

**În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr....**

**Data: ....**

Prin contestația nr. ...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ...., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J... și Cod Unic de Înregistrare ...., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către .... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ...., în cadrul procedurii de cerere de oferte cu fază finală de licitație electronică, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „sistem de calcul laptop” s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire,
- rectificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării acelor cerințe care contravin liberei concurențe între ofertanți, astfel încât acestea să nu afecteze scopul organizării procedurii și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,  
**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR**

## **DECIDE:**

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca nefondată contestația formulată de SC .... SRL în contradictoriu cu ...., iar în temeiul alin. (6) al aceluiași articol, dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

## **MOTIVARE**

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de cerere de oferte cu fază finală de licitație electronică indicată mai sus, organizată de ..., critică prevederile documentației de atribuire, aceasta conținând o serie de cerințe de natură a discrimina ofertanții și de a favoriza doar anumiți operatori economici și că seria de cerințe discriminatorii/restrictive nu reprezintă o caracteristică tehnică a produselor și nu se referă la un standard, omologare sau reglementare tehnică aplicabile produselor, după cum urmează: „Utilitare sistem: asistență tehnică online pe pagina web a producătorului 24/24 ore, 7 zile/săptămână (inclusiv sărbători legale) pentru semnalarea și investigarea problemelor hardware și software ale sistemelor furnizate, direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunoștințe a acestuia”.

Contestatoarea reiterează că cerințele care fac referire la specificațiile nelegale sunt discriminatorii, restrictive, nu reprezintă o caracteristică tehnică a produselor.

Cerința potrivit căreia „asistență tehnică online pe pagina web a producătorului 24/24 ore, 7 zile/săptămână (inclusiv sărbători legale) pentru semnalarea și investigarea problemelor hardware și software ale sistemelor furnizate, direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunoștințe a acestuia”, se vădește a fi disproporționată raportat la obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, având în vedere că „baza de cunoștințe a acestuia” poate avea înțelesuri multiple. Cerința este la fel de restrictivă, aceasta reprezentând o introducere forțată a producătorului în relațiile contractuale dintre autoritatea contractantă ca și achizitor și ofertant ca și furnizor al acestor produse. Cerința în discuție nu asigură corelația între necesitatea obiectivă a autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele formulate în contextul aplicării procedurii de atribuire. Necesitatea autorității contractante este de a i se asigura garanția produselor, nu de a avea acces la baza de cunoștințe a producătorului.

Respectiva solicitare a autorității contractante nu constituie o specificație tehnică în sensul dispozițiilor art. 35 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, astfel încât să se regăsească în conținutul caietului de sarcini, ci reprezintă o formă „mascată” a unei cerințe de calificare, iar pe de altă parte, așa cum este formulată, îngrădește participarea operatorilor economici interesați, încălcând principiul liberei concurențe și principiul tratamentului egal prevăzut în art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Această cerință este restrictivă, fiind încălcate prevederile art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006. Mai mult, din analiza fișei de date a achiziției, rezultă că cerințele în discuție nu se regăsesc în conținutul acestui document, astfel că, în acest caz sunt incidente dispozițiile art. 33 alin. (3) din OUG nr. 34/2006.

Clauzele contractuale între care și garanția produselor, sunt asumate de către cele două părți semnatare, ofertant și autoritate contractantă, conform principiului relativității efectelor contractului potrivit art. 1280 Cod civil. Producătorul este un terț față de contract, nu poate deveni parte la contractul de achiziție neputându-și asuma obligații, cum este cea de a asigura garanția produselor prin acces telefonic ori semnalare investigații și alte aspecte. Garanția este o obligație contractuală asumată de ofertant față de autoritatea contractantă, astfel că în perioada de garanție acesta va răspunde pentru situația în care echipamentele nu corespund sau pentru alte motive, în funcție de clauzele contractuale specificate. În condițiile în care ofertantul este cel care trebuie să-și asume toate obligațiile stabilite prin ofertă și prin contract, autoritatea contractantă nu-i poate impune ofertantului ca producătorul să îi ofere acces telefonic pentru semnalare și investigare probleme și alte aspecte.

Propunerea tehnică face parte din oferta operatorului economic ce participă la procedură și poate conform art. 1188 Codul civil, să exprime doar intenția sa de a contracta și de a-și asuma obligațiile pe care le presupune contractul de achiziție publică, inclusiv obligațiile de garanție. Propunerea tehnică a unui ofertant nu poate angaja din punct de vedere juridic producătorul produsului. Însă din moment ce ofertantul se obligă prin ofertă să acorde garanția produselor livrate, în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile și contractul de achiziție publică, autoritatea contractantă nu are niciun motiv să solicite garanții suplimentare de la producător de tip acces telefonic sau investigații, care au ca efect doar restricționarea accesului la procedura de atribuire, încălcând art. 8 din HG nr. 925/2006.

Garanția este o declarație civilă a operatorului economic prin care acesta își asumă răspunderea civilă pentru lipsa de conformitate a produselor și serviciilor pe care le furnizează. Mai mult decât atât furnizorul garantează că produsele furnizate din contract sunt noi, nefolosite și încorporează toate îmbunătățirile recente în proiectare și structura materialelor. De asemenea, furnizorul garantează că toate produsele furnizate prin contract nu vor avea niciun defect ca urmare a proiectului, materialelor și manopere ori oricărei alte acțiuni sau omisiuni a furnizorului și că acestea vor funcționa în condiții normale de funcționare. Referitor la elementele pe care trebuie să le conțină un asemenea document privind garanția acestea sunt prevăzute la cap. VI – Garanții din Legea nr. 449/2003 la art. 20.

Contestatoarea susține că criticile sale au ca obiect implicarea producătorului care este terț de prezenta procedură, în timp ce garanția este o obligație asumată de ofertant față de autoritatea contractantă. Astfel, deși producătorul nu este asociat, nici subcontractant sau terț susținător, neavând niciun fel de raport cu autoritatea contractantă, aceasta cere în mod mascat ca garanția să fie asigurată de producătorul echipamentelor. Rezultă din prevederea în cauză că garanția nu este asigurată de furnizor, ci direct de producător, situația atipică în orice contract de achiziție publică, obligațiile revenind ofertantului. Relația

contractuală a ofertantului cu producătorul produselor, care la rândul lor, răspunde de calitatea produselor sale, reprezintă o problemă a ofertantului, izvorâtă din propriul contract comercial cu producătorul, contract care nu poate conduce la obligații ale producătorului către autoritate, în condițiile în care contractele produc efecte și creează drepturi și obligații doar în sarcina părților.

