu faptul că termenul instituit de lege pentru formularea contestației este un termen procedural care constă în intervalul de timp înlăuntrul căruia trebuie îndeplinit un anumit act de procedură.

Prin urmare, în speță, fiind vorba de un termen procedural legal și imperativ, nerespectarea acestuia atrage decăderea din dreptul de a exercita calea de atac a contestației în fața Consiliului, cu consecința aplicării sancțiunii procedurale a tardivității.

Așa cum a reținut și Curtea de Apel ..... prin Decizia civilă nr. 2759 din 28 iunie 2012, autoritatea menționează că suspendarea unei proceduri administrative, așa cum este procedura referitoare la atribuirea unui contract de achiziție publică, nu poate echivala cu suspendarea unei cauze aflate pe rolul instanței de judecată (Anexa nr. 4).

Practic, autoritatea arată că, dacă s-ar admite că raționamentul contestatorului este unul valid, ar trebui acceptat și că termenul de formulare a unei contestații ar putea fi influențat de voința autorității de a dispune suspendarea procedurii, fapt de natură însă să contravină prevederilor legale aplicabile.

Pe de altă parte, autoritatea arată că potrivit art. 10 alin. (1) C. proc. civ., părțile au obligația să îndeplinească actele de procedură în condițiile, ordine și termenele stabilite de lege sau de judecător, iar potrivit art. 185 alin. (1) C. proc. civ. nerespectarea termenului legal atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea nu dispune altfel.

Prin urmare, autoritatea precizează că, în contextul în care niciunde în cadrul legislației nu se prevede că suspendarea procedurii de atribuire atrage implicit și suspendarea termenului de depunere a contestației, rezultă că ..... avea obligația de a respecta termenul prescris de lege pentru formularea contestației împotriva modului în care autoritatea contractantă a procedat la dispunerea măsurilor de remediere pe care și le-a asumat, cu luarea în considerare a dispozițiilor legale imperative prin care este explicit reglementat momentul de la care începe să se calculeze acest termen.

Față de cele arătate mai sus, autoritatea consideră că argumentația contestatorului, regăsită la pag 6 din contestație, potrivit căreia: „[...] suspendarea operează în bloc, pentru întreaga procedură de atribuire, iar, ca urmare a suspendării procedurii de atribuire dispuse din oficiu de autoritatea contractantă în data de ....., aceasta operează cu privire la efectele tuturor actelor și măsurilor adoptate de autoritatea contractantă (de exemplu, efectele măsurilor de remediere din data de 02.04..... - deci în timpul în care procedura este suspendată - se produc doar din momentul ridicării măsurii suspendării, prin efecte înțelegând, fără ca enumerarea să fie limitativă, curgerea oricăror termene procedurale în cadrul prezentei proceduri, inclusiv a celor de contestare", este nefondată, fiind evident că legislația în vigoare nu se opune autorității contractante cu privire la publicarea măsurilor de remediere adoptate de aceasta (prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04.....) în perioada suspendării procedurii de atribuire, astfel încât o atare publicare să lipsească de efecte eventualele

măsuri de remediere adoptate din propria inițiativă a autorității contractante.

Dreptul autorității contractante de a dispune măsuri de remediere este prevăzut explicit prin dispozițiile art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, fiind astfel un drept absolut și care poate fi exercitat indiferent dacă procedura de atribuire era sau nu suspendată.

Instituția măsurilor de remediere are rolul de a permite autorității contractante să rectifice din proprie inițiativă acele aspecte nelegale sesizate de către operatorii economici fără a mai fi necesară intervenția unui organism terț (C.N.S.C. sau instanța de judecată) și desfășurarea unei proceduri contencioase care presupune respectarea unor termene și condiții riguros stabilite de legiuitor.

De altfel, prin intermediul măsurilor de remediere publicate ca urmare a notificării prealabile, autoritatea contractantă arată că a adus lămuriri cu privire la aspectele criticate de contestator și deci acțiunea autorității profită acestuia, o dovadă în acest sens fiind însăși împrejurarea că societatea contestatoare critică doar 4 măsuri dintr-un total de 13 asemenea măsuri dispuse.

Mai mult, potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, după primirea unei contestații autoritatea contractantă are dreptul să adopte măsurile de remediere pe care le consideră necesare.

Astfel, în raport cu argumentația sa, și anume împrejurarea că ..... a formulat tardiv contestația și, ca atare, aceasta se impune a fi respinsă pe cale de excepție, autoritatea învederează Consiliului că a adoptat din proprie inițiativă un nou set de măsuri de remediere în raport de criticile formulate la punctele 3, 4 și 5 din cadrul contestației, acestea fiind deja publicate în SEAP la data formulării punctului de vedere (Anexa nr. 5).

Prin urmare și contrar sugestiilor contestatorului, credibilitatea și buna credință a autorității contractante nu pot fi puse la îndoială.

Mai mult, devreme ce procedura de atribuire este suspendată în acest moment, autoritatea precizează că, dacă s-ar accepta rațiunea contestatorului privind presupusul caracter general al suspendării, care în mod evident profită inclusiv contestatorului prin raportare la argumentele care au condus la decizia acesteia de a formula contestația în cauză, ar

trebui să se admită și că autoritatea contractantă nu mai este în poziția de a-și exercita dreptul legal de a dispune măsuri de remediere.

Prin urmare, chiar dacă s-ar accepta soluția de interpretare și aplicare a legii astfel cum este propusă de contestator, o atare acțiune ar conduce la consecințe absurde, și anume s-ar ajunge la concluzia că legea trebuie interpretată în sensul neaplicării ei, ceea ce nu poate fi acceptat.

De altfel, împrejurarea potrivit căreia autoritatea contractantă are dreptul de a întreprinde acțiuni în legătură cu procedura de atribuire chiar și în perioada de suspendare a acesteia a fost confirmată inclusiv de CNSC prin decizia nr. 55/C4/5483, 5566, 5569 din data de 10.01.2014 (Anexa nr. 6), unde s-au reținut următoarele:

"Pe de altă parte, scopul suspendării procedurii de achiziție, în situația formulării unei contestații (în cazul în speță cu privire la conținutul documentației de atribuire), este de a nu permite autorității contractante continuarea procedurii de achiziție prin primirea și deschiderea ofertelor, dând, astfel, posibilitatea și operatorilor economici contestatori să depună ofertă în procedură. Nu există nicio prevedere legală care să interzică autorității contractante să răspundă solicitărilor de clarificări făcute de operatorii economici interesați asupra conținutului documentaţiei de atribuire. [...]

Orice demers al autorității contractante de a clarifica anumite aspecte ale documentației de atribuire (inclusiv în perioada de suspendare) nu poate fi calificat ca o încălcare a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, în condițiile în care clarificările sunt postate în SEAP în condiții de transparență totală".

Mai mult, autoritatea precizează că în perioada de suspendare a procedurii a primit în continuare solicitări de clarificări din partea operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire, acestea fiind transmise prin SEAP fără ca sistemul electronic să fi impus restricții operatorilor economici deja înregistrați ca fiind interesați de participarea la procedură.

Având în vedere cele antemenţionate, și întrucât suspendarea procedurii de atribuire nu conduce la suspendarea termenului de formulare a contestației, autoritatea solicită Consiliului să respingă contestația ca fiind tardiv formulată, în conformitate cu dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) coroborate cu cele ale art. 8 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016.

Pe fond, cu privire la:

2. Criticile îndreptate împotriva Măsurii nr. 1 dispusă prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04....., autoritatea solicită respingerea acestora ca fiind nefondate.

Autoritatea arată că prin intermediul notificării prealabile, contestatorul i-a solicitat să pună la dispoziția operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire informații cu privire la rezultatul procesului de consultare a pieței ce a făcut obiectul anunțurilor de consultare a pieței nr. MC0007409/26.06.2017 și nr. MC0009389/21.09.2017 și care a avut ca scop pregătirea documentației de atribuire care stă la baza desfășurării procedurii.

În răspunsul la această solicitare, în cadrul Anexei A la adresa nr. 1/1144/VT/02.04..... autoritatea contractantă arată că a pus la

dispoziția operatorilor economici informații cu privire la rezultatul procesului de consultare a pieței.

Contestatorul nu este mulțumit de informațiile puse la dispoziție, considerând că autoritatea ar fi trebuit să-i pună la dispoziție o serie de informații suplimentare.

Solicitarea acestuia se întemeiază pe împrejurarea că informațiile publicate nu ar fi în concordanță cu *„Ghidul Achizițiilor Publice"* ce poate fi consultat la adresa web https://www.achizitiipublice.gov.ro/home.

În opinia autorității, cererea contestatorului se impune a fi respinsă ca nefondată întrucât acesta solicită autorității să se conformeze unor cerințe care nu fac obiectul de aplicare al vreunei obligații legale impuse în sarcina autorității contractante, respectiv care sunt menționate cu titlu orientativ în cadrul Ghidului antemenționat.

Autoritatea arată că cele de mai sus rezultă explicit încă de la nivelul primei pagini a Ghidului disponibil la adresa de mai sus, potrivit cărora:

"*Ghidul achizițiilor publice [Ghidul] este un instrument de orientare și suport care se adresează autorităților contractante și celor implicați în realizarea de achiziții publice care furnizează informații cu privire la toate procesele în legătură cu achizițiile publice, de la momentul identificării nevoilor și realizării achizițiilor, monitorizarea execuției contractului și până la analiza gradului de realizare a indicatorilor de performanță asociați achizițiilor*".

Prin urmare, cu privire la acest aspect nu se poate reține încălcarea vreunei norme legale de către autoritatea contractantă.

În fapt, singura obligație pe care o are autoritatea contractantă cu privire la publicarea unor informații referitoare la rezultatul procesului de consultare a pieței derulat este stipulată la art. 19 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, potrivit căruia: „(5) Autoritatea contractantă are obligația de a publica în SEAP rezultatul procesului de consultare a pieței, dar nu mai târziu de momentul inițierii procedurii de atribuire".

După cum se poate observa, legiuitorul nu stabilește un conținut minimal al informațiilor pe care trebuie să publice autoritatea cu privire la rezultatul procesului de consultare a pieței, fiind reglementat doar că autoritatea contractantă trebuie să asigure publicarea unui asemenea rezultat.

Prin urmare, cererile contestatorului nu au niciun fundament legal, în fapt criticile acesteia fiind simple speculații șicanatoare.

Autoritatea susține cele de mai sus prin faptul că, în cadrul Anexei A la adresa nr. 1/1144/VT/02.04..... a asigurat publicarea documentului intitulat SUMARUL PROCESELOR DE CONSULTARE A PIEŢEI derulate la nivelul ... cu privire la necesarul de achiziții privind Sistemul Informatic de Mediu.

Autoritatea arată că acest document cuprinde informații referitoare la:

- Împrejurarea că au fost organizate două procese de consultare a pieței;
- Denumirea operatorilor economici care au fost invitați și care au participat la cele două procese de consultare a pieței;
- Concluziile rezultate din analiza aspectelor tehnice și financiare depuse de operatorii economici participanți;
- Principalele modificări care au fost aduse caietului de sarcini după finalizarea primului proces de consultare a pieței;
- Aspectele care au făcut obiectul consultărilor de piață, respectiv obiectivele principale ale autorității contractante care au constat în principal în:
  - Formularea eventualelor clarificări cu privire la conținutul caietului de sarcini/anexelor la acesta;
  - Formularea de observații la caietul de sarcini (însoțite de justificări relevante, care să permită o analiză fundamentată a acestora și, după caz, adoptarea de către autoritatea contractantă a eventualelor decizii care se impun), în sensul:

a) indicării acelor informații considerate insuficiente/incomplete pentru a permite ofertarea anumitor produse/servicii, respectiv a informațiilor considerate necesare pentru a permite o ofertare competitivă, în deplină cunoștință de cauză;

b) furnizării eventualelor detalii tehnice pentru optimizarea conținutului caietului de sarcini;

c) indicării acelor cerințe considerate ca având un caracter potențial restrictiv.

- Informații cu privire la modul în care a fost stabilită valoarea estimată;
- Principalele concluzii ale proceselor de consultare de piață.

Mai mult, autoritatea arată că informațiile de mai sus au fost publicate în SEAP (Anexa nr. 7), în fapt neputând fi susținut că autoritatea contractantă nu a procedat la punerea la dispoziție a informațiilor referitoare la procesul de consultare a pieței cu respectarea dispozițiilor legale.

Pe de altă parte, autoritatea menționează că, așa cum a arătat în cadrul măsurii de remediere nr. 1 din Anexa A la documentul înregistrat sub nr. 1/1144/VT/02.04....., rezultatul efectiv al consultărilor de piață este reprezentat de însăși forma finală a caietului de sarcini atașat anunțului de participare nr. ...../08.03.2017 prin analizarea următoarelor documente:

- Document inițial: Caietul de sarcini atașat anunțului de consultare a pieței nr. MC0007409/26.06.2017 publicat în SEAP având ca obiect "*Achiziție de dezvoltări software pentru subsistemele (integrate de mediu)";*
- Document revizuit ca urmare a procesului de consultare a pieței mai sus menționat: caietul de sarcini atașat anunțului de consultare a pieței nr. MC0009389/21.09.2017 publicat în SEAP având ca obiect "Dezvoltări software pentru subsistemele integrate, upgrade-uri și întreținerea infrastructurii hardware și software, asistență și suport tehnic pentru SISTEMUL INFORMATIC INTEGRAT DE MEDIU"
- Document final rezultat ca urmare a proceselor de consultare a pieței mai sus menționate: caietul de sarcini atașat anunțului de participare nr. ...../08.03.2017.

Aceste documente sunt publice, iar orice operator economic poate analiza comparativ cerințele acestora astfel încât să poată trasa modificările operate de autoritatea contractantă de la versiunea inițială și până la versiunea finală.

Cu privire la acest aspect se mai impune a fi reținut că niciunul dintre operatorii economici care au participat la consultările de piață organizate de autoritatea contractantă nu a înțeles să formuleze contestație cu privire la conținutul documentației de atribuire, o parte dintre aceștia optând pentru formularea solicitărilor de clarificări înainte de realizarea oricărui alt demers de natură litigioasă. De altfel, conduita de bună credință a autorității contractante poate fi reținută inclusiv prin prisma măsurilor de remediere dispuse voluntar de aceasta, acolo unde a considerat pertinente criticile contestatorului.

Împrejurarea că în Ghidul Achizițiilor Publice sunt prevăzute o serie de informații cu privire la modul în care este recomandat ca autoritățile contractante să deruleze un proces de consultare a pieței, în opinia autorității nu prezintă relevanță pentru soluționarea criticilor contestatorului în condițiile în care:

- Autoritatea contractantă a asigurat publicarea informațiilor relevante mai sus menționate, mai puțin a acelor informații care sunt exceptate de la accesul liber, în temeiul prevederilor art. 12 lit. c) și d) din cadrul Legii nr. 544/ 2001 privind liberul acces la informațiile de interes public cu modificările și completările ulterioare, respectiv:

- acele informații privind activitățile comerciale sau financiare, dacă publicitatea acestora aduce atingere dreptului de proprietate intelectuală ori industrială, precum și principiului concurenței loiale, potrivit legii (cum ar fi conținutul propunerilor tehnice și economice ale participanților la consultări),
- informațiile cu privire la datele personale, potrivit legii (cum ar fi date care pot servi la identificarea persoanelor fizice participante la consultări potrivit prevederilor Legii nr. 677/2011 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date).

- Respectivul Ghid nu are caracter de act normativ și, prin urmare, nu instituie nicio obligație pentru autoritățile contractante.

Mai mult, toate discuțiile din cadrul consultărilor de piață dintre reprezentanții autorității contractante și cei ai operatorilor economici participanți la consultări au fost înregistrate (cu acceptul acestora), scop în care în eventualitatea oricăror investigații ale autorităților competente privind denaturarea competiției și/sau în eventualitatea inițierii unor demersuri care să intre sub incidența legislației penale, acestea pot fi puse la dispoziția organelor de anchetă.

Prin urmare, orice temere a contestatorului cu privire la lipsa de credibilitate și/sau influențarea evenimentului/întâlnirilor de către participanții la consultări cu presupusul scop de a denatura competiția și de a încălca principiile nediscriminării și transparenței sunt nefondate.

În acest sens, autoritatea arată că chiar în documentul publicat cu privire la rezultatul consultărilor este specificat fără echivoc că:

"[...] în acest scop, autoritatea contractantă a utilizat și a implementat opiniile, sugestiile sau recomandările primite din partea operatorilor economici interesați în vederea finalizării etapei de planificare/pregătire a achiziției și a inițierii etapei de organizare a procedurii de atribuire, cu precizarea că nu au fost utilizate sau implementate acele opinii, sugestii sau recomandări despre care s-a apreciat că:

- *pot avea ca efect denaturarea concurenței și/sau încălcarea principiilor nediscriminării și transparenței; și/sau*
- *nu sunt de natură să asigure satisfacerea necesităților obiective și constrângerilor de natură tehnică, financiară și/sau contractuală care caracterizează nevoia autorității contractante în raport cu care se organizează consultarea*".

Spre exemplu (fără a se limita în mod strict la această situație și la operatorul economic respectiv), una dintre propunerile formulate de dezvoltatorul sistemului SIM în timpul discuțiilor din cadrul întâlnirilor organizate de autoritatea contractantă cu operatorii economici interesați de participarea la procedură, a fost în sensul revenirii la forma inițială, în care loturile nr. 2 și 3 erau unificate. Această propunere a fost respinsă de către autoritatea contractantă, întrucât într-o atare situație s-a apreciat că pot exista bariere artificiale care să conducă la restricționarea competiției.

De altfel, dorința autorității contractante de a diminua riscurile de această natură în contextul în care este cunoscut și unanim acceptat dezvoltatorul sistemului SIM poate deține un avantaj competitiv în raport

cu orice alt operator economic (în condițiile în care acesta este familiarizat cu toate detaliile funcționale/operaționale ale sistemului în discuție), reprezintă principala rațiune pentru decizia acesteia de a fi procedat la lotizarea acordului-cadru supus prezentei proceduri din punct de vedere tehnico- funcțional.

Mai mult, autoritatea arată că aceste aspecte au fost comunicate operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire, în mod transparent, atât în cadrul celui de-al doilea proces de consultare a pieței, cât și ulterior, cu privire la informațiile furnizate privind rezultatul consultărilor.

De altfel, autoritatea precizează că nimeni și nimic nu s-ar fi opus participării contestatorului la cele două procese de consultare a pieței organizate de autoritatea contractantă cu scopul să-și fi clarificat oricare aspecte de incertitudine, motiv pentru care opinează odată în plus că demersul litigios inițiat de acesta nu îmbracă caracterul unui interes personal, ci reprezintă dovada unei atitudini șicanatoare, probabil promovată de un alt operator economic care, din varii motive, a preferat adoptarea unei poziții în care identitatea sa rămâne anonimă.

În concluzie, în contextul în care Ghidul invocat de contestator nu reprezintă decât un simplu instrument de orientare și suport, rezultă că acesta nu instituie dispoziții obligatorii și opozabile autorităților contractante și/sau ofertanților cu privire la conținutul acestuia ceea ce, prin raportare la dispozițiile art. 1 alin. (1) din Codul civil potrivit cărora izvoare ale dreptului civil sunt considerate doar legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului, incumbă în necesitatea de respingere a criticii contestatorului.

În ceea ce privește recomandarea din cadrul Ghidului, potrivit căreia:

”Se recomandă ca persoana responsabilă/echipa multidisciplinară/grupul de lucru pentru atribuirea contractului să se asigure că Documentația de atribuire aferentă procedurii ce urmează consultării pieței include:

1. *Informațiile relevante care au fost transmise în cadrul procesului de consultare a pieței;*
2. *Informațiile relevante care au rezultat din consultare;*
3. *Termene adecvate pentru depunerea ofertelor, astfel încât interesul operatorilor economici care nu au participat la consultare dar ar*

putea fi interesați de participarea la procedură să nu fie lezat", autoritatea face următoarele precizări punctuale:

1. Informațiile relevante care au fost transmise în cadrul procesului de consultare a pieței sunt reprezentate de informațiile menționate în cadrul caietelor de sarcini inițiale în baza cărora s-au derulat consultările și care au fost publicate în S.E.A.P. la secțiunea „....." aferentă anunțurilor nr. MC0007409/26.06.2017 și nr. MC00093 89/21.09.2017.

Astfel, autoritatea contractantă a asigurat pe deplin respectarea dispozițiilor art. 140 alin. (2) din legea nr. 98/2016 care impun obligația de a comunica tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire a informațiilor relevante care au fost puse la dispoziția operatorilor economici participanți la procesul de consultare a pieței.

2. Mai mult, așa cum a mai precizat și contestatorului, informațiile relevante ce au rezultat din consultare sunt reprezentate de însăși forma finală a caietului de sarcini elaborat și pus la dispoziția tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

Astfel, autoritatea contractantă a pus la dispoziția tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire aceleași informații necesare elaborării ofertelor care sunt cunoscute de către operatorii economici participanți la procesul de consultare.

3. Autoritatea contractantă a stabilit termenul pentru depunerea ofertelor cu respectarea dispozițiilor art. 74 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016, iar având în vedere că procedura de atribuire a fost suspendată, acest termen urmează a fi prelungit cu respectarea dispozițiilor legale.

Prin urmare, nu există niciun motiv pentru a se aprecia că operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire și care ar manifesta o atitudine diligentă nu ar putea dispune de timpul necesar pentru elaborarea ofertelor.

Având în vedere cele antemenţionate, autoritatea solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă a pus la dispoziția operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire informații cu privire la rezultatul consultărilor de piață derulate pentru elaborarea documentației de atribuire aferente procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale, motiv pentru care cererile contestatorului se impun a fi respinse ca nefondate.

3. Referitor la criticile îndreptate împotriva Măsurii nr. 3 dispusă prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04....., autoritatea solicită respingerea acestora ca fiind rămase fără obiect

În raport cu cerințele stabilite prin caietul de sarcini potrivit cărora:

„7.3.2.2. Echipa de proiect -profilul experților cheie (pentru LOTUL 2) [...]

9) Expert securitatea informației (ESI, 1 persoană): deține următoarele responsabilități principale:

[...]

Cerințe minime (conform cerințelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013):

[...]

- *Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu (dintre care una va fi privind accesul la informații clasificate).*

7.3.2.3 Echipa de proiect - profilul experților cheie (pentru LOTUL 3)
[...]

11) Expert securitatea informației (ESI, 1 persoană): deține următoarele responsabilități principale:
[...]

Cerințe minime (conform cerințelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013):

[...]

- *Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu (dintre care una va fi privind accesul la informații clasificate).*

7.3.2.4 Echipa de proiect - profilul experților cheie (pentru LOTUL 4)
[...]

4) Expert securitatea informației (ESI, 1 persoană): deține următoarele responsabilități principale:
[...]

Cerințe minime (conform cerințelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013):

[...]

- Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu (dintre care una va fi privind accesul la informații clasificate).

[...]

5) Expert testare securitate (ETS, 1 persoană): deține următoarele responsabilități principale:

[...]

Cerințe minime (conform cerințelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013):

[...]

- Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu (dintre care una va fi privind accesul la informații clasificate)".

Autoritatea arată că prin intermediul notificării prealabile contestatorul a solicitat informații suplimentare cu privire la tipul

informațiilor clasificate de care prestatorii vor lua cunoștință pe parcursul perioadei de derulare a acordului-cadru.

În răspunsul la această solicitare, autoritatea contractantă arată că a furnizat informații detaliate care, în opinia sa, fac dovada faptului că pe parcursul perioadei de derulare a acordului-cadru, prestatorul va intra în contact cu informații clasificate și, prin urmare, va trebui să dețină autorizările necesare.

Pe de altă parte, ținând seama de argumentele prezentate în cadrul contestației, autoritatea contractantă apreciază că stabilirea unei asemenea cerințe creează dificultăți cu privire la îndeplinirea acesteia în etapa de elaborare a ofertelor motiv pentru care, în temeiul prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a procedat la eliminarea tuturor cerințelor potrivit cărora personalul inclus în echipa de proiect trebuie să dispună de certificări privind accesul la informații clasificate (Anexa nr. 5).

În consecință, cerințele stabilite în acest sens prin caietul de sarcini se modifică după cum urmează:

„7.3.2.2. Echipa de proiect - profilul experților cheie (pentru LOTUL 2)

[...]

9) Expert securitatea informației (ESI, 1 persoană): deține următoarele responsabilități principale:

[...]

Cerințe minime (conform cerințelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013):

[...]

- Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu.

7.3.2.3. Echipa de proiect -profilul experților cheie (pentru LOTUL 3) [...]

11) Expert securitatea informației (ESI, 1 persoană): deține următoarele responsabilități principale:

[...]

Cerințe minime (conform cerințelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013):

[...]

- Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu.

7.3.2.4. Echipa de proiect -profilul experților cheie (pentru LOTUL 4) [...]

4) Expert securitatea informației (ESI, 1 persoană): deține următoarele responsabilități principale:

[...]

Cerințe minime (conform cerințelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013):

[...]

Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu.

[...]

5) Expert testare securitate (ETS, 1 persoană): deține următoarele responsabilități principale:

[...]

Cerințe minime (conform cerințelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013):

[...]

Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu".

Având în vedere împrejurarea că măsura mai sus menționată a fost adusă la cunoștință tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire prin publicarea acesteia în SEAP la secțiunea „....., clarificări și decizii", autoritatea solicită Consiliului să respingă cererea ca lipsită de obiect, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

4. Referitor la criticile îndreptate împotriva Măsurii nr. 4 dispusă prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04....., autoritatea solicită respingerea acestora ca fiind rămase fără obiect.

Autoritatea arată că prin intermediul notificării prealabile, contestatorul i-a solicitat să precizeze explicit faptul că operatorii economici au dreptul de a face dovada îndeplinirii cerințelor privind experiența profesională generală prin prezentarea unor documente de tipul cărților de muncă/contractelor individuale de muncă/ contractelor de prestări servicii și sau al altor documente echivalente.

În acest sens, prin intermediul Măsurii nr. 4 din cadrul adresei nr. 1/1144/VT/02.04....., autoritatea contractantă arată că a precizat următoarele:

„Referitor la cerințele cuprinse în cadrul Notei nr. 2, lit. b) și c) din cadrul Cap. 7.3.2. Echipa de proiect - alocarea experților cheie solicitați pe loturi aferent Caietului de sarcini, potrivit cărora:

„2. Prin documente suport se înțelege:

[...]

b) pentru cerințele privind experiența generală (în domeniul studiilor absolvite): cărți de muncă/contracte individuale de muncă/contracte de prestări servicii încheiate între ofertant și persoanele respective ori angajamentele/acordurile de participare și/sau alte documente echivalente (care să asigure trasabilitatea includerii în ofertă a respectivului personal

de specialitate, precum și să probeze îndeplinirea cerințelor privind profilul experților propuși, în conformitate cu descrierea furnizată de către autoritatea contractantă în cadrul respectivelor cerințe);

c) pentru cerințele privind experiența generală în domeniul studiilor absolvite/în domeniul sau specializarea IT&C/competențe profesionale (la nivel de expert/la nivelul echipei de proiect): diplome/certificări (recunoscute la nivel național sau internațional în specializarea solicitată sau, după caz, în tehnologiile solicitate)/autorizații/atestate profesionale (aflate, acolo unde este cazul, în termen de valabilitate la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor) sau, în lipsa acestora, declarația pe propria răspundere semnată autentic de către expert privind experiența profesională relevantă deținută în raport cu competențele specifice ce trebuie demonstrate (în cadrul căreia se explicitează echivalența cu cerințele solicitate) însoțită de documentele de specializare deținute de expert/transcript-urile acestora;

[...]

Un operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire solicită autorității contractante să precizeze explicit faptul că cerințele privind experiența profesională generală pot fi dovedite prin documente de tipul cărți de muncă/contracte individuale de muncă/ contracte de prestări servicii și sau alte documente echivalente.

Prin urmare, în loc de textul de mai sus, se va citi:

„2. Prin documente suport se înțelege: [...]

b) pentru cerințele privind experiența generală (în domeniul studiilor absolvite)/specializarea IT&C: cărți de muncă/contracte individuale de munca/contracte de prestări servicii încheiate între ofertant și persoanele respective ori angajamentele/acordurile de participare și/sau alte documente echivalente (care să asigure trasabilitatea includerii în ofertă a respectivului personal de specialitate, precum și să probeze îndeplinirea cerințelor privind profilul experților propuși, în conformitate cu descrierea furnizată de către autoritatea contractantă în cadrul respectivelor cerințe);

c) pentru cerințele privind competențe profesionale (la nivel de expert/la nivelul echipei de proiect): diplome/certificări (recunoscute la nivel național sau internațional în specializarea solicitată sau, după caz, în tehnologiile solicitate)/autorizații/atestate profesionale (aflate, acolo unde este cazul, în termen de valabilitate la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor) sau, în lipsa acestora, declarația pe propria răspundere semnată autentic de către expert privind experiența profesională relevantă deținută în raport cu competențele specifice ce trebuie demonstrate (în cadrul căreia se explicitează echivalența cu cerințele solicitate) însoțită de documentele de specializare deținute de expert/transcript-urile acestora; [...]".

După cum se poate observa, autoritatea contractantă a înțeles să dea curs solicitării adresate de contestator însă, dintr-o eroare materială de redactare a răspunsului, nu s-a specificat explicit și că cerințele privesc inclusiv experiența profesională generală în domeniul/specializarea *„management de proiect*" stabilite pentru persoanele care vor ocupa poziția de *Project manager/Team Lider.*

Având în vedere acest aspect și pentru a elimina orice neclaritate cu privire la modul în care poate fi dovedită îndeplinirea tuturor cerințelor privind experiența profesională generală, în temeiul prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă arată că a procedat la remedierea erorii materiale mai sus menționate *(*Anexa nr. 5).

Prin urmare, cerința menționată la Nota nr. 2, lit. b) din cadrul Cap. 7.3.2. *Echipa de proiect -alocarea experților cheie solicitați pe loturi* aferent *Caietului de sarcini* a fost explicitată după cum urmează:

- *În loc de textul:*

„[...]

2. Prin documente suport se înțelege: [...]

b) pentru cerințele privind experiența generală (în domeniul studiilor absolvite)/specializarea IT&C: cărți de muncă/contracte individuale de munca/contracte de prestări servicii încheiate între ofertant și persoanele respective ori angajamentele/acordurile de participare și/sau alte documente echivalente (care să asigure trasabilitatea includerii în ofertă a respectivului personal de specialitate, precum și să probeze îndeplinirea cerințelor privind profilul experților propuși, în conformitate cu descrierea furnizată de către autoritatea contractantă în cadrul respectivelor cerințe);

[...]"

Se va citi:

"[...]

2. Prin documente suport se înțelege: [...]

b) pentru cerințele privind experiența generală (în domeniul studiilor absolvite)/specializarea IT&C/management de proiect: cărți de muncă/contracte individuale de muncă/contracte de prestări servicii încheiate între ofertant și persoanele respective ori angajamentele/acordurile de participare și/sau alte documente echivalente (care să asigure trasabilitatea includerii în ofertă a respectivului personal de specialitate, precum și să probeze îndeplinirea cerințelor privind profilul experților propuși, în conformitate cu descrierea furnizată de către autoritatea contractantă în cadrul respectivelor cerințe); [...]".

Având în vedere împrejurarea că măsura antemenţionată a fost adusă la cunoștință tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire prin publicarea acesteia în SEAP la secțiunea „....., clarificări și decizii", autoritatea solicită Consiliului să

respingă cererea ca lipsită de obiect, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

5. Referitor la criticile îndreptate împotriva Măsurii nr. 5 lit. d) și e) dispusă prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04....., autoritatea solicită respingerea acestora ca fiind rămase fără obiect.

Autoritatea arată că prin intermediul notificării prealabile, contestatorul i-a solicitat să prezinte informații suplimentare cu privire la *"funcționalităților ce trebuie avute în vedere pentru echivalarea cu alt produs similar"* și *„descrierea interfețelor/mecanismelor actuale ale componentei de Document Management utilizate pentru integrarea cu celelalte componente/subsisteme*".

Analizând cererea contestatorului se observă că aceasta a fost formulată într-un mod general fără a detalia și individualiza în mod concret ce anume informații dorește să îi fie puse la dispoziție.

Astfel, prin intermediul Anexei B la adresa nr. 1/1144/VT/02.04..... autoritatea contractantă arată că a pus la dispoziția operatorilor economici următoarele documente:

- SIM.Reglementări: Ghid de utilizare în corespondență cu platforma Document Management / Utilizator - Director (...) / Șef Serviciu (...) conținând un număr de 9 pagini.
- SIM.Reglementări: Ghid de utilizare în corespondență cu platforma Document Management / Utilizator - Funcționar conținând un număr de 15 pagini;
- SIM.Reglementări: Ghid de utilizare în corespondență cu platforma Document Management / Utilizator - Șef Serviciu (...) conținând un număr de 12 pagini;
- Manual de utilizare - Reglementari conținând un număr de 149 de pagini.

Rezultă astfel că, raportat la modul lacunar în care contestatorul a înțeles să-și definească cererea prin notificarea transmisă, autoritatea contractantă a înțeles să pună la dispoziția acestuia un volum semnificativ de informații (aproximativ 185 de pagini).

Cu toate acestea, contestatorul apreciază că informațiile prezentate nu sunt suficiente și solicită furnizarea unor detalii suplimentare cu privire la funcționalitățile soluției de management a documentelor, pe baza cărora se va putea stabili echivalarea acesteia cu un produs similar, respectiv *"[...] documentația tehnică referitoare la fluxurile de lucru implementate, tipurile de documente (validările acestora, comportamentul acestora la încărcare, modificare, ștergere, etc.) [...]".*

Fără a pune la îndoială relevanța informațiilor solicitate pentru elaborarea ofertelor, autoritatea apreciază că omisiunea publicării acestor informații ca urmare a notificării prealabile primite nu îi poate fi imputată de vreme ce contestatorul a formulat cereri neclare, fără a fi particularizate cu informații concrete.

Pe de altă parte, ținând seama de argumentele suplimentare prezentate în cadrul contestației, autoritatea contractantă înțelege să pună la dispoziția operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire o serie de informații suplimentare cu privire la subsistemul de gestiune electronică a documentelor și fluxurilor de lucru (Anexa nr. 5).

