CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../ ..... / ..... /.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare echipamente tip „server x86”, cod CPV 48820000-2, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu datele menționate anterior, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ....., contestatoarea a solicitat următoarele:

- .....;
- anularea adresei nr. 131159/28.02..... de răspuns la notificarea prealabilă;
- anularea adresei nr. 131011/19.02..... prin care oferta sa a fost declarată neconformă;
- anularea raportului procedurii nr. 131010/19.02.2017 și a tuturor documentelor subsecvente.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care ofertantul SC ..... SRL critică adresa nr. 130905/09.02..... prin care autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări, precum și rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În prima contestație, contestatoarea SC ..... SRL afirmă că, după emiterea deciziei CNSC nr. 209/...../..... din 23.01....., autoritatea contractantă a înțeles să pună în aplicare această decizie prin transmiterea unor noi întrebări de clarificare prin adresa nr. 130905/09.02....., întrebări care au avut ca obiect tot demonstrarea, de către SC ..... SRL, a echivalenței sistemului de operare propus în oferta tehnică cu sistemul de operare solicitat în caietul de sarcini.

Contestatoarea precizează că a răspuns întrebărilor de clarificare, încărcând răspunsurile în SEAP în timp util, iar în dată de 14.02..... a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 81 prin care a solicitat eliminarea întrebărilor referitoare la demonstrarea a echivalenței sistemelor de operare, având în vedere că, în chiar decizia CNSC, se precizează că SC ..... SRL și-a îndeplinit obligația de a demonstra echivalența celor două sisteme de operare și că este în sarcina autorității contractante să demonstreze contrariul cu argumente tehnice. Cu alte cuvinte, sarcina probei de a demonstra că cele două produse (sisteme de operare) nu sunt echivalente revenea și revine în continuare autorității contractante.

Prin adresa de răspuns nr. 130979/ 16.02..... autoritatea contractantă a comunicat faptul că nu consideră necesar și nici nu adoptă măsuri în sensul celor solicitate.

Prin modul cum au fost formulate întrebările de clarificare, acestea sunt abuzive și nelegale întrucât se solicită demonstrarea îndeplinirii unor cerințe tehnice care nu au fost solicitate ca atare în caietul de sarcini.

Ca baza legală, contestatoarea invocă prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 62 alin. (1) din normele metodologice de aplicare, din care rezultă că scopul solicitării de clarificări este bine determinat: demonstrarea conformității propunerii tehnice cu cerințele solicitate în caietul de sarcini. Prin urmare, solicitarea de clarificări este subordonată prevederilor caietului de sarcini, autoritatea contractantă neputând

adăuga la cerințele deja stabilite prin această alte cerințe noi. Cu alte cuvinte, comisia de evaluare nu este îndreptățită să solicite ofertanților clarificări ce nu își găsesc corespondent în cerințele documentației de atribuire, pentru a crea în mod artificial premisele respingerii acestora.

Concluzionând, contestatoarea susține că dreptul autorității contractante de a solicita clarificări nu poate fi exercitat în mod discreționar. Acesta cunoaște limitări impuse atât de dispozițiile legale, cât și de prevederile documentației de atribuire întocmite de însăși autoritatea contractantă. Ca urmare, solicitarea acestor clarificări este abuzivă, nu are un suport legal și nu respectă nici prevederile deciziei CNSC.

În opinia contestatoarei, din modul cum au fost formulate aceste întrebări de clarificare transpare clar faptul că intenția autorității contractante nu este să obțină o clarificare a ofertei, ci așa cum a procedat și cu ocazia primei evaluări, scopul formal a fost de a crea premise artificiale eliminării ofertei ca neconformă.

În punctul său de vedere nr. 131212/05.03..... asupra contestației nr. 11/08.01....., înregistrat la Consiliu cu nr. 8867/....., autoritatea contractantă susține, în apărare că, în punerea în aplicare a deciziei Consiliului, pentru eliminarea oricăror neclarități, comisia a considerat necesară formularea unor întrebări de clarificare, referitoare la echivalența sistemului de operare ofertat de către SC ..... SRL cu specificațiile sistemului de operare solicitat ca nivel minim. Solicitarea a fost efectuată în conformitate cu prevederile Deciziei CNSC nr. 209/...../....., care precizează că autoritatea contractantă, în reevaluarea ofertei, poate solicita „reclarificarea ei, dacă este cazul”.