Mențiunile cu privire la „utilitare sistem” din cuprinsul caietului de sarcini nu au caracter de specificații tehnice, deoarece pe de-o parte, nu reprezintă caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță iar, pe de altă parte, impun o obligație în sarcina unei alte persoane care nu are niciun fel de calitate în procedura de atribuire în cauză. Mai mult, producătorii pot participa ei înșiși la procedură, or solicitarea unor autorizări din partea acestora are rolul de a restricționa participarea la procedura de atribuire.

În final, contestatoarea învederează că prin elaborarea specificațiilor nelegale, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006. Specificația tehnică trebuie să cuprindă obligații exclusiv în sarcina ofertantului și nu a unui terț neangajat în procedură. Mai mult, nu se justifică nici „asistență tehnică 24/24 ore, 7 zile/săptămână (inclusiv sărbători legale)” având în vedere faptul că personalul din Regie nu poate presta activități de cercetare 24 ore pe zi din 24 cu atât mai mult cu cât contractele de cercetare în baza cărora efectuează activități de cercetare, trebuie să fie corelate cu prevederile legale în vigoare. Procesul de cercetare nu poate fi extins la extremă și astfel să conducă la epuizarea personalului din Regie, prin neîntreruperea acestuia.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației precum și punctul său de vedere nr. 307/27.01.2016, înregistrat la Consiliu cu nr. 2035 din 27.01.2016, în care precizează că în caietul de sarcini – Secțiunea III a documentației de atribuire, se specifică:

Componente: utilitare sistem

Cerințe obligatorii minimale: asistență tehnică online pe pagina web a producătorului 24/24 ore, 7 zile/săptămână (inclusiv sărbători legale) pentru semnalarea și investigarea problemelor hardware și software ale sistemelor furnizate direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunoștințe a acestuia. Acces online la utilitare, aplicații, drivere.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că a întocmit caietul de sarcini nr. 447/08.01.2016 ținând cont de următoarele considerente:

a) necesitățile tehnice și de exploatare ale acesteia, astfel conform prevederilor art. 35 alin. (1) și alin. (3) din OUG nr. 34/2006.

b) specificul activității RATEN conform:

- Ordonanței de Urgență nr. 54 din 29 mai 2013 privind unele măsuri pentru reorganizarea prin divizare parțială a Regiei Autonome pentru Activități Nucleare Drobeta Turnu Severin și înființarea Regiei Autonome Tehnologii pentru Energia Nucleară – RATEN „este regie autonomă de interes strategic și are ca obiect principal de activitate

dezvoltarea de tehnologii necesare asigurării suportului științific și tehnic național pentru domeniul de energetică nucleară în vederea funcționării în condiții de securitate nucleară a instalațiilor aferente domeniului ...”.

Conform art. 5 alin. 6 „potrivit reglementărilor legale privind desfășurarea activităților nucleare, RATEN ICN este obiectiv nuclear prin specificul activităților sale și a instalațiilor nucleare de interes național pe care le deține”,

- Legislației naționale în domeniul nuclear emisă de Comisia Națională pentru Controlul Activităților Nucleare (CNCAN),
- Statutul României de stat membru al UE și Agenției Internaționale pentru Energie Atomică (AIEA – Viena)
- Legislației în domeniul nuclear (Directiva 2009/71/EURATOM a Consiliului din 25 iunie 2009 de instituire a unui cadru comunitar pentru securitatea nucleară a instalațiilor; Convenția de Securitate Nucleară, ratificată prin Legea nr. 43/1995);
- Hotărârii nr. 271/2013 pentru aprobarea Strategiei de Securitate Cibernetică a României și a Planului de acțiune la nivel național privind implementarea Sistemului Național de securitate cibernetică,
- Listei instituțiilor participante la implementarea Strategiei Naționale de securitate și siguranța nucleară, direct sau prin instituții aflate în coordonarea ori subordonarea acestora (Anexa nr. 1 la Strategia Națională de securitate și siguranța nucleară din care RATEN face parte),
- Ordinul nr. 181/21.10.2014 al Comisiei Naționale pentru Controlul Activităților Nucleare (CNCAN) pentru aprobarea Normelor privind protecția instalațiilor nucleare împotriva amenințărilor cibernetice, publicat în Monitorul Oficial nr. 803/04.11.2014, care prevede la art. 1 alin. (2) „cerințele generale privind protecția sistemelor, componentelor și echipamentelor, inclusiv software – ul pentru instrumentație și control și rețelele informatice, denumite în continuare SCE, ale instalațiilor nucleare împotriva amenințărilor cibernetice”,
- art. 10 alin. (3) „Planul de securitate cibernetică trebuie să descrie modul în care titularul de autorizație va asigura următoarele:
  - menținerea capacității pentru detecția rapidă și răspunsul în timp util la incidente cibernetice,
  - limitarea consecințelor materializării amenințărilor cibernetice,
  - corectarea vulnerabilităților exploatate în atacurile cibernetice,
  - repunerea în funcțiune a SCE afectate de incidențele cibernetice,
- art. 11 „Titularul de autorizație (Sucursala RATEN ICN) trebuie să se asigure ca există în permanență o echipă de specialiști care să asigure detecția și răspunsul rapid la un incident de securitate cibernetică, inclusiv protecția SCE...”,

- art. 17 alin. (1) „Titularul de autorizație (Sucursala RATEN ICN) trebuie să stabilească și să impună un set de reguli și cerințe de securitate cibernetică pentru furnizorii de produse și servicii pentru instalațiile nucleare, în scopul prevenirii incidentelor cibernetică”.

Ca urmare a cerințelor normativelor indicate, asistența online solicitată în caietul de sarcini (care este contestată de către SC .... SRL) este menită a asigura securitatea cibernetică a echipamentelor IT utilizate în activitatea din domeniul nuclear, fără întrerupere. Asistența tehnică online („helpdesk” în literatura de specialitate) este utilizată în IT de către majoritatea producătorilor de echipamente.