În esență, autoritatea înțelege să aducă următoarele precizări cu privire la situația criticată:

- Subsistemul de gestiune electronică a documentelor și fluxurilor de lucru (denumit în continuare *"subsistemul DM")* implementat în cadrul SIM are la bază soluția COTS ELO Professional Document Management v7, Build: 1.4.0.191, licențiat pentru numărul 1.000 de utilizatori;
- Această soluție a fost personalizată pentru ... prin configurarea acesteia și dezvoltarea componentelor Java și .NET menționate la tabelul de la pag. 12-13 din cadrul documentului conținând măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă și înregistrat sub nr. 1/1144/VT/02.04.....;
- Prin urmare, în plus față de soluția COTS ELO, subsistemului de gestiune electronică a documentelor și fluxurilor de lucru implementat în cadrul SIM conține o serie de componente personalizate al căror rol este acela de a permite integrarea acestei soluții ELO cu următoarele domenii:
  - Portal;
  - Reglementări;
  - Baza de date;
  - GIS;
  - Nomenclatoare comune.

Integrarea se realizează prin intermediul serviciilor web, care fie sunt expuse către subsistemul DM către alte subsisteme din cadrul SIM sau care sunt consumate de către subsistemul DM și care provin de la alte subsisteme.

Lista serviciilor expuse de/consumate de către subsistemul DM a fost prezentată în cadrul tabelului mai sus menționat, cu precizarea că documentul a fost publicat în SEAP, după cum urmează:

- Pentru IXService: a se vedea Anexa nr. A la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;
- Pentru ORADBService: a se vedea Anexa nr. B la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;

- Pentru Eloservice: a se vedea Anexa nr. C la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;
- Pentru Commonservice (serviciul Nomenclatoare comune): a se vedea Anexa nr. D la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;

Aceste detalii sunt suficiente pentru a stabili dacă posibilitățile tehnice ale oricărei soluții/produs similar pe care operatorii economici interesați de participarea la procedură ar intenționa să le propună autorității contractante sunt echivalente cu soluția deja existentă în cadrul SIM, relevantă în acest scop fiind posibilitatea unei asemenea soluții de a consuma date provenind de la alte subsisteme implementate în SIM și, respectiv de a expune astfel de date către alte subsisteme prin intermediul tehnologiei serviciilor web;

- Schemele bazelor de date existente în cadrul SIM (Oracle și ELO) sunt prezentate în cadrul diagramelor atașate la măsurile de remediere, după cum urmează:
- ELOAM: a se vedea Anexa nr. E la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;
- SIM: a se vedea Anexa nr. F la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;

Din punctul de vedere al modului în care a fost personalizată soluția COTS ELO, respectiv a componentelor dezvoltate în cadrul acesteia, acest demers a avut la bază livrabilul rezultat în urma parcurgerii etapei de analiză pentru implementarea sistemului DM, document intitulat "Sistemul Integrat de Mediu Subsistemul Gestiune electronică a documentelor și fluxurilor de lucru "\Versiune 1.2", (a se vedea Anexa nr. G la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....).

În mod similar cu cele arătate mai sus, aceste detalii sunt suficiente pentru a stabili dacă posibilitățile tehnice ale oricărei soluții/produs similar pe care operatorii economici interesați de participarea la procedură ar intenționa să le propună autorității contractante sunt echivalente cu soluția deja existentă în cadrul SIM, relevante în acest scop fiind informațiile furnizate la Cap. 2 - 7 , precum și din Anexa nr. 2 din documentul mai sus menționat, respectiv:

- Cerințele sistemului;
- Arhitectura software;
- Funcționalitățile soluției și fluxurile de lucru implementate (arhivă electronică; managementul documentelor; căutarea documentelor, Optical Character Recognition - OCR; recunoașterea codurilor de bare - Barcode; clientul subsistemului DM; scanarea documentelor; securitatea; salvarea și recuperarea datelor; administrarea și monitorizarea; registratura electronică și fluxurile de lucru);
- Cazurile de utilizare;
- Cerințele de integrare, precum și obiectivele, constrângerile hardware și software existente și criteriile de performanță ale soluției;

- Capabilitățile de administrare a aplicației din punctul de vedere al entităților, precum și al rolurilor și responsabilităților acestora;
- Specificațiile funcționale.

Totodată, în cadrul Anexei nr. 3 la documentul respectiv se regăsesc scenariile de testare care au fost aplicate de către autoritatea contractantă în vederea realizării acceptanței subsistemului DM, cu precizarea că, în măsura în care operatorii economici interesați de participarea la prezenta procedură vor opta pentru o soluție de înlocuire a soluției ELO Professional, atunci autoritatea contractantă va proceda la verificarea respectării acestor scenarii de testare în momentul realizării acceptanței noii soluții.

Față de cele arătate mai sus, precum și având în vedere faptul că, subsistemul DM nu reprezintă o componentă critică, autoritatea contractantă a permis inclusiv opțiunea înlocuirii subsistemului DM existent cu o altă soluție echivalentă în măsura în care, operatorii economici interesați de participarea la prezenta procedură ar urma să concluzioneze că, o atare decizie ar urma să fie în favoarea ..., respectiv dacă:

- costurile de înlocuire (incluzând în acestea costurile de licențiere, instalare, configurare, migrare date, integrare, testare și instruire) sunt mai mici decât costurile incidente pentru actualizarea suportului producător pentru soluția existentă;
- soluția de înlocuire și instruirea utilizatorilor asupra acesteia pot fi realizate/implementate în condițiile de timp considerate acceptabile din punctul de vedere al continuității activității autorității contractante, astfel cum au fost acestea precizate în cadrul caietului de sarcini.

În orice altă situație, adoptarea unei eventuale soluții/decizii de înlocuire a subsistemului DM existent nu s-ar justifica din punct de vedere tehnico-economic cu atât mai mult cu cât, obiectul prezentei proceduri de atribuire este reprezentat de "*Servicii de întreținere, actualizare a infrastructurii HW/SW, extindere/dezvoltare software pentru subsistemele integrate (adaptări la modificările legislative, actualizări în funcție de modificări organizaționale, îmbunătățiri și extinderi ale modulelor existente), asistență și suport tehnic pentru Sistemul Integrat de Mediu, mentenanță evolutivă, servicii instalare, configurare, testare și conexe*

(inclusiv instruire) pentru alte cerințe și upgrade-uri aferente infrastructurii IT&C a ..." adică, în esență, asigurarea condițiilor necesare de funcționare pentru un sistem existent și extinderea acestuia cu unele funcționalități și echipamente noi.

Motivele pentru care autoritatea contractantă a decis să permită o atare opțiune de înlocuire sunt informațiile aparent contradictorii furnizate de dezvoltatorul SIM în cadrul proceselor de consultare a pieței derulate de autoritatea contractantă comparativ cu informațiile istorice pe care aceasta le deținea (tot de la respectivul dezvoltator), și anume:

- pe de o parte, acesta a susținut că, în condițiile în care versiunea de produs existentă este *EOS (End OfSupport)*" vor trebuie achiziționate licențe noi;
- pe de altă parte, a precizat că recomandarea producătorului în raport cu licențele existente este aceea de a actualiza suportul producător, cu plata eventualelor costuri suplimentare pentru realizarea actualizării, respectiv că nu ar fi necesară achiziția de licențe noi.

Prin urmare, în contextul în care în cursul celui de-al doilea proces de consultare al pieței derulat de autoritatea contractantă:

- dezvoltatorul SIM nu a fost în poziția de a prezenta un răspuns concludent, sub forma unui document oficial din partea producătorului ELO-Germania prin intermediul căruia să fie clarificată fără echivoc poziția acestuia în raport cu licențele deținute de ...;
- dar și având în vedere împrejurarea că în cadrul consultărilor de piață niciun alt operator economic nu a furnizat autorității contractante detalii în sensul indicării acelor informații considerate insuficiente/incomplete pentru a permite ofertarea anumitor produse/servicii, respectiv a informațiilor considerate necesare pentru a permite o ofertare competitivă, în deplină cunoștință de cauză și nici nu au fost indicate eventualele cerințe considerate ca având în continuare un caracter potențial restrictiv (față de prima consultare a pieței derulată de autoritatea contractantă), împreună cu justificările relevante pentru a permite o analiză fundamentată a acestora și, după caz, adoptarea de către autoritatea contractantă a eventualelor decizii care se impun (deși autoritatea contractantă a formulat solicitări exprese în acest sens),

... a lăsat la latitudinea operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură să decidă care dintre opțiunile posibile pot fi în beneficiul acesteia, respectiv:

- fie achiziționarea unor licențe noi ELO; sau
- actualizarea suportului tehnic producător pentru licențele existente (cu eventualele costuri suplimentare pentru realizarea actualizărilor necesare); ori, după caz,
- înlocuirea soluției existente pentru subsistemul DM cu o nouă soluție, pentru care trebuie asigurate în mod corelativ și serviciile conexe menționate în cadrul Anexelor 4.26 și 4.27 la caietul de sarcini (instalare, configurare, migrare date, integrare, testare și instruire).

Având în vedere împrejurarea că măsura mai sus menționată a fost adusă la cunoștință tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire prin publicarea acesteia în SEAP la

secțiunea „....., clarificări și decizii", autoritatea solicită Consiliului să respingă cererea ca lipsită de obiect, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Față de toate cele antemenționate, autoritatea solicităm Consiliului, în principal să respingă contestația ca fiind tardiv formulată, iar în subsidiar să respingă contestația în parte ca fiind nefondată și ca lipsită de obiect, urmând să mențină cerințele stabilite prin documentația de atribuire, cu măsura corelativă privind dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 70/27.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. 17261/27.04....., contestatorul formulează răspuns cu privire la execpţia tardivităţii contestaţiei sale, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 690/23.04....., arătând că aceasta trebuie respinsă pentru următoarele motive:

Contestaţia depusă vizează exclusiv măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractată prin decizia nr. 1/1144/VT/02.04..... şi aduse la cunoştinţa operatorilor economici prin publicare în SEAP, în data de 02.04....., în cadrul secţiunii „....., clarificări şi decizii" din cadrul Anunţului de participare nr. ..... din ....., document intitulat „Masuri_remediere_documentatie_atribuire" (şi denumit în continuare, la fel ca şi în cadrul contestaţiei depuse „actul atacat").

Autoritatea contractantă ignoră faptul că acest aspect esenţial rezultă din tot cuprinsul contestaţiei, încă din „referitor la" de pe prima pagină şi până la final.

Contestatorul prezintă în continuare câteva exemple edificatoare în acest sens:

- pag. 1 - „Referitor la: „Procedura de achiziţie publică [...] - Măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă şi publicate în SEAP la data de 02.04.....";

- pag. 1 - „Subscrisa [...] în calitate de persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă"

- pag. 2 - „CONTESTAŢIE împotriva măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă, adoptate prin Decizia nr. 1/1144/VT/02.04..... şi aduse la cunoştinţa operatorilor economici prin publicare în SEAP, în data de 02.04....., în cadrul secţiunii „.....,

clarificări şi decizii" din cadrul Anunţului de participare nr. ..... din ..... (denumit în continuare „actul atacat")"

- pag. 2. - „2. Anularea în parte a actului atacat, în aspectele care vor fi detaliate în cadrul contestaţiei, evidenţiate la fiecare capăt de cerere; 3. Modificarea actului atacat, potrivit solicitărilor menţionate la fiecare capăt de cerere sau, după caz, obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurilor de remediere în conformitate cu cele decise de Consiliu;"

- pag. 3 - „autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la secţiunea „....., clarificări şi decizii", actul atacat, denumit „Masuri_remediere_documentatie_atribuire" etc.

În consecinţă, contestatorul solicită Consiliului să constate că, în prezenta cauză, se aplică prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, încadrându-se în categoria „oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă":

„Art. 8

(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile [...]".

Mai mult, contestatorul arată că potrivit art. 6 alin. (11) din acealsi act normativ, într-o astfel de situaţie (de contestare a măsurilor de remediere) nu este necesară nici notificarea prealabilă.

Faptul că societatea sa a depus şi notificare prealabilă - care a stat la baza măsurilor de remediere - nu intră în contradicţie cu şi nici nu conduce la pierderea calităţii de persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă. Contestatorul precizează că niciun text de lege incident în speţă nu conţine o asemenea prevedere. Dimpotrivă, textul de lege citat anterior are ca scop tocmai protejarea operatorilor economici de bună-credinţă, şi servirea interesului public pe care autoritatea contractantă ar trebui să îl urmărească prin derularea procedurii de atribuire.

Contestatorul menţionează că orice trimitere făcută la notificarea prealabilă adresată autorităţii contractante a reprezentat un demers ce a avut ca scop înţelegerea optimă a contextului în care au adoptate măsurile de remediere întrucât acestea au vizat doar aspectele invocate de societatea sa în notificarea prealabilă.

Astfel, contestatorul precizează că, aşa cum menţionează şi textul de lege, oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în termen de 10 zile. Fiind vorba despre măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă, este evident că persoana în cauză nu poate decide dacă se consideră sau nu vătămată de respectivele măsuri de remediere până când autoritatea contractantă nu le adoptă. În prezenta speţă, autoritatea

contractantă le-a adoptat pe data de 02.04....., contestaţia fiind depusă în termenul de 10 zile, pe data de .....
Prin absurd, contestatorul menţionează că, chiar dacă s-ar considera că a depus contestaţie strict ca urmare a notificării prealabile pe care a depus-o pe data de 19.03....., contestaţia formulată în contextul prezentei proceduri nu este tardivă, excepţia tardivităţii nefiind admisibilă, impunându-se, prin urmare, respingerea acesteia.

Contestatorul susţine că este un operator economic de bună-credinţă, interesat de participarea la procedura de atribuire, dar în condiţiile respectării cu rigurozitate, de către toţi cei implicaţi, inclusiv de către autoritatea contractantă, a dispoziţiilor legale aplicabile şi, cu precădere, principiilor achiziţiilor publice, aşa cum sunt reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 - mai ales transparenţa, nediscriminarea, tratamentul egal, proporţionalitatea şi asumarea răspunderii -, precum şi a scopului acesteia: realizarea oricărei achiziţii în condiţii de eficienţă economică şi socială, fără denaturarea concurenţei. Mai mult, aceste dispoziţii generale sunt susţinute şi de prevederi exprese ale Legii nr. 98/2016:

„CAP. II

Reguli generale de participare şi desfăşurare a procedurilor de atribuire

Art. 49

Autorităţile contractante au obligaţia să acorde operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu şi să acţioneze într-o manieră transparentă şi proporţională.

Art. 50

(1) Autorităţile contractante nu vor concepe sau structura achiziţiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispoziţiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenţei".

Contestatorul reiterează faptul că, la data de ....., autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ....., împreună cu documentaţia de atribuire, prin care a fost iniţiată procedura în cauză.

În data de 19.03....., contestatorul arată că a depus o notificare prealabilă, conform art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, prin care a solicitat autorităţii contractante adoptarea mai multor măsuri de

remediere. La data de 22.03....., conform art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă i-a răspuns, precizând că va adopta o serie de măsuri de remediere, iar în data de ....., ora 11:54, pe platforma SEAP, în cadrul anunţului de participare menţionat anterior, la secţiunea „Stare procedură", a apărut menţiunea „Suspendată", fapt care a avut drept consecinţă, aşa cum a constatat şi Consiliul prin încheierea nr. 195/...../..... din 02.04..... (publicată de autoritatea contractantă în SEAP, la data de 10.04....., ora 15:33, în secţiunea „....., clarificări şi decizii") suspendarea întregii proceduri de atribuire: „potrivit informaţiilor regăsite în cadrul anunţului de participare nr. ...../....., Consiliul constată că procedura în cauză a fost suspendată de către autoritatea contractantă în data de ....., ora 11:54".

Contestatorul precizează faptul că autoritatea contractantă nu a publicat, anterior suspendării procedurii, niciun act prin care să justifice adoptarea acestei măsuri.

Ulterior, în data de 02.04....., ora 17:14, în timpul în care suspendarea opera deja, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la secţiunea „....., clarificări şi decizii", actul atacat, denumit „Masuri_remediere_documentatie_atribuire", prin care a explicat motivul suspendării procedurii şi a adoptat o serie de măsuri de remediere ca urmare a primirii unei notificări prealabile din partea unui operator economic (fiind vorba despre Notificarea prealabilă adresată de soscietatea sa).

În aceste condiţii, se poate observa că, la momentul suspendării, autoritatea contractantă nu publicase măsurile de remediere conform răspunsului din data de 22.03....., iar operatorul economic era în termen, începând cu data de ..... - adică data la care autoritatea contractantă a suspendat procedura - să conteste lipsa adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere.

Doar că, la data de 02.04....., autoritatea contractantă a publicat măsurile de remediere, care au fost adoptate tocmai prin raportare la notificarea prealabilă depusă de societatea sa, din acel moment curgând un nou termen de 10 zile, prin raportare la dispoziţiile exprese ale art. 8 din Legea nr. 101/2016, care, în cazul contestaţiei, face trimitere directă la vătămarea produsă de „măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă".

Contestatorul menţionează că este un operator economic de bună credinţă, real interesat de participarea la prezenta procedură de atribuire, motiv pentru care măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă au fost (şi sunt) extrem de importante, ceea ce l-a determinat să conteste măsurile de remediere, iar nu lipsa adoptării acestora.

Mai mult decât atât, conform art. 10 din Legea nr. 101/2016, *„Contestaţia se formulează în scris şi trebuie să conţină următoarele elemente: [...] e) obiectul contestaţiei”* iar, conform art. 21 din lege: „(3) *Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale*

ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia".

De asemenea, contestatorul precizează că, dacă autoritatea contractantă ar fi decis, discreţionar, să publice măsurile de remediere cu o zi înaintea expirării termenului de 10 zile pentru contestarea lipsei adoptării măsurilor de remediere, ar fi însemnat că termenul pentru contestarea măsurilor efective de remediere se reducea la o singură zi, mai ales în condiţiile în care aceste măsuri de remediere au fost adoptate ca urmare a notificării sale prealabile.

În aceste condiţii, trebuie luat în calcul şi dat efect deplin faptului că, la data de ....., autoritatea contractantă a suspendat procedura de atribuire chiar dacă legislaţia în domeniu (Legea nr. 101/2016) nu prevede, în mod explicit, dreptul autorităţii contractante de a suspenda, din proprie iniţiativă, procedura de atribuire, cu excepţia situaţiei menţionate la art. 28 alin. (5), care însă nu se regăseşte în prezenta speţă, nefiind vorba despre depunerea unei plângeri împotriva unei decizii a Consiliului.

Mai mult, în speţă, măsura suspendării a fost luată în data de ....., iar explicaţia menţionată în cadrul măsurilor de remediere publicate în data de 02.04..... nu vizează depunerea contestaţiei, ci, conform menţiunilor din cadrul Deciziei nr. 1/114/VT/02.04..... a autorităţii contractante, art. 6 şi 7 din Legea nr. 101/2016 (deci nu art. 9), iar, ulterior, în Anexa la Decizie (Măsura 2, pag. 3), autoritatea contractantă dezvoltă subiectul, invocând ca motiv al suspendării „volumul solicitărilor de clarificări primite de autoritatea contractantă până în prezent" (prin urmare, clarificări, nu notificarea vizată), autoritatea contractantă a adoptat următoarele măsuri: „Suspendarea temporară a procedurii de atribuire în scopul formulării răspunsurilor de clarificare care se impun, în conformitate cu art. 161 din Legea nr. 98/2016".

Prin urmare, suspendarea este generată, conform celor menţionate de autoritatea contractantă în cadrul măsurilor de remediere publicate după suspendarea procedurii de atribuire, de volumul mare de clarificări primite şi de dorinţa acesteia de a respecta termenul prevăzut de art. 161 din Legea nr. 98/2016 (care priveşte tot clarificările, prin raportare la data de depunere a ofertelor), iar nu notificarea sau contestaţia, în temeiul Legii nr. 101/2016.

Contestatorul consideră că, în acest caz, măsura care s-ar fi impus ar fi fost prelungirea termenului limită stabilit pentru depunerea ofertelor, iar nu suspendarea procedurii, întrucât se generează confuzie privind termenele procedurale pentru operatorii economici interesaţi (de ex., dacă autoritatea contractantă avea intenţia de a publica sau chiar publică răspunsuri la clarificări/măsuri de remediere în perioada în care operează suspendarea).

În aceste condiţii, contestatorul menţionează că, inclusiv prin punctul de vedere publicat, autoritatea contractantă recunoaşte că nu a intenţionat publicarea măsurilor de remediere în termenul legal, deci că a urmărit încălcarea legii, inclusiv a principiilor, iar, prin suspendarea procedurii de atribuire pentru motivele invocate: volumul solicitărilor de clarificări primite de autoritatea contractantă până în prezent" (prin urmare, clarificări, nu notificarea vizată), autoritatea contractantă a adoptat următoarele măsuri: „Suspendarea temporară a procedurii de atribuire în scopul formulării răspunsurilor de clarificare care se impun, în conformitate cu art. 161 din Legea nr. 98/2016".

Deci autoritatea contractantă, prin suspendarea procedurii urmăreşte suspendarea tuturor termenelor procedurale aplicabile autorităţii, dar nu recunoaşte un tratament similar operatorilor economici interesaţi de procedură.

În aceste condiţii, prin suspendarea în modalitatea descrisă anterior, în mod voluntar, a procedurii de atribuire, se produce o recunoaştere a faptului că autoritatea contractantă şi-a creat, în mod artificial, condiţii pentru nerespectarea de către ea a termenelor procedurale şi crearea unei situaţii prin care aduce atingere, cu intenţie şi în mod vădit, atât a drepturilor şi intereselor legitime ale operatorilor economici, încălcând mai ales principiile transparenţei şi nediscriminării şi denaturând concurenţa, cât şi a scopului achiziţiei publice, care ar trebui realizată în condiţii de eficienţă economică şi socială, întrucât ar însemna că, de fapt, fie nu doreşte să atribuie acest acord-cadru, fie doreşte să o facă în circumstanţe care nu respectă prevederile normative în vigoare.

Suspendarea are efecte *erga omnes*, neoperând doar în favoarea unei singure părţi, cu atât mai mult cu cât partea respectivă este cea care a decis suspendarea, acest element reprezentând un evident abuz de drept care nu poate fi permis sau tolerat.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă, prin susţinerile sale în cazul tardivităţii contestaţiei şi suspendării procedurii, încalcă principiul de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, invocând în apărarea sa propria vină (neadoptarea măsurilor de remediere în termen, suspendarea procedurii în condiţiile în care s-a făcut, motivarea suspendării tocmai pentru a nu risca depăşirea anumitor termene procedurale etc.).

De asemenea, contestatorul atrage atenţia asupra faptului că, deşi Legea nr. 101/2016 nu cuprinde o dispoziţie expresă cu privire la efectele suspendării procedurii decise de autoritatea contractantă, potrivit art. 68 Legea nr. 101/2016 se completează în mod corespunzător cu Legea contenciosului administrativ, Codul civil şi Codul de procedură civilă.

Codul de procedură civilă cuprinde dispoziţii referitoare la suspendare (de ex., „Suspendarea procesului", art. 411 şi următoarele). În ceea ce priveşte efectele suspendării în dreptul procesual civil, contestatorul citează din „Drept procesual civil", BOROI, Gabriel, STANCU, Mirela, Ediţia a 4-a, revizuită şi adăugită, Editura Hamangiu, ..., 2017, pag. 573: „Prin încheierea de suspendare a judecăţii, instanţa nu se dezinvesteşte de soluţionarea cauzei, însă procesul rămâne în nelucrare şi orice act de procedură efectuat în timpul suspendării judecăţii (cu excepţia cererii de redeschidere a judecăţii) este lovit de nulitate relativă [...] Suspendarea judecăţii are un efect general, în sensul că operează în bloc, faţă de toate părţile din proces, indiferent de calitatea acestora [...] apariţia unei cauze de suspendare a judecăţii [...] are drept consecinţă suspendarea totală a judecăţii, având în vedere că procesul constituie un tot unitar".
Prin urmare, suspendarea are efecte erga omnes, faţă de toţi cei implicaţi, operând în bloc, pentru întreaga procedură de atribuire, iar, ca urmare a suspendării procedurii de atribuire dispuse din oficiu de autoritatea contractantă în data de ....., aceasta operează cu privire la efectele tuturor actelor şi măsurilor adoptate de autoritatea contractantă (de exemplu, efectele publicării măsurilor de remediere în data de 02.04..... - deci în timpul în care procedura este suspendată - se produc doar din momentul ridicării măsurii suspendării).
În consecinţă, contestatorul solicită Consiliului să constate faptul că de la publicarea de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere (în 02.04.....), curge termenul de contestare de 10 zile, ultima zi a acestuia fiind ....., dată la care s-a trimis contestaţia, deci în termen.

Având în vedere cele antemenţionate, contestatorul solicită respingerea excepţiei tardivităţii contestaţiei şi soluţionarea contestaţiei pe fond.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 17319/02.05....., contestatorul face următoarele menţiuni, pe fond, cu privire la punctul de vedere nr. 690 emis de autoritatea contractantă la data de 23.04.....:
1. Referitor la punctul 2 din punctul de vedere privind criticile îndreptate împotriva Măsurii nr. 1 dispusă prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04.....

Contestatorul reaminteste solicitarea adresată de societatea sa Consiliului prin intermediul contestaţiei depuse:

„obligarea autorităţii contractante la publicarea informaţiilor referitoare menţionarea participanţilor (inclusiv a eventualilor operatori economici care au participat, în calitate de consultanţi, adică de furnizori de servicii de achiziţie în înţelesul art. 3 alin. (1) lit. x) din Legea nr. 98/2016, din partea autorităţi contractante), a persoanelor, atât fizice, cât şi juridice, care au participat la discuţiile/grupurile de lucru/întâlnirile individuale/vizitele la faţa locului, precum şi a oricărui factor interesat care a fost invitat să ia parte la consultări pentru a oferi credibilitate şi influenţă evenimentului/întâlnirilor, precum şi a măsurilor luate de Autoritatea Contractantă pentru respectarea prevederilor legislaţiei în domeniu achiziţiilor în ceea ce priveşte acordarea unei atenţii speciale pentru a nu denatura competiţia în cadrul viitoarei proceduri de atribuire şi de a nu încălca principiil; nediscriminării şi transparenţei".

De asemenea, contestatorul reiterează un aspect pe care autoritatea contractantă pare în continuare a nu îl observa: societatea sa nu a solicitat niciodată îndeplinirea unor prevederi cuprinse în Ghidul achiziţiilor publice, ci îndeplinirea obligaţiilor legale, aşa cum rezultă din art. 19 alin. (5) din HG nr. 395/2016 coroborat cu prevederile art. 139 şi 140 şi cu cele privind evitarea conflictului de interese (art. 58 - 63) din Legea nr. 98/2016. În continuare, contestatorul invocă prevederile art. 58, art. 139, art. 140 din Legea nr. 98/2016, art. 18 si art. 19 din HG nr. 395/2016.

Ca o măsură de prevenire (sau de combatere, după caz) a unui (potenţial) conflict de interese, în vederea evitării denaturării concurenţei şi a asigurării tratamentului egal pentru toţi operatorii economici, contestatorul arată că a solicitat publicarea respectivelor documente şi informaţii.

Contestatorul constată, însă, că autoritatea contractantă evită în mod intenţionat să asigure transparenţa procedurii, prin publicarea informaţiilor solicitate de societatea sa.

Având în vedere că autoritatea contractantă a anunţat că au fost înregistrate sesiunile de consultare a pieţei, contestatorul nu înţelege raţiunea pentru autoritatea contractantă refuză cu obstinaţie publicarea informaţiile antemenţionate, mai ales în contextul în care ar trebui să fie direct interesată de evitarea eventualelor conflicte de interese ce pot apărea în cadru prezentei proceduri de atribuire din cauză, de exemplu, a furnizorilor de servicii de achiziţie în înţelesul art. 3 alin. (1) lit. x) din Legea nr. 98/2016, din partea autorităţii contractante.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă în loc să respecte obligaţiile normative care îi incumbă, preferă să facă acuzaţii tendenţioase la adresa societăţii sale, aşa cum se poate observa la pag. 14 pct. (35) ultimul paragraf.

Urmând logica autorităţii contractante, contestatorul consideră că, probabil, aceasta serveşte, de fapt, interesele unui operator economic, eventual furnizor de servicii de achiziţie, a cărui identitate sau a cărui implicare în procesul de consultare a pieţei şi în cadrul prezentei proceduri de atribuire nu doreşte să le aducă la cunoştinţă tuturor operatorilor economici interesaţi, denaturând, în acest fel, în mod grav, concurenţa care ar trebui să fie liberă şi loială şi încălcând flagrant principiile achiziţiilor publice şi scopul acestora.

Contestatorul precizează că „Ghidului achiziţiilor publice", elaborat şi publicat de ANAP, care poate fi consultat la adresa web https://www.achizitiipublice.gov.ro/home, reprezintă punctul de vedere oficial al autorităţii care are atribuţii legale în acest sens, nefiind vorba despre o entitate oarecare care a dorit să îşi facă ştiută părerea sa cu privire la acest subiect, ci singura autoritate din România care are, prin legislaţie, acest drept şi obligaţie în acelaşi timp (conform OUG nr. 13/2015, respectiv HG nr. 634/2015).

În acest sens, contestatorul citează din HG nr. 634/2015:

„Funcţii şi atribuţii

Art. 3

(1) în vederea realizării obiectivului său de activitate, ANAP îndeplineşte următoarele funcţii:

f) de asigurare a suportului operaţional pentru autorităţile contractante, prin implementarea unor instrumente dedicate în vederea diseminării, inclusiv prin mijloace informatice a bunelor practici aferente derulării procesului de achiziţie publică.

(3) în realizarea funcţiilor sale, ANAP are, în principal, următoarele atribuţii:

i) elaborează documente standard, formulare şi modele-cadru, ghiduri, manuale şi alte instrumente operaţionale cu rol de suport în aplicarea corectă şi unitară a legislaţiei în domeniul achiziţiilor publice şi asigură diseminarea acestora".

Contestatorul menţionează că autoritatea contractantă preferă să se cantoneze într-o zonă pur formalistă, denaturând adevărul, şi susţinând, în mod eronat, că societatea sa ar fi solicita: respectarea „Ghidului achiziţiilor publice" publicat de ANAP când, de fapt, s-a solicitat: îndeplinirea obligaţiilor prevăzute de Legea nr. 98/2016 şi HG nr. 395/2016, în special art. 19 alin. (5) din HG nr. 395/2016, prin raportare la art. 139 şi 140, respectiv art. 58-63 din Legea nr. 98/2016. În vederea respectării de către autoritatea contractantă a acestor obligaţii legale care îi incumbă, contestatorul arată că a venit în întâmpinarea acesteia, indicându-i, întrucât părea că autoritatea contractantă nu era la curent cu aspectul respectiv, că ANAP indicase în ghidul menţionat anterior care era, din punctul său de vedere (un punct de vedere oficial, în conformitate cu dispoziţiile OUG nr. 13/2015, respectiv HG nr. 634/2015).

https://www.achizitiipublice.gov.ro/Contestatorul nu poate să observe însă dubla măsură cu care operează autoritatea contractantă. Astfel, în documentul intitulat „Raspuns_Notificare_..._FIN", publicat în SEAP la data 22.03....., prin care a răspuns, în termenul precizat la art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, la notificarea prealabilă a societăţii sale, la pag. 4-5, autoritatea a invocat în sprijinul punctului de vedere pe care îl adoptase tocmai dispoziţii fără caracter obligatoriu (dar prezentate ca literă de lege) al aceluiaşi ANAP, de la aceeaşi adresă web: https://www.achizitiipublice.gov.ro/, pe care acum le critică atât de vehement, susţinând că nu au, practic, nicio valoare:

„În ceea ce priveşte solicitarea dvs. de a elimina cerinţa referitoare la semnătura autentică de către titular a declaraţiilor de disponibilitate, facem precizarea că o asemenea cerinţă nu poate fi considerată restrictivă, în acest sens fiind şi opinia A.N.A.P. ce poate fi consultată la adresa web https://www.achizitiipublice.gov.ro/questions/view/69 unde se fac următoarele precizări: „Speţa 300..."

Contestatorul precizează că nu este interesat de respectarea de către autoritatea contractantă a une anumite forme sau a completării unui anumit formular, şi nici nu a cerut acest lucru, ci de prezentarea informaţiilor prin care se asigură respectarea de către autoritate a obligaţiilor legale care sunt prevăzute în sarcina sa, şi anume a art. 19 alin. (5) din HG nr. 395/2016, prin raportare la art. 139 şi 140, respectiv art. 58-63 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatorul precizează că, prin documentele publicate ca anexă în cadrul Măsurilor de remediere nr. 2, autoritatea contractantă nu se conformează acestor obligaţii legale. Autoritate contractantă, probabil pentru a bifa, din punct de vedere formal, faptul că a transmis documente în acest sens, a pus la dispoziţia operatorilor economici, prin intermediul Anexei H la Măsurile de remediere nr. 2, un document pe care îl publicase deja în SEAP, ca solicitare pentru consultarea pieţei nr. 2, document menţionat de societatea sa în notificarea adresată autorităţii, deci pe care îl cunoştea deja, şi care nu răspunde la solicitările societăţii sale.

Contestatorul arată că acesta este motivul pentru care solicită în continuare: *„obligarea autorităţii contractante la publicarea informaţiilor referitoare la menţionarea participanţilor (inclusiv a eventualilor operatori economici care au participat, în calitate de consultanţi, adică de furnizori de servicii de achiziţie în înţelesul art. 3 alin. (1) lit. x) din Legea nr. 98/2016, din partea autorităţii contractante), a persoanelor, atât fizice, cât şi juridice, care au participat la discuţiile/grupurile de lucru/întâlnirile individuale/vizitele la faţa locului, precum şi a oricărui factor interesat care a fost invitat să ia parte la consultări pentru a oferi credibilitate şi influenţă evenimentului/întâlnirilor, precum şi a măsurilor luate de autoritatea contractantă pentru respectarea prevederilor legislaţiei în domeniul achiziţiilor în ceea ce priveşte acordarea unei atenţii speciale pentru a nu denatura, competiţia în cadrul viitoarei proceduri de atribuire şi de a nu încălca principiile nediscriminării şi transparenţei*".

II. Referitor la punctul 3 din punctul de vedere privind criticile îndreptate împotriva Măsurii nr. 3 dispusă prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04.....

În această privinţă, contestatorul solicită Consiliului să constate că, prin Măsurile de remediere nr. 2, adoptate prin Adresa nr. 1/1413/VT/23.04....., publicate de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 23.04....., aceasta nu răspunde decât parţial solicitării societăţii sale, care a fost, în primul rând, „anularea măsurii de remediere nr. 3", şi, în al doilea rând „precizarea clară a situaţiei existente şi a cerinţelor justificate în mod obiectiv pe care ar trebui să le îndeplinească operatorii economici interesaţi de participarea la această procedură".