Contrar celor susținute de contestatoare, referitoare la faptul că întrebările de clarificare au vizat „îndeplinirea unor cerințe noi, care nu au existat în caietul de sarcini așa cum a fost inițial publicat”, autoritatea precizează că acestea nu au cuprins cerințe noi, ele au vizat doar îndeplinirea unor funcționalități tehnice standard, fără costuri suplimentare, asigurate de către sistemul de operare Microsoft Windows Server 2016 Standard, sistem cuprins în caietul de sarcini ca sistem de referință. Scopul întrebărilor a fost eliminarea unor neclarități, care să permită comisiei să dovedească, dincolo de orice îndoială rezonabilă, dacă între sistemul de operare cuprins în caietul de sarcini ca sistem de referință și cel ofertat există echivalență.

În urma noilor întrebări de clarificare, contestatoarea a depus notificarea prealabilă nr. 81/14.02....., solicitând eliminarea întrebărilor de clarificare ca fiind abuzive și nelegale. Conform art. 209 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricând pe timpul evaluării

ofertei clarificări în cazul în care constată că informațiile din documentele prezentate sunt incomplete.

Autoritatea contractantă consideră că notificarea prealabilă a fost transmisă prematur, deoarece nu evaluase oferta, evaluarea fiind finalizată în data de 19.02....., când a fost transmisă și comunicarea cu rezultatul evaluării. În consecință, contestația cu nr. ...../..... este depusă prematur.

Pe cale de consecință, în temeiul Legii nr. 101/2016 și în contradictoriu cu motivele și argumentele invocate de SC ..... SRL, autoritatea contractantă solicită Consiliului să dispună respingerea contestației ca nefondată.

În contestația secundă, SC ..... SRL arată că în data de 09.02..... a primit de la autoritatea contractantă adresa nr. 130905, în cadrul căreia i s-au solicitat din nou clarificări cu privire la demonstrarea echivalenței între sistemul de operare solicitat prin caietul de sarcini, și anume Microsoft Windows Server 2016 Standard și sistemul de operare Red Hat Enterprise Linux Server Standard ofertat.

Contestatoarea consideră că la întrebările de clarificare a răspuns punctual, iar răspunsurile demonstrează, încă o dată, echivalența produselor.

La întrebarea 1, autoritatea contractantă a solicitat să se clarifice modul de realizare a echivalenței pentru toate funcționalitățile disponibile în cadrul sistemului de operare Windows Server 2016 Standard. Pentru sistemul de operare indicat Microsoft Windows Server 2016 Standard în caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu a solicitat nici o funcționalitate, ci doar a înscris denumirea comercială a produsului Microsoft, urmată de sintagma „sau echivalent”, fără însă a preciza o modalitate acceptată de demonstrare a echivalenței.

Contestatoarea precizează că a făcut trimiterea, în ofertă, la pagină Microsoft care conține cele 125 de specificații/funcționalități, nefiind un document care făcea parte din caietul de sarcini. Cele 125 de specificații/funcționalități conțin și specificații de tip „marcă înregistrată”, fiind proprii numai produselor Microsoft sau sunt specificații de marketing, nu funcționalități tehnice ca atare, prin urmare s-a făcut o echivalare a cerințelor standardizate din domeniu pentru un sistem de operare de tip server.

La întrebarea 2 s-a solicitat din partea autorității contractante precizarea versiunii sistemului de operarea Red Hat Enterprise Linux Server Standard ofertat, unde s-a răspuns punctual, ca fiind versiunea 7.

La întrebarea 3, autoritatea contractantă face o confuzie între life-cycle-ul unui produs, update-urile și patch-uri de securitate și suportul tehnic oferit de producătorul software Microsoft, mai exact asistența tehnică. Mai mult, autoritatea contractantă afirmă că nu este clarificat modul în care este asigurată echivalența din punctul de vedere al asigurării suportului, actualizărilor și patch-urilor pe durata de viață a produsului, în caietul de sarcini nefiind prevăzută nici o cerință cu privire la durata pentru care se va asigura suportul, actualizarea și patch-urile pe durata de viață a produsului.