Având în vedere cele prezentate anterior, RATEN consideră cerințele caietului de sarcini ca măsuri nerestrictive și nediscriminatorii și care nu îngrădesc participarea operatorilor economici interesați și nu încalcă principiul liberei concurențe și principiul tratamentului egal prevăzute în art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă consideră că motivele de fapt și de drept invocate de contestatoare ca fiind speculative, neîntemeiate și nelegale, aceasta punând la îndoială competența și integritatea membrilor comisiei de elaborare a documentației de atribuire.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de având ca obiect „sistem de calcul laptop”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de cerere de oferte, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. 384220/18.01.2016, la care a atașat și documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de 64.350 lei, fără TVA.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, a formulat contestație SC ... SRL, criticând specificația tehnică referitoare la „Utilitare sistem: asistență tehnică online pe pagina web a producătorului 24/24 ore, 7 zile/săptămână (inclusiv sărbători legale) pentru semnalarea și investigarea problemelor hardware și software ale sistemelor furnizate, direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunoștințe a acestuia”, considerând-o discriminatorie, întrucât ar reprezenta o introducere forțată a producătorului în relațiile contractuale dintre autoritatea contractantă ca și achizitor și ofertant ca și furnizor al acestor produse, că nu asigură corelația între necesitatea obiectivă a autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele formulate în contextul aplicării procedurii de atribuire, respectiv că necesitatea autorității contractante este de a i se asigura garanția produselor, nu de a avea acces la baza de cunoștințe a producătorului.

Autoritatea contractantă precizează că este vorba de servicii help desk, respectiv diagnosticare și intervenție în timp real sau un serviciu în care se preiau mesaje, apeluri, se înregistrează sesizări, efectuându-se o diagnosticare rapidă, unde este cazul, se efectuează anumite intervenții on-line, de tip remote, în scopul rezolvării rapide a situațiilor apărute.

Verificând susținerile părților, Consiliul observă că serviciile help desk nu înseamnă, în niciun caz, introducere forțată a producătorului în

relațiile contractuale dintre autoritatea contractantă ca și achizitor și ofertant ca și furnizor al acestor produse, ci un serviciu pe care un număr foarte mare de producători hardware și software îl pun la dispoziția utilizatorilor produselor lor. Ceea ce solicită autoritatea este ca furnizorii să se orienteze către produse pentru care există servicii de suport din partea producătorilor. O simplă căutare pe internet demonstrează că există suficienți producători de laptop-uri care asigură acest tip de servicii, de exemplu Toshiba, Lenovo, Acer, Dell, HP etc. Faptul că există posibilitatea ca un anumit producător să nu asigure servicii Help desk, deși un astfel de producător nu a fost identificat nici de contestatoare, nici de Consiliu în urma verificării, nu înseamnă că respectiva cerință este discriminatorie, din moment ce această specificație este comună multor producători.

De asemenea, este de remarcat că serviciile help desk nu au legătură cu garanția echipamentului, respectiv servicii service, așa cum susține contestatoarea. Service-ul echipamentului nu se realizează rapid, uneori aproape spontan, ca serviciile help desk, ci presupun ori deplasarea unei echipe service la utilizator, ori deplasarea echipamentului la unitatea service, fapt care necesită timp, iar uneori chiar indisponibilizarea echipamentului pentru o anumită perioadă.

Consiliul consideră că cerința criticată de ofertant nu are caracter discriminatoriu, fiind o specificație comună unui număr mare de producători. În ceea ce privește calitatea de furnizor al echipamentelor, cerința nu poate fi, în niciun caz, considerată restrictivă, din moment ce aceștia se pot orienta oricând către un producător de echipamente care asigură servicii de suport.

Nu în ultimul rând, este de remarcat că acest tip de servicii se asigură și de companii mici, care nu sunt producătoare de echipamente, nefiind, în niciun caz, o specificație rar întâlnită, așa cum lasă să se înțeleagă reclamanta. Chiar producătorii de soft, indiferent dacă produc sisteme antivirus, jocuri, aplicații, sisteme de operare, asigură suport on-line pentru utilizatori, de tip help desk. De asemenea, este valid și argumentul autorității contractante referitor la menținerea capacității pentru detecția rapidă și răspunsul în timp util la incidente cibernetice, limitarea consecințelor materializării amenințărilor cibernetice și corectarea vulnerabilităților exploatate în atacurile cibernetice, specificul acestei autorități contractante impunând răspunsuri rapide la orice disfuncționalitate a sistemului informatic.

Drept urmare, Consiliul reține că cerința criticată nu introduce un obstacol nejustificat pentru ofertanți și nu restrânge concurența între operatorii economici, fiind respectate prevederile art. 35 din OUG nr. 34/2006, respectiv „(1) Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice.

(2) Specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante.

(3) Specificațiile tehnice definesc, după caz și fără a se limita la cele ce urmează, caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, cerințe privind impactul asupra mediului înconjurător, siguranța în exploatare, dimensiuni, terminologie, simboluri, teste și metode de testare, ambalare, etichetare, marcare și instrucțiuni de utilizare a produsului, tehnologii și metode de producție, precum și sisteme de asigurare a calității și condiții pentru certificarea conformității cu standarde relevante sau altele asemenea. În cazul contractelor pentru lucrări, specificațiile tehnice pot face referire, de asemenea, și la prescripții de proiectare și de calcul al costurilor, la verificarea, inspectia și condițiile de recepție a lucrărilor sau a tehnicilor, procedeele și metodelor de execuție, ca și la orice alte condiții cu caracter tehnic pe care autoritatea contractantă este capabilă să le descrie, în funcție și de diverse acte normative și reglementări generale sau specifice, în legătură cu lucrările finalizate și cu materialele sau alte elemente componente ale acestor lucrări. (...)

(5) Specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici”.

De asemenea, Consiliul reține și faptul că specificația tehnică este utilă autorității contractante, este proporțională și nu are caracter discriminatoriu.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

....

### **OPINIE SEPARATĂ,**

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de respingere ca nefondată a contestației SC ..... SRL –, în ceea ce ne privește, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în vădită contradicție cu acestea.

Divergența ivită între părțile litigante ține de următoarea cerință cuprinsă la pag. 6 din fișa de date a achiziției și la pag. 1 din caietul de sarcini aferente procedurii de atribuire: "Utilitare sistem: - Asistenta tehnica online pe pagina web a producatorului 24/24 ore, 7 zile/saptamana (inclusiv sarbatori legale) pentru semnalarea si investigarea problemelor hardware si software ale sistemelor furnizate direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunostinte a acestuia."