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă nu a anulat măsura de remediere nr. 3 şi nici nu a precizat clar situaţia existentă, ci doar a eliminat menţiunile prin care se solicită ca personalul inclus în echipa de proiect să dispună certificări privind accesul la informaţii clasificate.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu doar că nu a anulat măsura de remediere nr. 3, ci a persistat în atitudinea sa lipsită de transparenţă, refuzând să furnizeze informaţiile solicitate *„precizarea clară a situaţiei existente şi a cerinţelor justificate în mod obiectiv pe care ar trebui să le îndeplinească operatorii economici interesaţi de participarea la această procedură".*

Mai mult decât atât, contestatorul menţionează că prin răspunsul dat în cadrul Măsurilor de remediere nr. 2 se adânceşte neclaritatea cu privire la situaţia reală existentă în cadrul autorităţii şi la cerinţele pe care fie ofertanţii, fie contractantul urmează să le îndeplinească.

Concret, contestatorul arată că la pag. 4 din Măsurile de remediere nr. 2, după citarea eronată şi trunchiată a cerinţei societăţii sale, autoritatea contractantă face trimitere la primele măsuri de remediere, cele care au şi generat contestaţia depusă, şi precizează faptul că *„Prin Măsura nr. 1 [...] autoritatea contractantă a furnizat informaţii detaliate care, în opinia noastră, fac dovada faptului că, pe parcursul perioadei de derulare a acordului-cadru prestatorul va intra în contact cu informaţii clasificate şi, prin urmare, va trebui să deţină autorizările prevăzute de lege".*

Prin acest răspuns, contestatorul precizează că autoritatea contractantă continuă să inducă în eroare operatorii economici, menţionând, pe de o parte, că, la momentul depunerii ofertelor, nu se solicită îndeplinirea, pentru anumiţi membri ai echipei de proiect, a

cerinţelor referitoare la deţinerea accesului la informaţii clasificate, iar, pe de altă parte, că, în timpul derulării acordului-cadru şi a contractelor subsecvente, prestatorul va trebui să deţină autorizările prevăzute de lege pentru informaţiile clasificate, dar fără a aduce nicio lămurire cu privire la categoria de informaţii clasificate.

Contestatorul reiterează faptul că informaţiile clasificate pot face parte din categoria secretului de serviciu sau din categoria secretului de stat, pentru cea din urmă fiind necesară autorizaţie ORNISS.

În cadrul Măsurilor de remediere nr. 1 se făcea trimitere la faptul că sistemul informatic care face obiectul prezentei proceduri (SIM) gestionează date/informaţii care intră în categoria secretelor de STAT.

Tocmai în lumina acestor menţiuni, contestatorul arată că petitul său a fost: *„solicităm onoratului Consiliu să dispună anularea măsurii de remediere nr. 3, precum şi obligarea autorităţii contractante la precizarea clară a situaţiei existente şi a cerinţelor justificate în mod obiectiv pe care ar trebui să le îndeplinească operatorii economici interesaţi de participarea la această procedură*".

Contestatorul arată că în cadrul Măsurilor de remediere nr. 2, autoritatea contractantă face trimitere la Măsurile de remediere nr. 1 (unde se menţiona categoria secretelor de STAT), dar, de data aceasta, menţionează doar termenul generic „informaţii clasificate", fără a preciza clar dacă este vorba despre secrete de serviciu sau despre secrete de stat.

Mai mult decât atât, dacă ar fi vorba despre secrete de stat, ar însemna că SIN gestionează date/informaţii care intră în categoria secretelor de stat.

În plus, deşi a fost eliminată cerinţa privind personalul referitoare la deţinerea accesului la informaţii clasificate, autoritatea contractantă a menţinut numărul de certificări (în speţă, 3), deşi, prin măsura adoptată, nu se justifică păstrarea acestui număr, ci reducerea sa la 2 (două) certificări (şi anume, cele de natură tehnică avute în vedere de varianta iniţială a caietului de sarcini), cea de treia vizând, acolo unde era solicitată, un domeniu care nu mai face obiectul ofertei ce urmează a fi elaborată de ofertant.

Astfel, contestatorul nu poate să nu observe faptul că autoritatea contractantă a modificat din proprie iniţiativă prevederile caietului de sarcini mărind numărul de certificări tehnice necesare pentru Expertul securitatea informaţiei (loturile 2-5) şi pentru Expertul testare securitate (lotul 5) de la 2 (două) la 3 (trei) fără să motiveze în niciun fel acest demers care, în contextul de faţă, apare ca fiind total nejustificat.

În consecinţă, contestatorul solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă a remediat doar parţial documentaţia de atribuire, menţinând atât numărul de minimum 3 certificări, cât şi ambiguitatea cu privire la tipul de informaţii clasificate (secrete de serviciu sau secrete de stat).

Având în vedere cele expuse anterior, contestatorul îsi menţine solicitarea din cadrul contestaţiei depuse şi solicită Consiliului să dispună anularea măsurii de remediere nr. 3, precum şi obligarea autorităţii contractante la precizarea clară a situaţiei existente şi a cerinţelor

justificate în mod obiectiv pe care ar trebui să le îndeplinească operatorii economici interesaţi de participarea la această procedură.
III. Referitor la punctul 5 din punctul de vedere privind criticile îndreptate împotriva Măsurii nr. 5 lit. d) şi e dispusă prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04.....
În această privinţă, contestatorul solicită Consiliu să constate că prin Măsurile de remedieri nr. 2, adoptate prin Adresa nr. 1/1413/VT/23.04....., publicate de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 23.04....., aceasta nu răspunde decât parţial solicitării societăţii sale, care a fost, în primul rând, „anularea măsurii de remediere nr. 5 lit. d) şi e)", ceea ce nu s-a întâmplat.

Prin neanularea acestei măsuri, se ajunge la descrierea funcţionalităţilor produsului dorit de autoritatea contractantă, dar cu menţinerea specificaţiilor tipice ELO.

Aşadar, contestatorul susţine în continuare anularea măsurii de remediere, întrucât componentele la care face trimitere autoritatea contractantă individualizează explicit produsul ELO şi anulează posibilitatea operatorilor economici de a înlocui soluţia ELO. Documentaţia publicată prin Măsurile de remediere nr. 2 ar fi fost suficientă (conţinând specificaţiile soluţiei implementare) pentru stabilirea echivalenţei dintre soluţia existentă şi o soluţie bazată pe un alt produs software, dar prin menţinerea măsurii de remediere iniţiale (nr. 5 d), autoritatea păstrează printre cerinţele de echivalare funcţii specifice produsului ELO (făcând trimitere, pentru echivalare, la componente (nu funcţionalităţi) ale ELO - componente care nu pot fi găsite la niciun alt produs software de pe piaţă, fiind proprii ELO).
Aşadar, deşi, prin Măsurile de remediere nr. 2 publicate sub nr. 1/1413/VT/23.04....., autoritatea a furnizat documentele (specificaţii, scenarii testare, etc.) care s-ar fi impus a fi furnizate odată cu publicarea documentaţiei de atribuire (fapt ce nu s-a întâmplat nici în urma notificării prealabile transmise de societatea sa şi nici prin adoptarea măsurilor de remediere nr. 1), prin prezentele măsuri de remediere nu a fost anulată măsura de remediere nr. 5 lit. d) şi e), publicate sub nr. 1/1144/VT/02.04....., unde autoritatea a comunicat drept „specificaţii" pentru o soluţie echivalentă cu ELO componente software ale produsului

de bază ELO, precum AdminConsole, Elodm, ELO OCR Text Reader, ELO XML Importer, etc.

d) Referitor la solicitarea de a „preciza funcţionalităţile ce trebuie avute în vedere pentru echivalarea cu alt produs similar" vă prezentăm specificaţiile tehnice care vor trebui avute în vedere pentru determinarea echivalenţei între cele două produse, după cum urmează:

Mediu Dezvoltare	- *Java 1.6* - *NET 4.0*
Componente	*Componente Java:* - *AdminConsole* - *Am-eloam* - *As-SIM* - *Dm-SIM* - *Ft- SIM* - *Ig-SIM* - *Ix-SIM* - *Tr-SIM* *Componente NET:* - *Elodm* - *Elodm-Webform Instance* - *EloIntegrationServices* *Windows Services:* - *ELO OCR Text Reader* - *ELO XML Importer* - *ELORuleChecker*
Server aplicaţie	- *Tomcat 6* - *MS7*

Contestatorul precizează că prin toate aceste trimiteri făcute de autoritatea contractantă către componente ale produsului ELO (chiar dacă unele dintre acestea au denumiri particularizate, precum Dm-SIM, Ix-SIM, etc.) drept specificaţii pentru echivalarea cu alt produs de document management în vederea înlocuirii ELO, autoritatea contractantă nu face decât să întărească ideea că nu doreşte (şi nici nu acceptă) înlocuirea produsului ELO, deoarece fiecare produs software este, în sine, unicat.

Mai exact, autoritatea doreşte a lăsa impresia că această competiţie este deschisă tuturor operatorilor economici, însă, în realitate, prin modul în care a redactat documentaţia de atribuire şi, ulterior, a ales să răspundă la notificarea prealabilă şi la contestaţia depusă, a limitat competiţia, în mod artificial şi nelegal, doar la operatorii care pot implementa ELO (parteneri ELO), principalul avantajat fiind chiar operatorul economic care a implementat acest sistem.

În aceste condiţii, în cazul în care nu se va anula măsura de remediere nr. 5 lit. d) şi e) publicată sub nr. 1/1144/VT/02.04....., precum şi orice alte trimiteri ulterioare către componente ale produsului ELO din descrierea specificaţiilor pentru o soluţie echivalentă cu ELO, rezultatul măsurii de remediere nr. 2 publicată sub nr. 1/1413/VT/23.04..... devine nul din perspectiva nerestricţionării competiţiei, întrucât, prin coroborarea celor două măsuri, autoritatea elimină în continuare posibilitatea de înlocuire a produsului ELO.

Totodată, contestatorul arată că din măsura de remediere nr. 2 publicată sub nr. 1/1413/VT/23.04....., rezultă un volum foarte mare de particularizări/adaptări/dezvoltări care trebuie aplicate în cazul înlocuirii produsului ELO, însă autoritatea contractantă a limitat (aşa cum a arătat şi în contestaţie) durata de implementare a noii soluţii la doar 60 de zile calendaristice de la data semnării contractului subsecvent (conform caietului de sarcini), ceea ce evidenţiază încă o data că au fost introduse în mod intenţionat cerinţe restrictive referitoare la ELO pentru a favoriza anumiţi operatori economici.

Considerăm că, în lumina ultimelor măsuri de remediere publicate, un termen rezonabil pentru opţiunea de înlocuire a produsului ar fi între 90 şi 120 de zile.

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să constate că solicitarea sa nu a rămas deloc fără obiect.

Prin adresa nr. 752/07.05..... înregistrată la Consiliu sub nr. 18178/07.05....., autoritate contractantă formulează concluzii scrise ca urmare a răspunsurilor nr. 70/27.04..... şi FN/30.04..... formulate de ..... SRL.

În raport cu cele afirmate de contestator prin adresele antemenţionate, autoritatea contractantă îşi menţine deciziile adoptate până în prezent iar suplimentar, înţelege să menţioneze şi următoarele:

I. <u>Contestaţia se impune a fi respinsă ca fiind tardiv formulată</u>

Prin punctul de vedere nr. 690/23.04....., autoritatea contractantă arată că a solicitat respingerea contestaţiei formulată de ..... pe cale de excepţie, întrucât aceasta a fost transmisă peste termenul legal stabilit prin dispoziţiile art. 8 alin. (1) lit. a) coroborate cu cele ale art. 8 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016.

În schimb, ... apreciază că a respectat termenul prescris de lege pentru formularea contestaţiei, întrucât aceasta a fost transmisă în termen de 10 zile calculat începând cu data de 02.04..... (data publicării măsurilor de remediere în SEAP).

Cu privire la acest aspect facem, autoritatea precizează că, prin dispoziţiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, legiuitorul stabileşte exclusiv <u>durata termenului</u> în care persoana vătămată are dreptul de a formula contestaţie împotriva modului în care autoritatea contractantă

înţelege să adopte măsurile de remediere la care s-a angajat ca urmare a unei notificări prealabile.

În schimb, prin dispoziţiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, legiuitorul stabileşte explicit şi limitativ modul în care se procedează la calculul termenului de contestare.

Aşadar, în ipoteza în care autoritatea contractantă formulează un răspuns la notificarea prealabilă în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere, orice critică împotriva modului de implementare a măsurilor de remediere (măsuri adoptate şi, cu atât mai mult, măsuri neadoptate în termenul prescris de lege), trebuie formulată în termen de 10 zile calculat începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, adică începând cu ziua următoare expirării termenului în care autoritatea contractantă trebuia să implementeze efectiv măsurile de remediere.

Or, aşa cum a mai arătat, ca urmare a notificării prealabile, în data de 22.03……. autoritatea contractantă a comunicat contestatorului faptul că va dispune măsuri de remediere parţiale cu privire la aspectele puse în discuţie rezultând astfel că, ultima zi a termenului prevăzut la art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 se împlinea în data de 29.03……., iar începând din data ……. începea să curgă şi termenul pentru formularea contestaţiei.

În schimb, contrar dispoziţiilor legale, ... a formulat contestaţia într-un termen de 10 zile calculat de la data publicării măsurilor de remediere în SEAP (02.04.....) şi nu de la momentul prevăzut la art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea susţine că de niciunde din cadrul legislaţiei nu transpare concluzia contestatorului potrivit căreia, în ipoteza în care autoritatea contractantă publică măsurile de remediere cu depăşirea termenului de 7 zile prevăzut la art. 6 alin. (5), atunci termenul de formulare a contestaţiei s-ar calcula începând cu data publicării măsurilor de remediere.

În fapt, prin Legea nr. 101/2016 este stabilit explicit modul de calcul al termenelor atât pentru formularea notificărilor prealabile, cât şi pentru formularea contestaţiilor.

Astfel, potrivit art. 6 alin. (1) şi (3) din Legea nr. 101/2016, termenul pentru formularea unei notificări prealabile se calculează:

- fie începând cu data luării, la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal;

- fie, începând cu data publicării în SEAP a documentaţiei de atribuire atunci când notificarea vizează conţinutul acesteia.

Similar, prin dispoziţiile art. 8 alin. (2) din legea nr. 101/2016 legiuitorul a înţeles să determine modul de calcul al termenului în care poate fi transmisă o contestaţie, în funcţie de toate cele trei acţiuni/inacţiuni care ar putea fi întreprinse de autoritatea contractantă ca urmare a notificării prealabile, respectiv:

- transmiterea unui răspuns în termen de 3 zile de la primirea notificării prealabile prin care autoritatea contractantă aduce la cunoştinţa persoanei vătămate că nu va adopta măsuri de remediere;

- transmiterea unui răspuns peste termenul de 3 zile calculat de la primirea notificării prealabile prin care autoritatea contractantă aduce la cunoştinţa persoanei vătămate că nu va adopta măsuri de remediere;

- implementarea defectuoasă sau neimplementarea în termen a măsurilor de remediere la care s-a angajat.

Mai mult, se constată că modul de calcul al termenului prevăzut la art. 8 alin. (2) lit. c) urmează acelaşi principiu ca modul de calcul al termenului prevăzut la art. 8 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Mai precis, potrivit art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă trebuie să informeze persoana vătămată în termen de 3 zile de la data primii notificării prealabile dacă intenţionează sau nu să dispună măsuri de remediere. În ipoteza în care, autoritatea contractantă transmite un răspuns în sensul că nu va adopta măsuri de remediere însă cu depăşirea termenului de 3 zile prevăzut la art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, legiuitorul stabileşte prin dispoziţiile art. 8 alin. (2) lit. b) că termenul de formulare a contestaţiei se calculează începând cu ziua următoare expirării termenului de 3 zile în care trebuia transmis răspunsul şi nu începând cu ziua următoare transmiterii răspunsului dacă acesta a fost formulat peste termenul de 3 zile.

Prin urmare, la momentul împlinirii termenului de 7 zile contestatorul suferise o vătămare prezumată absolut de legiuitor prin faptul că autoritatea contractantă nu a dispus măsurile de remediere iar termenul de formulare a contestaţiei a început să curgă încă de la acel moment.

Pe de altă parte, prin adoptarea măsurilor de remediere şi publicarea acestora peste termenul de 7 zile prevăzut de legiuitor s-au produs următoarele efecte în raport cu situaţia contestatorului:

- Prin dispunerea unor măsuri de remediere care au fost acceptate de către contestator, vătămarea provocată de lipsa dispunerii unor măsuri de remediere în termenul de maximum 7 zile a încetat şi, prin urmare, ... nu mai avea calitatea de persoană vătămată motiv pentru care nici nu a mai formulat contestaţie cu privire la aspectele remediate.
- În schimb, prin dispunerea unor măsuri de remediere care nu au fost acceptate de către contestator şi care fac chiar obiectul contestaţiei rezultă că vătămarea provocată de lipsa dispunerii unor măsuri de remediere în termenul de maximum 7 zile s-a perpetuat iar ..... avea în continuare calitatea de persoană vătămată sub acest aspect.

Pe cale de consecinţă, împrejurarea că autoritatea contractantă a publicat măsurile de remediere după termenul de 7 zile prevăzut de lege nu este de natură să atragă şi prorogarea termenului de formulare a contestaţiei care începuse să curgă încă de la momentul la care autoritatea contractantă trebuia să adopte măsurile de remediere conform art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, autoritatea arată că potrivit dispoziţiilor art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016 invocate de contestator: *„Prin excepţie de la prevederile alin. (1) .şi (10), orice persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit alin. (5) poate depune contestaţie în faţa Consiliului sau instanţei fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă*".

Prin urmare, de vreme ce însuşi legiuitorul face trimitere în cadrul normei antemenţionate (de care înţelege să se prevaleze contestatorul în argumentaţia sa) în mod explicit la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit dispoziţiilor art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 - şi anume acele măsuri de remediere pentru care autoritatea contractantă are la dispoziţie un termen de 7 zile pentru implementarea efectivă a acestora - rezultă fără echivoc că, se prezumă în mod absolut că actul vătămător al autorităţii contractante considerat nelegal pe care contestatorul trebuia să îl atace reprezintă exact lipsa adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere în termenul prescris.

Faptul că autoritatea contractantă a publicat între timp măsurile de remediere (cu o anumită întârziere faţă de termenul mai sus menţionat), iar contestatorul s-a declarat nemulţumit de o parte dintre acestea nu este de natură să îl exonereze pe acesta sub nicio formă de obligativitatea de a fi formulat contestaţia în termenele clar prescrise de legiuitor, mai cu seamă legislaţia în vigoare nu conţine nicio reglementare în sensul argumentaţiei contestatorului.

În acest context, autoritatea menţionează că soluţia de interpretare propusă de către contestator nu are nici o acoperire legală, scop în care a susţinut că demersul litigios se impune a fi respins ca fiind tardiv formulat.

Pe de altă parte, pentru a crea impresia temeiniciei demersului său, autoritatea arată că societatea contestatoare îşi întemeiază contestaţia pe dispoziţiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, omiţând însă cu bună ştiinţă să observe şi să aducă în discuţie faptul că, prin sintagma prevăzută la alin. (2) din cadrul normei antemenţionate este precizat fără echivoc că: „(2) *Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:...”*

Astfel, prin dispoziţiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, legiuitorul stabileşte cadrul de îndeplinire a condiţiilor obligatorii pentru calculul termenului prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a), scop în care este statuat în mod explicit că momentul de la care începe să curgă termenul de contestare îl reprezintă ziua următoare a expirării termenului de 7 zile în care autoritatea trebuia să implementeze efectiv măsurile de remediere. Autoritatea arată că acesta este şi motivul pentru care, în cadrul contestaţiei, ... a alocat un spaţiu important pentru a demonstra Consiliului că acţiunea autorităţii contractante de a „suspenda" procedura

de atribuire ar fi atras implicit şi suspendarea termenului prevăzut de lege pentru formularea contestaţiei.

Or, sub acest aspect autoritatea precizează că a arătat inclusiv prin referire la o practică bine conturată a instanţelor de judecată că suspendarea procedurii de atribuire nu afectează termenele de formulare a contestaţiilor.

Pe cale de consecinţă, autoritatea solicită Consiliului să procedeze la respingerea contestaţiei ca fiind tardiv formulată, în conformitate cu dispoziţiile art. 8 alin. (1) lit. a) coroborate cu cele ale art. 8 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016.

2. Cererea contestarului de a publica o serie de informaţii referitoare la procesele de consultare a pieţei derulate anterior se impune a fi respinsă ca nefondată.

Autoritatea arată că, prin intermediul adresei F.N./30.04....., ... se lansează într-o serie de acuzaţii la adresa autorităţii contractante, apreciind că aceasta ascunde în mod nelegal identitatea persoanelor care au participat la procesele de consultare a pieţei şi insinuează că autoritatea ar servi interesele unui operator economic, exemplificând în acest sens furnizorii de servicii de achiziţie în înţelesul dispoziţiilor art. 3 lit. x) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la acest aspect, se impun a fi reţinute următoarele aspecte:

- Autoritatea contractantă a asigurat publicarea informaţiilor referitoare la operatorii economici care au participat la consultări, ca parte a obligativităţii acesteia de a publica rezultatul procesului de consultare a pieţei, după cum rezultă din aplicarea dispoziţiilor art. 19 alin. (5) din HG nr. 395/2016.
- În aplicarea aceluiaşi temei, autoritatea contractantă a dat publicităţii materialul din Anexa nr. 7 la punctul de vedere al ... conţinând sumarul celor două procese de consultare a pieţei, inclusiv invitaţiile adresate operatorilor economici care au depus oferte preliminare.

Aceste documente conţin inventarul problemelor discutate cu respectivii operatori economici, formulate sub formă de întrebări *(*Anexa 7 şi Anexele aceasta numerotate sub nr. 1.10, 1.15) şi care au rezultat ca fiind utile pentru autoritatea contractantă a fi clarificate, după ce aceasta a realizat o analiză comparativă a ofertelor preliminare primite.

- După cum se poate observa din cadrul documentelor antemenţionate, problemele discutate au fost împărţite în două categorii (fiecare operator economic primind din partea autorităţii contractante o solicitare similară):

o aspecte care derivă din oferta preliminară a fiecărui operator economic participant la consultări;

o aspecte care derivă din opiniile, sugestiile sau recomandările primite de autoritatea contractantă din partea altor participanţi la consultări.

Prin urmare, discuţiile purtate pe baza materialelor scrise de la operatorii economici au respectat întru-totul principiul tratamentului egal şi al nediscriminării, iar prin raportare la principiul transparenţei, autoritatea a furnizat aceste informaţii pentru oricare operator economic care ar putea fi interesat de participarea la procedură, inclusiv contestatorul.

- Mai mult, după cum rezultă chiar din preambulul documentului intitulat "INSTRUCŢIUNI CĂTRE OPERATORII INTERESAŢI DE PARTICIPAREA LA CONSULTAREA PIEŢEI - Modul de prezentare a ofertei preliminare" (Anexa 7 la punctul de vedere al autorităţii contractante şi Anexa la aceasta numerotată sub nr. 1.13), autoritatea contractantă a explicitat în mod extensiv raţiunile pentru care a considerat că rezultatul primei consultări a pieţei derulată de aceasta este neconcludent.

Fără a mai relua întreaga argumentaţie, se impune a fi reţinut cu precădere că autoritatea contractantă a decis că se impune reluarea procesului de consultare a pieţei, în mod corelativ cu explicitarea cerinţelor, criteriilor, regulilor, precum şi a altor informaţii necesare pentru a asigura operatorilor economici interesaţi de participarea la procedură o informare completă, corectă şi explicită/precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a viitoarei proceduri de atribuire, întrucât:

o dezvoltatorul sistemului SIM reprezentant de entităţile asocierii formate din "..." pot deţine un avantaj competitiv în raport eu orice alt operator economic (în condiţiile în care respectivele entităţi sunt familiarizate cu toate detaliile funcţionale/operaţionale ale sistemului în discuţie);

o autoritatea contractantă doreşte în mod vădit şi pronunţat promovarea unei concurenţe reale între operatorii economici.

Autoritatea arată că cele de mai sus sunt susţinute în mod neechivoc de informaţiile furnizate la pct. 4 din documentul antemenţionat, din a căror simplă lecturare rezultă că principala grijă a autorităţii contractante a fost aceea de a obţine în urma consultărilor date şi documente certe în sensul:

o indicării acelor informaţii considerate insuficiente/incomplete pentru a permite ofertarea anumitor produse/servicii, respectiv a informaţiilor considerate necesare pentru a permite o ofertare competitivă, în deplină cunoştinţă de cauză;

o furnizării eventualelor detalii tehnice pentru optimizarea conţinutului caietului de sarcini;

- indicării acelor cerinţe considerate ca având în continuare un caracter potenţial restrictiv.

În aceeaşi tonalitate, autoritatea contractantă precizează că a formulat un număr de 10 întrebări punctuale, iar simpla trecere în revistă a acestora denotă un comportament mai mult decât transparent din partea autorităţii contractante în raport cu problemele reale cu care se confruntă aceasta pentru a putea identifica şi înlătura orice cerinţă/criteriu/prevedere din cadrul caietului de sarcini care ar fi putut conduce la o împiedicare, restrângere sau denaturare a concurenţei.

- De altfel, autoritatea precizează că nimeni nu se opunea participării ..... la cele două consultări ale pieţei iniţiate de autoritatea contractantă dacă acesta avea într-adevăr vreun interes personal pe marginea procedurii de atribuire iniţiate de autoritatea contractantă, altul decât unul evident şicanator şi consumator de resurse însemnate pentru autoritate.

Cu atât mai puţin, nimeni nu se opunea contestatoruluii să procedeze la analiza detaliată a acestor documente şi la formularea eventualelor observaţii care se impun, eventual sub forma solicitărilor de clarificare.

De altfel, autoritatea contractantă precizează că şi-a manifestat buna credinţă achiesând practic la majoritatea criticilor acestuia prin faptul că a dispus măsurile de remediere considerate necesare deşi, aşa cum a arătat şi prin punctul de vedere, opinia sa este în sensul că ..... a formulat o contestaţie tardivă.

- Pe de altă parte, autoritatea menţionează că societatea contestatoare insistă într-o anumită direcţie - şi anume precizarea identităţii participanţilor la consultări - persoane fizice, ceea ce denotă un interes ascuns al acesteia pe care nu poate să nu îl remarce şi nici să îl înţeleagă în condiţiile în care:

- Aşa cum a arătat la pct. 35 din punctul de vedere transmis ca urmare a primirii contestaţiei, autoritatea a asigurat publicarea informaţiilor relevante antemenţionate, mai puţin a acelor informaţii care sunt exceptate de la accesul liber, în temeiul prevederilor art. 12 lit. c) şi d) din cadrul Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informaţiile de interes public, cu modificările şi completările ulterioare, respectiv:

(i) acele informaţii privind activităţile comerciale sau financiare, dacă publicitatea acestora aduce atingere dreptului de proprietate intelectuală ori industrială, precum şi principiului concurenţei loiale, potrivit legii (cum ar fi conţinutul propunerilor tehnice si economice ale participanţilor la consultări);

(ii) informaţiile cu privire la datele personale, potrivit legii (cum ar fi date care pot servi la identificarea persoanelor fizice participante la consultări potrivit prevederilor legii nr. 677/2001 pentru protecţia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date).

- Potrivit prevederilor art. 3 lit. a) din Legea nr. 677/2001, prin date cu caracter personal se înţelege: *„orice informaţii referitoare la o persoană fizică identificată sau identificabilă, o persoană identificabilă este acea persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în mod particular prin referire la un număr de identificare ori la unul sau la mai mulţi factori specifici identităţii sale fizice, fiziologice, psihice, economice, culturale sau sociale".*
- Totodată, prin dispoziţiile art. 3 lit. b) din actul normativ menţionat, prin prelucrarea datelor cu caracter personal se înţelege: "*orice operaţiune sau set de operaţiuni care se efectuează asupra datelor cu caracter personal, prin mijloace automate sau neautomate, cum ar fi colectarea, înregistrarea, organizarea, stocarea, adaptarea ori modificarea, extragerea, consultarea, utilizarea, dezvăluirea către terţi prin transmitere, diseminare sau în orice alt mod, alăturarea ori combinarea, blocarea, ştergerea sau distrugerea”.*
- Prin urmare, în contextul în care dispoziţiile art. 5 alin. (1) din Legea 677/2001 se opun prelucrărilor datelor cu caracter personal fără consimţământul expres şi neechivoc al persoanelor vizate, autoritatea precizează că a declinat cererea contestatorului, fundamentându-şi poziţia procesuală în baza dispoziţiilor art. 12 lit. d) din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informaţiile de interes public, după cum a arătat anterior.

Autoritatea arată că în această categorie intră reprezentanţii - persoane fizice participante la discuţii din partea: autorităţii contractante, operatorii economici care au fost invitaţi la aceste discuţii şi reprezentanţii furnizorului de servicii auxiliare achiziţiei, alte persoane fizice identificate sau identificabile care au fost prezente marginal (cum ar fi personal tesa, etc).

- Finalmente, datele de identificare ale persoanelor cu putere de reprezentare din partea furnizorului de servicii auxiliare achiziţiei de sprijinul căruia beneficiază ... în raport cu prezenta procedură de atribuire sunt publice în conformitate cu prevederile legale aplicabile care impun o atare măsură, acestea putând fi regăsite în cadrul fişei de date a achiziţiei la Secţiunea III.2.1.a) - *"Situaţia personală a candidatului sau ofertantului*", Nota 2.

Întrucât autoritatea contractantă nu a formulat o cerere către respectivul furnizor privind persoane care vor fi implicate din partea acestuia în procesul de evaluare a ofertelor în calitate de experţi cooptaţi (acest demers având de altfel un caracter prematur în actuala fază a

procedurii de atribuire) după cum rezultă din aplicarea prevederilor art. 126 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, la acest moment nu există informaţii privind alte persoane fizice din partea furnizorului auxiliar de servicii care să deţină calitatea de a fi "implicaţi în procedură”.

Astfel, autoritatea contractantă este beneficiara unei relaţii contractuale cu furnizorul de servicii auxiliare, iar comunicarea dintre aceasta şi respectivul furnizor, precum şi drepturile şi obligaţiile părţilor sunt reglementate prin contractul încheiat între acestea.

Prin urmare, criticile contestatoarei potrivit cărora autoritatea contractantă ar încerca să ascundă identitatea eventualilor furnizori de servicii auxiliare care au participat la consultările de piaţă nu au niciun fundament în condiţiile în care, chiar în fişa de date a achiziţiei a fost indicat reprezentantul legal al furnizorului de servicii auxiliare care acordă sprijin autorităţii pentru derularea procedurii de atribuire şi, mai mult, în aceeaşi fisă de date a achiziţiei, la secţiunea VI.3) "Alte informaţii” autoritatea contractantă a precizat fără echivoc că:

„Prin anunţurile nr. MC0007409 si nr. MC0009389 publicate în S.E.A.P. au fost iniţiale si derulate două consultări de piaţa ce au avut ca obiect:

a) analiza caietului de sarcini de către operatorii economici ce activează în domeniul de activitate aferent acordului-cadru;

b) formularea unor eventuale solicitări de clarificări cu privire la cerinţele caietului de sarcini;

c) formularea unor oferte de preţ preliminare pentru serviciile si produsele ce fac obiectul achiziţiei;

d) formularea unor observaţii cu privire la conţinutul caietul de sarcini în vederea optimizării acestuia".

De altfel, autoritatea nu înţelege inclusiv persistenţa contestatorului în a solicita furnizarea unor informaţii referitoare la persoanele juridice participante la procesul de consultare a pieţei în contextul în care, în documentele publicate în SEAP cu privire la rezultatul proceselor de consultare a pieţei au fost incluse informaţii cu privire la toţi operatorii economici participanţi precum şi la cei care au fost invitaţi la discuţiile cu autoritatea contractantă dar nu au participat la acestea.

Cu privire la cele arătate mai sus şi în totală contradicţie cu cererile formulate atât prin notificarea prealabilă cât şi prin contestaţie, autoritatea

arată că ..... afirmă că, în fapt, nu ar fi solicitat autorităţii contractante să publice un Raport de consultare a pieţei în forma prevăzută prin „Ghidul achiziţiilor publice", ci ar fi solicitat doar respectarea obligaţiilor legale prevăzute la de art. 19 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, prin raportare la art. 139, 140, 58-63 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea reiterează în acest sens că, încă din prima pagină a Ghidului mai sus menţionat, rezultă fără echivoc că, conţinutul acestuia este expresia unui instrument de orientare şi suport pentru autorităţile contractante "fără caracter obligatoriu'' şi, ca atare, schimbarea opticii şi a strategiei procesuale a contestatorului la acest moment impune atragerea măsurii respingerii contestaţiei ca nefondată.

Totodată, autoritatea arată că demersul şicanator al contestatorului este vădit inclusiv prin raportare la împrejurarea că acesta critică în mod fals împrejurarea potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi operat cu o "dublă măsură" în raport cu cererile acestuia şi apărările formulate de autoritate, în contextul în care:

- *https://www.achizitiipublice.gov.ro*Prin documentul intitulat "Răspuns Notificare_..._FIN", publicat în SEAP la data de 22.03..... "... a invocat în sprijinul punctului de vedere pe care îl adoptase tocmai dispoziţii fără caracter obligatoriu (dar prezentate ca literă de lege) ale aceluiaşi ANAP, de la aceeaşi adresă de web: https://www.achizitiipublice.gov.ro, pe care acum le critică atât de vehement, susţinând că nu au practic, nicio valoare".

- Cu privire la acest aspect, autoritatea îi recomandă contestatorului, ca înainte de a iniţia un demers litigios nefondat, să se documenteze cu privire la prevederile legale aplicabile.

Procedând în acest sens, va descoperi că instituţia ANAP ale căror funcţii şi atribuţii sunt într-adevăr reglementate prin prevederile HG nr. 643/2015, cu modificările şi completările ulterioare, emite si publică "interpretări ale legislaţiei din domeniu" în conformitate cu dispoziţiile art. 2 din Ordinul Preşedintelui ANAP nr. 121/2017 privind acordarea de consiliere metodologică, după cum urmează:

"(1) *În vederea asigurării unui cadru unitar de aplicare a prevederilor legislative precizate la art. 1, interpretările se realizează prin următoarele mijloace:*

a) publicarea lor, în termen de 7 zile lucrătoare, în secţiunea specifică din "Biblioteca de speţe/întrebări frecvente" de pe pagina de internet a ANAP si în instrumentul online accesibil la adresa www.achizitiipublice.gov.ro, *prin colectarea, inventarierea aspectelor semnalate către ANAP, precum şi a răspunsurilor/punctelor de vedere din activitatea curentă şi selectarea acestora pe tematici de interes [...]* ";

- Concluzionând, deşi Ghidul achiziţiilor publice nu are caracter obligatoriu, aşa cum a arătat mai sus, autoritatea arată că în mod voit contestatorul face o confuzie între informaţiile cuprinse în secţiunea propriu-zisă "Ghid", ca instrument distinct disponibil la adresa de internet mai sus menţionată şi instrumentul on-line "Interactivitate” respectiv "Biblioteca de spete/întrebări frecvente" disponibil la aceeaşi adresă, cu diferenţa că acest din urmă instrument are un conţinut reglementat prin efectul unui act normativ în vigoare, aşa cum a arătat mai sus.