Contestatoarea consideră că a explicat punctual fiecare cerință a autorității contractante, life-cycle-ul declarat de RedHat este până la 30 iunie 2024, plus 3 ani de extended life-cycle. În ceea ce privește update-urile și patch-urile, acestea sunt incluse gratuit pe toată durata vieții produsului, sub denumirea de „Self-Support”, acesta fiind compus din acces la portalul producătorului, update-uri și „Security Errata” - unde sunt postate patch-urile de securitate. Microsoft Windows Server beneficiază de asistență tehnică din partea producătorului, doar în cazul achiziționării unui suport specializat, sub denumirea „Professional Services”, care are un cost suplimentar. În oferta transmisă a fost inclus un suport echivalent cu „Professional Services”, din partea Red Hat, fără un cost suplimentar pentru autoritatea contractantă.

Produsul RedHat Enterprise Linux inclus în ofertă, dincolo de suportul SC ..... SRL ca producător al serverului eXpertServer, are următoarele caracteristici definitorii:

- Licențierea este perpetuă și nu subscripție anuală;

- Include suport gratuit de tipul „Self-support7” limitat numai de durata life-cycle-ului, în același mod în care o face Microsoft pentru Windows Server 2016 Standard, care include acces la Red Hat Customer Portal, Updates and Security Errata;

- suport tehnic direct din partea producătorului RedHat prin telefon, email în timpul Business Hours, fără limită de cazuri deschise, cu SLA pentru termenul de răspuns - pentru o perioadă de 12 luni, cu posibilitate de prelungire. Produsul Windows Server 2016 Standard preinstalat - produs pe care autoritatea contractantă îl consideră conform cerințelor caietului de sarcini, nu include de fel acest tip de support. Chiar și în versiunea de licențiere Volume License, Windows Server 2016 include acest tip de suport numai cu costuri adiționale, sub sintagma „Professional Services”.

Contestatoarea consideră că reiese foarte clar din răspunsul său, că producătorul Red Hat asigură update-uri și patch-uri de securitate pe toată durata de viață a produsului, exact cum este și cazul Microsoft, plus un suport specializat din partea Red Hat, prin urmare, nu numai că este clar asumat și evidențiat tipul de suport, dar este unul superior față de ceea ce oferă producătorul Microsoft.

La întrebarea 4 autoritatea contractantă a solicitat demonstrarea echivalenței pentru funcționalitatea de failover clustering pentru RHEL 7 cu Windows Server. Cu toate că, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu a solicitat și nici nu a menționat că are nevoie de această funcționalitate, totuși Red Hat asigură și această funcționalitate, iar dacă autoritatea ar fi exprimat necesitatea pentru această funcționalitate, s-ar fi inclus această opțiune în costul ofertei. Totuși, a fost oferită și o alternativă autorității contractante, alternativă care nu presupune un cost suplimentar.

La întrebarea 5, autoritatea contractantă a dorit lămurirea funcționalității de management centralizat al serverelor și a indicat un produs al Red Hat care face managementul centralizat al serverelor, dar are un cost suplimentar, deși nu a solicitat o astfel de funcționalitate în caietul de sarcini. Totuși, funcționalitatea aceasta poate fi îndeplinită de către sistemul de operare Red Hat fără costuri suplimentare prin tool-ul SAM (Subscription Asset Management), care a fost inclus în ofertă și nu are costuri adiționale.

Cererea autorității de a avea posibilitatea de a instala două mașini virtuale per server, ca și în cazul Windows Server, se aplică în aceeași măsură și la RedHat Enterprise Linux, acesta oferind posibilitatea creării tot a două mașini virtuale per server fizic.

În cadrul întrebărilor de clarificare, autoritatea contractantă a menționat că ar dori să aibă posibilitatea de a face virtualizare, dar că nu este necesară acum în prezent virtualizarea.

Contestatoarea reiterează faptul că, în caietul de sarcini aferent procedurii, cerința tehnică pentru caracteristica sistem operare a fost Microsoft Windows Server 2016 Standard sau echivalent, fără a se indică o anumită modalitate de demonstrare a echivalenței. Ca o confirmare a faptului că se permite și ofertarea unui alt sistem de operare, în răspunsul de clarificări nr. 96141/09.10.2017 autoritatea contractantă la întrebarea 1 a răspuns: „în cazul unui sistem de operare Microsoft, oferta trebuie să conțină și licențele Windows CAL aferente…”, per a contrario rezultă, din exprimarea autorității contractante, că se poate oferta și un alt sistem de operare.