Cerința a fost clarificată de ...., la 22.01.2016, în SEAP, după cum urmează:

- „Asistența tehnică online pe pagina web a producătorului 24/24 ore, 7 zile/săptămână (inclusiv sărbători legale) pentru semnalarea și investigarea problemelor hardware și software ale sistemelor furnizate, direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunoștințe a acestuia” reprezintă o cerință prin care se asigură mentenanța echipamentului furnizat în orice moment, absolut necesară pentru produse utilizate în domenii de interes național, așa cum este domeniul nuclear. Toți producătorii de produse IT care doresc să furnizeze echipamente pentru domeniul nuclear trebuie să asigure astfel de servicii.

- O 181/21.10.2014 pt aprobarea Normelor privind protecția instalațiilor nucleare împotriva amenințărilor cibernetice, art. 17: "Titularul de autorizație trebuie să stabilească și să impună un set de reguli și cerințe de securitate cibernetică pentru furnizorii de produse și servicii pentru instalațiile nucleare, în scopul prevenirii incidentelor cibernetice."

Obiectul achiziției îl constituie 13 laptopuri obișnuite, cu o configurație tehnică de serie, cu sistem de operare Windows și driverele necesare, laptopuri care nu se disting cu nimic față de produsele aflate în prezent pe piață. Nu au specificații tehnice aparte și nici programe informatice dedicate. Prin urmare, din specificațiile tehnice întocmite de autoritatea achiziitoare nu reiese că aceste produse ar fi unele particularizate pentru asigurarea protecției instalațiilor nucleare împotriva amenințărilor cibernetice. Nu se cere o autorizare prealabilă a lor de către Comisia Națională pentru Controlul Activităților Nucleare sau de către autoritatea națională responsabilă pentru securitatea cibernetică (Centrul Național Cyberint).

Mai mult, nădăruiri în documentația de atribuire, ... nu indică vreo cerință de securitate cibernetică pentru laptopuri, nici măcar nu dorește ca acestea să fie echipate cu un program informatic antivirus/firewall/monitorizare.

Doar pentru că regia își desfășoară activitatea în domeniul energiei nucleare nu înseamnă că toate produsele pe care le achiziționează trebuie să răspundă amenințărilor cibernetice, ci doar cele asupra cărora se pot manifesta asemenea amenințări. Cu alte cuvinte, în absența unei probe contrare, pentru un monitor, un scanner, o imprimantă, o cameră video și alte produse informatice obișnuite, fabricate pentru orice fel de consumatori, regia nu este îndrituită să introducă cerințe restrictive, de natură a restrânge concurența între furnizori.

Singura explicație relevantă adusă de regia este cea din punctul de vedere asupra contestației: *"asistența online solicitată în caietul de sarcini este menită să asigure securitatea cibernetică a echipamentelor IT utilizate în activitatea din domeniul nuclear, fără întrerupere. Asistența tehnică online („helpdesk” în literatura de specialitate) este utilizată în IT de către majoritatea producătorilor de echipamente."*

Însă, această explicație de ordin general, nu poate fi validată *ipso facto* de Consiliu. Autoritatea nu explică la ce anume amenințări de securitate cibernetică trebuie să răspundă laptopurile, de ce nu a prevăzut această condiție în caietul de sarcini, de ce doar asistența online asigură securitatea cibernetică și în ce fel, de ce doar de pe pagina web a producătorului se poate asigura securitatea (de ce nu și de pe pagina furnizorului laptopurilor) și setul de întrebări poate continua.

Este de neînțeles cum ..., ca instituție ce are ca obiect principal de activitate dezvoltarea de tehnologii necesare asigurării suportului

științific și tehnic național pentru domeniul de energetică nucleară în vederea funcționării în condiții de securitate nucleară a instalațiilor aferente domeniului, dezvoltarea de tehnologii pentru noi tipuri de reactori nucleari energetici de generație IV, pentru managementul combustibilului nuclear ars și al deșeurilor radioactive, producția de radioizotopi pentru medicină și industrie, activități de cercetare științifică, proiectare și inginerie tehnologică și pregătirea specialiștilor în domeniul nuclear, dezvoltarea de specialitate în calitate de organizații tehnice suport ale administrației publice centrale, programe de informare publică, precum și activități specifice cooperării internaționale în domeniu, își poate imagina că rezolvă problemele de securitate cibernetică pe Internet, cerând asistență tehnică online pe pagina web a producătorului. Este de notorietate că majoritatea laptopurilor sunt fabricate în afara României, de producători din Japonia, China, Taiwan, Coreea de Sud, SUA, Germania, producători care este foarte posibil să nu cunoască nici limba română, respectiv să înțeleagă eventualele solicitări ale regiei autonome beneficiare.

În plus, tot de notorietate este și faptul că majoritatea producătorilor de laptopurilor sunt integratori de componente provenind de la mai mulți producători specializați (în procesoare, în HDD-uri, în plăci video, în plăci audio, în plăci de rețea, în unități de memorie, în unități optice, în display-uri, în tastaturi, acumulatori etc), iar dacă se ivește o problemă legată de o asemenea componentă a laptopului, producătorul integrator nu este cel mai în măsură să dea explicații legate de funcționarea componentei provenind de la altcineva.

De asemenea, autoritatea scapă din vedere că laptopul include și unele programe informatice (Windows, drivere și aplicații asociate), însă asistența tehnică pentru acestea nu o oferă fabricantul echipamentelor, ci dezvoltatorul părții software.

Simpla posibilitate a regiei autonome de a avea la dispoziție o pagină web a producătorului pentru semnalarea și investigarea problemelor hardware și software ale sistemelor furnizate nu contribuie cu nimic la asigurarea securității cibernetice, ci dimpotrivă, îi sporește vulnerabilitățile prin diseminarea lor pe Internet.

Ordinul președintelui Comisiei Naționale pentru Controlul Activităților Nucleare nr. 181/2014 pentru aprobarea Normelor privind protecția instalațiilor nucleare împotriva amenințărilor cibernetice nu prevede o cerință precum cea criticată în speța de față și nici lasă impresia că ar admite o asemenea modalitate de tratare online a amenințărilor cibernetice.

Cerința stabilită de autoritatea contractantă, după cum judicios a sesizat contestatoarea, este restrictivă (separat de nerelevanța ei) deoarece introduce în procedură un terț – producătorul laptopului – care, pe de o parte, nu este obligat să îi asigure asistența tehnică nonstop regiei autonome din România pentru 13 laptopuri, iar pe de altă parte o poate face în funcție de interesele sale, obstrucționând participarea la procedura de atribuire a unor operatori economici care au același potențial în prestarea asistenței tehnice.