În sensul celor de mai sus, autoritatea arată că afirmaţiile contestatorului din cadrul răspunsului F.N./30.04..... sunt false inclusiv sub următoarele două aspecte:

- În primul rând, contestatorul a solicitat autorităţii în mod explicit, atât prin notificarea prealabilă cât şi prin contestaţie, să publice Raportul privind consultarea pieţei, în conformitate cu modelul pus la dispoziţie de ANAP prin „Ghidul achiziţiilor publice".

În acest sens, autoritatea învederează faptul că la pag. 5 din notificarea prealabilă, contestatorul face următoarea solicitare:

„Având în vedere cele menţionate anterior, solicităm autorităţii contractante publicarea în SEAP a raportului privind consultarea pieţei, cu respectarea dispoziţiilor legale aplicabile, în conformitate cu modelul pus la dispoziţie de ANAP (anexat prezentei), unde să se prezinte cel puţin următoarele elemente: [...]".

Similar, la pag. 10 din contestaţie, contestatorul afirmă că: *„[...] Autoritatea contractantă nu a publicat* în *SEAP toate informaţiile cu respectarea dispoziţiilor legale aplicabile, în conformitate cu modelul pus la dispoziţie de ANAP: [...] "*

- În cel de-al doilea rând, autoritatea contractantă susţine că a respectat toate dispoziţiile legale care stabilesc în sarcina acesteia obligaţia de a pune la dispoziţia operatorilor economici informaţii în legătură cu procesul de derulare a pieţei.

Mai precis, o primă obligaţie care incumbă autorităţii sub acest aspect este cea prevăzută de art. 19 alin. (5) din H.G. nr. 305/2016 şi priveşte publicarea în SEAP a rezultatului de consultare a pieţei.

După cum se poate observa, norma legală nici măcar nu face vorbire despre publicarea unui Raport privind consultarea pieţei, ci doar de publicarea unui „rezultat" al procesului de consultare a pieţei.

Astfel, în documentul intitulat „SUMARUL PROCESELOR DE CONSULTARE A PIEŢEI derulate la nivelul ... cu privire la necesarul de achiziţii privind Sistemul Informatic de Mediu", la pag. 1-2, s-au făcut menţiuni detaliate cu privire la „rezultatul" primului proces de consultare a pieţei şi s-a concluzionat că „rezultatul acestui proces a fost considerat neconcludent pentru a permite iniţierea unei proceduri pentru atribuirea contractului vizat", aşa cum a explicitat mai sus.

De aceea, a fost organizat un al doilea proces de consultare a pieţei care a avut drept „rezultat" forma finală a caietului de sarcini ataşat anunţului de participare nr. ...../08.03.2017, stabilirea valorii estimate şi realizarea unei împărţiri judicioase în mai multe loturi a achiziţiei.
Toate aceste informaţii sunt cunoscute de operatorii economici interesaţi prin accesul nerestricţionat la caietul de sarcini în baza căruia se desfăşoară procedura de atribuire şi prin consultarea documentului intitulat „SUMARUL PROCESELOR DE CONSULTARE A PIEŢEI derulate la nivelul ... cu privire la necesarul de achiziţii privind Sistemul Informatic de Mediu" publicat în SEAP sub forma unei Anexe la adresa nr. 1/1144/VT/02.04.....

Autoritatea arată că o a doua obligaţie de informare a operatorilor economici este cea prevăzută la art. 140 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care instituie obligaţia autorităţii de a comunica către operatorii economici interesaţi de participarea la procedura acele „informaţii relevante" care au fost transmise operatorilor economici participanţi la procesele de derulare a pieţei.

În acest sens, autoritatea contractantă menţionează că a precizat de mai multe ori faptul că informaţiile relevante care au fost transmise operatorilor economici participanţi la procesele de consultare a pieţei sunt reprezentate de:

- Document iniţial: Caietul de sarcini ataşat anunţului de consultare a pieţei nr. MC0007409/26.06.2017 publicat în SEAP având ca obiect "Achiziţie de dezvoltări software pentru subsistemele (integrate de mediu)";

- Document revizuit ca urmare a procesului de consultare a pieţei mai sus menţionat: Caietul de sarcini ataşat anunţului de consultare a pieţei nr. MC0009389/2.1.09.2017 publicat în SEAP având ca obiect "Dezvoltări software pentru subsistemele integrate, upgrade-uri şi întreţinerea infrastructurii hardware şi software, asistenţă şi suport tehnic pentru SISTEMUL INFORMATIC INTEGRAT DE MEDIU"'.

Mai mult, autoritatea contractantă a asigurat publicarea inclusiv a adreselor prin care aceasta a solicitat informaţii suplimentare operatorilor economici şi, prin urmare, toate „informaţiile relevante" au fost publicate în SEAP putând fi consultate de orice alt operator economic interesat (în special de către cei care nu au manifestat interesul de a participa la procesele de consultare a pieţei, cum este cazul contestatorului).

Totodată, în aplicarea prevederilor art. 140 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a menţionat în cadrul documentului ce cuprinde informaţii referitoare la rezultatul consultărilor de piaţă şi următoarele:

„[...] În acest scop, autoritatea contractantă a utilizat şi a implementat opiniile, sugestiile sau recomandările primite din partea operatorilor economici interesaţi în vederea finalizării etapei de planificare/pregătire a achiziţiei şi a iniţierii etapei de organizare a procedurii de atribuire, cu precizarea că nu au fost utilizate sau implementate acele opinii, sugestii sau recomandări despre care s-a apreciat că:

- pot avea ca efect denaturarea concurenţei si/sau încălcarea principiilor nediscriminării si transparentei; şi/sau

- nu sunt de natură să asigure satisfacerea necesităţilor obiective şi constrângerilor de natură tehnică, financiară şi/sau contractuală care caracterizează nevoia autorităţii contractante în raport cu care se organizează consultarea".

Aşadar, autoritatea contractantă precizează că şi-a îndeplinit pe deplin obligaţia de a fi luat toate măsurile necesare pentru a se asigura că participarea operatorilor economici la procesele de consultare a pieţei nu vor avea ca efect denaturarea concurenţei în cadrul procedurii de atribuire, iar cererea contestatorului este lipsită de obiect.

Faţă de argumentele prezentate anterior, se poate lesne observa şi concluziona că autoritatea contractantă s-a achitat de toate obligaţiile legale de informare care-i incumbă ca urmare a proceselor de consultare a pieţei.

Cu deplina ignorare a acestor eforturi, autoritatea arată că societatea contestatoare doreşte să cunoască şi informaţii referitoare la: *„menţionarea participanţilor (inclusiv eventualilor operatori economici care au participat, în calitate de consultanţi, adică de furnizori de servicii de achiziţie în înţelesul art. 3 alin. (1) lit. x) din Legea nr. 98/2016, din partea autorităţii contractante), a persoanelor, atât fizice cât si juridice, care au participat la discuţiile/grupurile de lucru/întâlnirile individuale/vizitele la faţa locului, precum şi a oricărui factor interesat care a fost invitat să ia parte la consultări pentru a oferi credibilitate şi influenţă evenimentului/întâlnirilor*”, invocând că a solicitat publicarea acestor informaţii ca: "*o măsură de prevenire (sau de combatere, după caz) a unui (potenţial) conflict de interese, în vederea evitării denaturării concurenţei şi a asigurării tratamentului egal pentru toţi operatorii economici".*

Fără a mai relua întreaga argumentaţie de mai sus, autoritatea respinge în mod ferm orice sugestii ale contestatorului sub acest aspect, pe care le consideră neavenite si precizează că nu este atributul acestuia de a preveni/verifica/combate potenţialele conflicte de interese, ci al autorităţii contractante, aceasta având obligaţia de a elimina rezultatele dintr-o atare împrejurare "*adoptând potrivit competenţelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor*

care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităţilor care au legătură cu acestea”, după cum rezultă în mod explicit din dispoziţiile art. 1 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016.

Astfel, pe baza informaţiilor furnizate de autoritatea contractantă în cadrul fişei de date, contestatorul se află în posesia tuturor datelor şi documentelor necesare care să îi permită acestuia elaborarea unei oferte care să nu fie de natură să conducă la concluzia că ar putea da naştere unei situaţii potenţial generatoare de conflicte de interese, astfel cum sunt acestea exemplificate prin dispoziţiile art. 60 din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, autoritatea menţionează că, odată depuse ofertele în cadrul procedurii de atribuire, cadrul normativ în vigoare instituie obligaţii clare în sarcina autorităţii contractante în ceea ce priveşte verificarea situaţiilor potenţial generatoare de conflicte de interese, precum şi denumirea şi datele de identificare ale ofertantului/candidatului/subcontractantului/terţului susţinător.

În continuare, în situaţia în care contestatorul ar avea cunoştinţă de vreo situaţie potenţial generatoare de conflicte de interese, acesta poate sesiza autorităţii contractante respectivele situaţii încă din această fază sau, după caz, se poate adresa organelor abilitate cu cercetarea unor asemenea situaţii în loc să se lanseze într-o serie de critici şi atacuri lipsite de orice fundament.

Autoritatea învederează contestatorului şi solicită Consiliului să reţină că proba incumbă reclamantului după cum rezultă din dictonul latin "*actori incumbit probalio*" şi că, la acest moment:

- niciunde în legislaţia achiziţiilor publice nu se face referire la obligaţia autorităţii contractante de a pune la dispoziţia operatorilor economici informaţii precum cele care fac obiectul criticilor contestatorului, iar în aceste condiţii nici nu se poate reţine că autoritatea contractantă ar fi încălcat o dispoziţie legală;

- în contextul în care contestatorul nu a făcut dovada vreunei situaţii potenţial generatoare de conflicte de interese, criticile sale nu reprezintă altceva decât pure speculaţii, al căror unic rol este acela de a pune într-o lumină nefavorabilă demersurile autorităţii contractante care au fost de natură să asigure deplina respectarea a prevederilor legale în vigoare;

- câtă vreme scopul formulării unei notificări prealabile/contestaţii este tocmai acela de a constrânge autoritatea contractantă să procedeze la remedierea unei încălcări a legislaţiei, iar o asemenea încălcare nu a fost probată, contestaţia se impune a fi respinsă ca nefondată.

Nu în ultimul rând, având în vedere cadrul derogatoriu instituit prin dispoziţiile Legii nr. 544/2001 şi ale Legii nr. 677/2001, autoritatea contractantă are obligaţia de a furniza informaţii cu privire la persoanele fizice implicate în procedura de atribuire doar în situaţia în care legea în materia achiziţiilor publice instituie norme speciale în acest sens, cum ar fi spre exemplu în cazul obligaţiilor stabilite prin art. 21 alin. (1), (5) şi (6) din HG nr. 395/2016.

Or, câtă vreme asemenea norme nu operează în raport cu solicitările contestatorului, în mod temeinic şi legal autoritatea contractantă a procedat la respingerea unor asemenea cereri în temeiul dispoziţiilor actelor normative antemenţionate care reglementează, pe de o parte

întinderea şi, respectiv, limitele liberului acces la informaţiile de interes public, iar pe de alta stabilesc cadrul de protecţie al persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date.

În măsura în care o asemenea normă specială nu există (iar contestatorul nu a făcut dovada că ar exista), rezultă că orice solicitare a unor informaţii cu privire „persoanele fizice" se va analiza prin raportare la dispoziţiile art. 3 lit. a) - b) şi 5 alin. (1) din Legea nr. 677/2001, coroborate cu cele ale art. 12 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 544/2001 potrivit cărora:

„Art. 12 – (1) Se exceptează de la accesul liber al cetăţenilor, prevăzut la art. 1 şi, respectiv, la art. 111, următoarele informaţii;

[...]

d) informaţiile cu privire la datele personale, potrivit legii; [...]".

Aşadar, autoritatea contractantă nici măcar nu are dreptul de a răspunde cererii contestatorului în sensul nominalizării persoanelor fizice participante la consultările de piaţă.

Pe cale de consecinţă, autoritatea solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă a pus la dispoziţia operatorilor economici toate informaţiile referitoare la procesele de consultare a pieţei derulate pe care avea obligaţia să le comunice şi să respingă criticile contestatorului ca nefondate.

3. Referitor la punctul II din răspunsul formulat în data de 30.04..... de către .....

Prin răspunsul formulat în data de 30.04..... la punctul de vedere, autoritatea arată că societatea contestatoare reiterează solicitarea sa în sensul anulării măsurii nr. 3 din cadrul adresei nr. 1/1144/VT/02.04..... precum şi „precizarea clară a situaţiei existente şi a cerinţelor justificate în mod obiectiv pe care ar trebui să le îndeplinească operatorii economici interesaţi de participarea la această procedură".

În fapt, criticile vizează acele cerinţe ale caietului de sarcini prin care s-a solicitat ofertanţilor să includă în echipa de proiect o serie de experţi care să deţină certificări privind accesul la informaţii clasificate. Pe de altă parte, în cadrul documentaţiei de atribuire nu este stabilită nicio altă obligaţie referitoare la elaborarea ofertei sau la prestarea serviciilor cu referire la domeniul informaţiilor clasificate.

În acest sens, prin notificarea prealabilă contestatorul a solicitat următoarele:

„Aşadar, în cazul experţilor pentru care se solicită certificări relevante privind accesul la informaţii clasificate [Cap. 7.3.2.2. Echipa de proiect - profilul experţilor cheie (pentru LOTUL 2), 9) Expert securitatea informaţiei; Cap. 7.3.2.3. Echipa de proiect - profilul experţilor cheie (pentru LOTUL 3), 11) Expert securitatea informaţiei; Cap. 7.3.2.4. Echipa de proiect - profilul experţilor cheie (pentru LOTUL 4), 4) Expert securitatea informaţiei şi 5) Expert testare securitate], solicităm autorităţii contractante:

- fie să precizeze la ce tip de informaţii clasificate se face trimitere în documentaţia de atribuire (de ex. nivel de secretizare), în ce context va intra în contact echipa Prestatorului cu aceste informaţii clasificate, în ce măsură aceste informaţii vor trebui să fie gestionate corespunzător, inclusiv la sediile Prestatorului, de ce este necesară demararea procedurilor de obţinere a autorizării înainte de atribuirea contractului, cu precizarea clară a faptului că momentul la care operatorul economic trebuie să facă dovada existenţei acestora este înainte de semnarea acordului-cadru, iar nu momentul depunerii ofertelor sau a oricărei solicitări în acest sens adresate de autoritatea contractantă în timpul evaluării ofertelor, aceste aspecte fiind extrem de importante pentru posibilitatea operatorilor economici de a-şi elabora oferta si de a iniţia procedurile corespunzătoare pentru îndeplinirea cerinţelor minime, în caz contrar neexistând suficiente informaţii cuprinse în documentele achiziţiei pe baza cărora să se poată elabora, din punct de vedere tehnic şi financiar, oferta;

*- fie să renunţe la această cerinţă, întrucât, din documentele achiziţiei, nu reiese necesitatea menţinerii acest*ora".

Aşadar, prin notificarea prealabilă contestatorul a solicitat autorităţii:

- fie să furnizeze informaţii edificatoare din conţinutul cărora să rezulte natura informaţiilor clasificate pentru a determina tipul certificării care trebuie deţinută de expert;

- fie să renunţe la cerinţele referitoare la prezentarea certificărilor privind informaţiile clasificate.

Prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04..... autoritatea arată că a publicat Măsura nr. 3 prin care a furnizat informaţii detaliate referitoare la tipul informaţiilor clasificate cu care prestatorul va intra în contact precum şi contextul în care va lua cunoştinţă de acestea.

Mai precis, la pct. j) aferent Măsurii nr. 3, s-au făcut următoarele precizări:

„Totodată, având în vedere faptul că proiectul supus prezentei proceduri a fost clasificat ca având un nivel de risc mare, în condiţiile în care:

- Există un efect server sau catastrofic la nivelul unei organizaţii sau a persoanelor în urma pierderii confidenţialităţii, integrităţii sau disponibilităţii informaţiilor gestionate de sistemele informatice propuse:

- SIM vehiculează o serie de informaţii clasificate, dintre care unele încadrate la nivel "secret",

- SIM este interoperabil cu sistemele altor instituţii care, de asemenea, vehiculează asemenea informaţii, dintre care enumerăm Ministerul Dezvoltării Regionale, Administraţiei Publice şi Fondurilor Europene; Ministerul Mediului în calitate de Autoritate Competentă a României şi ..... ca instituţie mandatată au adoptat o Declaraţie Unificată de Angajament în ceea ce priveşte aspectele de securitate pentru sistemul REACH-IT din cadrul Agenţiei Europene de Chimicale (ECHA).

REACH-IT este o aplicaţie gestionată de ECHA ce cuprinde atât informaţii confidenţiale cât şi informaţii secrete. Fiecare stat membru al UE dispune de o conexiune securizată de acces la aplicaţia REACH-IT conexiune efectuată prin reţeaua de comunicaţii ... care administrează toate sistemele informatice deţinute de .... Responsabilitatea accesului securizat la informaţia REACH-IT prin reţeaua proprie de comunicaţii revine fiecărui stat membru iar ... trebuie să asigure nivelul de securitate recomandat de ECHA pentru accesul la reţeaua sa informatică.

Prin urmare, sunt aplicabile prevederile art. 17 lit. n) din Legea nr. 182/2002 potrivit cărora:

„Art. 17 - În categoria informaţiilor secrete de stat sunt cuprinse informaţiile care reprezintă sau care se referă la:

[...]

n) relaţiile şi activităţile externe ale statului român, care, potrivit legii, nu sunt destinate publicităţii, precum şi informaţiile altor state sau organizaţii internaţionale, faţă de care, prin tratate ori înţelegeri internaţionale, statul român şi-a asumat obligaţia de protecţie".

Aşadar, autoritatea contractantă a dat curs primei cereri a contestatorului din notificarea prealabilă şi a furnizat detalii cu privire la informaţiile clasificate de care acesta va lua cunoştinţă pe parcursul execuţiei contractului.

Totodată, autoritatea a precizat că nu se vor elimina cerinţele privind obligaţia prezentării unor documente care atestă capacitatea experţilor incluşi în echipa de proiect de a lua cunoştinţă de informaţii clasificate.

Cu toate acestea, prin criticile formulate în cadrul contestaţiei 64/....., ... a apreciat că informaţiile puse la dispoziţie de autoritatea contractantă nu sunt edificatoare pentru a se putea concluziona că ofertantul va intra în contact cu informaţii clasificate sens în care a formulat următoarele solicitări: „anularea măsurii nr. 3, precum

şi obligarea autorităţii contractante la precizarea clară a situaţiei existente şi a cerinţelor justificate în mod obiectiv pe care ar trebui să le îndeplinească operatorii economici interesaţi de participarea la această procedură".

Cu alte cuvinte, ... s-a declarat nemulţumit de starea de fapt precizată de autoritatea contractantă care a condus la formularea cerinţei privind prezentarea unei certificări care să ateste „accesul la informaţii clasificate" pentru următorii experţi:

- Expert securitatea informaţiei (ESI), solicitat în cadrul loturilor 2, 3 şi 4;
- Expert testare securitate (ETS), solicitat în cadrul lotului nr. 4.

Procedând la analiza argumentelor contestatorului şi având în vedere că singurele cerinţe din caietul de sarcini în legătură cu criticile formulate vizau prezentarea certificării privind accesul la informaţii clasificate, prin decizia nr. 1/1413/VT/23.04..... (măsura nr. 1 din anexa la această decizie), autoritatea a dispus următoarea măsură de remediere:

"[...] autoritatea contractantă va proceda la eliminarea tuturor menţiunilor prin care se solicită ca personalul indus în echipa de proiect să dispună de certificări privind accesul la informaţii clasificate [...] "

şi a specificat fără echivoc că, cerinţele caietului de sarcini se modifică după cum urmează pentru experţii solicitaţi:

În loc de: "[...]

Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu (dintre care una va fi privind accesul la informaţii clasificate)".

Se va citi:

[...]

Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu".

În consecinţă, prin măsura nr. 1 din decizia nr. 1/1413/VT/23.04....., autoritatea contractantă a dat curs celei de-a doua cereri a contestatorului din notificarea prealabilă în sensul renunţării la cerinţele din cadrul caietului de sarcini referitoare la prezentarea certificărilor privind informaţiile clasificate.

Efectul implicit al acestei măsuri este rămânerea fără obiect a criticilor formulate în contestaţie, în contextul în care vătămarea suferită de contestator care face obiectul notificării prealabile a fost înlăturată de către autoritatea contractantă.

Cu alte cuvinte, solicitarea contestatorului în sensul de a se anula măsura nr. 3 *„precum şi obligarea autorităţii contractante la precizarea clară a situaţiei existente şi a cerinţelor justificate în mod obiectiv pe care ar trebui să le îndeplinească operatorii economici interesaţi de participarea la această procedură*" se impune a fi respinsă ca rămasă fară obiect.

Concluzionând, autoritatea contractantă nu identifică care sunt acele efecte ale Măsurii nr. 3 din decizia nr. 1/1144/VT/02.04..... care în viziunea coutestatorului continuă să-i producă acestuia o vătămare, în condiţiile în care autoritatea contractantă a înlăturat integral cerinţele referitoare la prezentarea unei certificări privind accesul experţilor menţionaţi la informaţii clasificate care au stat la baza formulării notificării prealabile.

În acest context, autoritatea nu poate înţelege raţiunea pentru care contestatorul persistă în a solicita Consiliului obligarea autorităţii contractante la *„precizarea clară a situaţiei existente şi a cerinţelor justificate în mod obiectiv pe care ar trebui să le îndeplinească operatorii economici interesaţi de participarea la această procedură*".

Prin urmare, de vreme ce nu există vreo obligaţie stipulată în caietul de sarcini cu referire la domeniul informaţiilor clasificate, autoritatea nu înţelege care este obiectul cererii cootestatorului, mai ales că acesta utilizează sintagme caracterizate de un înalt grad de generalitate deşi, rigurozitatea unei proceduri administrativ-jurisdicţionale atrage după sine şi individualizarea/particularizarea concretă a cererilor adresate Consiliului. Mai mult, raportat la modul defectuos în care a fost formulată cererea, autoritatea consideră că prin Măsura nr. 3 decizia nr. 1/1144/VT/02.04..... a prezentat în mod detaliat care sunt acele informaţii relevante care au condus la formularea unei atare cerinţe în primul rând, pe baza cărora rezultă situaţia existentă la nivelul autorităţii cu referire la domeniul informaţiilor clasificate.

Pe de altă parte, câtă vreme efectele acestei măsuri au fost înlăturate prin Măsura nr. 1 din decizia nr. 1/1413/VT/23.04....., autoritatea consideră că cererile contestatorului sunt rămase fără obiect.

În sensul celor de mai sus, autoritatea opinează că societatea contestatoare induce o falsă interpretare asupra Măsurii nr. 2 (în mod eronat numerotată de contestator, în fapt fiind vorba de Măsura nr. 1 din decizia nr. 1/11413/VT/23.04.....) în sensul că, întrucât autoritatea a precizat că „pe parcursul perioadei de derulare a acordului-cadru prestatorul va intra în contact cu informaţii clasificate si, prin urmare, va trebui să deţină autorizările necesare", atunci ar rezulta că operatorii economici vor fi legaţi în continuare de îndeplinirea unei asemenea cerinţe, deşi strict în scopul prezentării ofertei, cerinţa în discuţie a fost eliminată.

Cu privire la acest aspect se impune a fi reţinut că raţiunea autorităţii contractante pentru menţiunea de mai sus a fost aceea de a sublinia că, deşi în lumina informaţiilor furnizate prin Măsura nr. 3 din decizia nr. 1/VT/1144/02.04..... a considerat că cerinţa privind certificarea privind accesul la informaţii clasificate a fost deplin justificată prin raportare la natura, obiectul şi complexitatea acordului-cadru pentru loturile 2-4, date

fiind criticile contestatorului a decis eliminarea cerinţei în discuţie şi, implicit, a efectelor create de o asemenea cerinţă.
Pe cale de consecinţă, orice critică pe marginea acestei situaţii nu reprezintă altceva decât rodul imaginaţiei contestatorului şi denotă un efort disperat al acestuia de a împiedica cu orice preţ derularea procedurii de atribuire în condiţii de normalitate, fapt de o hilaritate ieşită din comun câtă vreme autoritatea contractantă a dat curs cererilor ....., astfel cum au fost formulate prin notificarea prealabilă, document care stabileşte cadrul procesual aplicabil contestaţiei sale şi care nu poate fi modificat după bunul plac al acesteia pe parcursul derulării procedurii litigioase supusă dezbaterilor în faţa Consiliului.
Autoritatea arată că de neînţeles este şi faptul că ..... nu se limitează la aceste cereri în condiţiile în care, în mod suplimentar acestora, prin răspunsul la punctul de vedere a procedat la modificarea cadrului procesual stabilit prin faptul că, atât capetele de cerere din cadrul notificării prealabile, cât şi cele din contestaţie, au fost modificate în mod grosolan prin intermediul următorului artificiu:

„...Astfel nu putem să nu observăm faptul că autoritatea contractantă a modificat din proprie iniţiativă prevederile caietului de sarcini mărind numărul de certificări tehnice necesare pentru Expertul securitatea informaţiei (loturile 2-5) şi pentru Expertul testare securitate (lotul 5) de la 2 (două) la 3 (trei) fără să motiveze în nici un fel acest demers care, în contextul de faţă, apare ca total nejustificat.

În consecinţă, rugăm Onoratul Consiliu să constate că autoritatea contractantă a remediat doar parţial documentaţia de atribuire, menţinând numărul de minimum 3 certificări, *cât şi ambiguitatea cu privire la tipul de informaţii clasificate (secrete de serviciu sau secrete de stat)* ".

Cu privire la cele de mai sus, autoritatea învederează Consiliului că:

- Susţinerile contestatorului sunt eronate, întrucât, în fapt, Expertul securitatea informaţiei nu a fost solicitat pentru loturile 2-5 ci doar pentru loturile 2-4, iar Expertul testare securitate nu a fost solicitat pentru lotul 5 ci doar pentru lotul 4.
- Pe calea răspunsului la punctul de vedere al autorităţii contractante, contestatorul a introdus o nouă cerere care nu a mai făcut obiectul vreunei critici până la acest moment, motiv pentru care aceasta se impune a fi respinsă ca tardiv introdusă.

Pe fond, autoritatea precizează că cererea de mai sus a contestatorului în sensul diminuării numărului de certificări de la 3 (trei) la 2 (două) pentru experţii în discuţie este lipsită de temei legal, întrucât numărul de certificări solicitate este obligatoriu conform normelor legale în domeniu.

Astfel, autoritatea arată că potrivit dispoziţiilor art. 8 alin. (3) din HG nr. 941/2011: „(*3) Comisia tehnică are obligaţia diseminării principiilor, direcţiilor strategice şi a criteriilor pe baza cărora vor fi dezvoltate proiectele ce implică soluţii IT&C*".

În temeiul acestor dispoziţii legale, Comisia tehnică a emis un set de cerinţe care sunt precizate fară echivoc în cadrul documentului „Cerinţe minime de securitate pentru proiecte TIC", disponibil la adresa

https://www.comunicaţii.gov.ro//wp-content/uploads/2016/02/security-standards-v2-0-Cerinte-minime.docx (Anexa nr. 1).
Întrucât prezentul proiect a fost clasificat în clasa de risc „Nivel mare", aspect confirmat prin emiterea avizului pozitiv de către Comitetul Tehnico-Economic din cadrul Ministerului Comunicaţiilor şi Societăţii Informaţionale, în conformitate cu dispoziţiile art. 4 din HG nr. 941/2013, document înregistrat sub nr. 29/CTE/12.01..... şi care este ataşat documentaţiei de atribuire (Anexa nr. 2), este evident că experţi ce vor ocupa poziţiile solicitate prin documentaţia de atribuire şi care vor face parte din echipa de proiect a prestatorului trebuie să îndeplinească minim următoarele cerinţe, aferente nivelului de risc "Mare" (cerinţele marcate cu roşu de mai jos):

	NIVEL RISC		
	MIC	MEDIU MARE	
Expert securitatea informaţiei			
Studii superioare în domeniul TIC	O	O	O
Experienţă generală în domeniul TIC	3 ani	5 ani	5 ani
Experienţă specifică în domeniul securităţii informaţiei	1 an	3 ani	5 ani

Certificări în domeniu	Una	Două	Trei
Expert testare securitate			
Studii superioare în domeniul TIC	0	o	0
Experienţă generală în domeniul TIC	3 ani	5 ani	5 ani
Experienţă specifică în domeniul securităţii informaţiei	1 an	3 ani	5 ani
Certificări în domeniu	Una	Două	Trei

Astfel, după cum se poate observa, experţii propuşi pentru a ocupa poziţiile de „Expert securitatea informaţiei" si „Expert testare securitate" în cadrul unor proiecte clasificate în „nivelul de risc mare” trebuie să deţină minimum trei certificări în domeniu.

Prin urmare, cererea contestatorului de a diminua numărul certificărilor solicitate de la trei la doar două este netemeinică şi nelegală,

iar acceptarea unei atare solicitări (pe lângă aspectele formale mai sus menţionate care atrag respingerea acesteia ca fiind tardiv introdusă) ar fi inclusiv de natură să prejudicieze „Cerinţele minime de securitate pentru proiecte TIC" adoptate de către Comisia tehnică în temeiul dispoziţiilor art. 8 alin. (3) din HG nr. 941/2011 şi care au caracter obligatoriu pentru autoritatea contractantă.

De altfel, autoritatea arată că în cadrul caietului de sarcini, pentru fiecare expert în parte, a făcut precizarea explicită că aceste cerinţe au fost stabilite conform cerinţelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din HG 941/27.11.2013.

Pe cale de consecinţă, autoritatea solicită respingerea criticilor contestatorului ca nefondate.

4. Referitor la punctul III din răspunsul formulat în data de 30.04..... de către ...

Autoritatea arată că societatea contestatoare, pentru a determina echivalenţa produsului pe care intenţionează să îl oferteze cu produsul EL0 Professional Document Management de care dispune autoritatea contractantă, prin intermediul contestaţiei a solicitat punerea la dispoziţie a documentaţiei tehnice referitoare la fluxurile de lucru implementate, tipurile de documente (validările acestora, comportamentul acestora la încărcare, modificare, ştergere, etc.).

Astfel, autoritatea contractantă că prin Măsura nr. 3 din cadrul adresei nr. 1/1413/VT/23.04..... a pus la dispoziţia operatorilor economici un număr de 7 noi fişiere, conţinând:

- structura XML a serviciilor expuse/consumate de subsistemul Document Management după cum urmează: IX Service, ORADBService, Eloservice, Commonservice (serviciul Nomenclatoare comune);

- Schemele bazelor de date existente în cadrul SIM (Oracle şi ELO);

- Documentul intitulat "Sistemul Integrat de Mediu Subsistemul Gestiune electronică a documentelor si fluxurilor de lucru "Versiune 1.2" care reprezintă livrabilul rezultat în urma parcurgerii etapei de analiză şi care a stat la baza implementării soluţiei COTS ELO Professional Document Management aferentă subsistemului de gestiune electronică a documentelor şi fluxurilor de lucru (denumit în continuare "subsistemul DM"), dar şi a dezvoltării componentelor personalizate care au fost implementate în cadrul acestui subsistem.

Deşi contestatorul afirmă că informaţiile puse la dispoziţie sunt relevante pentru a putea stabili echivalenţa între produse, totuşi acesta apreciază că trebuie dispusă şi măsura corelativă a anulării măsurilor de remediere dispuse anterior.

În opinia contestatorului, prin menţinerea Măsurii nr. 5, pct. d) din cadrul adresei nr. 1/1144/VT/02.04..... şi care a avut ca obiect prezentarea specificaţiilor tehnice ale soluţiei ELO existente, practic autoritatea nu ar permite ofertarea unui produs echivalent.

Faţă de cele arătate mai sus, autoritatea nu este de acord cu cele afirmate de contestator pentru următoarele considerente, în mod extensiv explicitate în cadrul Măsurii nr. 3 din decizia nr. 1/1413/23.04..... pe care le sintetizează în cele ce urmează:

- Subsistemul de gestiune electronică a documentelor şi fluxurilor de lucru (denumit în continuare "subsistemul DM") implementat în cadrul SIM are la bază:
  - Soluţia COTS ELO, respectiv ELO Professional Document Management v7, Build: 1.4.0.191, licenţiată pentru numărul 1.000 de utilizatori;
  - Componentele personalizate dezvoltate în mediile Java 1.6 şi .NET 4.0 menţionate la lit. d) din cadrul Măsurii nr. 5 din decizia nr. 1/1144/VT/02.04....., şi anume: AdminConsole, Am-eloam, As-SIM, Dm- SIM, Ft-SIM, lg-SIM, lx-SIM, Tr-SIM, Elodm, Elodm-Webform Instance, EloIntegrationServices.
- În mod evident şi aşa cum a precizat contestatorul, soluţia implementată a fost personalizată pentru ... prin configurarea acesteia şi dezvoltarea componentelor Java şi .NET mai sus menţionate.
- Prin urmare, în plus faţă de soluţia COTS ELO, subsistemul de gestiune electronică a documentelor şi fluxurilor de lucru implementat în cadrul SIM conţine o serie de componente personalizate al căror rol este acela de a permite integrarea acestei soluţii ELO cu următoarele domenii: Portal; Reglementari; Baza de date; GIS; Nomenclatoare comune.
- Integrarea se realizează prin intermediul serviciilor web, care fie sunt expuse către subsistemul DM către alte subsisteme din cadrul SIM sau care sunt consumate de către subsistemul DM şi care provin de la alte subsisteme.