După analiza răspunsurilor la întrebările de clarificare, oferta a fost declarată neconformă întrucât „propunerea tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini - sistemul de operare ofertat în mod cert nu este echivalent”, deși inițial tot autoritatea contractantă, practic în baza acelorași informații, a declarat că nu poate stabili echivalența între sistemul de operare solicitat și cel ofertat. Deși nu a demonstrat în ce fel oferta este

neconformă, autoritatea contractantă a trecut, de la imposibilitatea de a stabili echivalența, la certitudinea că cele două sisteme de operare nu sunt echivalente doar din exprimarea pe hârtie, nu ca un ..... al unor acțiuni concrete întreprinse de aceasta.

Prin adresa nr. 139/12.03....., înregistrată la Consiliu cu nr. 9905/12.03....., SC ..... SRL a formulat un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante nr. 131212/05.03....., în care, cu privire la invocarea excepției prematurității contestației, arătă că, având în vedere că actul autorității considerat nelegal i-a fost comunicat în data de 09.02....., prin adresa nr. 130905, a urmat procedura și termenele prevăzute de Legea nr. 101/2016 pentru notificarea prealabilă, respectiv contestație.

Procedura privind remediile, căile de atac și procedura de soluționare a acestora nu se aplică numai unor acte de evaluare sau după finalizarea evaluării ofertelor, așa cum sugerează autoritatea contractantă, ci conform art. 2 alin. (1) din Legea 101/2016 se aplică oricărui act al autorității contractante care, în opinia contestatorului, vatămă un drept al său sau un interes legitim.

Referitor la motivul invocat de autoritatea contractantă, pentru care s-au solicitat din nou clarificări cu privire tot la demonstrarea echivalenței între sistemul de operare solicitat și cel ofertat de societatea noastră, și anume „pentru eliminarea oricăror neclarități" contestatoarea precizează că însăși autoritatea a invocat, inițial, după prima evaluare, ca motiv de declarare a neconformității ofertei noastre faptul că nu se poate stabili de către comisia de evaluare echivalență între sistemul de operare solicitat și cel ofertat, și nu faptul că au existat neclarități ale ofertei.

Pornind de la specificațiile tehnice prezentate de către ofertant la punctul d., atât ale Windows Server 2016 (capturile nr. 1 – 7) cât și ale RedHat Linux Enterprise (capturile nr. 8 - 11), comisia de evaluare constată că, din cele două documente prezentate, nu se poate stabili echivalența celor două produse. Prin urmare, la evaluare, comisia nu a avut neclarități ci, așa cum a declarat, nu a putut stabili echivalența între cele două sisteme de operare în cauză, fără însă a arăta motivul sau a demonstra de ce a considerat că cele două sisteme de operare nu sunt echivalente.

Referitor la cele susținute în punctul de vedere că întrebările de clarificare „nu au cuprins cerințe noi, ele au vizat doar îndeplinirea unor funcționalități tehnice standard, fără costuri suplimentare, asigurate de către sistemul de operare Microsoft Windows Server 2016, sistem cuprins în caietul de sarcini ca sistem de referință", contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă nu a indicat în cuprinsul caietului de sarcini nicio funcționalitate tehnică standard ci, așa cum recunoaște chiar aceasta, a indicat în clar sistemul de operare Microsoft ca sistem de referință, însă nu l-a

solicitat exclusiv pe acesta. Astfel, în caietul de sarcini aferent procedurii, cerința tehnică pentru caracteristica sistem operare a fost Microsoft Windows Server 2016 Standard sau echivalent, fără a se indica o anumită modalitate de demonstrare a echivalenței. Ca o confirmare a faptului că se permite și ofertarea unui alt sistem de operare, în răspunsul de clarificări nr. 96141/09.10.2017 autoritatea contractantă la întrebarea 1 a răspuns „În cazul unui sistem de operare Microsoft, oferta trebuie să conțină și licențele Windows CAL aferente…”, per a contrario rezultă, din exprimarea autorității contractante, că se poate oferta și un alt sistem de operare.

În punctul său de vedere nr. 131324/13.03..... asupra contestației nr. ...../....., înregistrat la Consiliu cu nr. 10259/13.03....., autoritatea contractantă arată că, în vederea punerii în aplicare a Deciziei CNSC nr. 209/...../..... din 23.01....., cu privire la reevaluarea ofertei SC ..... SRL și recalificarea acesteia, pentru eliminarea oricăror neclarități, comisia de evaluare a considerat necesară formularea unor întrebări de clarificare, referitoare la echivalența sistemului de operare ofertat cu specificațiile sistemului de operare solicitat ca nivel minim.