Același complet 4 al Consiliului, în decizia nr. ...., a statuat într-o cauză asemănătoare că este nelegală condiția ca ofertanții să prezinte "declarația în original a producătorilor din care să rezulte acordul neechivoc al acestora de a asigura servicii de suport tehnic pentru perioada de garanție".

Prin cerința aducerii unei declarații în original de la producător, autoritatea contractantă a nesocotit dispozițiile legale pe linie de achiziție publică, restrângând în mod nejustificat sfera operatorilor economici acceptați la procedură.

Dintru început trebuie subliniat că **impunerea asigurării suportului tehnic doar din partea producătorilor echipamentelor este discriminatorie, excesivă și nelegală, trebuind a fi eliminată din cuprinsul documentației de atribuire.** În plus, ea este și nerelevantă pentru îndeplinirea contractului supus competiției.

Potrivit art. 2 din ordonanță, scopul ei îl constituie inclusiv:

- promovarea concurenței între operatorii economici;
- garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici;

iar între principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică se numără:

- nediscriminarea;
- tratamentul egal;
- recunoașterea reciprocă;
- proporționalitatea.

Nu se poate limita nicicum ofertarea sau asigurarea suportului tehnic pentru autoritate doar la producătorii echipamentelor, întrucât și alți furnizori pot asigura la fel de bine, dacă nu chiar mai bine, suportul necesar.

Legiuitorul a inserat în corpul ordonanței și al normelor de aplicare a acestora o serie de texte menite să reglementeze atât deschiderea sectorului achizițiilor către toți furnizorii, prestatorii și executanții, cât și, ca o inovație față de legislația precedentă, a unei poziții privilegiate a operatorilor economici în accesul la contractele guvernamentale. Această poziție privilegiată este evidențiată de anumite obligații pozitive și negative pe care legiuitorul delegat le-a impus în sarcina autorităților contractante, având drept scop principal facilitarea accesului neîngrădit al agenților economici la contractele finanțate de administrația publică (parte a ansamblului de măsuri direcționate către dezvoltarea economiei naționale).

Autoritatea contractantă nu are dreptul:

- de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire [art. 178 alin. (2) din ordonanță];

- de a impune ofertanților obligativitatea prezentării unei certificări specifice, aceștia din urmă având dreptul de a prezenta, în scopul demonstrării îndeplinirii cerinței, orice alte documente echivalente cu o astfel de certificare sau care probează, în mod concludent, îndeplinirea respectivelor cerințe [art. 177 alin. (2) din ordonanță];

- de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului (art. 8 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii *trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit.* În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe *trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului* respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia. Prevederile acestea formează cuprinsul art. 179 alin. (1) din ordonanță și al art. 1 alin. (1) din Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011. Încălcarea principiului proporționalității, prin utilizarea criteriilor de calificare și selecție ca mijloc de a restricționa concurența, constituie contravenție, sancționabilă cu amendă de la 80.000 la 100.000 lei.

Atunci când autoritatea contractantă introduce în documentația de atribuire anumite cerințe de calificare pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze doar la cele *absolut necesare* și strict la pragurile care îngăduiesc *cel mai puțin* operatorii economici. Într-adevăr, autoritatea este competentă să introducă cerințe de calificare, însă având o astfel de dezlegare ea este ținută să procedeze orientându-se după principiul *est modus in rebus*. Altfel spus, trebuie să fie preocupată ca exigențele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze,

în considerarea prevenirii unor eventuale abuzuri, o restrângere excesivă a exercițiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului.

[...] **importantă pentru autoritate are capacitatea ofertanților de a îndeplini contractul, iar nu capacitatea firmelor producătoare.** Se presupune că ofertant la licitație nu este producătorul echipamentelor, iar un terț față de licitație, care nici măcar nu încheie contract cu autoritate și nu beneficiază de finanțare directă din partea acesteia, nu poate fi obligat să emită declarația în discuție. Orice operator economic interesat de procedură poate participa la aceasta dacă are capacitatea să furnizeze produsele și să presteze reparațiile în perioada de garanție. Nu se poate afirma că operatorii economici care nu dețin o declarație în original de la producători nu au potențialul și capacitatea necesare de a "îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia".

În plus, **este limpede că un furnizor care achiziționează echipamentele de la alți distribuitori, deși ar avea capacitatea corespunzătoare îndeplinirii contractului, nu va fi în măsură să participe la procedură, întrucât el nu are o relație directă cu producătorii, ci doar cu distribuitorii echipamentelor.**

[...]

Nicio normă legală nu interzice prestarea de servicii de suport tehnic în perioada de garanție și post-garanție către autoritățile contractante dacă agentul economic care le prestează nu posedă documente de confirmare a capacității de la producători. Autoritatea ar fi trebuit să se întrebe ce se întâmplă dacă la procedură dorește să participe producătorul echipamentelor sau reprezentanța sa, mai au vreo șansă să intre în competiție cei care sunt furnizori ai aceluiași produse? Răspunsul este evident negativ, pentru că niciodată producătorul sau reprezentanța lui din România nu va elibera altor agenți concurenți declarații cum cere autoritatea. În atare situație de înlăturare a concurenței, întrebarea secundă este ce îl va împiedica pe producător, prin unitatea sa de service, să vină la licitație cu prețuri superioare celor de pe piață, în detrimentul entității achizitoare? Nimic.

Cerința prezentării unui document eliberat de producător impusă de autoritate îngreșează accesul la procedură al operatorilor economici și aduce atingere prevederilor antemenționate. Este limpede că nu va putea intra în competiție un operator economic, oricât de capabil ar fi, dacă producătorul echipamentului nu dorește să îi elibereze "declarația" pe care o clamează autoritatea. Este evident că documentul nu poate fi obținut de orice persoană interesată, ci doar de către cele agreate de emitentul lui.

Simpla "declarație" de către producător nu este în măsură să garanteze serviciile de asistență tehnică pentru produsul lui, în condițiile în care nu există un angajament legal al acestuia care să poată fi executat de autoritatea contractată, în cazul unor servicii slabe calitativ sau neexecutate, producătorul neavând nicio răspundere în fața autorității contractante.