Astfel, în situaţia în care un operator economic doreşte să procedeze la înlocuirea soluţiei COTS ELO Professional Document Management implementată în cadrul SIM (variantă permisă de către autoritatea contractantă potrivit menţiunilor din cadrul caietului de sarcini), atunci acesta are la dispoziţie următoarele variante de lucru:

- Fie ofertează o soluţie COTS care să asigure satisfacerea în mod corespunzător a tuturor cerinţelor autorităţii contractante pe baza cărora se va stabili echivalenţa cu soluţia deja existentă în SIM, respectiv care să îndeplinească funcţionalităţii şi fluxurile de lucru descrise în cadrul Cap. 2-7, precum şi din Anexa nr. 2 din documentul intitulat "Sistemul Integrat de Mediu Subsistemul Gestiune electronică a documentelor si fluxurilor de

lucru" Versiune 1.2", fără a fi necesare dezvoltări personalizate, precum cele mai sus menţionate; sau

- În situaţia în care o asemenea soluţie COTS nu există pe piaţă, atunci operatorul economic va putea opta pentru orice soluţie COTS care suportă realizarea/implementarea dezvoltărilor personalizate care să răspundă necesităţilor ..., scop în care acesta are la dispoziţie următoarele opţiuni:

- Să preia ca atare ("as-is") componentele personalizate dezvoltate în mediile Java şi .NET şi care sunt în prezent integrate în cadrul subsistemului DM implementat în SIM, în condiţiile în care ... este deţinătorul codului sursă al acestora, urmând să pună la dispoziţia ofertantului câştigător acest cod în aplicarea prevederilor Cap. 7.1. din caietului de sarcini: *"[...] Din raţiuni ce ţin de confidenţialitatea şi securitatea funcţionării SIM, codul sursa aferent aplicaţiilor specializate (dezvoltate in cadrul SIM), precum şi orice alte informaţii suplimentare vizând funcţionarea sistemului care nu au fost în prezentul caiet de sarcini vor fi puse la dispoziţia ofertantului declarat câştigător care, în relaţia cu autoritatea contractantă, va fi ţinut de angajamentele de confidenţialitate ce derivă din prezentul caiet de sarcini şi acordul- cadru/contractele subsecvente care vor fi încheiate".*

Mai departe, respectivul operator economic mai trebuie să identifice şi să aplice soluţiile tehnice de integrare ale acestor componente în cadrul noii soluţii COTS ofertate şi, respectiv în cadrul SIM. Un asemenea demers poate fi realizat în mod similar cu soluţia funcţională adoptată în prezent, respectiv implementarea mecanismelor de consumare a datelor ce provin de la alte subsisteme implementate în SIM şi expunerea datelor către alte subsisteme prin intermediul tehnologiei serviciilor vveb, a căror structură a fost furnizată de autoritatea contractantă cu scopul ca operatorii economici interesaţi de participarea la procedură să poată stabili fezabilitatea tehnică a unei asemenea variante în raport cu produsul ofertat.

- În situaţia în care opţiunea de mai sus nu este fezabilă din punct de vedere tehnic, operatorii economici pot proceda la:

  - Fie la modificarea codului sursă a componenţelor personalizate dezvoltate în mediile Java şi .NET şi care sunt în prezent integrate în cadrul subsistemului DM implementat în SIM, astfel încât acestea să răspundă eventualelor cerinţe de integrare cu noua soluţie COTS ofertată; sau

  - Să procedeze la dezvoltarea altor componente personalizate care să îndeplinească funcţionalităţile şi fluxurile de lucru descrise în cadrul Cap. 2 7, precum şi din Anexa nr. 2 din documentul intitulat „Sistemul Integrat de Mediu Subsistemul Gestiune electronică a documentelor si fluxurilor de lucru" Versume 1.2".

În egală măsură şi indiferent de varianta de lucru aleasă de operatorul economic potrivit celor arătate mai sus, autoritatea contractantă a precizat fără echivoc că realizarea acceptantei noii soluţii se va realiza prin verificarea respectării scenariilor de testare menţionate în cadrul Anexei nr. 3 din documentul intitulat "Sistemul Integrat de Mediu Subsistemul Gestiune electronică a documentelor si fluxurilor de lucru" Versiune 1.2".

Faţă de cele arătate mai sus, autoritatea contractantă învederează Consiliului că:

- Susţinerile contestatorului sunt eronate, în fapt acesta făcând o confuzie voită între componentele software personalizate care au fost dezvoltate în cadrul subsistemului de gestiune electronică a documentelor şi fluxurilor de lncru implementat în cadrul SIM al căror rol este acela de a permite integrarea acestei soluţiei COTS ELO cu domeniile SIM mai sus menţionate şi funcţionalităţile ELO.

Această stare de fapt rezultă cu prisosinţă din următoarea afirmaţie: "*COMPONENTE (nu funcţionalităţi) ale ELO - componente care nu pot fi găsite la niciun alt produs software de pe piaţă, fiind proprii ELO)*".

Astfel, în absenţa componentelor software antemenţionate, care nu reprezintă nicidecum funcţionalităţi proprii ale ELO, se impune a fi reţinut nici măcar soluţia COTS ELO nu ar fi putut răspunde necesităţilor autorităţii contractante.

- Autoritatea arată că o altă confuzie voită realizată de contestator şi care este de natură să inducă în eroare o reprezintă menţionarea următoarelor servicii Windows de care dispune soluţia ELO: ELO OCR Text Reader, ELO XML Importer, ELORuleChecker alături de componentele software personalizate mai sus menţionate.

Această stare de fapt rezultă cu prisosinţă din următoarea afirmaţie. în cadrul căreia sunt înşiruite serviciile Windows ELO alături de celelalte componente software: *"[...] ... a comunicat drept "specificaţii" pentru o soluţie echivalentă cu ELO componente software ale produsului de bază ELO, precum AdminConsole, Elodm, ELO OCR Text reader, ELO XML Importer, etc. ".*

În contextul în care majoritatea soluţiilor COTS de document management disponibile pe piaţă fie dispun de asemenea servicii al căror rol este: Optical Character Recognition - OCR; importarea structurilor de date în format XML şi verificarea regulilor de validare definite/configurate în cadrul soluţiei sau, cel puţin, permit adăugarea unor componente de tip "add-ons" pentru a suporta asemenea servicii, contestatorul se limitează la denumirea generică a acestor componente şi servicii care conţin sintagma "ELO" în titulatura lor, ignorând cu bună ştiinţă variantele de integrare a unei eventuale noi soluţii COTS, astfel cum au fost explicitate

mai sus şi care pentru orice companie specializată în domeniul IT&C ar fi trebuit să fie clare precum ”diferența dintre zi și noapte”.

- În loc să adopte o poziţie constructivă faţă de totala deschidere cu care autoritatea contractantă a înţeles să furnizeze informaţiile solicitate de aceasta, contestatorul simulează o neînţelegere a acestor informaţii, ignorând esenţa si anume că ... a precizat în mod clar, precis şi fără echivoc că:

” (...) - Din punctul de vedere al modului în care a fost personalizată soluţia COTS ELO, respectiv a componentelor dezvoltate în cadrul acesteia, acest demers a avut la bază livrabilul rezultat în urma parcurgerii etapei de analiză pentru implementarea sistemului DM, document intitulat "Sistemul Integrat de Mediu Subsistemul Gestiune electronică a documentelor si fluxurilor de lucru "Versiune 1.2", pe care îl ataşează (Anexa nr. G).

În mod similar cu cele arătate mai sus, autoritatea precizează că aceste detalii sunt suficiente pentru a stabili dacă posibilităţile tehnice ale oricărei soluţii/produs similar pe care operatorii economici interesaţi de participarea la procedură ar intenţiona să le propună autorităţii contractante sunt echivalente cu soluţia deja existentă în cadrul SIM, relevante în acest scop fiind informaţiile furnizate la Cap. 2-7, precum şi din Anexa nr. 2 din documentul mai sus menţionat, respectiv (...): ".

Prin urmare, raportarea echivalenţei oricărei soluţii/produs similar ofertat la soluţia existentă nu se va realiza nicidecum arbitrar cum în mod eronat încearcă să sugereze contestatorul, ci se va realiza prin luarea în considerare în mod strict:

- a funcţionalităților si fluxurilor de lucru, astfel cum au fost acestea descrise în cadrul Cap. 2-7, precum şi în Anexa nr. 2 din documentul intitulat "Sistemul Integrat de Mediu Subsistemul Gestiune electronică a documentelor si fluxurilor de lucru „Versiune 1.2";
- precum şi prin luarea în considerare a tuturor detaliilor de integrare furnizate în cadrul Măsurii nr. 3 din decizia nr. 1/1413/VT/23.04.....

Cu privire la acest aspect, autoritatea învederează Consiliului că ..... apreciază aceste informaţii ca fiind necesare şi suficiente pentru elaborarea unei oferte competitive, în contextul în care nu a înţeles să formuleze nicio critică împotriva Măsurii nr. 3 din decizia nr. 1/1413/VT/23.04..... (ci doar împotriva Măsurii nr. 5 lit. d) şi e) din decizia nr. 1/1144/VT/02.04.218).

În acest context nu sunt lipsite de relevanţă şi informaţiile furnizate de către autoritatea contractantă atât în cadrul măsurilor de remediere, cât şi în cadrul punctului de vedere la contestaţie prin care a fost precizat în mod explicit că adoptarea unei eventuale soluţii/decizii de înlocuire a subsistemului DM existent nu s-ar justifica din punct de vedere tehnico-economic dacă:

- costurile de înlocuire (incluzând în acestea costurile de licenţiere, instalare, configurare, migrare date, integrare, testare şi instruire) nu sunt mai mici decât costurile incidente pentru actualizarea suportului producător pentru soluţia existentă;

- soluţia de înlocuire şi instruirea utilizatorilor asupra acesteia nu poate fi realizată/implementată în condiţiile de timp considerate

acceptabile din punctul de vedere al continuităţii activităţii autorităţii contractante, astfel cum au fost acestea precizate în cadrul caietului de sarcini.

Mai mult, autoritatea contractantă menţionează că a explicitat extensiv circumstanţele în care a decis să permită opţiunea înlocuirii subsistemului DM cu o altă soluţie echivalentă, precizând în mod transparent că ... a ajuns în situaţia criticată tocmai datorită lipsei de coerenţă a răspunsurilor furnizate de către dezvoltatorul SIM în cadrul consultărilor de piaţă, comparativ cu datele istorice furnizate de către acesta la cererea autorităţii contractante.

Întrucât un asemenea demers nu poate fi justificat decât de o eventuală tentativă de încărcare în mod nejustificat a costurilor datorate producătorului ELO în oricare dintre cele două variante (respectiv achiziţionarea de licenţe noi sau actualizarea suportului producătorului pentru licenţele existente), autoritatea contractantă a optat inclusiv pentru soluţia alternativă a înlocuirii soluţiei criticate, lăsând la latitudinea operatorilor economici interesaţi de participarea la prezenta procedură să decidă care dintre opţiunile posibile pot fi în beneficiul acesteia, respectiv:

” (...) - fie achiziţionarea unor licenţe noi ELO; sau

- actualizarea suportului tehnic producător pentru licenţele existente (cu eventualele costuri suplimentare pentru realizarea actualizărilor necesare); ori, după caz,

- înlocuirea soluţiei existente pentru subsistemul DM cu o nouă soluţie, pentru care trebuie asigurate în mod corelativ şi serviciile conexe menţionate în cadrul Anexelor 4.26 si 4.27 la caietul de sarcini (instalare, configurare, migrare date, integrare, testare şi instruire)".

În concluzie, autoritatea menţionează că afirmaţia contestatorului potrivit căreia *"[...] ... (...) doreşte a lăsa impresia că aceasta competiţie este deschisă tuturor operatorilor economici, însă în realitate, prin modul în care a redactat documentaţia de atribuire şi, ulterior, a ales să răspundă la notificarea prealabilă şi la contestaţia depusă, a limitat competiţia, în mod artificial şi nelegal, doar la operatorii economici care pot implementa ELO (parteneri ELO), principalul avantajat fiind chiar operatorul economic care a implementat acest sistem*", este total falsă şi lipsită de orice fundament juridic, fără a mai preciza că aceasta este în totală opoziţie cu necesităţile, constrângerile şi obiectivele autorităţii

contractante, astfel cum au fost ele explicitate contestatorului, respectiv prezervarea posibilităţii de a adopta inclusiv soluţia de înlocuire a subsistemului DM existent în eventualitatea în care o atare opţiune s-ar justifica din punct de vedere tehnico-economic, posibilitate justificată în contextul unei incertitudini pronunţate asupra posibilităţilor de păstrare a soluţiei COTS actuale şi a nivelului real al costurilor incidente într-o atare situaţie.

Pe de altă parte, înţelegând că ..... nu este partener ELO, iar acesta ar fi în fapt unicul impediment aflat în calea succesului companiei, autoritatea opinează că nimeni şi nimic nu se opune acesteia să se asocieze/subcontracteze părţi din acordul-cadru către entităţi care comercializează soluţia COTS ELO, dacă în urma analizei cost-beneficiu pe care orice operator economic diligent interesat de participarea la procedură trebuie să o facă pentru a decide propria strategie de ofertare, se va dovedi că:

- soluţia/decizia de înlocuire a subsistemului DM existent nu se justifică din punct de vedere tehnico-economic; si, ca atare,
- o atare opţiune nu va fi în beneficiul autorităţii contractante şi nici nu va crea operatorului economic vreun avantaj competitiv în structurarea propunerii financiare.

Cu privire la acest aspect, autoritatea contractantă precizează că, pe baza informaţiilor în posesia cărora se află la acest moment în urma consultărilor de piaţă desfăşurate, dar şi din solicitările de clarificări primite cu privire la conţinutul documentaţiei de atribuire, în piaţă există cel puţin alte 3 companii care pot furniza în mod cert soluţia COTS ELO (faţă de dezvoltatorul SIM).

Mai mult, autoritatea precizează că niciuna dintre societăţile comerciale care şi-au exprimat intenţia de a participa la lotul nr. 1 prin formularea solicitărilor de clarificări (10 operatori economici) nu au înţeles să procedeze la clarificarea unor aspecte de natura celor criticate de contestator.

Prin urmare, nu poate fi reţinută afirmaţia contestatorului potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi urmărit favorizarea în principal a operatorului economic care a implementat acest sistem în condiţiile în care în piaţă există numeroşi operatori economici care pot furniza actuala soluţie COTS implementată în SIM.

Suplimentar acestor critici, autoritatea contractantă învederează Consiliului împrejurarea că, similar cu cele arătate la pct. 3 de mai sus, contestatorul procedează din nou la schimbarea cadrului procesual prin care a fost învestit Consiliul în vederea soluţionării contestaţiei.

Autoritatea susţine cele de mai sus prin faptul că ..... a formulat pe calea răspunsului la punctul de vedere al autorităţii contractante o nouă cerere constând în modificarea duratei de implementare a noii soluţii de la 60 de zile la o perioadă cuprinsă între 90 şi 120 de zile.

Cu privire la acest aspect, autoritatea învederează Consiliului că această critică nu a făcut obiectul notificării prealabile şi nici măcar al contestaţiei.

În fapt, referitor la ofertarea unei soluţii echivalente produsului ELO existent, prin intermediul punctului 5.1 din notificarea prealabilă contestatorul a solicitat următoarele:

„5.1. Având în vedere: [...]

- definirea vagă a cerinţelor privind înlocuirea soluţiei ELO Document Management unde se menţionează doar că se doreşte ca alternativă „o soluţie echivalentă" fără a se menţiona ce funcţionalităţi se folosesc cu adevărat din soluţia existentă sau ce se înţelege prin soluţie echivalentă (fiecare produs fiind unic);

- lipsa descrierii detaliate a customizărilor/configurărilor realizate în prezent pe soluţia ELO Document Management [de ex.: dacă sunt fluxuri implementate în prezent şi care este documentaţia tehnică a acestora, ce tipuri de obiecte/scheme sunt implementate, care sunt procedurile automate (dacă există) de actualizare automată a datelor la încărcarea / actualizarea unui document, dacă se foloseşte criptarea datelor/ documentelor în depozitul de documente, etc.] şi a volumului de documente existent în prezent în arhivă absolut necesare pentru estimarea efortului de migrare la noua soluţie; (...)

solicităm autorităţii contractante să adopte următoarele măsuri de remediere prin publicarea următoarelor informaţii imperios necesare pentru operatorii economici în vederea elaborării ofertei tehnice şi financiare:

[...]

- precizarea funcţionalităţilor ce trebuie avute în vedere pentru echivalarea cu alt produs similar (ţinând cont de funcţionalităţile care chiar sunt utilizate din soluţia existentă);

- descrierea interfeţelor/mecanismelor actuale ale componentei de Document Management utilizate pentru integrarea cu celelalte componente/subsisteme".

Prin urmare, niciunde în cadrul notificării prealabile contestatorul nu a adus vreo critică referitoare la durata de implementare a soluţiei echivalente ofertate astfel cum a fost stabilit prin documentaţia de atribuire şi cu atât mai mult nu a solicitat autorităţii contractante să dispună vreo măsură de remediere în acest sens.

De asemenea, autoritatea arată că în cadrul punctului 5 din contestaţie, ... afirmă următoarele:

„Atragem atenţia şi asupra faptului că autoritatea contractantă restrânge în mod intenţionat competiţia introducând următoarele cerinţe:

*- să se ojerieze „Servicii instalare, configurare, migrare date, integrare şi testare nouă platformă Document management" (poz. 43 din anexa 4.26), pentru un volum de maxim 120 zile*om ce trebuie implementate pe o durată de maxim 60 de zile calendaristice, cerinţele evidenţiind faptul că, în cadrul acestui efort şi acestei durate, ofertanţii trebuie să realizeze toate serviciile aferente înlocuirii produsului existent cu cel nou;*

- în contextul în care autoritatea contractantă refuză să pună la dispoziţie documentaţia tehnică referitoare la fluxurile de lucru implementate, tipurile de documente (validările acestora, comportamentul acestora la încărcare, modificare, ştergere, etc.), riscul de depăşire a efortului bugetut de autoritatea contractantă (pentru finalizarea procesului de migrare), precum si de depăşire a duratei de implementare este unul considerabil, iar cuantificarea acestui risc, inclusiv din perspectiva propunerii financiare, poate fi realizată doar de operatorul economic care a participat la implementarea sistemului informatic, întrucât acesta deţine informaţiile necesare".

Aşadar, pentru prima dată ..... aduce în discuţie cerinţa privind durata de implementare a soluţiei echivalente ofertate prin intermediul contestaţiei însă nici de această dată nu formulează vreo cerere de modificare a respectivei cerinţe.

În fapt, menţiunile referitoare la durata de implementare a soluţiei echivalente au scopul de a evidenţia necesitatea obţinerii informaţiilor suplimentare cu privire la fluxurile de lucru astfel încât contestatorul să fie în poziţia de a-şi estima corect costurile şi efortul de lucru pentru implementarea soluţiei ofertate.

De asemenea, autoritatea menţionează că societatea contestatoare, în mod grosolan, încearcă să justifice formularea acestei critici direct prin intermediul unor concluzii scrise prin faptul că vătămarea i-ar fi fost produsă ca urmare a volumului mare de informaţii pus la dispoziţie de autoritatea contractantă prin măsurile de remediere adoptate, informaţii care au fost solicitate cu persistenţă tocmai de către contestator.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că, chiar şi dacă s-ar admite un asemenea scenariu de lucru, totuşi contestatorul nu era în drept să formuleze critici şi cereri noi prin intermediul concluziilor scrise, la speţă fiind incidente dispoziţiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În acelaşi sens, dacă s-ar aprecia că în cadrul contestaţiei ..... ar fi formulat vreo cerere în sensul modificării cerinţei privind durata de implementare a soluţiei echivalente ofertate, totuşi chiar şi o asemenea cerere ar trebui respinsă ca inadmisibilă, întrucât a fost formulată pentru prima dată direct prin intermediul contestaţiei, fără a face şi obiectul notificării prealabile.

Or, potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, înainte de a se adresa Consiliului, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă.

Prin urmare, în ipoteza în care contestatorul suferă o altă vătămare ca urmare a efectului negativ pe care l-ar avea măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă asupra altor cerinţe ale documentaţiei de atribuire, atunci aceasta are obligaţia de a iniţia un nou ciclu procesual prin formularea în primul rând a unei notificări prealabile.

Având în vedere aceste aspecte, autoritatea solicită Consiliului să respingă:

- criticile formulate împotriva cerinţelor privind durata de implementare a soluţiei echivalente ca inadmisibile, întrucât acestea nu au făcut şi obiectul notificării prealabile obligatorii;

- criticile formulate cu privire la anularea Măsurii nr. 5 lit. d) şi e) dispusă prin decizia nr. 1/1144/VT/02.04....., ca nefondate, întrucât prin intermediul acestei măsuri au fost furnizate informaţii operatorilor economici interesaţi de participarea la procedură privind detaliile tehnice referitoare la funcţionarea soluţiei COTS actuală şi care sunt absolut necesare pentru realizarea integrării oricărei alte soluţii COTS în cadrul SIML.

Mai mult, autoritatea contractantă arată că sensul, conţinutul, întinderea şi modul de interpretare şi aplicare a acestora a fost clarificat şi completat fără echivoc prin cerinţele, specificaţiile tehnice si scenariile de testare furnizate prin Măsura nr. 3 din decizia nr. 1/1413/VT/23.04..... si ca atare nu există niciun risc real în sensul criticat de contestator.

Faţă de toate cele menţionate anterior, autoritatea solicită onoratului Consiliului, în principal să respingă contestaţia ca fiind tardiv formulată, iar în subsidiar să respingă contestaţia ca nefondată, urmând să menţină cerinţele stabilite prin documentaţia de atribuire, cu măsura corelativă privind dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19333/14.05....., contestatorul formulează concluzii scrise în urma studierii dosarului achiziţiei publice constituit la CNSC.

1. Referitor la caracterul presupus tardiv al contestaţiei

Contestatorul arată că Legea nr. 101/2016, la art. 6, prevede următoarele în ceea ce priveşte notificarea:

„(4) În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin

care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere, aceasta are la dispoziţie un termen de 7 zile pentru implementarea efectivă a acestora. Termenul se calculează începând cu ziua următoare transmiterii răspunsului prevăzut la alin. (4)."

În ceea ce priveşte susţinerile autorităţii contractante exprimate în punctele de vedere, contestatorul reiterează faptul că, în prezenta speţă, nu este incidentă tardivitatea cu privire la contestaţia depusă de societatea sa.

Astfel, contestatorul precizează că orice normă juridică trebuie interpretată în sensul de a produce efecte, nu de a nu produce efecte, iar conduita tuturor celor implicaţi, deci şi a autorităţii contractante, trebuie să fie circumscrisă principiului bunei-credinţe, de unde rezultă şi că *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

De altfel, aceste principii sunt menţionate şi în cazul Codului civil, fiind reglementate buna-credinţă şi interzicerea abuzului de drept, legislaţie aplicabilă în temeiul art. 68 din Legea specială nr. 101/2016 a remediilor şi căilor de atac:

„Art. 14

Buna-credinţă

(1) Orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să îşi exercite drepturile şi să îşi execute obligaţiile civile cu bună-credinţă, în acord cu ordinea publică şi bunele moravuri.

(2) Buna-credinţă se prezumă până la proba contrară.

Art. 15

Abuzul de drept

Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv şi nerezonabil, contrar bunei-credinţe".

În cazul în care alin. (5) al art. 6 din Legea nr. 101/2016 este interpretat *stricto sensu,* rezultă că dreptul autorităţii contractante de a adopta măsuri de remediere în urma unei notificări prealabile se stinge după expirarea termenului de 7 zile, prin urmare, dacă acest termen este depăşit de către autoritatea contractantă (cum este cazul în speţă), aceasta nu ar mai avea dreptul de a adopta măsuri de remediere sau, dacă le adoptă, acestea sunt nule de drept pentru încălcarea unei norme legale imperative prin care se protejează un interes public.

Contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă i-a menţionat expres, în termenul de 3 zile prevăzut la art. 6 alin. (4) că va adopta măsuri de remediere, iar, ulterior, când acestea au fost adoptate şi publicate, pe 2 aprilie ....., a precizat, în cadrul documentului respectiv, că măsurile de remediere sunt adoptate ca urmare a notificării prealabile primite, fiind o legătură directă şi indisolubilă, recunoscută chiar de către autoritatea contractantă, între notificarea prealabilă depusă de societatea sa şi adoptarea măsurilor de remediere care fac obiectul contestaţiei. Aceste măsuri de remediere nu reprezintă urmarea unei acţiuni spontane a autorităţii contractante, expresie a unei decizii luate din considerente

extrinseci notificării prealabile, ci vizează exact aspectele semnalate în notificarea prealabilă.
Mai mult, contestatorul menţionează că măsurile de remediere adoptate vizează doar notificarea sa şi nu au nicio legătură cu orice altă solicitare/notificare venită din partea oricărui alt operator economic sau cu vreo iniţiativă proprie a autorităţii contractante. Prin măsurile de remediere contestate, autoritatea contractantă a pus în practică „promisiunea" cuprinsă în documentul FN trimis societăţii sale în data de 22 martie ....., cu singura menţiune legată de nerespectarea termenului legal de 7 zile.

Contestatorul precizează că, în mod categoric, Legea nr. 101/2016 a remediilor şi căilor de atac, care vine să completeze în această privinţă pachetul legislativ alături de legile substanţiale (Legea nr. 98, 99, respectiv 100/2016), nu ar putea fi interpretată şi nici utilizată de nicio persoană fizică sau juridică de bună credinţă drept o unealtă de comis abuzuri în mâna unei autorităţi contractante ce nu acţionează cu bună-credinţă şi care, prin neadoptarea, în termenul legal de 7 zile, a măsurilor de remediere şi prin depăşirea voită, cu bună-ştiinţă, dar cu rea- credinţă, a respectivului termen, ajunge să blocheze ea însăşi derularea firească a procedurii de atribuire, şicanând major orice operator economic care s-ar considera vătămat de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă.

Urmând chiar raţionamentul autorităţii contractante, rezultă că aceasta concluzionează că propriile măsuri de remediere, fiind adoptate după termenul legal de 7 zile, sunt nule de drept, întrucât este încălcată o dispoziţie legală imperativă - art. 6 alin. (5), acest termen de 7 zile fiind un termen de decădere pentru autoritatea contractantă care, în cazul depăşirii sale (cum este cazul în speţă), nu mai are dreptul de a adopta măsuri de remediere sau, dacă le adoptă, acestea sunt nule de drept, fiind încălcată o normă imperativă a cărei nerespectare conduce la operarea decăderii, în virtutea interesului public pe care îl salvgardează - acesta fiind derularea achiziţiei publice în condiţiile respectării riguroase a scopului prevăzut la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, a principiilor achiziţiilor publice prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu asigurarea unei concurenţe libere, loiale şi nedenaturate şi cu evitarea conflictelor de interese.

Contestatorul precizează că tot din punctul de vedere al autorităţii contractante, a aflat că măsura adoptată de aceasta este chiar neadoptarea măsurilor de remediere şi că, prin posibilitatea prevăzută de lege în favoarea persoanei vătămate de a ataca măsurile adoptate de autoritatea contractantă, de fapt, legiuitorul se referea la lipsa adoptării măsurilor de remediere.

Cu alte cuvinte, în viziunea autorităţii contractante, societatea sa ar fi trebuit să atace adoptarea măsurii de remediere care constă în lipsa adoptării măsurilor de remediere, aspect pe care contestatorul precizează că nu l-a avut în vedere.

Contestatorul învederează faptul că opţiunea de a contesta şi obiectul contestaţiei reprezintă un drept al persoanei vătămate, pe care poate alege să şi le exercite sau nu, iar, în cazul în care decide să îşi exercite drepturile prevăzute de lege, modul său de acţiune nu este decis de autoritatea contractantă, ci de însăşi persoana vătămată, aceasta acţionând în limitele normelor legale, printre care nu se numără şi obţinerea vreunui acord sau a permisiunii autorităţii contractante.

Prin reglementarea de la art. 6 alin. (5), legiuitorul a avut în vedere situaţia de bună-credinţă, în care autoritatea contractantă adoptă măsurile de remediere în termen de 7 zile.

În aceste condiţii, rezultă cu putere de evidenţă, *a fortiori,* că, dacă un comportament prezumat de legiuitor a se încadra în normele aplicabile (din punct de vedere temporal), deci legal şi de bună-credinţă, poate face obiectul unei contestaţii, cu atât mai mult se impune recunoaşterea dreptului persoanei vătămate de a contesta în condiţiile în care autoritatea contractantă nu şi-a respectat obligaţia legală prevăzută la art. 6 alin. (5) şi nu a adoptat măsurile de remediere în termenul prevăzut de actul normativ incident. Într-o atare situaţie, operatorul economic suferă o dublă vătămare: pe de o parte, este vătămat de măsurile de remediere ca atare, iar, pe de altă parte, este vătămat de nerespectarea termenului legal de adoptare de către autoritatea contractantă, care, cel puţin în prezenta speţă, a acţionat şi continuă să acţioneze cu rea-credinţă şi nerespectarea crasă a legislaţiei aplicabile.

Concluzia este similară şi în cazul aplicării dispoziţiilor art. 6 alin. (11).

Contestatorul precizează că un astfel de comportament abuziv al autorităţii contractante, profund vătămător în primul rând pentru interesul public, de abia în secundar pentru interesul privat al operatorului economic, se impune a fi sancţionat prompt şi cu fermitate, nicidecum încurajat.

Totodată, contestatorul atrage atenţia că speţele citate de către autoritatea contractantă nu sunt aplicabile în prezenta cauză, nu doar pentru că vizează o altă legislaţie, ci pentru că situaţia de fapt din cauza dedusă soluţionării este diferită de cea pe baza căreia au fost pronunţate respectivele hotărâri/decizii. Concret, contestatorul menţionează că a depus contestaţia cu respectarea termenului de 10 zile de la publicarea actului vătămător - publicarea a avut loc pe 2 aprilie ....., iar contestaţia a fost depusă pe 12 aprilie ....., cu respectarea riguroasă a normele aplicabile - art. 8, art. 5 din Legea nr. 101/2016.

Mai mult, contestatorul arată că măsurile de remediere au fost publicate după suspendarea procedurii de atribuire, decise în mod voluntar şi unilateral de către autoritatea contractantă pentru a-şi acorda un răgaz suficient de a răspunde tuturor solicitărilor de clarificări adresate, în încercarea de a se repune singură în termenul legal de răspuns, aşa cum a justificat expres în actul atacat - Măsuri de remediere (setul 1) din 2 aprilie. Aşadar, nu este vorba despre un termen de contestare care a început să curgă înainte de suspendare pentru simplul motiv că actul vătămător (măsurile de remediere) au fost publicate după suspendarea procedurii (care a avut loc pe 30 martie .....).

Totodată, aşa cum se menţionează chiar pe prima pagină a Deciziei de adoptare a Măsurilor de remediere din 2 aprilie, acestea se întemeiază pe art. 6 şi 7 din Legea nr. 101/2016 (iar nu pe art. 9, care are în vedere cazul depunerii unei contestaţii), având în vedere că un (nu mai mulţi) operator economic interesat a formulat notificare prealabilă.

Mai mult, dacă autoritatea contractantă ar fi acţionat cu buna-credinţă pe care o clamează cu atâta putere, ar fi publicat de la început, cu respectarea principiilor transparenţei şi nediscriminării, actele puse la dispoziţie în urma declanşării prezentei proceduri, astfel încât nu ar mai fi fost nevoie nici de notificarea prealabilă, nici de contestaţie. Autoritatea nu a făcut o favoare societăţii sale prin publicarea acelor documente, ci si-a îndeplinit o obligaţie legală pe care o avea de la bun început, dar pe care nu a respectat-o decât după ce a fost forţată prin notificarea şi contestaţia depuse de societatea sa.

În plus, contestatorul concluzionează, pe baza celor expuse pe larg de autoritatea contractantă, că aceasta achiesează la teza potrivit căreia, în privinţa actelor adoptate şi publicate de autoritatea contractantă în timpul suspendării decise chiar de ea, nu a început curgerea niciunui termen de notificare sau contestare, orice termen de acest fel urmând a începe să curgă de la momentul ridicării suspendării.

Prin urmare, contestatorul solicită respingerea excepţiei tardivităţii contestaţiei.

2. <u>Referitor la consultarea pieţei</u>

În primul rând, contestatorul învederează faptul că actele normative care reglementează cadrul înfiinţării şi funcţionării ANAP (OUG nr. 13/2015 şi HG nr. 634/2015) conţin prevederi generale referitoare la acest subiect,

iar orice acţiune a ANAP nu poate excede cadrului legal menţionat anterior. Prin urmare, toate trimiterile pe care societatea sa le-a făcut la documente emise de ANAP au ca temei legal cadrul normativ care stabileşte competenţele ANAP, deci diferenţierile pe care autoritatea contractantă doreşte să le introducă între diverse tipuri de adrese web, locuri de publicare, acte etc., nu au niciun temei legal, fiind simple alegaţii nesusţinute legislativ.

Totodată, contestatorul constată că autoritatea contractantă îi interzice să se preocupe de interesul public - care, fiind public, este şi al societăţii sale, mai ales în calitatea sa de operator economic interesat de participarea la prezenta procedură, iar asigurarea unei concurenţe libere, loiale şi nedenaturate este un deziderat prevăzut la nivelul legislaţiei UE şi naţionale - şi se comportă de parcă această achiziţie ar deservi strict un interes personal privat, ignorând calitatea sa de autoritate publică (definiţia autorităţii contractante prevăzute în Legea nr. 98/2016).

Contestatorul reaminteste autorităţii contractante că niciunde în legislaţia aplicabilă nu este condiţionat dreptul (sau interesul) de a participa la o procedură de atribuire de participarea, în prealabil, a respectivului operator economic la procesul de consultare publică.

Participarea la procesul de consultare publică este un drept al oricărei persoane, iar nu o obligaţie, neparticiparea la consultări neavând drept consecinţă decăderea din dreptul de a-şi manifesta interesul cu privire la respectiva procedură, odată lansată.

Interpretarea autorităţii contractante, restrictivă, discriminatorie şi lipsită de orice bază legală, reflectă, încă o dată, modul în care aceasta se raportează atât la operatorii economici, cât şi la legislaţie - cu totală desconsiderare.

În ceea ce priveşte publicarea rezultatelor consultării în SEAP înainte de lansarea procedurii de achiziţie, conform documentelor aflate la dosarul constituit la Consiliu, rezultă că autoritatea contractantă recunoaşte expressis verbis că acest lucru trebuia să se întâmple, dar, cu toate acestea, nu a dus la îndeplinire obligaţia legală care îi incumbă.

De asemenea, contestatorul precizează că, în conformitate cu prevederile art. 19 alin. (5) din actul normativ mai sus menţionat, autoritatea contractantă va proceda la publicarea în SEAP a rezultatului procesului de consultare a pieţei, dar nu mai târziu de momentul iniţierii procedurii de atribuire.

Referitor la concluziile scrise ale autorităţii, contestatorul menţionează faptul că publicarea numelor consultanţilor implicaţi în consultările publice şi în procedura de atribuire curentă, în vederea evitării conflictelor de interese (potenţiale sau actuale), nu intră sub incidenţa Legii nr. 677/2001 privind protecţia datelor cu caracter personal, prevalând dispoziţiile legislaţiei speciale în domeniul achiziţiilor publice.