Referitor la întrebarea 1:

Ofertantul a precizat încă o dată faptul că acesta nu a urmărit să demonstreze echivalența între sistemul de operare solicitat și sistemul de operare ofertat, ci doar o serie de funcționalități (16 din 125), considerate de către acesta ca fiind „funcționalități/specificații standard pe care trebuie să le îndeplinească orice sistem de operare server”. Reiese fără dubiu că ofertantul doar a încercat să mimeze o încercare de demonstrare a echivalenței cu Microsoft Windows Server Standard 2016, în toată susținerea sa făcând referire și stabilind echivalențe cu altceva, nu cu produsul solicitat ca element de referință. În plus, ofertantul face afirmația că celelalte ..... funcționalități/specificații pentru Microsoft Windows Server Standard 2016 descrise pe site-ul producătorului Microsoft, reprezintă specificații de tip „marcă înregistrată” sau denumiri proprii ale Microsoft, care nu vor putea fi niciodată comparate ad-literam cu alte sisteme de operare (de tipul: Windows Server Essentials Experience, Windows Biometric Framework, Windows System Resource Manager, etc.). Această afirmație este falsă, întrucât nu s-a solicitat ca funcționalitățile să fie comparate ad-literam, ci să fie echivalente din punct de vedere tehnic cu funcționalitățile asigurate. Mai mult, comisia de evaluare a ofertelor, deși nu era atributul acesteia, a identificat două funcționalități (prezentate chiar de ofertant ca fiind specificații de tip „marcă înregistrată” sau denumiri proprii ale Microsoft) echivalente din punct de vedere al

funcționalităților oferite: Windows Server Resource Manager (Microsoft) este echivalent cu CGROUPS (RedHat Linux Enteiprise 7) și Windows Biometric Framework (Microsoft) are, de asemenea, funcționalități echivalente în cadrul sistemului de operare RedHat Linux Enterprise 7 (fără o denumire specifică).

Referitor la întrebarea 3:

Contrar celor prezentate de ofertant, comisia de evaluare a dovedit, prin informațiile disponibile pe site-ul producătorului, că tipul de licențiere pentru produsul ofertat - RedHat Enterprise Linux 7 - este de tipul unei subscripții anuale și presupune un cost suplimentar anual. De asemenea, tot conform site-ului producătorului, pentru a beneficia de update-uri și patch-uri ale sistemului de operare prin intermediul portalului „Self-Support", este necesară tot o subscripție anuală activă. Ofertantul doar a afirmat că „licențierea este perpetuă și nu subscripție anuală" și „include suport gratuit de tipul «Self-Support», limitat numai de durata life-cycle-ului", nedovedind în nici un fel cele menționate, contrar celor prezentate pe site-ului producătorului.

Totodată, precizarea acestuia că „în caietul de sarcini nu a fost prevăzută nici o cerință cu privire la durata pentru care se va asigura suportul, actualizarea și patch- urile pe toată durata de viață a produsului" nu se susține pentru că acestea trebuie să fie echivalente cu cele asigurate de produsul stabilit ca standard, iar produsul Microsoft Windows Server Standard 2016, cu care trebuia făcută echivalența, le asigură în mod standard, fără alte costuri sau solicitări suplimentare.

Din cele prezentate anterior rezultă că, deși echivalența, din acest punct de vedere dintre cele două sisteme de operare poate fi realizată, ofertantul nu asigură realizarea acesteia.

Referitor la întrebarea 4:

Ofertantul precizează că funcționalitatea de failover clustering, integrată în cadrul sistemului de operare Microsoft Windows Server 2016 Standard fără un cost adițional, trebuia solicitată și menționată prin cadrul caietului de sarcini, însă afirmația acestuia nu are nicio susținere deoarece această funcționalitate este una standard, implicită a sistemului Microsoft Windows Server 2016 Standard și, ca urmare, sistemul ofertat trebuia să o dețină pentru a fi echivalent. Sistemul de operare Red Hat Enterprise Linux 7 dispune de o astfel de funcționalitate echivalentă din punct de vedere tehnic, însă presupune un cost adițional subscripției anuale. Ofertantul nu a inclus în oferta sa această funcționalitate, deși după cum s-a precizat anterior nu este o funcționalitate adițională a sistemului de operare Windows Server 2016 Standard față de care trebuia stabilită echivalența. Din acest punct de vedere rezultă clar

că între sistemul de operare ofertat și cel solicitat ca standard minim nu există echivalență.