Apelând la analogie, pe linia celor evocate mai înainte se situează și Ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr. 131/2006 (disponibil la adresa [www.consiliulconcurenței.ro/documente/ro/ordine\\_2006\\_131.pdf](http://www.consiliulconcurenței.ro/documente/ro/ordine_2006_131.pdf)), conform căruia autorizarea pentru livrarea produselor este "un instrument la îndemâna producătorului care, în funcție de propriile interese, sau în urma unei înțelegeri între acesta și distribuitorii săi, alege fie să acorde autorizarea în cauză numai unuia dintre distribuitori, discriminându-i astfel pe ceilalți, fie o poate acorda tuturor distribuitorilor, autorizându-i să ofereze loturi diferite de produse. *Ambele situații sunt de natură să elimine concurența între distribuitori.*"

Este inacceptabil ca un operator economic român sau străin, care furnizează legal pe piață produsele în cauză și prestează servicii de suport tehnic în garanție, să nu poată oferta și presta [...] astfel de echipamente IT și servicii de garanție dacă nu are declarația "în original" din partea producătorului echipamentelor.

Trebuie amintite următoarele dispoziții din ordonanța privind achizițiile publice:

- art. 3 lit. r): operator economic - oricare furnizor de produse, prestator de servicii ori executant de lucrări - persoană fizică/ juridică, de drept public sau privat, ori grup de astfel de persoane cu activitate în domeniul care oferă în mod licit pe piață produse, servicii și/sau execuție de lucrări;

- art. 17: autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire;

- art. 41: orice operator economic are dreptul de a participa, individual sau într-un grup de operatori, la procedura de atribuire.

Așadar, orice operator care oferă în mod licit pe piață echipamentele/serviciile dorite de autoritatea reclamată poate să participe la procedura organizată de acesta, iar nu doar cei care au o "declarație" de la producători.

*Mutatis mutandis*, cele statuate de Consiliu la 17.07.2012 rămân valabile și în cauza de față.

De asemenea, prin decizia nr. .... același complet a admis o contestație formulată tot de SC ... SRL, arătând:

Criticile formulate de contestatoare au ca obiect implicarea producătorului, care este terț de prezenta procedură, în timp ce garanția este o obligație asumată de ofertant față de autoritatea contractantă. Astfel, deși producătorul nu este nici asociat, nici subcontractant sau terț susținător, neavând niciun fel de raport cu autoritatea contractantă, aceasta cere ca service-ul în perioada de garanție să fie asigurat de producătorul echipamentelor, în acest sens, solicitând ofertanților o declarație pe propria răspundere a producătorului din care să rezulte că termenul de răspuns al unei solicitări legate de o defecțiune nu va depăși 24 de ore cu **acces telefonic 8 ore/zi, 5 zile/săptămână pentru semnalarea și investigarea problemelor hardware și software ale sistemelor furnizate direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunoștințe a acestuia**, serviciu care trebuie să fie disponibil în minim 2 limbi (româna și engleză). Rezultă din prevederea în cauză că garanția nu este asigurată de furnizor, ci direct de producător, situație atipică în orice contract de achiziție publică, obligațiile revenind de fiecare dată, ofertantului. Relația ofertantului cu producătorul, care, la rândul său, răspunde de calitatea produselor sale, reprezintă o problemă a ofertantului, izvorâtă din propriul contract de furnizare cu producătorul, contract care nu poate conduce la obligații ale producătorului către autoritate, în condițiile în care contractele produc efecte și creează drepturi și obligații doar în sarcina părților. De asemenea, autoritatea contractantă solicită și prezentarea unei împuterniciri din partea producătorului echipamentelor pentru a interveni asupra echipamentelor în cazul unei defecțiuni în perioada de garanție.

Potrivit prevederilor art. 35 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, conform căroră „specificatiile tehnice definesc, după caz și fără a se limita la cele ce urmează, caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, cerințe privind impactul asupra mediului înconjurător, siguranța în exploatare, dimensiuni, terminologie, simboluri, teste și metode de testare, ambalare, etichetare, marcare și instrucțiuni de utilizare a produsului, tehnologii și metode de producție, precum și sisteme de asigurare a calității și conducerii pentru certificarea conformității cu standarde relevante sau altele asemenea. În cazul contractelor pentru lucrări, specificațiile tehnice pot face referire, de asemenea, și la prescripții de proiectare și de calcul al costurilor, la verificarea, inspecția și condițiile de recepție a lucrărilor sau a tehnicilor, procedeele și metodele de execuție, ca și la orice alte condiții cu caracter tehnic pe care autoritatea contractantă este capabilă să le descrie, în funcție și de diverse acte normative și reglementări generale sau specifice, în legătură cu lucrările finalizate și cu materiale sau alte elemente componente ale acestor lucrări”.

Prin urmare, conținutul caietului de sarcini este alcătuit, în mod exclusiv, din informații de ordin tehnic, aferente echipamentelor care urmează a fi achiziționate

Din această perspectivă, Consiliul consideră că **mențiunile cu privire la garanție on site din partea producătorului cu declarațiile aferente**, din cadrul caietului de sarcini, nu au caracter de specificații tehnice, deoarece, pe de-o parte, nu reprezintă „caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță”, iar, pe de altă parte, **impun o obligație în sarcina unei alte persoane, care nu are niciun fel de calitate în procedura de atribuire în cauză**. Mai mult, producătorii pot participa ei înșiși la procedură, or solicitarea unor autorizări din partea acestora are rolul de a restricționa participarea la procedura de atribuire. Altfel spus, obligația referitoare la garanție incumbă, în mod exclusiv, ofertantului desemnat câștigător, și nu unei alte persoane, care nu are nici măcar calitatea de asociat sau subcontractant.

Față de cele de mai sus, **Consiliul constată că prin elaborarea specificației respective, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 35 alin. 5) din ordonanța de urgență, conform căroră „specificatiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici”**, motiv pentru care se impune eliminarea din conținutul ei a referirilor la obligațiile producătorului, declarațiile acestuia și împuternicirea emisă în favoarea beneficiarului. **Specificația tehnică trebuie să cuprindă obligații exclusiv în sarcina ofertantului, și nu a unui terț neangajat în procedură**.