Dacă s-ar urma acest raţionament, potrivit căruia publicarea numelor persoanelor implicate în procedura de atribuire duce la încălcarea protecţiei datelor cu caracter personal, atunci înseamnă că şi pentru persoanele deja nominalizate în fişa de date (la nota privind conflictul de interese) au fost încălcate aceste drepturi, ceea ce nu poate fi primit.

Prin urmare, contestatorul precizează că îsi menţine solicitările din cadrul contestaţiei.

3. Referitor fa informaţiile clasificate - secrete de stat

Contestatorul menţionează că din studierea dosarului a constatat faptul că nu există nicio menţiune sau justificare (nici măcar în strategia de contractare) care să susţină cerinţa ca o parte din personalul ofertanţilor - sau al contractantului - trebuie să fie autorizat pentru acces la informaţii clasificate de nivel secret de stat.

Contestatorul consideră că, în cazul în care ar fi fost corecte afirmaţiile autorităţii contractante comunicate prin setul de Măsuri de remediere nr. 1 (măsura nr. 3), acest subiect ar fi fost tratat cu importanţă deosebită atât în cadrul documentaţiei de atribuire, cât şi în strategia de contractare - fiind obligaţia principală a funcţionarului de securitate din cadrul ... (responsabil cu coordonarea activităţilor din ... pe linia protecţiei informaţiilor clasificate gestionate de ...).

În continuare, contestatorul redă extrasul din măsurile de remediere la care face referire :

„Faţă de cele arătate mai sus, respectiv împrejurarea că cel puţin o parte din personalul de execuţie al ofertanţilor (echipa de proiect) vor putea intra în contact cu date şi informaţii cuprinse cel puţin în clasa „secret", în conformitate cu prevederile art. 15 lit. f) din Legea nr. 182/2002 privind protecţia informaţiilor clasificate, autoritatea contractantă a procedat la formularea cerinţei potrivit căreia, cel puţin persoanele care vor fi propuse spre a ocupa poziţia de expert securitate a informaţiei şi expert testare securitate să deţină minim 3 certificări relevante în domeniu, dintre care una va viza dreptul acestora de a avea acces la informaţii clasificate.

În acest scop, autoritatea va prezuma în mod absolut că nevoile acesteia pot fi îndeplinite potrivit cerinţei în discuţie dacă se prezintă un document de natură să ateste faptul că experţii propuşi spre a ocupa poziţiile de mai sus au/au avut dreptul de acces la informaţii clasificate pe parcursul profesional al acestora (indiferent de scopul/proiectul pentru care un asemenea document a fost emis, respectiv indiferent dacă documentul se află sau nu în termen de valabilitate la data prezentării acestuia)".

Referitor la cele trei certificări pentru Expertul securitatea informaţiei şi Expertul testare securitate, contestatorul menţionează că autoritatea

nuanţează prin concluziile scrise faptul că îşi doreşte să se demonstreze prin acestea capacitatea experţilor, deşi prin certificări nu se pot demonstra decât competenţele acestora. Contestatorul înţelege că ... încearcă prin această nuanţare să îşi creeze cadrul pentru a accepta, în timpul evaluării, o autorizaţie de acces la informaţii clasificate drept certificare. Dacă da, acest demers este ilegal şi solicită respingerea sa. Contestatorul solicită Consiliului să nu permită autorităţii contractante încălcarea legislaţiei, obligând-o să accepte în categoria certificărilor pentru cei 2 experţi doar documente care demonstrează competenţele acestora, iar nu capacitatea acestora (şi, cu atât mai puţin, capacitatea potenţială) - categorie în care intră şi autorizaţiile de acces la informaţiile clasificate.

4. Referitor la ELO - actul atacat: setul de Măsuri de remediere nr. 1 - măsura nr. 5 lit. d) si e)

Contestatorul observă că, prin concluziile scrise, autoritatea contractantă, în loc să clarifice posibilitatea de înlocuire a produsului ELO, continuă să păstreze starea de confuzie, încercând să explice faptul că acele „specificaţii" comunicate prin setul de măsuri de remediere nr. 1 (măsura nr. 5 lit. d si e) nu referă în fapt componente software ale produsului COTS ELO.

În continuare, contestatorul redă extrase care evidenţiază contrariul celor menţionate în concluziile scrise ale ...:

Pag 11 din setul de măsuri de remediere nr. 1 în care sunt menţionate explicit componente ELO ca si specificaţii pentru înlocuirea produsului ELO.

Componente	Componente Java: - AdminConsole - Am-eloam - As-SIM - Dm-SIM - Ft-SIM - Ig-SIM - Ix-SIM - Tr-SIM Componente .NET: -Elodm -Elodm-Weform Instance - EloIntergrationServices Windows Services: - ELO OCR Text Reader - ELO XML Importer - ELORulerChecker

Contestatorul precizează că nu există nicio altă specificaţie detaliată privind aceste componente, publicată în cadrul documentaţiei de atribuire, din care să reiasă că acestea nu derivă din produsul ELO (pentru care ... are dreptul de utilizare prin licenţele achiziţionate anterior). Customizările la care face referire autoritatea contractanta presupun modificări mai mici sau mai mari pe componente ale ELO, deci implicit acestea păstrează elemente funcţionale profunde (unice) ale produsului ELO. Mai mult, la o simplă investigaţie pe Internet se regăsesc referinţe concrete despre

aceste componente (de ex. pentru AdminConsole - https://help.elo.eom/ELOdoc/frame/9/administrationconsole/en/000006).

Mai mult de atât, contestatorul arată că autoritatea contractantă face afirmaţii complet eronate la pag 22 din concluziile scrise în cadrul paragrafelor de mai jos:

- *Să preia ca atare ("as-is") componentele personalizate dezvoltate în mediile Java si .NET si care sunt în prezent integrate în cadrul subsistemului DM implementat în SIM*, *în condiţiile în care ... este deţinătorul codului sursă al acestora, urmând să pună la dispoziţia ofertantului câstigător acest cod în aplicarea prevederilor Cap. 7.i. din caietului de sarcini*
- *În situaţia în care opţiunea de mai sus nu este fezabilă din* punct *de vedere tehnic, operatorii economiei pot proceda la:*

- *Fie la modificarea codului sursă a componentelor persorializ*ate *dezvoltate în mediile Java şi .NET şi care sunt în prezent integrate în cadrul subsistemului DM implementat în SIM, astfel încât acestea* să *răspundă eventualelor cerinţe de integrare* cu *noua soluţie COTS ofertată; sau*
- *Să procedeze la dezvoltarea altor componente personalizate care să îndeplinească funcţionalităţile* şi *fluxurile de lucru* descrise *în cadrul Cap. 2 -7, precum si din Anexa nr.* 2 *din documentul intitulat „Sistemul Integrat* de *Mediu Subsistemul Gestiune electronică a documentelor si fluxurilor de lucru'Wersiune 1.2".*

Mai exact, contestatorul precizează că cea mai mare parte a componentelor personalizate referite ca si „specificaţii" nu pot fi preluate "as-is" si nici codul sursă nu poate fi reuitilizat în cazul înlocuirii cu alt produs COTS deoarece eventualele personalizări făcute pe platforma ELO sunt specifice exclusiv acestei platforme.

Deci, încă o dată, autoritatea prezintă opţiuni de înlocuire care practic nu au nicio legătură cu realitatea. Contestatorul dă ca exemplu componenta AdminConsole al cărui cod sursa nu are cum să aparţină ..., fiind exclusiv în proprietatea ELO. În cel mai bun caz, ... poate deţine codul sursă si proprietatea doar asupra unor personalizări ale componentei ELO (în măsura în care operatorul economic care a implementat sistemul a respectat condiţiile producătorului pentru personalizarea produsului), cod

sursă care poate fi utilizat doar în contextul în care produsul ELO nu va fi înlocuit. În cazul în care produsul ELO va fi înlocuit codul sursă respectiv nu mai are nicio valoare pentru noua soluţie, neputând fi reutilizat.

Totodată, opţiunea de a dezvolta în totalitate componentele respective (adică de la zero) este practic inexistentă deoarece ele înglobează în primul rând toate funcţionalităţile de bază ale componentelor produsului ELO (deci un efort de dezvoltare si testare imens) la care se adaugă personalizările făcute pentru ... (codul sursă neputând fi reutilizat) - toate acestea trebuind a fi realizate într-un termen de 60 de zile, conform cerinţei ... din caietul de sarcini.

De asemenea, contestatorul doreste să evidenţieze concluziile eronate ale autorităţii de la punctul 52 din concluziile scrise si anume referitoare la următoarele 2 extrase:

„- O altă confuzie voită realizată de ..... şi care este de natură să inducă în eroare o reprezintă menţionarea următoarelor servicii Windowh de care dispune soluţia ELO: ELO OCR Text Reader, ELO XML, Importer, ELORulerChecker alături de componentele software personalizate mai sus menţionate.

În contextul în care majoritatea soluţiilor COTS de document management disponibile pe piaţă fie dispun de asemenea servicii al căror rol este Optical Character Recognition – OCR; importarea structurilor de date în formar XML şi verificarea regulilor de validare definite/configurate în cadrul soluţiei sau, cel puţin, permit adăugarea unor componente de tip "add-ons", pentru a suporta asemenea servicii, contestatoarea se limitează la denumirea generică a acestor componente si servicii care conţin sintagma "ELO" în titulatura lor, ignorând cu bună stiinţă variantele de integrare a urei eventuale noi soluţii COTS, astfel cum au fost explicitate mai sus si care pentru orice companie specializată în domeniul IT&C ar fi trebuit să fie clare precum diferenţa dintre zi şi noapte".

Mai exact, contestatorul precizează că prin enumerarea componentelor ELO (ELO OCR Text Reader, ELO XML Importer, ELORulerChecker) transmite mesajul că, de exemplu, este acceptat un înlocuitor pentru ELO un produs care include un serviciu OCR identic cu cel al ELO ceea ce în mod practic numai produsul ELO poate respecta aceste cerinţe. Similar si pentru ELO XML Importer si ELORulerChecker, etc.

Contestatorul arată că la pag. 9 din cadrul măsurilor de remediere nr. 2, se menţionează, în Anexele A si C, definiţiile (XSD) ale serviciilor ELO (IXService si EloService).

„Lista serviciilor expuse de'consumate de către subsistemul DM a fost prezentată în cadrul tabelului mai sus menţionat, cu precizarea că, ataşăm prezentului document un număr de 4 Anexe conţinând fişierele cu structura XML a serviciilor respective, după cum urmează:

- *Pentru IXService: a se vedea Anexa nr. A;*
- *Pentru ORADBService: a se vedea Anexa nr. B;*
- *Pentru Eloservice: a se vedea Anexa nr. C,*
- *Pentru Commonservice (serviciul Nomenclatoare comune): a* se *vedea Anexa nr. D".*

Contestatorul precizează că studierea anexelor respective punctează explicit către componente ale produsului ELO. În continuare, contestatorul redă exemple din Anexa C:

Pag. 1 - referire la componenta EloService

#servicii ELO expunere DM#

<?xml version="1.0" encoding="utf-8" ?>
-<wsdl:definitions name="EloService" targetNamespace="http://tempuri.org/"
xmlns:wsdl="http://schemas.xmlsoap.org/wsdl/"
xmlns:wsam="http://www.w3.org/2007/05/addressing/metadata"
xmlns:wsx="http://schemas.xmlsoap.org/ws/2004/09/mex"
xmlns:wsap="http://schemas.xmlsoap.org/ws/2004/08/addressing/policy"
xmlns:msc="http://schemas.microsoft.com/ws/2005/12/wsdl/contract"
xmlns:wsp="http://schemas.xmlsoap.org/ws/2004/09/policy"
xmlns:xsd="http://www.w3.org/2001/XMLSchema"
xmlns:soap="http://schemas.xmlsoap.org/wsdl/soap/"
xmlns:wsu="http://docs.oasis-open.org/wss/2004/01/oasis-200401-wss-wssecurity-utility-1.0.xsd"
xmlns:soap12="http://schemas.xmlsoap.org/wsdl/soapl2/"

Pag 23 - referire la componenta ELO.Integration Service

</xs:element>
<xs:element name="UpdateSord">
<xs:complexType>
<xs:sequence>
<xs:element minOccurs="0" name="wsSord" nillable="true" type="q31:WsSord"
xmlns:q31="http://schemas.datacontract.org/2004/07/ELO.Integration_Service" />
<xs:element minOccurs="0" name="useStaticUrl" type="xs:boolean" />
</xs:sequence>
</xs: com plexType>
</xs:element>

În ceea ce privește contestația depusă de SC ..... SRL, contestatorul critică măsurile 1 și 3 din cadrul celui de al doilea set de

măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin Decizia nr. 1/1413/VT/23.04....., publicate în SEAP în data de 23.04.....

În fapt, contestatorul arată că autoritatea a publicat în SEAP, în ....., anunţul de participare nr. ..... și documentaţia de atribuire pentru procedura în cauză.

În 02.04....., în timpul în care procedura de atribuire era suspendată de autoritatea contactantă din data de 30 martie, autoritatea contractantă a publicat în SEAP (la "....., clarificări și decizii") "Masuri_remediere_documentatie_atribuire".

În urma depunerii unei contestații, la 23.04....., autoritatea contractantă a publicat în SEAP "Masuri_remediere 2_documentatie_atribuire", din cadrul cărora, în baza art. 8 alin. (1) lit. a), contestă Măsurile 1 și 3, în calitate de "oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă".

Referitor la Măsura nr. 1 din cadrul celui de al doilea set de măsuri de remediere („Măsuri de remediere 2")

Contestatorul arată că prin măsura de remediere nr. 1, autoritatea contractantă a eliminat menţiunile prin care se solicita ca personalul inclus în echipa de proiect să dispună certificări privind accesul la informaţii clasificate, dar a menținut numărul de certificări (în speţă, 3), deși, prin măsura adoptată, nu se justifica păstrarea acestui număr, ci reducerea sa la 2 (două) certificări, care fac parte din specificaţiile tehnice ale caietului de sarcini, cea de a treia vizând, acolo unde era solicitată, un domeniu care nu mai face obiectul ofertei ce urmează a fi elaborată de ofertant.

În aceste condiţii, rezultă că ofertanţii trebuie să facă dovada - la momentul depunerii ofertei - că cei doi experţi vizaţi: Expertul securitatea informaţiei, respectiv Expertul testare securitate, deţin 3 (trei) certificări relevante în domeniu, relevanța fiind dată de următoarea menţiune: "*Cerinţe minime (conform cerințelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.C. 941/27.11.2013)".*

Aşadar, rezultă că domeniul este reprezentat de securitatea sistemelor IT (TIC), domeniu din care nu face parte și certificarea privind accesul la informaţii clasificate. Aceasta din urmă face parte dintr-un alt domeniu, cel al determinării riscului de securitate pe care îl prezintă o persoană în cazul în care primeşte acces la documente sau informaţii clasificate.

Certificarea de securitate a sistemelor IT (TIC) demonstrează o competență a persoanei care deţine respectiva certificare, în timp ce accesul la informaţii clasificate nu demonstrează o competență în acest sens, ci are legătură doar cu prevederile normative pe baza cărora organele în drept decid acordarea acestui tip de acces unei anumite persoane care îndeplineşte condiţiile prevăzute de legislaţie (sau, după caz, refuză accesul).

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat mai ales principiul proporționalității în momentul în care a eliminat cerinţa ca una dintre aceste certificări să privească accesul la informaţii clasificate, dar a menținut numărul total de minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu.

Prin urmare, este evident că cea de a treia certificare relevantă era solicitată exclusiv prin prisma faptului că autoritatea contractantă, la momentul elaborării documentaţiei de atribuire în maniera în care a fost publicată iniţial, considera necesară pentru atingerea scopului achiziţiei sale că una dintre aceste certificări relevante în domeniu să privească accesul la informaţii clasificate.

Aşadar, menţinerea numărului minim de certificări tot la 3 (trei) reprezintă o cerinţa disproporţionată față de nevoia declarată a autorității contractante.

În aceste condiţii, numărul minim de certificări ar fi trebuit să fie scăzut de la 3 (trei) la 2 (două).

Mai mult decât atât, contestatorul precizează că autoritatea contractantă introduce un element de neclaritate și incertitudine, fapt care afectează grav modul de elaborare a ofertelor.

Concret, aceasta face trimitere la Măsurile de remediere nr. 1 și la menţinerea celor precizate în cadrul acestora, de unde ar rezulta că, în continuare, sistemul informatic (SIM) gestionează date/informații care intra în categoria secretelor de stat, deși, în cadrul prezentelor măsuri de remediere, nu se precizează acest lucru, ci se face doar o menţiune generică referitoare la "informaţii clasificate" (care pot fi secrete de serviciu sau secrete de stat).

În plus, contestatorul arată că autoritatea contractantă precizează, în cadrul Măsurilor de remediere nr. 2, că *„prin Măsura nr. 1 (...) autoritatea contractantă a furnizat informaţii detaliate care (...) fac dovada faptului că, pe parcursul perioadei de derulare a acordului-cadru prestatorul va intra în contact cu informaţii clasificate și prin urmare, va trebui să dețină autorizările prevăzute de lege".*

Contestatorul precizează că exprimarea autorității contractante este ambiguă și nu aduce deloc lămuriri cu privire la tipul de informaţii clasificate pentru care prestatorul va trebui să dețină autorizările prevăzute de lege. În acest mod, societatea sa este pusă de autoritatea contractantă în imposibilitatea de a elabora o ofertă (propunere tehnică și financiară) în deplină cunoștință de cauză, întrucât nu sunt cunoscute cel puţin câteva informaţii vitale:

- în implementare (în executarea contractului), prestatorul va trebui să aibă în echipa sa un Expert securitatea informaţiei, respectiv un

Expert testare securitate care să deţină cel puţin o certificare privind accesul la informaţii clasificate? Dacă da, atunci acest aspect trebuie prevăzut și bugetat încă din ofertă, dar autoritatea contractantă, prin neclaritatea modului său de exprimare, pune societatea sa în imposibilitatea de a-și elabora oferta în condiţii optime;

- dacă, în implementare, sunt necesare, de fapt, minimul două certificări relevante în domeniu (conform modului în care autoritatea contractantă înţelege cerinţele minime de securitate pentru proiectele TIC, clasificate pe nivel de risc mare, emise în aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. nr. 941/2013), atunci de ce solicită, la momentul depunerii ofertelor, trei astfel de certificări, dacă, de fapt, nu îi sunt necesare decât două? În acest mod, crescând cerinţele caietului de sarcini în mod artificial, fără nicio legătură cu nevoia reală a autorității contractate, nu doar că se ajunge la nerespectarea dispoziţiilor legale, specifice, dar și a principiilor achiziţiilor publice (art. 2 alin. (2)), mai ales proporționalitatea, și chiar a scopului achiziţiilor publice de la art. 2 alin. (1), reprezentat de realizarea achiziţiei în condiţii de eficiență economică și socială - cum poate fi asigurată eficiența în condiţiile în care, fără niciun motiv, autoritatea contractantă solicită îndeplinirea unor cerinţe care nu au nicio legătură cu nevoia acesteia, conducând la creşterea, în mod artificial, a valorii ofertei financiare, fapt ce are un potențial major de denaturare a concurenței?

Prin urmare, nu se respectă dispoziţiile normative privind modul corect și legal de redactare a documentaţiei de atribuire.

Contestatorul arată că HG nr. 395/2016, art. 20 alin. (1) și (2), dispune că documentaţia de atribuire este alcătuită, printre altele, din caietul de sarcini, iar aceasta:

„conţine orice cerinţă, criteriu, regulă și alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire" (art. 20 alin. 1 si 2)

"*Caietul de sarcini conţine, în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante*". (art. 20 alin. 10)

Având în vedere cele menționate anterior, contestatorul solicită Consiliului să dispună anularea Măsurii nr. 1 din cadrul celui de al doilea set de măsuri de remediere („Masuri de remediere nr. *2"),* să constate că sunt necesare doar două certificări, nu trei, să oblige autoritatea contractantă la precizarea clară a situației privind tipul/tipurile de informaţii clasificate la care se face trimitere, precum și la redactarea documentaţiei de atribuire în conformitate cu dispoziţiile normative aplicabile, astfel încât operatorii economici să își poată redacta oferta, atât tehnică, cât și financiară, în condiţii de predictibilitate.

<u>Referitor la Măsura nr. 3 din cadrul celui de al doilea set de măsuri de remediere („Masuri de remediere 2")</u>

Contestatorul arată că în cadrul acestei măsuri de remediere, autoritatea contractantă începe prin a menţiona cantitatea de informaţii pe

care, prin setul nr. 1 de măsuri de remediere, le-a pus la dispoziţia operatorilor economici - pierzând din vedere un aspect esenţial, și anume că nu cantitatea de documente sau de date conferă calitate unui răspuns -, precum și faptul că mai mulţi operatori economici (deci nici măcar toți operatorii economici) care au participat la procesul de consultări (proces care, în sine, nu este obligatoriu) ar avea „posibilitatea certă" să furnizeze licenţe ELO - Document Management și servicii în legătură cu acestea" - neluând în calcul (din culpă sau intenționat) faptul că principiul nediscriminării, al tratamentului egal și al recunoaşterii reciproce obligă autoritatea să dea deplin efect.

Invocând prevederile art. 3 alin. (1) lit. rr) și ss), art. 155 alin. (1) și (6), art. 156 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, contestatorul precizează că, pe de o parte, legislaţia interzice autorității contractante să stabilească specificaţii tehnice care să nu permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, denaturând, în acest mod, concurența.

Pe de altă parte, legiuitorul precizează, limitativ, că stabilirea și solicitarea specificaţiilor tehnice, se poate face de către autoritatea contractantă doar într-unul din cele patru moduri descrise în legislaţie (art. 156 din Legea nr. 98/2016):

- fie prin raportare la cerinţe de performanță sau cerinţe funcţionale;
- fie prin trimitere la specificaţii tehnice;
- fie prin raportare la cerinţe de performanță sau cerinţe funcţionale și prin trimitere la specificaţiile tehnice, dar trimiterea la specificaţiile tehnice să fie doar o modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerinţe de performanță sau cerinţe funcţionale;
- fie prin trimitere la specificaţii tehnice pentru unele dintre caracteristici și prin raportare la cerinţe de performanță sau cerinţe funcţionale pentru alte caracteristici.

Mai mult decât atât, contestatorul menționează că legislaţia interzice autorității contractante ca specificaţiile tehnice să precizeze un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator

economic sau să se refere 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.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile normative imperative invocate anterior.

Contestatorul arată că, pe de o parte, autoritatea a precizat specificaţii tehnice ce restrâng major și nejustificat, cu denaturarea concurenței, opţiunile de înlocuire ale produsului ELO, efectul fiind de favorizare a anumitor operatori economici, iar pe de altă parte, prin măsura de remediere nr. 3 din cel de al doilea set de măsuri de remediere, autoritatea contractantă nu respectă niciuna dintre cele 4 modalități limitativ prevăzute de lege pentru stabilirea și solicitarea specificaţiilor tehnice, ci dublează specificaţiile tehnice și cerinţele funcţionale, pentru aceleaşi caracteristici, ambele trebuind să fie îndeplinite, în acelaşi timp, de către operatorii economici, fără ca trimiterea la specificaţiile tehnice să fie doar o modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerinţe de performanță sau cerinţe funcționale.

De asemenea, contestatorul menționează că autoritatea contractantă nu a eliminat cerinţele anterioare, nu a anulat acele specificaţii din documentaţia de atribuire și nici nu a făcut precizarea că trimiterea la specificaţiile tehnice ar fi doar o modalitate de a prezuma conformitatea cu cerinţele de performanţă/cerinţele funcţionale nou introduse, ci, pur și simplu, a adăugat cerinţele funcţionale peste specificaţiile tehnice, rezultând că trebuie îndeplinite ambele, în acelaşi timp.

Componentele la care face trimitere autoritatea contractantă individualizează explicit produsul ELO și anulează posibilitatea operatorilor economici de a înlocui soluţia ELO.

Documentația publicată prin cel de al doilea set de măsuri de remediere ("Masurile de remediere nr. 2") ar fi fost suficientă (conţinând specificaţiile soluţiei implementare) pentru stabilirea echivalenței dintre soluţia existentă și o soluţie bazată pe un alt produs software, dar autoritatea contractantă a păstrat printre cerinţele de echivalare funcţii specifice produsului ELO (făcând trimitere, pentru echivalare, la componente (nu funcționalități) ale ELO - componente care nu pot fi găsite la nici un alt produs software de pe piaţă, fiind proprii ELO).

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă, prin cel de al doilea set de măsuri de remediere ("Masurile de remediere nr. 2"), a furnizat documentele (specificaţii, scenarii testare, etc.) care s-ar fi impus a fi furnizate odată cu publicarea documentaţiei de atribuire, dar nu a anulat cerinţele anterioare, când a comunicat drept "specificaţii" pentru o soluţie echivalentă cu ELO componente software ale produsului de bază ELO (Elodm, AdminConsole, ELO XML Importer etc.)

Astfel, contestatorul menționează că, din toate aceste trimiteri făcute către componente ale produsului ELO (chiar dacă unele dintre acestea au denumiri particularizate: Dm-SIM, Ix-SIM s.a.) în calitate de specificaţii de echivalare cu alt produs de document management pentru înlocuirea ELO, reiese clar că autoritatea contractantă nu doreşte și nici nu acceptă înlocuirea produsului ELO. Autoritatea contractantă vrea să lase impresia

că această competiție este deschisă tuturor operatorilor economici, însă, în realitate, prin modul în care a redactat documentaţia de atribuire și, precum și din comportamentul ulterior, a limitat competiția, în mod artificial și nelegal, doar la operatorii care pot implementa ELO, având o relaţie specială cu ELO.

În aceste condiţii, contestatorul precizează că, în cazul în care nu se vor anula trimiterile către componente ale produsului ELO din descrierea specificaţiilor pentru o soluţie echivalentă cu ELO, acestea având, în prezent, caracter obligatoriu pentru operatorii economici, se restricționează competiția, întrucât, prin coroborarea celor două măsuri, autoritatea contractantă elimină posibilitatea de înlocuire a produsului ELO.

Totodată, contestatorul menționează că din Măsura nr. 3 din cadrul celui de al doilea set de măsuri de remediere („Masuri de remediere 2"), rezultă un volum foarte mare de customizări care trebuie aplicate în cazul înlocuirii produsului ELO.

Contestatorul observă însă că autoritatea contractantă a stabilit durata de implementare unei soluţii noi la 60 de zile (calendaristice) de la data semnării contractului subsecvent, termen care nu poate fi respectat decât de operatorii economici care au acces la produsul ELO. Astfel, contestatorul susține că sunt necesare cel puţin 90-100 de zile pentru a înlocui produsul bazat pe ELO cu un alt produs.

Având în vedere cele antemenționate, contestatorul solicită Consiliului anularea documentului Măsuri de remediere nr. 2 în privinţa Măsurii 3 și obligarea autorității contractante la remedierea documentaţiei de atribuire prin păstrarea/furnizarea doar a specificaţiilor ce permit cu adevărat echivalarea produsului ELO cu alte soluţii similare aflate pe piaţă.

Prin adresa nr. 806/14.05..... înregistrată la Consiliu sub nr. 19513/15.05....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, solicitând:

- în principal, respingerea contestaţiei ca inadmisibilă întrucât contestatorul nu are calitatea de „persoană vătămată" de Măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin Decizia nr.

1/1413/VT/23.04..... publicată în SEAP în data de 23.04....., ora 18:01;

- în subsidiar şi în măsura în care Consiliul ar urma să nu respingă contestaţia pe calea excepţiei antemenţionate, solicită respingerea criticilor formulate de contestator ca fiind nefondate;

- în mod conex cererilor de mai sus, solicită menţinerea cerinţelor stabilite prin documentaţia de atribuire (inclusiv a modificărilor aduse acesteia prin măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă din proprie iniţiativă), cu măsura corelativă privind continuarea procedurii de atribuire.

În fapt, autoritatea arată că a inițiat procedura în cauză prin publicarea anunțului de participare nr. ...../.....

Ca urmare a notificării prealabile şi, ulterior, a contestaţiei depuse de un alt operator economic (..... SRL) autoritatea contractantă arată că a dispus măsuri remediere după cum urmează:

- în data de 02.04....., ora 17:14 prin publicarea în SEAP a Deciziei nr. 1/1144/VT/02.04.....;

- în data de 23.04....., ora 23:04 prin publicarea în SEAP a Deciziei nr. 1/1413/VT/23.04.....

Împotriva măsurilor adoptate prin Decizia nr. 1/1413/VT/23.04....., ... a formulat notificarea prealabilă nr. 2644/..... solicitând anularea Măsurilor nr. 1 şi 3. (Anexa nr. 1)

Totodată, şi fără a acorda autorităţii contractante posibilitatea să răspundă la notificarea prealabilă în conformitate cu dispoziţiile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, o dată cu notificarea ... a formulat şi contestaţia nr. ...../..... prin care solicită simultan şi Consiliului să anuleze Măsurilor nr. 1 şi 3 ce fac obiectul Deciziei nr. 1/1413/VT/23.04.....

În raport de cererile contestatorului, autoritatea apreciază că acestea trebuie respinse, în principal ca inadmisibile, iar în subsidiar ca nefondate, pentru următoarele considerente de fapt şi de drept.

Pe cale de excepţie,

1. Contestaţia se impune a fi respinsă ca inadmisibilă întrucât ... nu a suferit o „vătămare" ca urmare a Măsurilor adoptate de autoritatea contractantă prin Decizia nr. 1/1413/VT/23.04.....

Aşa cum a precizat anterior, autoritatea arată că, urmare a notificării prealabile şi ulterior a contestaţiei depuse un alt operator economic (..... SRL), a dispus măsuri remediere din proprie iniţiativă după cum urmează:

- în data de 02.04....., ora 17:14 prin publicarea în SEAP a Deciziei nr. 1/1144/VT/02.04..... (denumită în continuare „Prima Decizie de remediere") – Anexa nr. 2;

- în data de 23.04....., ora 23:04 prin publicarea în SEAP a Deciziei nr. 1/1413/VT/23.04..... (denumită în continuare „A doua Decizie de remediere") - Anexa nr. 3.

Prin intermediul prezentei contestaţii, autoritatea arată că ... înţelege să critice Măsurile nr. 1 şi 3 ce fac obiectul celei de-a doua Decizii.

În opinia autorității însă, ... nu are calitatea de „persoană vătămată" de măsurile de remediere criticate, întrucât aspectele criticate de acesta

au un caracter mai favorabil pentru contestator decât cerinţele iniţiale stabilite prin caietul de sarcini, acestea din urmă fiind deja însuşite/acceptate de ... prin faptul că, anterior adoptării măsurilor de remediere criticate, contestatorul nu a formulat vreo notificare/contestaţie/cerere de intervenţie şi nici măcar o clarificare cu privire la cerinţele iniţiale.

Cu alte cuvinte, contestatorul critică o serie de decizii ale autorităţii contractante care oricum au un efect pozitiv/benefic pentru ofertanţi faţă de forma iniţială a cerinţelor caietului de sarcini care au fost acceptate de contestator, nefiind criticate în termenele prevăzute de lege.

Concret, între forma iniţială a cerinţelor caietului de sarcini acceptată de contestator şi forma la care s-a ajuns în urma Măsurilor dispuse de autoritatea contractantă şi criticate de contestator, există următoarele diferenţe:

a) O primă critică vizează împrejurarea că, prin Măsura nr. 1 din cea de-a doua Decizie, deşi autoritatea contractantă a eliminat obligativitatea ofertanţilor de a prezenta *„certificări privind accesul la informaţii clasificate*" totuşi contestatorul susţine că ar fi suferit o „vătămare" ca urmare a inacţiunii autorităţii de a dispune în mod subsecvent şi măsura de a solicita un număr mai mic de certificări (două în loc de trei).

În acest sens, autoritatea învederează Consiliului că, prin caietul de sarcini, a stabilit pentru o serie de experţi obligativitatea îndeplinirii următoarei cerinţe: *„- Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu (dintre care una va fi privind accesul la informaţii clasificate)".*

..... SRL a formulat notificare prealabilă cu privire la această cerinţă solicitând:

- fie furnizarea unor informaţii suplimentare din care să rezulte ce tip de certificare privind accesul la informaţii clasificate trebuie să prezinte,
- fie eliminarea cerinţei privind obligaţia prezentării unei certificări privind accesul la informaţii clasificate.

Ca urmare a acestei notificării, conform primei Decizii de remediere s-a adoptat Măsura nr. 3 prin care autoritatea contractantă a înţeles să prezinte informaţiile suplimentare solicitate şi, totodată, a menţinut obligativitatea prezentării *„certificării privind accesul la informaţii clasificate".*

Nemulţumit fiind de Măsura adoptată, ... SRL a formulat contestaţia nr. 64/..... ce face obiectul dosarului CNSC nr. ...../..... solicitând Consiliului să constate că, în contextul informaţiilor suplimentare prezentate de autoritatea contractantă prin Măsura adoptată, nu se justifică menţinerea cerinţei referitoare la prezentarea unei certificări privind accesul la informaţii clasificate.

Luând act de argumentele prezentate de ....., prin cea de-a doua Decizie de remediere, autoritatea contractantă arată că a dispus Măsura nr. 1 eliminând obligaţia ofertanţilor de face dovada că experţii propuşi deţin „certificării privind accesul la informaţii clasificate" după cum urmează:

"[...] autoritatea contractantă va proceda la eliminarea tuturor menţiunilor prin care se solicită ca personalul inclus în echipa de proiect să dispună de certificări privind accesul la informaţii clasificate [...]"

specificând fără echivoc că, cerinţele caietului de sarcini se modifică după cum urmează pentru experţii solicitaţi*:*

În loc de:

"[...]

- Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu (dintre care una va fi privind accesul la informaţii clasificate) ".

Se va citi:

[...]

- Minim 3 (trei) certificări relevante în domeniu".

După cum se poate observa, forma actuală a cerinţei este mai favorabilă operatorilor economici interesaţi de participarea la procedura de atribuire decât forma cerinţei stabilită prin caietul de sarcini şi ulterior menţinută prin prima Decizie de remediere.

Or, spre deosebire de ....., actualul contestator ... şi-a însuşit atât cerinţele caietului de sarcini cât şi Măsura nr. 3 din prima Decizie de remediere în contextul în care acesta nu a formulat vreo notificare prealabilă/contestaţie/cerere de intervenţie prin care să susţină criticile ..... şi nici măcar o cerere de clarificare cu privire la respectivele cerinţe.