Soluția alternativă de tip open-source prezentată de către acesta, ca variantă, asigură doar parțial funcționalitatea de failover clustering. Așa cum a precizat și ofertantul în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 130905 din 09.02....., „RHEL 7 dispune de tehnologia de HA, fiind echivalent cu Windows Server Standard 2016, din acest punct de vedere”, dar nu a fost inclus în costul ofertei acestuia.

Referitor la întrebarea 5:

Asemănător funcționalității de failover clustering, pentru funcționalitatea oferită de Windows Server Update Services, care permite un management centralizat al actualizărilor (nu numai al serverelor, ci și al stațiilor de lucru), există o soluție echivalentă și în cadrul produsului RedHat Enterprise Linux 7 - Smart Management – dar pe care ofertantul nu a inclus-o în cadrul ofertei acestuia, întrucât consideră că această funcționalitate nu a fost solicitată ca atare în cadrul caietului de sarcini, deși este o funcționalitate implicită a sistemului de operare stabilit ca standard minim.

Soluția alternativă prezentată de ofertant nu asigură funcționalitatea solicitată, ci doar un management centralizat al subscripțiilor anuale disponibile/alocate (SAM - Subscription Asset Management). Drept urmare, nici din acest punct de vedere nu poate fi stabilită o echivalență între sistemul de operare ofertat și cel față de care trebuia să fie echivalent.

Contrar celor susținute de SC ..... SRL, referitoare la faptul că, prin decizia sa, a confirmat că ofertantul a demonstrat echivalența celor două sisteme de operare, autoritatea contractantă menționează că, în fapt, Consiliul a dispus „reevaluarea acestei oferte (precedată de reclarificarea ei, dacă este cazul)” . Ca urmare, au fost solicitate clarificări care să permită stabilirea fără dubii a echivalenței sistemului de operare ofertat cu cel solicitat ca standard, datele cuprinse în ofertă și răspunsurile la clarificări înaintate fiind insuficiente pentru demonstrarea echivalenței, aceasta putându-se cel mult prezuma.

Clarificările au vizat doar îndeplinirea unor funcționalități tehnice standard, fără costuri suplimentare, asigurate de către sistemul de operare Microsoft Windows Server 2016 Standard, sistem cuprins în caietul de sarcini ca sistem de referință. Scopul întrebărilor a fost eliminarea unor neclarități, care să permită comisiei să dovedească, dincolo de orice îndoială rezonabilă, dacă între sistemul de operare cuprins în caietul de sarcini ca sistem de referință și cel ofertat există echivalență.

Cu privire la susținerea ofertantului că declararea ca neconformă a ofertei a fost făcută „doar prin exprimarea pe hârtie”, autoritatea contractantă precizează că aceasta a fost făcută în urma unei analize complete, a tuturor datelor furnizate în ofertă și în răspunsurile la clarificări, rezultând fără echivoc că sistemul de operare ofertat în mod cert nu este echivalent cu cel solicitat ca și standard.

Pentru toate aceste considerente, și raportat la motivele și argumentele invocate de SC ..... SRL, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 163/19.03....., înregistrată la Consiliu cu nr. 11274/20.03....., SC ..... SRL a formulat un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante nr. 131324/13.03....., susținând că, în niciun moment în cuprinsul contestației depuse, nu a precizat că nu a urmărit să demonstreze echivalența între sistemul de operare solicitat și sistemul de operare ofertat, așa cum sugerează autoritatea contractantă, ci dimpotrivă acesta a fost obiectivul tuturor acțiunilor întreprinse.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a depus nici măcar un minim de diligență pentru a verifica răspunsurile sale la solicitările de clarificare și, cu titlu exemplificativ, legat de paragraful din punctul de vedere intitulat „referitor la întrebarea 3” arată că:

„RedHat pune la dispoziția End-Userilor o licență perpetuă și un suport aferent acestei licențe. Modalitatea de licențiere este transpusă în EULA producătorului (End-User License Agreement), care reprezintă documentul oficial de licențiere ce trebuie respectat în utilizarea produselor.

Astfel, în EULA RedHat Enterprise Linux se menționează fără dubiu, că RedHat pune la dispoziție o licență perpetuă „RedHat, Inc. grants to you a perpetual worldwide license to the Programs…”.