Nu trebuie ignorată nici practica celorlalte complete, confruntate cu spețe similare. Astfel:

a) prin decizia nr. ...., în care contestator era chiar SC ... SRL, Consiliul a admis în parte contestația, motivând:

Prin caietul de sarcini (Garanție, Termen de livrare) autoritatea contractantă a solicitat:

- „Garanție: 3 ani Onsite Service sau echivalent cu timp de remediere 48 de ore; Acces telefonic 24 ore/zi, 7 zile/săptămână (inclusiv sărbătorile legale) pentru semnalarea și investigarea problemelor hardware și software ale sistemelor furnizate direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunoștințe a acestuia. Acest serviciu trebuie să fie disponibil în minim 2 limbi (Româna și Engleză)”

- „pentru lotul 2: 3 ani Onsite Service sau echivalent cu timp de remediere 48 de ore; Acces telefonic 24 ore/zi, 7 zile/săptămână (inclusiv sărbătorile legale) pentru semnalarea și investigarea problemelor hardware și software ale sistemelor furnizate direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunoștințe a acestuia. Serviciu disponibil în minim 2 limbi (Româna și Engleză)”

Față de aceste cerințe astfel cum au fost ele formulate, Consiliul constată că aceste nu au decât rolul de a restricționa participarea la procedură deoarece impunerea unei legături între furnizor și producător nu are decât un efect nerelevant cu privire la derularea contractului acesta fiind o terță persoană care nu are nici o obligație în contractul ce se va încheia între furnizor și achizitor. Necesitatea autorității contractante este de a i se asigura garanția produselor, nu de a avea acces direct la suportul tehnic al producătorului.

Criticile formulate de contestator au ca obiect implicarea producătorului, care este terț de prezenta procedură, în timp ce garanția este o obligație asumată de ofertant față de autoritatea contractantă. Astfel, deși producătorul nu este nici asociat, nici subcontractant sau terț susținător, neavând niciun fel de raport cu autoritatea contractantă, aceasta cere ca garanția să fie asigurată de producătorul echipamentelor. Rezultă din prevederea în cauză că garanția nu este asigurată de furnizor, ci direct de producător, situație atipică în orice contract de achiziție publică, obligațiile revenind ofertantului. Relația contractuală a ofertantului cu producătorul produselor, care, la rândul său, răspunde de calitatea produselor sale, reprezintă o problemă a ofertantului, izvorâtă din propriul contract comercial cu producătorul, contract care nu poate conduce la obligații ale producătorului către autoritate, în condițiile în care contractele produc efecte și creează drepturi și obligații doar în sarcina părților.

Consiliul consideră că mențiunile cu privire la garanție din partea producătorului, din cadrul caietului de sarcini, nu au caracter de specificații tehnice, deoarece, pe de-o parte, nu reprezintă caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, iar, pe de altă parte, impun o obligație în sarcina unei alte persoane, care nu are niciun fel de calitate în procedura de atribuire în cauză. Mai mult, producătorii pot participa ei înșiși la procedură, or solicitarea unor autorizări din partea acestora are rolul de a restricționa participarea la procedura de atribuire.

Altfel spus, obligația referitoare la garanție incumbă, în mod exclusiv, ofertantului câștigător, și nu unei alte persoane, care nu are nici măcar calitatea de asociat sau subcontractant.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că prin elaborarea specificației respective, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 35 alin. 5) din ordonanța de urgență, conform căreia „specificatiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici”, motiv pentru care se impune eliminarea din conținutul ei a referirilor la obligațiile producătorului. Specificația tehnică trebuie să cuprindă obligații exclusiv în sarcina ofertantului, și nu a unui terț neangajat în procedură.

Mai mult nu se justifică nici accesul telefonic 24 ore/zi, 7 zile / săptămână (inclusiv sărbătorile legale) având în vedere faptul că „tinerii cercetători performanți” nu pot presta activități de cercetare 24 ore pe zi din 24 cu atât mai mult cu cât contractele lor de cercetare în baza cărora efectuează studiile respective, trebuie să fie corelate cu prevederile legale în vigoare. Procesul de învățământ și cercetare nu poate fi extins la extremă și astfel că conducă la epuizarea „tinerii cercetători performanți” prin neîntreruperea acestuia.

b) prin decizia nr. ...., Consiliul a "admis critica vizând cerința: «va fi asigurată pe toată perioada de garanție și suport posibilitatea de a accesa centrul de suport și resurse tehnice ale producătorului echipamentelor» și a obligat autoritatea contractantă la reformularea cerinței, cu luarea în considerare a celor menționate în cadrul motivării”:

Referitor la cerința din caietul de sarcini: „Garanție și suport: Va fi asigurată pe toată perioada de garanție și suport posibilitatea de a accesa centrul de suport și resurse tehnice ale producătorului echipamentelor”, contestatorul consideră că aceasta presupune, practic,

implicarea unui terț în contractul încheiat între autoritatea contractantă și ofertantul desemnat câștigător.

Consiliul, raportat la dispozițiile art. 35 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, care vizează necesitățile concrete ale autorității contractante, consideră că aceasta trebuie reformulată în sensul în care ofertanții, la data deschiderii ofertelor, vor trebui să demonstreze faptul că au acces la site-ul producătorului echipamentelor oferite, **întrucât producătorul este un terț care nu are obligații contractuale față de autoritatea contractantă, iar ofertantul declarat câștigător nu deține drepturi de proprietate asupra sursei respective.**

Față de cele expuse anterior, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la reformularea cerinței în cauză, pentru garanție și suport, din caietul de sarcini, cu luarea în considerare a celor menționate anterior.

c) prin decizia nr. ...., Consiliul a admis o contestație și a obligat autoritatea să elimine toate solicitările de "suport tehnic asigurat de producător prin Call Center propriu", întrucât:

În opinia Consiliului, solicitările referitoare la faptul că produsele software de management și monitorizare al sistemului care trebuie să fie de la același producător cu sistemul sau să fie acceptate de producătorul sistemului, cât și solicitarea ca suportul tehnic să fie asigurat de producător prin Call Center propriu, sunt solicitări restrictive, deoarece asigurarea „uniformității” întregului sistem nu depinde exclusiv de softurile producătorului, iar asigurarea „garanției” pentru stațiile de lucru nu este dependentă de existența unui Call Center asigurat de producător.

Consiliul nu poate reține ca întemeiate susținerile autorității contractante referitoare la „acceptarea” unor soluții alternative de modificare a cerințelor criticate, având în vedere următoarele considerente: [...]