Altfel spus, de vreme ce ..., prin însuşirea cerinţelor caietului de sarcini nu s-a considerat „persoană vătămată" deoarece putea îndeplini cerinţa privind prezentarea a minimum 3 certificări în domeniu dintre care una privind accesul la informaţii clasificate cu atât mai mult *(a fortiori)* acesta poate îndeplini şi cerinţa în forma actuală prin care se solicită minimum 3 certificări în domeniu*,* fără a mai fi stabilită şi condiţia cumulativă ca una dintre aceste certificări să privească accesul la informaţii clasificate.

De altfel, această concluzie se desprinde şi din interpretarea situaţiei de fapt prin prisma principiului de drept potrivit căruia *cine poate mai mult, poate şi mai puţin (qui potest plus, potest minus).*

În acelaşi sens, de vreme ce înainte de publicarea celei de-a doua Decizii de remediere se prezumă absolut faptul că ... „cunoştea" toate informaţiile cu privire la „accesul la informaţii clasificate" necesare pentru a „putea să-şi elaboreze propunerea tehnică şi financiară" iar prin cea de-a doua Decizie de remediere autoritatea a eliminat toate cerinţele sub acest

aspect, nu există niciun argument de bun simţ pentru a se putea aprecia că la momentul actual contestatorul nu şi-ar mai putea elabora propunerea tehnică şi financiară aşa cum susţine prin argumentarea prezentată.

Pe cale de consecinţă, este de ordinul evidenţei că, prin efectul Măsurii nr. 1 din cea de-a doua Decizie situaţia ... în legătură cu prezenta procedură de atribuire nu s-a înrăutăţit faţă de situaţia iniţială şi, prin urmare, contestatorul nu a suferit nicio „vătămare" de natură să-i confere legitimitate procesuală.

b) Cea de-a doua critică este îndreptată împotriva Măsurii nr. 3 adoptată de autoritatea contractantă prin cea de-a doua Decizie de remediere.

Mai precis, autoritatea arată că a solicitat furnizarea unei licenţe noi ELO - Document Management sau a unei soluţii echivalente de înlocuire.

Prin intermediul unei notificări prealabile, ... i-a solicitat să prezinte informaţii suplimentare cu privire la "funcţionalităţile ce trebuie avute în vedere pentru echivalarea cu alt produs similar" şi „descrierea interfeţelor/mecanismelor actuale ale componentei de Document Management utilizate pentru integrarea cu celelalte componente/subsisteme".

Ca urmare a acestei notificări, conform primei Decizii de remediere s-a adoptat Măsura nr. 5 pct. d) şi e) prin care autoritatea contractantă a înţeles să prezinte informaţiile suplimentare solicitate de contestatorul .....

Nemulţumit fiind de măsura adoptată, ... SRL a formulat contestaţia nr. 64/..... ce face obiectul dosarului CNSC nr. ...../..... solicitând Consiliului să constate că, pe de o că parte autoritatea contractantă nu a furnizat toate informaţiile solicitate iar pe de alta că, potrivit informaţiilor puse la dispoziţie autoritatea nu are permite, de fapt, ofertarea unei soluţii de înlocuire a licenţelor Document Management.

Luând act de argumentele prezentate de ..... prin a doua Decizie, autoritatea arată că a dispus Măsura nr. 3 prin care a pus la dispoziţia operatorilor economici noi informaţii suplimentare prin care aceştia să poată determina echivalenţa soluţiei pe care intenţionează să o oferteze cu soluţia existentă.

Totodată, autoritatea reamintește faptul că, actualul contestatoar ..., și-a însuşit atât cerinţele caietului de sarcini cât şi Măsura nr. 5 pct. d) şi e) din prima Decizie de remediere în contextul în care aceasta nu a formulat vreo notificare prealabilă/contestaţie/cerere de intervenţie/clarificare prin care să se arate nemulţumit, fie de cerinţele caietului de sarcini, fie de măsurile adoptate prin prima Decizie de remediere.

Pe de altă parte, autoritatea arată că una dintre criticile ... vizează, în fapt, aspectele ce au făcut obiectul Măsurii nr. 5 pct. d) şi e) din prima Decizie şi nu aspecte ce fac obiectul Măsurii nr. 3 din cea de-a doua Decizie.

De altfel, autoritatea arată că la paragraful 26 din contestaţie ... admite că informaţiile publicate de autoritatea contractantă prin Măsura nr. 3 din cea de-a doua Decizie sunt suficiente pentru a putea determina echivalenţa cu soluţia ELO, însă această măsură ar fi lipsită de efecte deoarece *„autoritatea contractantă a păstrat printre cerinţele de echivalare funcţii specifice produsului ELO (făcând trimitere, pentru echivalare, la componente (nu funcţionalităţi) ale ELO - componente care nu pot fi regăsite la niciun alt produs software de pe piaţă, fiind proprii ELO)*".

Or, autoritatea precizează că aceste „funcţii specifice produsului ELO" despre care face vorbire contestatorul că i-ar provoca o vătămare au fost aduse la cunoştinţă acestuia prin prima Decizie publicată în data de 02.04..... şi nu prin ce-a de-a doua Decizie publicată în data de 23.04..... şi care face obiectul contestaţiei.

Prin urmare, dacă ... se considera vătămat de informaţiile precizate în cadrul primei Decizii trebuia să formuleze contestaţia împotriva respectivei Decizii aşa cum a procedat contestatorul ..... sau cel puţin o cerere de intervenţie prin care să sprijine criticile formulate de .....

În schimb, ... şi-a însuşit măsurile dispuse prin prima Decizie în contextul în care nu a formulat vreo notificare prealabilă/contestaţie sau cerere de intervenţie în interesul contestatorului .....

Prin urmare, autoritatea consideră că ... nu are calitatea de persoană „vătămată" de Măsurile adoptate prin cea de-a doua Decizie mai ales că, însuşi contestatorul evidenţiază necesitatea şi relevanţa punerii la dispoziţie a informaţiilor publicate de autoritate prin cea de-a doua Decizie.

Totodată, autoritatea arată că ... aduce critică şi cu privire la o altă cerinţă din caietul de sarcini, solicitând modificarea duratei de implementare a soluţiei echivalente de la maximum 60 de zile la o perioadă cuprinsă între 90 şi 120 de zile.

Cu privire la acest aspec, autoritatea menţionează că cerinţa privind durata de implementare a soluţiei echivalente a fost stabilită prin caietul de sarcini care nu a fost criticat de către contestator în termenul legal, prezumându-se astfel că cerinţa în cauză nu i-a produs acestuia o vătămare.

De asemenea, în condiţiile în care însuşi contestatorul afirmă că prin a doua Decizie autoritatea contractantă i-a pus la dispoziţie informaţii relevante fără de care acesta nu îşi putea elabora oferta este greu de

imaginat cum o asemenea măsură i-ar putea aduce o vătămare chiar şi sub alte aspecte.

Mai mult, de vreme ce contestatorul critică tardiv aspecte ce fac obiectul primei Decizii considerând că acestea sunt de natură să îi împiedice accesul la procedură, autoritatea consideră că ... nici măcar nu mai are interesul să critice alte aspecte subsecvente în contextul în care soluţionarea favorabilă a acestora nu i-ar profita.

De exemplu, chiar dacă Consiliul ar admite că se impune modificarea termenului de implementare a soluţiei echivalente în sensul celor solicitate de contestator, totuşi o asemenea soluţie favorabilă oricum nu i-ar putea profita de vreme ce, conform propriei motivări, ... nici măcar nu ar putea oferta o soluţie echivalentă.

Autoritatea arată că potrivit dispoziţiilor art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016 (pe care ... îşi întemeiază contestaţia), doar o persoană „vătămată" de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate depune contestaţie în faţa Consiliului.

De asemenea, prin dispoziţiile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 este definită noţiunea de „persoană vătămată" după cum urmează:

”f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

(i) *are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi*

(ii) *a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire*".

Aşadar, pentru ca ... să aibă calitatea de persoană vătămată trebuia îndeplinită şi condiţia a i se fi cauzat un prejudiciu prin măsurile adoptate conform celei de-a doua Decizii de remediere.

Or, din cele arătate anterior rezultă că ... nu a suferit vreo „vătămare" ca, urmare a celei de-a doua Decizii adoptate de autoritatea contractantă ci, dimpotrivă, măsurile adoptate îi sunt mai favorabile acestuia faţă de ipoteza în care autoritatea nu ar fi dispus respectivele măsuri de remediere caz în care nici nu ar mai fi existat actul nelegal ce face obiectul contestaţiei sale şi implicit nici această contestaţie.

În consecinţă, interpretând per a contrario dispoziţiile art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016 rezultă că, în măsura în care persoana nu face dovada că a suferit o „vătămare" prin efectul măsurilor de remediere nici nu este în drept să formuleze contestaţia, acesta urmând a fi respinsă ca inadmisibilă.

În fapt,autoritatea arată că în cazul de faţă, ne găsim în situaţia manifestării unui veritabil abuz de drept de către ... care, împreună cu contestatorul ..... şi foarte probabil chiar şi cu ..... SRL disimulează un interes legitim în legătură cu participarea la procedura de atribuire deşi, în fapt, cei trei operatori economici, prin acţiunile întreprinse au urmărit doar să obţină suspendarea procedurii de atribuire şi urmăresc la momentul actual să menţină această stare de fapt pe o perioadă cât mai îndelungată, împiedicând astfel autoritatea contractantă să contracteze în timp util serviciile ce fac obiectul procedurii şi care sunt imperios necesare pentru desfăşurarea activităţii în bune condiţii.

Autoritatea argumentează această afirmaţie prin faptul că, analizând comparativ criticile formulate de ... cu criticile formulate de ....., a constatat că acestea coincid şi, mai mult, o mare parte din argumentele ... nu reprezintă decât o preluare ad litteram a criticilor formulate de .....

De asemenea, contestaţia formulată de ... cuprinde cereri şi motivări care au fost prezentate de ..... doar prin intermediul unor concluzii scrise dar care nu au fost făcute publice, fiind astfel cunoscute doar de părţile implicate în soluţionarea contestaţiei (contestator, autoritate contractantă şi CNSC).

În acest condiţii, este evident faptul că între ... şi ..... există o înţelegere cu privire la modul în care acestea acţionează împotriva autorităţii contractante.

Având în vedere faptul că ... nu formulează nicio critică nouă faţă de ..... rezultă mai degrabă că această contestaţie reprezintă, în fapt, o cerere de intervenţie accesorie prin care se sprijină interesele .....

Pe de altă parte, aşa cum a mai arătat, ... a formulat contestaţia cu depăşirea termenului prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) coroborate cu cele ale art. 8 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016 şi, prin urmare, contestaţia va fi respinsă ca fiind tardiv formulată.

Astfel, o dată cu respingerea ca tardivă a cererii principale, implicit ar fi fost respinsă şi calea de atac exercitată de intervenientul accesoriu ca neavenită, fără a mai fi cercetat fondul, în conformitate cu dispoziţiile art. 67 alin. (4) C. proc. civ, potrivit cărora:

„Art. 67 [...]

(4) Calea de atac exercitată de intervenientul accesoriu se socoteşte neavenită dacă partea pentru care a intervenit nu a exercitat calea de atac, a renunţat la calea de atac exercitată ori aceasta a fost anulată, perimată sau respinsă fără a fi cercetată în fond".

De aceea, ... prin intermediul ... şi prin interpretarea trunchiată a dispoziţiilor art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016 nu urmăreşte altceva decât să forţeze nepermis cercetarea fondului contestaţiei sale deşi aceasta era tardiv formulată.

Or, în contextul în care contestaţia promovată de ....., operator economic care a respectat procedura prealabilă necesară pentru iniţierea

unui litigiu pe cale adiministrativ-jurisdicţională, trebuie respins pentru motive de tardivitate, ar fi absurd ca acţiunea promovată de ... şi care nu are nici măcar un element de noutate ci reprezintă o preluare grosolană a criticilor formulate de ..... să fie considerată admisibilă.

Mai mult, autoritatea precizează că nici nu ar putea identifica acel mijloc procesual prin care ... ar putea solicita la acest moment modificarea duratei de implementare a soluţiei echivalente cu soluţia ELO de vreme ce, prin notificarea prealabilă care a generat adoptarea Măsurilor de remediere ce fac obiectul celei de-a doua Decizii, ... nici măcar nu a criticat respectiva cerinţă iar orice critică sub acest va fi respinsă ca inadmisibilă.

Faţă de cele mai sus arătate, autoritatea afirmă că un asemenea comportament procesual inadecvat încalcă în mod grosolan principiile de derulare a procesului civil şi reprezintă o veritabilă fraudă la lege ce trebuie sancţionată în conformitate cu dispoziţiile art. 12 C. proc. civ. potrivit cărora:

„Art. 12 - (1) Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credinţă, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege şi fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părţi.

(2) Partea care îşi exercită drepturile procesuale în mod abuziv răspunde pentru prejudiciile materiale şi morale cauzate. Ea va putea fi obligată, potrivit legii, şi la plata unei amenzi judiciare.

(3) De asemenea, partea care nu îşi îndeplineşte cu bună-credinţă obligaţiile procesuale răspunde potrivit alin. (2)".

În acest sens autoritatea învederează Consiliului că nici ..... SRL, nici ..... şi nici ..., nu au formulat până la acest moment măcar o solicitare de clarificare cu privire la cerinţele documentaţiei de atribuire deşi, alţi 18 operatori economici au considerat că este necesară solicitarea a peste 300 de asemenea clarificări. O asemenea împrejurare constituie inclusiv un indiciu că cei trei operatori economici nici măcar nu intenţionează să participe la prezenta procedură de atribuire şi servesc interesele unei/unor altor operatori economici interesaţi de împiedicarea derulării procedurii de atribuire în condiţii optime.

De aceea autoritatea apreciază că, *de lege ferenda* este imperios necesară reintroducerea obligativităţii constituirii unor garanţii (cum ar fi garanţia de bună conduită/cauţiunea) de către operatorii economici care

intenţionează să formuleze contestaţii/plângeri în legătură cu actele emise de autorităţile contractante astfel încât să fie sancţionate pecuniar drepturile exercitate cu abuziv sau cu rea-credinţă.

Pe fond, cu privire la:

2. Criticile îndreptate împotriva Măsurilor nr. 1 şi 3 adoptate prin Decizia nr. 1/1413/VT/23.04....., autoritatea solicită respingerea acestora ca fiind nefondate

Aşa cum a arătat anterior, autoritatea precizează că ... înţelege să critice practic aceleaşi aspecte criticate şi de contestatorul ....., utilizând inclusiv aceeaşi argumentaţie.

Faţă de această împrejurare, autoritatea solicită Consiliului să respingă criticile promovate de ... ca fiind nefondate având în vedere argumentele prezentate de autoritate prin punctul de vedere nr. 690/23.04..... şi concluziile scrise nr. 752/07.05..... la criticile formulate de ..... SRL şi preluate ca atare de contestatorul ....

Având în vedere cele antemenţionate, autoritatea solicită Consiliului, în principal să respingă contestaţia ca inadmisibilă, iar în subsidiar să respingă contestaţia ca fiind nefondată, urmând să menţină cerinţele stabilite prin documentaţia de atribuire, cu măsura corelativă privind dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 2656.1/17.05..... înregistrată la Consiliu sub nr. 20035/18.05....., contestatorul formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante nr. 806/14.05....., solicitând:

- în principal:

1. anularea în parte a actului atacat, în privinţa măsurilor 1 și 3, conform celor care vor fi precizate mai jos, la punctele respective;
2. modificarea actului atacat în privinţa măsurilor 1 și 3, conform celor care vor fi precizate mai jos, la punctele respective sau, după caz, obligarea autoritatii contractante la adoptarea măsurilor de remediere în conformitate cu cele decise de CNSC;
3. accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu, conform art. 19 din Legea nr. 101/2016.

- în subsidiar, anularea în totalitate a actului atacat și obligarea autorității contractante la emiterea și publicarea în mod legal a actului/actelor privind măsurile de remediere potrivit celor decise de Consiliu, sau, în cazul în care nu ar mai putea fi adoptată niciuna dintre măsurile solicitate anterior, anularea procedurii de atribuire.

În fapt, contestatorul arată că autoritatea a publicat în SEAP, în ....., anunţul de participare nr. ..... și documentaţia de atribuire pentru procedura în cauză.

În 02.04....., în timpul în care procedura de atribuire era suspendată de autoritatea contactantă din data de 30 martie, autoritatea contractantă a publicat în SEAP (la "....., clarificări și decizii") "Masuri_remediere_documentatie_atribuire".

În urma depunerii unei contestații, la 23.04....., autoritatea contractantă a publicat în SEAP "Masuri remediere 2 ..... _atribuire".

În data de ....., contestatorul arată că a trimis autorității contractante notificarea nr. 2644/....., înregistrată la ... cu nr.

6329/07.05..... împotriva Măsurilor 1 si 3 din cadrul celui de al doilea set de Măsuri de remediere ("Masurile de remediere nr. 2"), la care nu a primit niciun răspuns. De asemenea, a trimis către CNSC și ..., în ....., contestația nr. ...../..... împotriva Măsurilor 1 și 3 din cadrul celui de al doilea set de Măsuri de remediere ("Masurile de remediere nr. 2").

Autoritatea contractantă a trimis către CNSC și către ... punctul de vedere nr. 806/14.05..... prin care solicită, în principal, respingerea ca inadmisibilă a contestației, în subsidiar, respingerea ca nefondată și, în mod conex, menţinerea cerinţelor stabilite prin documentaţia de atribuire și măsurile de remediere și continuarea procedurii.

Contestatorul solicită respingerea cererilor autorității contractante și admiterea solicitărilor ..., așa cum au fost formulate, după cum urmează:

1. Solicitarea autorității contractante de respingere a contestației ca inadmisibilă trebuie respinsă

Contestatorul arată că autoritatea contractantă afirmă că ..... SRL (în continuare - ...):

- nu are calitatea de persoana vătămată de Măsurile de remediere adoptate rin Decizia nr.1/1413/VT/23.04..... publicată în SEAP în data de 23.04..... (în continuare - Măsurile de remediere nr. 2), și
- a introdus tardiv această contestație.

Contestatorul susține că ambele afirmaţii sunt false, ... fiind o persoană vătămată conform prevederilor legale, iar contestația nefiind tardivă.

Invocând prevederile art. 2 alin. (1) art. 3, alin. (1) lit. a), d), f), alin. (2) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, contestatorul precizează că îndeplineşte condiţiile prevăzute la art. 2 și 3 din Legea nr. 101/2016, fiind o persoană care se consideră vătămată, deoarece este un operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmarea nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire,

mai ales că în sensul *”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 şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac*", iar societatea sa nu a fost exclusă definitiv din procedură.

Prin urmare, contestatorul precizează că:

Este o persoană juridică, un operator economic existent, inființat conform normelor aplicabile în domeniu.

Este o persoană vătămată, pentru că suferă un prejudiciu și riscă să sufere și în viitor un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice și, eventual, ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire, în speţă nesoluţionarea aspectelor din notificarea transmisă.

Concret, prejudiciul constă în restrângerea posibilităţii de a elabora o ofertă tehnică și financiară în condiţii de legalitate din motivele de fond pe care le va enunţa în cele ce urmează. De asemenea, contestatorul precizează că riscă să sufere un prejudiciu prin respingerea ofertei sale dacă depune oferta sau participă în orice mod prevăzut de lege (ca subcontractant sau terț susținător) la procedura de atribuire, în cazul în care aceste condiţii nelegale sunt menținute, iar societatea sa nu le îndeplinește.

Contestația este introdusă în termen, deci nu este tardiv introdusă, așa cum greşit afirmă autoritatea contractantă în repetate rânduri pe parcursul punctului de vedere, invocând faptul că societatea sa nu acum ar fi trebuit să conteste, ci, in viziunea autorității contractante, ar fi trebuit să depună contestație la Măsurile de remediere 1 sau chiar la documentaţia de atribuire, ceea ce este neadevărat, întrucât societatea sa a fost vătămată doar odată cu adoptarea Măsurilor de remediere nr. 2, așa cum va arăta în continuare.

În continuare, contestatorul prezintă succint aspectele de fond pentru susţinerea netardivității contestației.

Astfel, contestatorul arată că în cazul măsurii 1 (din setul 2 de măsuri de remediere), de abia prin Măsurile de remediere nr. 2 a fost exclusă certificarea care privea accesul la informaţii clasificate, deci, din 3 (trei) certificări iniţiale, dintre care două în domeniu și una privind accesul la informaţii clasificate, toate cele 3 certificări au devenit "în domeniu". Aşadar are loc o modificare importantă pentru că, până la Măsurile de remediere nr. 2, erau doar două certificări în domeniu și una privind accesul la informaţiile clasificate, iar, după eliminarea necesității certificării privind accesul la informaţiile clasificate, în loc să rămână numai celelalte două certificări, au rămas trei "în domeniu". Prin urmare, nu este vorba de o relaxare a condiţiilor de participare, ci de o modificare a lor, de la două la trei certificări.

Contestatorul precizează că, chiar dacă ar accepta argumentaţia că există o certificare în domeniul "accesul la informaţii clasificate", aceasta nu poate în niciun caz să intre în categoria "testare securitate". Or, pentru Expertul testare securitate iniţial erau solicitate două certificări în

domeniu, respectiv în "testare securitate" în timp ce acum sunt solicitate trei certificări în domeniu, respectiv în "testare securitate" iar o eventuală certificare de tipul "accesul la informaţii clasificate" nu se încadrează în această categorie.

În plus, contestatorul arată că prin Măsurile de remediere nr. 2 s-a introdus o necunoscută care are impact asupra modului în care se elaborează oferta (propunerea tehnică și financiară), în sensul că autoritatea contractantă precizează că eliminarea cerinţei prinvind accesul la informaţiile clasificate vizeaza momentul ofertării, dar lasă să se înțeleagă că, în executarea contractului, există posibilități crescute de a se cere îndeplinirea acestei cerinţe, fapt care implică bugetare din partea operatorilor economici. Dacă nu este clar ce urmează să se întâmple în timpul executării contractului, prin Măsurile de remediere 2, autoritatea contractată însăși pune ofertanţii în imposibilitatea de a formula oferte admisibile, respectiv de a îndeplini contractul de achiziţie publică (care se execută pe baza oferei depuse, admise și declarate câștigătoare).

În cazul măsurii 3 (din setul 2 de măsuri de remediere), contestatorul arată că aspectul nelegal pe care îl reclamă este dublarea specificaţiilor tehnice de cerinţe funcţionale, fapt care a putut fi cunoscut doar prin Măsurile de remediere nr. 2 (măsura 3), acestea vătămându-l prin faptul că adaugă cerinţe funcţionale peste specificaţiile tehnice fără să anuleze, în acest context, specificaţiile tehnice.

Contestatorul precizează că măsurile de remediere nr. 2 sunt primele și singurele unde autoritatea contractantă a făcut publice aceste cerinţe funcţionale astfel încât operatorii economici să poată cunoaşte cu adevărat la ce se referă exact și întinderea lor. Asadar, contestatorul menționează că a putut cunoaşte întinderea acestei dublări și deci a vătămării, de abia în momentul publicării Măsurilor de remediere nr. 2.

Dacă înainte, pe baza documentaţiei de atribuire pe care a interpretat-o în felul propriu, a considerat că ar fi putut veni cu produs echivalent ELO, acum, ca urmare a Măsurilor de remediere nr. 2, categoric nu mai poate să o facă din cauza dublării specificaţiilor tehnice de cerinţe funcţionale.

Chiar și dacă ar considera, prin absurd, că poate veni cu un alt produs decât ELO, prin Măsurile de remediere nr. 2 a devenit clară (pentru că doar în cadrul Măsurilor de remediere nr. 2 autoritatea contractantă a

publicat clar, pe larg, informaţiile) cantitatea foare mare de customizări pe care ar trebuie să le facă un operator economic ce ar vrea să înlocuiască ELO pentru a îndeplini cerinţele autorității contractante.

În acest context, contestatorul preczează că și-a dat seama că cele 60 de zile menționate în documentaţia de atribuire nu sunt suficiente, fiind nevoie de un timp care poate fi și de două ori mai mare decât cel alocat de autoritatea contractantă.

Contestatorul precizează că, dacă autoritatea ar fi publicat încă de la început toate informaţiile pe care le-a publicat prin măsurile de remediere nr. 2, ar fi contestat încă de atunci, însă a constestat acum, pentru că acum a aflat, deoarece doar acum le-a publicat autoritatea contractantă.

De asemenea, contestatorul arată că așa s-a decis și în jurisprudența Curţii de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), prin cauza C-406/08, Uniplex, care interpretează Directiva remedii (89/665) (pe care o transpune Legea nr. 101/2016): "*termenul de introducere a unei acţiuni având ca obiect constatarea încălcării normelor de atribuire a contractelor de achiziţii publice sau obţinerea unor daune interese pentru încălcarea normelor respective să înceapă să curgă de la data la care reclamantul a luat cunoştinţă sau ar fi trebuit să ia cunoştinţă de această încălcare*".

Așadar, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu și-a respectat obligaţia legală prevăzută la art. 15 alin. (2) de a expune situaţia de fapt în mod corect şi complet, fără a denatura sau omite informaţiile care le sunt cunoscute.

De asemenea, având în vedere prevederile legale de la art. 6 alin. (1) a), (4) și (11), precum și cele de la art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2), contestatorul precizează că a decis, în calitate de persoană vătămată de Măsurile de remediere nr. 2, să depună atât contestație, cât și notificare prealabilă, acest comportament fiind absolut legal.

Totodată, faptul că a depus și contestație nu înseamnă că nu aşteaptă un răspuns din partea autoritatii contractante la notificarea adresată sau că ar fi oprit în vreun fel sau nu i-ar fi dat posibilitatea autorității contractante de a lua măsuri de remediere ca urmare a notificării sale. În acest context, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a dat niciun răspuns la notificarea sa prealabilă, neîndeplinind obligaţia sa de la art. 6 alin. (4).

Contestatorul menționează că doar a uzat de ambele căi pe care legea le pune la dispoziţia oricărui operator economic pentru că, fiind vătămat de Măsurile de remediere 2 luate de autoritatea contractantă, a dorit ca acestea să fie corectate cât mai rapid, pentru a se ajunge la o concurență nedenaturată.

De asemenea, contestatorul arată că scopul său este participarea la o procedură ce respectă și se derulează în condiţii de legalitate, iar acum, această procedură de atribuire, din punctul său de vedere, nu îndeplineşte aceste criterii. Mai precis, autoritatea a modificat documentaţia de atribuire, înăsprind condiţiile de participare, pentru că, la cerinţele iniţiale, s-au adăugat cele noi.

Totodată, contestatorul precizează că nu îl interesează în principal anularea procedurii, de aceea a și solicitat-o numai în subsidiar, dacă și

numai dacă celelalte măsuri nu pot fi adoptate - de autoritatea contractantă sau de CNSC.

Faptul că dorește să participe la o procedură legală, cu o concurență nedenaturată, nu poate fi interpretat în niciun caz și sub nicio formă ca rea-credință din partea sa. Simpla exercitare a drepturilor procedurale ale operatorului economic, pentru aducerea prezentei achiziţii într-un cadru de desfășurare legal nu poate fi considerat sub nicio formă drept o rea-credință din partea sa.

De asemenea, contestatorul precizează că autoritatea contractantă ignoră prezumţia bunei-credințe în exercitarea drepturilor procedurale aplicabile prezumând automat reaua-credință și comportamentul necorespunzător ale contestatorului, respectiv ale persoanei care, în apararea intereselor legitime, atacă actul autorității contractante la CNSC.

Totodată, faptul că opinia sa concordă cu a altor operatori economici care au depus și ei contestații și care poate concorda și cu a altor operatori economici care au ales să nu depună contestații sau notificări ori acţiuni în instanță nu dovedeşte deloc exercitarea cu rea-credință a drepturilor procesuale sau un abuz de drept.

Faptul că are puncte comune cu alți operatori economici și critică aspecte similare nu înseamnă decât că piaţa de profil este una matură, cu operatori economici care cunosc domeniul și care vor să aibă șanse corecte și reale, nu doar formale, de participare la această procedură.

Contestatorul mai arată și faptul că legislaţia în vigoare nu instituie nicio obligativitate pentru niciun operator economic nici de a solicita vreo clarificare, nici de a contesta sau de a nu contesta.

Astfel, contestatorul precizează că nu a considerat necesar să solicite nicio clarificare, este dreptul său legal, la fel cum, văzând măsurile de remediere numărul 2 a considerat necesar să conteste, pentru că nu îl interesează vreo lămurire din partea autorității contractante, ci o modificare a actualului cadru care nu este legal.

De asemenea, contestatorul menționează că nu este interesat de caracterul tardiv sau nu, fondat sau nu, al altor contestații depuse, îl interesează însă soarta propriei contestații, de aceea a depus și notificare și contestație.

Contestatorul consideră că se încadrează în prevederile art. 6 alin. (11), coroborat cu 8 alin. (1) lit. a) și a promovat contestația drept

"*oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă*". Totuşi, pentru a nu exista niciun dubiu cu privire la admisibilitatea cererii sale, a depus și notificare la autoritatea contractantă, care, conform art. 6 alin. (4), avea obligaţia să îi răspundă în 3 zile de la primire, ceea ce nu a făcut, fiind evident din punctul de vedere transmis, că a primit notificarea sa.

Aşadar, contestatorul solicită Consiliului ca, în cazul în care consideră că ar fi fost necesară pentru îndeplinirea procedurii notificarea prealabilă, să constatate că a depus notificare la care autoritatea contractantă nu a răspuns și să considere acest punct de vedere la punctul de vedere al autorității contractante drept contestație la lipsa de răspuns la notificarea prealabilă, conform art. 8 alin. (1) lit. a), alin. (2) alit. b) și art. 6 alin. (4), însă contestația ar trebui admisă direct în baza art. 6 alin. (11) coroborat cu 8 alin. (1) pentru că a atacat măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă.

În continuare, contestatorul arată că așa prevede și Directiva remedii (DIRECTIVA CONSILIULUI din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege şi a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac faţă de atribuirea contractelor de achiziţii publice de produse şi a contractelor publice de lucrări (89/665/CEE)).

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să respingă excepţia inadmisibilității contestației ..., să constate că este o persoană vătămată în sensul legii și că a promovat o contestație în termenul legal, nelovită de tardivitate.

2. Referitor la Măsura nr. 1 din cadrul „Măsuri de remediere 2"

În fapt, contestatorul arată că prin măsura de remediere nr. 1 adoptată de către autoritatea contractantă, aceasta a eliminat cerinţa ca experţii propuşi să aibă o certificare relevantă în sectorul "accesul la informaţii clasificate".

Deși cerința minimă inițială era de 3 certificări relevante în domeniu - domeniu privit în sens larg deoarece conţinea 2 sub cerinţe solicitate de autoritatea contractantă, așa cum sunt explicate în continuare - dintre care 2 certificări relevante în domeniu + o certificare privind accesul la informaţii clasificate, conform caietului de sarcini: "*Cerinţe minime (conform cerintelor/criteriilor minime de securitate pentru proiectele TIC clasificate pe nivelul de risc mare, emise in aplicarea prevederilor art. 8 alin. (3) din H.G. 941/27.11.2013)")*, autoritatea contractantă, prin măsura adoptată, a modificat numărul de certificări nelegate de accesul la informaţii clasificate, de la 2 la 3.

Astfel, un potențial ofertant trebuie să facă dovada în cadrul propunerii sale, că cei doi experţi menţionaţi: Expertul securitatea informaţiei, respectiv Expertul testare securitate, deţin 3 certificări relevante în domeniu.

Creșterea numărului de certificări nelegate de accesul la informaţii clasificate, de la 2 la 3, nu este justificată, numărul, conform logicii alocării certificărilor trebuind să rămână 2 certificări, menționate în specificaţiile tehnice ale caietului de sarcini, cea de-a treia fiind strict solicitată pentru

un domeniu (accesul la informaţii clasificate) care a fost eliminat din documentaţia de atribuire.

Contestatorul consideră că, prin creşterea numărului de certificări, autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, solicitând un număr mai mare de certificări în acelaşi timp cu reducerea numărului de domenii (parţial disjuncte după cum va exemplifica mai jos) cerute.

În acest moment, prin măsura de remediere publicată, contestatorul precizează că se află în situația în care cerinţele privind numărul de certificări sunt disproporționale față de domeniile rămase în documentaţia de atribuire, cea de-a treia certificare solicitată fiind indisolubil legată de accesul la informaţii clasificate. (În acest sens, contestatorul citează din documentaţia de atribuire: *„dintre care una va fi privind accesul la informaţii clasificate*").

De asemenea, contestatorul menționează că trebuie avută în vedere și diferenţierea operată chiar de către autoritatea contractantă în împărțirea certificărilor solicitate pentru experţii propuşi. Astfel, o certificare este pentru accesul la informaţii clasificate, în timp ce celelalte două certificări sunt pentru sectorul securitatea informaţiei (privind expertul securitatea informaţiei) respectiv testare securitate (privind expertul testare securitate). Astfel, deși aceste domenii au componente comune cu domeniul "accesul la informaţii clasificate", ele sunt parţial disjuncte, pentru că, în mod evident, nu se poate afirma că accesul la informaţii de clasificate (respectiv designul fluxul de acces și drepturi la informaţiile clasificate plus identificarea și mitigarea pericolelor de securitate ce pot apărea) face parte (luând ca exemplu 1 din cele 2 cazuri în care se află solicitările pentru experţi) din domeniul testare securitate (respectiv testarea și identificarea breselor componentelor sistemului de securitate) cum încearcă autoritatea contractantă să argumenteze.

Mai mult, contestatorul arată că certificările solicitate pentru „securitatea informaţiei" sau pentru „testarea de securitate" reprezintă o validare a competentelor respectivilor experţi în domeniile menționate, iar „accesul la informaţii clasificate" reprezintă un aviz demonstrat printr-un certificat nu o certificare, așa cum reiese și din informaţiile prezentate de către Oficiul Registrului Național al Informaţiilor Secrete de Stat, în pagina http://www.orniss.ro/ro/proceduri.html. Astfel, contestatorul arată că în

această pagină sunt menționate și documentele legale în baza cărora se acordă avizul de acces.

Având în vedere cele antemenționate, contestatorul consideră că autoritatea contractantă trebuie să solicite „Minim 2 (două) certificări relevante în domeniu" pentru experţii menţionaţi. Prin creşterea numărului de certificări de testare securitate de la 2 la 3, ofertanţii sunt supuși la costuri suplimentare și posibil la imposibilitatea de a participa la procedură.

Dacă, înainte de măsurile de remediere, avea posibilitatea ca pentru experţii solicitati să prezinte 2 certificări tehnice, pe partea de securitatea informaţiei și testarea de securitate + o certificare/un aviz pe partea de informaţii clasificate, contestatorul precizează că practic, în acest moment, sunt solicitate 3 certificări tehnice, pe partea de securitatea informaţiei și testarea de securitate, iar această cerinţă duce implicit la creşterea costurilor sale privind elaborarea ofertei și prestarea serviciilor prin alocarea de timp și bani pentru pregătirea și certificarea experţilor pentru cea de-a treia certificare. Practic, autoritatea contractantă a înlocuit o certificare privind accesul la informaţii clasificate cu o certificare de testare securitate.