3) soluția propusă de autoritatea contractantă în ceea ce privește acceptarea ca, în urma eliminării cerinței privind asigurarea de producător prin Call Center propriu a suportului tehnic, ofertanții să facă dovada și să garanteze modalitatea de asigurare a acestui serviciu, pe lângă faptul că este o formulare ambiguă, nefiind clar ce se dorește, asigurarea unui Call Center (?) sau a asistenței tehnice, oricum este o propunere care poate avea loc printre clauzele contractuale, nicidecum printre specificațiile tehnice din caietul de sarcini. [...]

Prin urmare, Consiliul constată faptul că autoritatea contractantă a întocmit caietul de sarcini cu nerespectarea dispozițiilor art. 33 alin. (3) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare și a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, fiind astfel încălcate principiile achizițiilor publice consacrate de art. 2 alin. (2) din ordonanță, în special principiul proporționalității, cât și scopul principal al promovării concurenței între operatorii economici, consacrat în aliniatul (1) al aceluiași articol.

d) prin decizia nr. ..., Consiliul a admis în parte o contestație și a obligat autoritatea la remedierea documentației de atribuire:

În ceea ce privește cea de a treia critică a contestatoarei referitoare la cerința din caietul de sarcini: „Garanția – Acces telefonic între orele 08:00 – 18:00, în zilele lucrătoare, ..., inclusiv acces la baza de cunoștințe a acestuia”, Consiliul constată că aceasta este întemeiată.

În acest sens, Consiliul reține că, așa cum a fost formulată cerința în discuție, aceasta poate fi considerată „disproporționată” raportat la obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, având în vedere că „baza de cunoștințe a acestuia”, poate avea înțelesuri multiple, nu doar, așa cum susține autoritatea contractantă, în cuprinsul punctului său de vedere: „o rubrică de întrebări și răspunsuri care apar frecvent, disponibile pe pagina de internet a furnizorului serviciilor de garanție cu probleme similare, respectiv rezolvări similare”.

Nu se explică de ce, în speța de față, semnatarii opiniei majoritare au ales să se abată de la practica statornică a Consiliului, inclusiv a completului din care fac parte, acceptând drept temeinică și legală cerința reclamată de SC ... SRL.

Cerințele tehnice impuse de autoritate pot face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezei art. 35 alin. (5) din ordonanță - "specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici", ipoteză incidentă în prezenta cauză.

Explicația de ordin general și deloc plauzibilă dată de ... în punctul de vedere asupra contestației nu are forța necesară pentru a o îndritui să încalce dispozițiile art. 35 alin. (5) din ordonanță. Ea nu este suficientă nici pentru a justifica afectarea dispozițiilor de principiu de la art. 2 din ordonanță, privind promovarea concurenței.

Deși este veridic, în lumina opiniei majoritate de mai sus, faptul că "există suficienți producători de laptop-uri care asigură acest tip de servicii, de exemplu Toshiba, Lenovo, Acer, Dell, HP etc", la fel de veridic este și că, atât timp cât există chiar și un singur producător care este împiedicat să liciteze la procedură sub pretextul că nu îndeplinește cerința: "*Asistenta tehnică online pe pagina web a producătorului 24/24 ore, 7 zile/saptamana (inclusiv sarbatori legale) pentru semnalarea si investigarea problemelor hardware si software ale sistemelor furnizate direct la fabricantul echipamentelor, inclusiv acces la baza de cunostinte a acestuia.*", cerința impusă de autoritate devine nelegală. Altfel spus, legalitatea sau nelegalitatea unei cerințe din documentația de atribuire nu depinde de faptul că există o majoritatea de ofertanți care o îndeplinesc, ci de faptul că există o minoritate sau chiar un singur operator care nu o îndeplinesc. Scopul art. 35 alin. (5), reprodus mai sus, este de a proteja orice operator economic interesat să participe la procedura de atribuire, indiferent că el face sau nu parte dintr-o majoritate sau minoritate de operatori.

Față de scopul legislației privind achizițiile publice, atunci când autoritatea contractantă introduce în documentația de atribuire anumite cerințe pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze doar la cele *absolut necesare* și strict la pragurile care îngrădesc *cel mai puțin* operatorii economici. Ea trebuie să fie preocupată ca exigențele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze, în considerarea prevenirii unor eventuale abuzuri, o restrângere excesivă a exercițiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului.

Deși raționamentul autorității din punctul său de vedere poate fi unul pertinent, este de neînțeles de ce autoritatea nu s-a raportat în stabilirea specificațiilor tehnice la aspectul care o interesa, respectiv la asigurarea securității cibernetice a laptopurilor, securitate care nu are nicio legătură cu asistența tehnică pe pagina web a vreunui producător.

Drept urmare, se impunea a se reține de către Consiliu caracterul restrictiv al cerinței în discuție, fiind necesară remedierea ei astfel cum a solicitat reclamanta. În baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul trebuia să admită contestația SC ... SRL nr. 2501/25.01.2016, în contradictoriu cu ...., și să oblige autoritatea contractantă la remedierea fișei de date și a caietului de sarcini, cu respectarea legislației privind achizițiile publice.

Cu privire la solicitarea contestatoarei de suportare de către autoritate a cheltuielilor prilejuite de întocmirea și susținerea contestației, ea este supusă dispozițiilor art. 278 alin. (8) din ordonanță – *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației* – precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă. Probatoriul cauzei a

relevat că ... s-a aflat în culpă procesuală, întrucât actuala cerință excede limitelor legii, motiv pentru care SC ... SRL a inițiat atacarea ei pe cale administrativ-jurisdicțională. Prin urmare, existând o culpă procesuală din partea ei, se impune ca regia autonomă să suporte cheltuielile efectuate de reclamantă.

Cheltuielile probate cu acte sunt în sumă de 1.000 lei și reprezintă plata onorariului avocațial, conform facturii fiscale și chitanței atașate contestației.

Pornind de la dispozițiile art. 278 alin. (8) precitate și ale art. 453 alin. (1) C. proc. civ. – *partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată* –, raportat la constatarea culpei procesuale a organizatoarei achiziției, Consiliul urma să oblige autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 1.000 lei, cu titlu de cheltuieli de soluționare a contestației.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie la opinia majorității, considerând, totodată, necesar să formulăm prezenta opinie separată.

**MEMBRU,**

....

Redactată în patru exemplare, conține șaptesprezece pagini.