De asemenea, contestatorul solicită ca autoritatea contractantă să menţioneze clar implicaţiile cerinţei „pe parcursul perioadei de derulare a acordului cadru, Prestatorul va intra în contact cu informaţii clasificate" așa cum este menționat în cadrul documentului cu măsuri de remediere având numărul 1/1413/VT/23.04....., ținând cont de „eliminarea tuturor menţiunilor prin care se solicită ca personalul inclus în echipa de proiect să dispună de certificări privind accesul la informaţii clasificate".

Astfel, contestatorul solicită ca autoritatea contractantă să specifice care este impactul cerinţei *„pe parcursul perioadei de derulare a acordului cadru, Prestatorul va intra în contact cu informaţii clasificate*" și dacă aceasta implică eventuale solicitări suplimentare pe parcursul perioadei de derulare a acordului cadru pentru personalul alocat proiectului de către ofertant sau privind furnizarea de componente suplimentare.

Contestatorul menţionează că această clarificare este esenţială pentru pregătirea ofertei tehnice și a celei financiare.

De asemenea, contestatorul solicită ca, în răspunsurile la solicitările formulate, autoritatea să aibă în vedere modul de definire a cerinţelor: „pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire" (art. 20 alin. 1 și 2)" respectiv "Caietul de sarcini conţine, în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante" conform HG nr. 395/2016, art. 20 alin. (1) și (2).

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului să dispună anularea Măsurii nr. 1 din cadrul celui de al doilea set de măsuri de remediere („Masuri de remediere nr. 2"), să constate că sunt necesare doar două certificări, nu trei, să oblige autoritatea contractantă la precizarea clară a situației privind tipul/tipurile de informaţii clasificate la care se face trimitere, precum și la redactarea documentaţiei de atribuire în

conformitate cu dispoziţiile normative aplicabile, astfel încât operatorii economici să își poată redacta oferta, atât tehnică, cât și financiară, în condiţii de predictibilitate.

3. Referitor la Măsura nr. 3 din „Masuri de remediere 2"

În elaborarea răspunsului nr. 3 din setul de măsuri de remediere menționat, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a respectat următoarele prevederi legislative din Legea nr. 98/2016 care definesc prezentarea cerinţelor și specificaţiilor tehnice: art. 3 alin. (1) lit. rr) și ss), art. 155 alin. (1) și (6), art. 156 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul constată că, la literele a)-d) ale art. 156 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, sunt enumerate modalitățile în care trebuie să fie stabilite specificaţiile tehnice: „prin raportare la cerinţe de performanță sau cerinţe funcţionale...", „prin trimitere la specificaţii tehnice si, ..., la standarde naţionale...", „prin raportare la cerinţe de performanță sau cerinţe funcţionale, potrivit lit. a), și prin trimitere la specificaţiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerinţe de performanță sau cerinţe funcţionale" sau prin „prin trimitere la specificaţiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerinţe de performanță sau cerinţe funcţionale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici."

De asemenea, contestatorul arată că îi este interzis unei autorități contractante să stabilească specificaţii tehnice care împiedică accesul tuturor operatorilor economici interesați la procedură, să introducă cerințe/specificații tehnice care avantajează, în mod vădit, anumiţi operatori economici și duc la o denaturare a concurenței efective sau să precizeze un anumitor producător, o anumită origine sau un anumit procedeu ce caracterizează produsele/servicile solicitate.

Contestatorul precizează că specificațiile prezentate de către autoritatea contractantă, (dacă poate să numească specificaţii, enumerarea brută de documente și informaţii privind cerinţele și caracteristicile individualizate ale soluţiei ELO, atât în cadrul primului set de măsuri de remediere cât și în cadrul celui de-al doilea set, din care enumeră componentele de bază ale produsului ELO: AdminConsole, Am-Eloam, As-SIM, DM-SIM etc., specificaţiile, scenariile de testare, etc.),

restrâng opţiunile de înlocuire a ELO cu un produs echivalent, favorizând astfel anumiţi operatori economici.

Mai mult, contestatorul precizează că în cadrul măsurilor nu sunt respectate cele 4 moduri menționate prevăzute de legislaţie pentru definirea specificaţiilor tehnice, ci practic sunt combinate atât specificaţii cât și caracteristici individuale ELO, ofertanţii trebuind să răspundă la toate aceste cerinţe.

Contestatorul consideră că, odată cu publicarea setului 2 de măsuri de remediere, autoritatea contractantă avea obligaţia de a anula cerinţele sau mai degrabă specificaţiile privind componentele software de bază ale soluţiei ELO, furnizate în cadrul setului 1 de măsuri de remediere.

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a eliminat aceste cerinţe referitoare componentele software de bază și nu a precizat că specificaţiile tehnice din setul 1 de măsuri de remediere trebuie interpretate și corelate cu cerinţele funcţionale nou introduse în cadrul răspunsului numărul 3 din setul 2 de măsuri de remediere. În concluzie, componentele ELO specificate și solicitate de către autoritatea contractantă (componente customizate pentru aceasta, de unde și denumirile specifice) fac imposibilă înlocuirea ELO de către potențiali ofertanți, făcând trimitere explicită la produsul ELO, menţiunea „sau echivalent cu un produs de tip document management" fiind de faţada, autoritatea contractantă neurmărind înlocuirea produsului ELO, limitând nelegal concurența (la ofertanţii care au deja o relaţie de business cu producătorul tehnologiei - ELO) și mimând furnizarea de cerinţe care respectă legislația.

Contestatorul arată că acest aspect, de limitare a concurenței, reiese și din răspunsul nr. 3 din al doilea set de măsuri de remediere, conform căruia, pentru soluţia de document management trebuie operat un volum foarte mare de modificări pentru a se putea oferta o soluţie echivalentă coroborat cu durata de implementare specificată în documentaţia de atribuire pentru upgradarea soluţiei ELO sau pentru implementarea unei soluţii noi: 60 de zile (calendaristice) de la data semnării contractului subsecvent, durata ce nu poate fi respectată decât în cazul ofertării ELO.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă, în mod eronat, solicită ca implementarea unei soluţii noi să se încadreze în aceeași durată de timp ca și upgrade-ul unei soluţii existente, acest termen, de 2 luni calendaristice fiind extrem de scurt ținând cont de volumul de modificări solicitat, ce trebuie operat în cazul implementării unei soluţii noi.

De asemenea, contestatorul precizează că, în mod eronat autoritatea contractantă concluzionează că este importantă cantitatea de informaţii pusă la dispoziţie către operatorii economici (în cadrul primului set de măsuri de remediere) și nu informaţii clare și concrete care să respecte legislaţia în domeniu menționată: *„autoritatea contractantă a înțeles să pună la dispoziţia operatorilor economici un volum foarte mare de informaţii (aproximativ 185 de pagini)".*

Mai mult, contestatorul arată că aceste informaţii furnizate în cadrul primului set de măsuri de remediere nu au fost anulate prin răspunsul numărul 3 din al doilea set de măsuri de remediere, răspuns (3) care ar fi fost suficient pentru orice operator economic în identificarea specificaţilor

tehnice ale soluţiei de document management solicitate de către autoritatea contractantă.

Contestatorul precizează că, așa cum a menţionat, păstrarea componentelor specifice, proprii ELO duce la imposibilitatea ofertării unei soluţii echivalente și denaturează concurența.

Totodată, contestatorul menționează că, concluzia autorității contractante conform căreia mai mulţi operatori economici care au participat la consultări pot furniza licenţe ELO și servicii, nu are legătură cu prezenta procedura care, conform legislaţiei în vigoare trebuie să plece de la garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, ceea ce presupune că produsul ELO trebuie să poată fi înlocuit cu un produs echivalent.

În concluzie, contestatorul solicită anularea documentului Măsuri de remediere nr. 2 în privinţa Măsurii 3 și obligarea autorității contractante la remedierea documentaţiei de atribuire prin păstrarea/furnizarea doar a specificaţiilor ce permit cu adevărat echivalarea produsului ELO cu alte soluţii similare aflate pe piaţă.

Prin adresa nr. 2661/22.05..... înregistrată la Consiliu sub nr. 20463/22.05....., contestatorul formulează concluzii scrise în urma studierii dosarului, reiterând în parte cele precizate prin adresa nr. 2656.1/17.05..... înregistrată la Consiliu sub nr. 20035/18.05.....

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului cadru de servicii având ca obiect „.....”, coduri CPV 72500000-0, 48000000-8, 51611100-9, 72200000-7, 72611000-6, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../.....

Împotriva documentației de atribuire și a răspunsului publicat în SEAP de autoritatea contractantă la data de 22.03....., ... SRL a formulat contestația ce face obiectul dosarului nr. ...../.....

Prin Încheierea nr. 195/...../...../02.04....., Consiliul a respins cererea de suspendare a procedurii formulată în contestația depusă de ..... SRL, ca rămasă fără obiect.

Împotriva măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin Decizia nr. 1/1144/VT/02.04....., publicate în SEAP în data de 02.04....., ... SRL a formulat contestația ce face obiectul dosarului nr. ...../....., conexat la dosarul nr. ...../.....

Împotriva măsurilor 1 și 3 din cadrul celui de al doilea set de măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin Decizia nr. 1/1413/VT/23.04....., publicate în SEAP în data de 23.04....., SC ..... SRL a formulat contestația ce face obiectul dosarului nr. ...../....., conexat la dosarele nr. ...../..... și nr. ...../.....

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a ..... SRL în formularea contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În soluționare acestei excepții, Consiliul constată că în speță sunt incidente dispozițiile art. 2 și art. 3 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

- Art. 2 alin. (1) *"Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi";*

- Art. 2 alin. (2) *"Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege";*

- Art. 3 alin. (1) lit. f) *"persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) *a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire";*

- Art. 3 alin. (3) *"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 şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac*".

De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 53 și art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016:

- Art. 53. - *"Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere*

temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege".

- Art. 3. - (1) "*În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:*

- *jj) operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități*".

Prin urmare, legiuitorul definește foarte clar ce înseamnă „persoană vătămată" și "interes", respectiv faptul că orice operator economic care nu a fost exclus definitiv din procedură are interes în legătură cu respectiva procedură.

Cu privire la interes, Consiliul reține că acesta reprezintă folosul practic pe care un operator economic îl urmărește prin introducerea unei contestații, astfel că, ... SRL, prin obținerea documentației de atribuire în scopul elaborării unei oferte și participării la procedură în cadrul unei posibile asocieri, îndeplinește condiția de a fi persoană vătămată în condițiile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că aspectele contestate ce țin de conținutul documentației de atribuire îi pot produce contestatorului un prejudiciu.

Cu privire la excepția tardivității contestației ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În soluționare acestei excepții, Consiliul constată că în speță sunt incidente dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) și art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

- Art. 8 alin. (1) "*Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de*

măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz";

- Art. 6 alin. (11) *"Prin excepţie de la prevederile alin. (1) şi (10), orice persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit alin. (5) poate depune contestaţie în faţa Consiliului sau instanţei fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă".*

Astfel, luând în considerare că ..... SRL critică măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04....., despre care a luat la cunoştinţă la data de 02.04....., raportat la data formulării contestaţiei, respectiv ....., Consiliul reţine că, în cauză, contestatorul a respectat termenul de 10 zile impus de legiuitor, conform dispoziţiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. a) și art. (6) alin. (11) din același act normativ.

Consiliul nu poate lua în considerare alegațiile autorității contractante potrivit cărora "Așadar, termenul de 10 zile în care ..... avea dreptul de a formula contestație împotriva modului în care autoritatea contractantă a înțeles să dispună măsurile de remediere începea să curgă la data împlinirii termenului de 7 zile în care autoritatea trebuia să implementeze efectiv măsurile de remediere asumate. Având în vedere că ultima zi în care autoritatea trebuia să implementeze măsurile de remediere era în data de 29.03....., rezultă că ultima zi în care ..... avea dreptul de a formula contestația cu privire la modul în care autoritatea a înțeles să dispună măsurile de remediere era în data de 09.04.....", din următoarele considerente:

Potrivit art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016 orice persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate depune contestaţie în faţa Consiliului fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

Faptul că ..... SRL a depus notificare prealabilă în data de 19.03....., care a stat la baza măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04....., nu înseamnă că pentru acesta termenul de contestare începe să curgă de la data împlinirii termenului de 7 zile în care autoritatea trebuia să implementeze măsurile de remediere asumate, iar pentru ceilalți operatori economici de la data implentării efective a acestor măsuri de remediere.

Fiind vorba despre măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă, este evident că persoana în cauză nu poate decide dacă se consideră, sau nu, vătămată de respectivele măsuri de remediere până când autoritatea contractantă nu le adoptă. În prezenta speţă, autoritatea

contractantă le-a adoptat la data de 02.04....., contestaţia fiind depusă în termenul de 10 zile, la data de .....

Chiar dacă s-ar accepta soluția de interpretare și aplicare a legii astfel cum a fost propusă de autoritatea contractantă, o atare acțiune ar conduce la consecințe absurde. Astfel, situația în care autoritatea contractantă ar fi decis, discreţionar, să publice măsurile de remediere după expirarea termenului de 10 zile pentru contestarea lipsei adoptării măsurilor de remediere, ar fi însemnat că termenul pentru contestarea măsurilor efective de remediere se reducea considerabil pentru contestator, iar pentru ceilalți operatori economici nu.

Referitor la excepția inadmisibilității contestației SC ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În soluționare, Consiliul reține că în motivarea acestei excepții autoritatea contractantă invocă faptul că SC ..... SRL nu are calitate de ”persoană vătămată” de măsurile de remediere criticate, întrucât aspectele criticate de contestator au un caracter mai favorabil pentru acesta decât cerințele stabilite prin caietul de sarcini, acestea din urmă fiind deja însușite/acceptate de contestator prin faptul că anterior adoptării măsurilor de remediere criticate, contestatorul nu a formulat notificare/contestație/cerere de intervenție/clarificare cu privire la cerințele inițiale.

Consiliul nu poate lua în considerare alegațiile autorității contractante, deoarece rămâne la latitudinea contestatorului aprecierea caracterului favorabil/nefavorabil al măsurilor de remediere.

Întrucât, la data publicării documentației de atribuire, contestatorul nu s-a considerat vătămat de prevederile inițiale, acesta nu a înțeles să le conteste, iar în calitate de persoană vătămată de măsurile de remediere nr. 2, adoptate de autoritatea contractantă prin Decizia nr. 1/1413/VT/23.04....., a înțeles să depună atât contestație, cât și notificare prealabilă, deși nu era obligat să formuleze notificare potrivit art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016 ”Prin excepţie de la prevederile alin. (1) şi (10), orice persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit alin. (5) poate

depune contestaţie în faţa Consiliului sau instanţei fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă”.

Pe fondul contestației formulate de ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

In primul rand, chiar din sustinerile explicite ale autoritatii contractante, Consiliul retine ca procedura are ca obiect achizitionarea de servicii de mentenanță și întreținere care pot fi prestate de ofertant însuși alaturi de servicii de suport tehnic care nu pot fi asigurate decât de sau cu participarea producătorilor respectivelor echipamente sau produse software.

Textual, autoritatea contractanta afirma ca „*serviciile de natura suportului (tehnic) producător reprezintă pe fond servicii de acces la siturile proprietatea producătorului, pe baza unor credențiale (drepturi de acces) la produsele software accesorii licențelor achiziționate, care* ***sunt acoperite*** *de asemenea* ***de drepturile de proprietate intelectuală exclusive ale producătorului.***

Prin urmare, ***asemenea servicii nu vor putea fi asigurate decât de către producător sau, prin intermediul reprezentaților acestuia****, indiferent și independent de ofertantul sau ofertanții care decid să depună o ofertă la prezenta procedură.”*

Potrivit prevederilor art. 104 alin (1) si (2) 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:

a) dacă în cadrul unei proceduri de licitaţie deschisă ori licitaţie restrânsă organizate pentru achiziţia produselor, serviciilor sau lucrărilor respective nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau au fost depuse numai oferte/solicitări de participare neconforme, cu condiţia să nu se modifice în mod substanţial condiţiile iniţiale ale achiziţiei şi, la solicitarea Comisiei Europene, să fie transmis acesteia un raport;

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

c) ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a procedurilor de licitaţie deschisă, licitaţie restrânsă sau negociere competitivă nu pot fi respectate din motive de extremă urgenţă, determinate de evenimente imprevizibile şi care nu se datorează sub nicio formă unei acţiuni sau inacţiuni a autorităţii contractante.

(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.”

In consecinta, Consiliul apreciaza ca serviciile de suport tehnic care nu pot fi asigurate decât de către producător nu pot face obiectul unei

proceduri competitive (astfel cum trebuie sa fie licitatia deschisa) in conditiile in care **pentru a putea depune o oferta admisibila orice operator economic este obligat sa obtina si sa probeze posibilitatea prestarii serviciilor de suport dependente exclusiv de producător** (mai mult chiar, de fiecare producator in parte) pentru infrastructura hardware și software de bază, indiferent de capacitatea tehnica sau experienta pe care le detine.

Concret, referitor la caietul de sarcini pentru lotul 1, contestatorul ..... SRL critica solicitarile care indică un prestator impus (producătorul, direct sau indirect) apreciind, in mod justificat in opinia Consiliului, faptul ca respectivele solicitari/cerinte nu sunt specificații tehnice ale serviciilor solicitate (asa cum ar trebui sa contina caietul de sarcini) ci conditii de calificare omise din fisa de date a achizitiei, conditii de calificare de natura a restrictiona drastic participarea la procedura cu incalcarea prevederilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, care prevede:

Art. 155-6 *„Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici*”.

In speta, autoritatea contractanta a decis totusi organizarea, pentru achizitionarea tuturor serviciilor, unei licitatii deschise online.

Consiliul admite ca, in cazul anumitor servicii care fac obiectul procedurii, colaborarea cu producatorul (producatorii) echipamentelor hardware sau a software-ului deja detinute de autoritatea contractanta, a ofertantilor care vor fi semnatari ai acordurilor-cadru pe cele cinci loturi, este necesara dar relatiile contractuale urmeaza a fi incheiate dupa finalizarea procedurii si nu inainte.

Prin impunerea probarii (in cadrul ofertei) a relatiei directe cu producatorii, autoritatea contractanta nu numai ca restrictioneaza concurenta dar determina stabilirea castigatorului/castigatorlor de acceptul unor terte entitati private.

Asadar, intr-o prima concluzie, avand in vedere argumentele de mai sus, intrucat solicitarea contestatorului a fost de modificare a continutului caietului de sarcini pentru lotul 1 si nu de anulare a procedurii, Consiliul va dispune eliminarea din caietul de sarcini a tuturor cerințelor de calificare

excesive și nelegale, referitoare la producător, la obligația contactării producătorului, sau a obținerii de prețuri de la producători, care nu reprezintă specificații tehnice concrete ale serviciilor ce se solicită a fi prestate.

Situatia de fapt, in care urmeaza, pentru fiecare lot in parte, incheierea unui acord-cadru cu maximum trei agenti economici (pentru lotul 1 se estimeaza incheierea a cate trei contracte subsecvente in fiecare an) permite prezentarea ofertelor financiare totale de catre ofertanti fara obtinerea prealabila a preturilor de la producatori intrucat toate detaliile (inclusiv financiare) legate de prestarea serviciilor vor fi stabilite in continutul contractelor subsecvente.

Efectiv, modificarea caietului de sarcini pentru lotul 1 (doar documentatia pentru lotul 1 a facut obiectul contestației formulate de ..... SRL) urmeaza a se face conform solicitarilor contestatorului, dupa cum urmeaza:

Pagina 85:

În loc de

În cadrul lotului 1 se vor achiziționa:

- servicii de suport din partea producătorului pentru infrastructura hardware și software de bază, necesare utilizării în parametri normali de funcționare a sistemului.

Formularea nouă:

În cadrul lotului 1 se vor achiziționa:

- servicii de suport pentru infrastructura hardware și software de bază, necesare utilizării în parametri normali de funcționare a sistemului.

Pagina 87:

4.1.1 Infrastructura comunicații

(...)

Ofertantul trebuie să:

(...)

În loc de

- asigure suport din partea producătorului pentru toată perioada acordului-cadru, cât și servicii de mentenanță, care pot fi asigurate fie de producător sau de către ofertant, prin personal calificat. Suportul din partea producătorului se cotează la nivel de perioade de câte 1 an.

De asemenea, ofertantul va asigura suport din partea producătorului pentru echipamentele SRX4200.

Formularea nouă:

- asigure suport pentru toată perioada acordului-cadru, cât și servicii de mentenanță, prin personal calificat. Suportul se cotează la nivel de perioade de câte 1 an.

De asemenea, ofertantul va asigura suport pentru echipamentele SRX4200.

Pagina 88:

Se elimina solicitarea:

4.1.3 Infrastructura software de bază

Pentru toate produsele COTS ce vor fi livrate în cadrul prezentei proceduri, precum și pentru serviciile de suport din partea producătorului, ofertantul

va contacta respectivii producători pentru a obține din partea acestora prețurile de referință aferente instituțiilor publice.

În loc de

4.1.3.1 Upgrade și virtualizarea sistemului de operare

... solicită identificarea unei soluții de upgrade și virtualizare a sistemului de operare Microsoft, respectiv Microsoft Windows Server 2008 la ultima versiune existentă pe piață, cu suport direct de la producător pe minimum 1 an.

Formularea nouă:

4.1.3.1 Upgrade și virtualizarea sistemului de operare

... solicită identificarea unei soluții de upgrade și virtualizare a sistemului de operare Microsoft, respectiv Microsoft Windows Server 2008 la ultima versiune existentă pe piață, cu suport pe minimum 1 an.

Pagina 91:

4.1.3.2 Suport tehnic actualizat

... dorește suport tehnic actualizat pentru următoarele componente software:

În loc de

4.1.3.2.1 Liferay Portal Community Edition (CE)

Se solicită suport tehnic producător Liferay Entreprise Subscription, GOLD Service Level cu upgrade de la versiunea actuală: Liferay Portal Community Edition (CE) la versiunea Liferay Enterprise Edition (EE), inclusiv servicii de instalare/upgrade, configurare, testare și instruire, pentru componentele din pachetul Enterprise Edition, cel puțin următoarele componente: Liferay Connected Services, Liferay Digital Experience Platform, Liferay Developer Tools, Liferay Push, Liferay Sync, Mobile SDK.

Formularea nouă:

4.1.3.2.1 Liferay Portal Community Edition (CE)

Se solicită suport tehnic Liferay Entreprise Subscription, GOLD Service Level cu upgrade de la versiunea actuală: Liferay Portal Community Edition (CE) la versiunea Liferay Enterprise Edition (EE), inclusiv servicii de instalare/upgrade, configurare, testare și instruire, pentru componentele din pachetul Enterprise Edition, cel puțin următoarele componente: Liferay Connected Services,

Liferay Digital Experience Platform, Liferay Developer Tools, Liferay Push, Liferay Sync, Mobile SDK.

Pagina 95:

4.1.4 Infrastructura hardware (...)

În loc de

Pentru toate componentele hardware/software se solicită cotarea distinctă a taxelor de reconectare (Re-establishment Fee respectiv After License Charge), serviciile de suport începând în decembrie 2013.

Pentru componentele software, se dorește asigurarea unor servicii de suport tehnic minim din partea producătorului care să permită:

- *upgrade gratuit la cele mai noi versiuni ale programelor;*
- *asistența tehnică online și aplicare patch-uri;*
- *acces online la baza de date cunoștințe.*

Formularea nouă:

(având în vedere mai cu seamă faptul că achiziția unor servicii care să acopere o perioadă anterioară 2013-…… procedurii de față nu este posibilă pentru ca serviciile nu se pot presta în trecut și crede că autoritatea contractantă nici nu este îndrituită să achiziționeze prin această procedură servicii care nu s-au prestat din 2013, și nici nu se poate aloca un buget în curs pentru eventuale prestări din trecut.)

Pentru componentele software, se dorește asigurarea unor servicii de suport tehnic minim care să permită:

- ***upgrade gratuit la cele mai noi versiuni ale programelor;***
- ***asistența tehnică online și aplicare patch-uri;***
- ***acces online la baza de date cunoștințe.***

Pagina 97:

4.1.4.1 Extindere Echipament de stocare

În loc de

Garanţie Garanţie oferită de producător: 4 ani (hardware și software) on-site, 24x7 cu timp de remediere maxim 24 ore.

Formularea nouă:

Garanţie 4 ani (hardware și software) on-site, 24x7 cu timp de remediere maxim 24 ore.

Aceste modificări vor fi preluate și în anexele 4.26 și 4.27 ale caietului de sarcini, oriunde se solicită suport sau servicii de la producător.

Pe fondul contestației formulate de SC ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

SC ..... SRL a contestat măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractanta prin adresa nr. 1/1144/VT/02.04.....

1. Referitor la primul punct al contestației, Consiliul urmeaza a respinge criticile contestatorului intrucat:

a) Nicio prevedere legala nu interzice dreptul autoritatii contractante de a suspenda procedura din motive pe care le considera temeinice.

b) Autoritatea contractanta are dreptul, ba chiar obligatia, ca in perioada de suspendare (intervenita inaintea depunerii ofertelor) sa raspunda la clarificarile care ii sunt adresate, dupa cum are si dreptul de a

proceda la masuri de remediere a documentatiei din proprie initiativa sau la notificarea unor agenti economici interesati in participarea la procedura.

c) Suspendarea procedurii nu este de natura a cauza vreun prejudiciu (de orice fel) contestatorului astfel incat, si din acest motiv, critica este lipsita de temei.

2. Referitor la cel de-al doilea punct al contestatiei, Consiliul retine ca prin intermediul unei notificări prealabile, autoritatii contractante i s-a solicitat să pună la dispoziția operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire informații cu privire la rezultatul procesului de consultare a pieței ce a făcut obiectul anunțurilor de consultare a pieței nr. MC0007409/26.06.2017 și nr. MC0009389/21.09.2017 și care a avut ca scop pregătirea documentației de atribuire care stă la baza desfășurării procedurii.

Consiliul retine ca publicarea unor informații referitoare la rezultatul procesului de consultare a pieței derulat este stipulată la art. 19 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, potrivit căruia: *„(5) Autoritatea contractantă are obligația de a publica în SEAP rezultatul procesului de consultare a pieței, dar nu mai târziu de momentul inițierii procedurii de atribuire".*

Ulterior, în cadrul Anexei A la adresa nr. 1/1144/VT/02.04....., autoritatea contractanta a asigurat publicarea documentului intitulat SUMARUL PROCESELOR DE CONSULTARE A PIEŢEI derulate la nivelul ... cu privire la necesarul de achiziții privind Sistemul Informatic de Mediu.

Autoritatea arată că acest document cuprinde informații referitoare la:

- Împrejurarea că au fost organizate două procese de consultare a pieței;
- Denumirea operatorilor economici care au fost invitați și care au participat la cele două procese de consultare a pieței;
- Concluziile rezultate din analiza aspectelor tehnice și financiare depuse de operatorii economici participanți;
- Principalele modificări care au fost aduse caietului de sarcini după finalizarea primului proces de consultare a pieței;
- Aspectele care au făcut obiectul consultărilor de piață, respectiv obiectivele principale ale autorității contractante.

Chiar daca rezultatul procesului de consultare a pietei nu a fost publicat (asa cum cerea legea) *„nu mai târziu de momentul inițierii*

procedurii de atribuire", nu acest fapt a fost contestat in termen legal ci masura de remediere nr. 1 care a constat chiar in publicarea documentului intitulat SUMARUL PROCESELOR DE CONSULTARE A PIEŢEI.

Consiliul apreciaza ca informatiile referitoare la procesul de consultare a pietei cuprinse în cadrul Anexei A la adresa nr. 1/1144/VT/02.04..... sunt suficiente si va respinge si aceasta critica a contestatorului SC ..... SRL.

3. Referitor la cel de-al treilea punct al contestatiei, Consiliul retine in primul rand ca SC …… SRL nu a explicitat care este solicitarea sa referitoare la continutul documentatiei in ceea ce priveste conditiile/certificarile pe care trebuie sa le indeplineasca/detina experții de securitate iar in al doilea rand Consiliul constata ca autoritatea contractanta a procedat la eliminarea tuturor cerințelor potrivit cărora personalul inclus în echipa de proiect trebuie să dispună de certificări privind accesul la informații clasificate. Astfel, critica privind cea de-a treia masura de remediere nu mai are obiect si va fi, de asemenea, respinsa de catre Consiliu.

4. Referitor la cel de-al patrulea punct al contestatiei, Consiliul retine ca autoritatea contractanta a adoptat prin documentul 1/1413/VT/23.04……. al doilea set de masuri de remediere, printre alte subiecte abordate fiind si cel referitor la experiența generală solicitată drept criteriu/cerință minimă sau factor de evaluare pentru experți. Sub aspectul mentionat, acest al doilea set de masuri de remediere a corectat documentatia de atribuire si in ceea ce priveste experienta solicitata managerului de proiect, forma finala fiind in totalitate conforma cu rigorile legislative.

De altfel, in concluziile scrise, contestatarul SC ..... SRL nu a mai amintit cel de-al patrulea punct al contestatiei, renuntand implicit la criticile formulate initial.

5. Referitor la cel de-al cincilea punct al contestatiei, Consiliul constata repetarea situatiei de la punctul 3 si anume lipsa de claritate a contestatorului in a explicita motivele pentru care solicita anularea masurii de remediere nr. 5 lit d) si e).

Consiliul constata ca autoritatea contractanta a publicat in cadrul celui de-al doilea set de masuri remediere toate informatiile necesare dupa cum urmeaza: o Pentru IXService: a se vedea Anexa nr. A la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;

o Pentru ORADBService: Anexa nr. B la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;

o Pentru Eloservice: Anexa nr. C la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;

o Pentru Commonservice (serviciul Nomenclatoare comune): Anexa nr. D la măsurile de remediere publicate în SEAP sub nr. CN183301/23.04....., respectiv 1/1413/VT/23.04.....;

Consiliul apreciaza ca, asa cum sustine autoritatea contractanta, aceste detalii sunt suficiente pentru a stabili dacă posibilitățile tehnice ale oricărei soluții/produs similar pe care operatorii economici interesați de participarea la procedură ar intenționa să le propună autorității contractante sunt echivalente cu soluția deja existentă în cadrul SIM.

Avand in vedere toate argumentele de mai sus, Consiliul va respinge contestația formulată de SC ..... SRL.

Pe fondul contestației formulate de SC ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

Obiectul contestației formulate de SC ..... SRL il reprezinta doua apecte din continutul documentului nr.1/1413 /VT/23.04..... care constituie al doilea set de masuri de remediere a documentatiei de atribuire emis de autoritatea contractanta.

Referitor la măsura de remediere nr. 1 din cadrul „Măsuri de remediere 2", contestatorul arata ca „*autoritatea contractantă a eliminat menţiunile prin care se solicita ca personalul inclus în echipa de proiect să dispună certificări privind accesul la informaţii clasificate, dar a menținut numărul de certificări (în speţă, 3), deși, prin măsura adoptată, nu se justifica păstrarea acestui număr, ci reducerea sa la 2 (două) certificări, care fac parte din specificaţiile tehnice ale caietului de sarcini, cea de a treia vizând, acolo unde era solicitată, un domeniu care nu mai face obiectul ofertei ce urmează a fi elaborată de ofertant*."

Consiliul apreciaza ca sustinerile contestatorului vizand acest aspect sunt perfect justificate, atat in cazul Expertului securitatea informaţiei, cat si in cazul Expertului testare securitate, mentinerea solicitarii privind detinerea a 3 certificări relevante în domeniu (in conditiile in care a fost eliminata certificarea privind accesul la informații clasificate) fiind excesiva si ilogica.

Consiliul va dispune modificarea documentatiei prin reducerea numarului de certificari solicitate de la trei la doua, atat pentru Expertul securitatea informației (la loturile 2-5) cat și pentru Expertul testare securitate (la lotul 5).

Referitor la critica privind măsura de remediere nr. 3 din cadrul „Măsuri de remediere 2", Consiliul apreciaza ca informatiile suplimentare puse la dispozitie de autoritatea contractanta sunt suficiente pentru a stabili dacă posibilitățile tehnice ale oricărei soluții/produs similar pe care

operatorii economici interesați de participarea la procedură ar intenționa să le propună autorității contractante sunt echivalente cu soluția deja existentă în cadrul SIM.

Consiliul, pe de o parte, nu considera ca SC ..... SRL isi probeaza in vreun fel sustinerea potrivit careia „componentele ELO specificate și solicitate de către autoritatea contractantă (componente customizate pentru aceasta, de unde și denumirile specifice) fac imposibilă înlocuirea ELO de către potențiali ofertanți” iar pe de alta parte constata ca prin „Măsuri de remediere 2", fata de acest aspect s-au adus informatii suplimentare utile care nu ingradesc in niciun caz (in plus fata de documentatia initiala sau completata cu masurile de remediere 1) posibilitatea ofertantilor de a participa la procedura.

Prin urmare, Consiliul va respinge aceasta solicitare a contestatorului SC ..... SRL.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) si (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..... SRL si va admite in parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Consiliul va dispune modificarea caietului de sarcini pentru lotul 1 si a solicitarilor privind Expertul securitatea informației (la loturile 2-5) și pentru Expertul testare securitate (la lotul 5), conform celor cuprinse in motivare, publicarea acestor modificari in SEAP precum si stabilirea unei noi date pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 15 zile de la publicarea in SEAP a modificarilor dispuse.

Termenul pentru aducerea la indeplinire a dispozitiilor prezentei decizii este de 10 zile de la comunicarea acesteia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondata contestația formulată de ..... SRL precum si a doua solicitare din contestația formulată de către SC ..... SRL, conform motivarii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția lipsei de interes a ..... SRL în formularea contestației, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția inadmisibilității contestației SC ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) si (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de ..... SRL si admite in parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Dispune modificarea caietului de sarcini pentru lotul 1 si a solicitarilor privind Expertul securitatea informației (la loturile 2-5) și pentru Expertul testare securitate (la lotul 5), conform celor cuprinse in motivare, publicarea acestor modificări in SEAP precum si stabilirea unei noi date pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 15 zile de la publicarea in SEAP a modificărilor dispuse.

Termenul pentru aducerea la indeplinire a dispozitiilor prezentei decizii este de 10 zile de la comunicarea acesteia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ..... SRL precum si a doua solicitare din contestația formulată de către SC ..... SRL, conform motivării.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

... **.....** **.....**

...