Referitor la stabilirea echivalenței, contestatoarea consideră că a demonstrat fără dubiu în contestația depusă și în toate solicitările de clarificare că a îndeplinit cerințele caietului de sarcini, așa cum au fost formulate de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 131447/23.03....., înregistrată la Consiliu cu nr. 12087/23.03....., autoritatea contractantă a formulat un răspuns la adresa 363/19.03..... a SC ..... SRL.

Referitor la afirmația contestatoarei, conform căreia „RedHat pune la dispoziția End-Userilor o licență perpetuă și un suport aferent acestei licențe, modalitatea de licențiere este transpusă în EULA producătorului (End-User License Agreement), care reprezintă documentul oficial de licențiere ce trebuie respectat în utilizarea produselor” autoritatea contractantă susține că în documentul prezentat de către ofertant, chiar în titlul acestuia este prezentată

sintagma „THIS END USER LICENSE AGREEMENT DOES NOT PROVIDE ANY RIGHTS TO RED HAT SERVICES SUCH AS SOFTWARE MAINTENANCE, UPGRADES OR SUPPORT. PLEASE REVIEW YOUR SERVICE OR SUBSCRIPTION AGREEMENT(S) THAT YOU MAY HAVE WITH RED HAT OR OTHER AUTHORIZED RED HAT SERVICE PROVIDERS REGARDING SERVICES AND ASSOCIATED PAYMENTS”. Cu alte cuvinte, Red Hat pune la dispoziția end-userilor o licență perpetuă, însă nu oferă nici un drept asupra serviciilor Red Hat cum ar fi mentenanță software, upgrade-uri sau suport.

Analizându-se documentul anexat, aflat pe pagina producătorului Red Hat, rezultă fără echivoc că asigurarea actualizărilor de securitate și pentru remedierea erorilor sunt asigurate exclusiv în baza unei subscripții anuale active.

Referitor la afirmația SC ..... SRL, că obiectivul tuturor acțiunilor întreprinse au vizat demonstrarea echivalenței între sistemul de operare ofertat și sistemul de operare Windows Server 2016 Standard, autoritatea arată că, în răspunsul de clarificare nr. 80 din 14.02....., ofertantul precizează că „...funcționalitățile/specificațiile pentru Microsoft Windows Server Standard 2016, descrise în link-ul de pe site-ul producătorului Microsoft https://docs.microsoft.com/en-us/windows-server/get-started/2016-edition-comparison, nu reprezintă un standard al sistemelor de operare pentru servere”, drept urmare, nu a urmărit decât demonstrarea echivalenței a 16 funcționalități considerate de acesta ca fiind „cerințele standardizate din domeniu pentru un sistem de operare de tip server, care au stat la baza întocmirii listei de pe site-ul mai sus menționat, sunt în totalitate îndeplinite și de către RedHat Linux Enterprise”. Drept urmare, ofertantul nu a urmărit stabilirea echivalenței între sistemul de operare solicitat și cel ofertat, ci a urmărit stabilirea echivalenței între un așa zis standard (inexistent) al sistemelor de operare de tip server și produsul ofertat.

În adresa nr. 175/23.03....., înregistrată la Consiliu cu nr. 12107/26.03....., SC ..... SRL invocă, în susținerea contestației sale, prevederile Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice care statuează următoarele: „Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. În acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și

de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor.

Prin urmare, specificațiile tehnice ar trebui elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic. Elaborarea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale permite, în general, îndeplinirea acestui obiectiv în cel mai bun mod posibil.

Cerințele funcționale și de performanță sunt, de asemenea, mijloace adecvate de favorizare a inovării în achizițiile publice și ar trebui să fie utilizate la o scară cât mai largă cu putință. În cazul în care se face trimitere la un standard european sau, în absența acestuia, la un standard național, ofertele care au la bază soluții echivalente ar trebui să fie luate în considerare de către autoritățile contractante. Responsabilitatea de a face dovada echivalenței cu eticheta solicitată ar trebui să revină operatorului economic."

Prin urmare, pe de o parte, specificațiile tehnice trebuie să poată fi stabilite în termeni de performanță și cerințe funcționale, și, pe de altă parte, în cazul în care se face trimitere la denumirea unui anumit produs, autoritățile contractante trebuie să ia în considerare și ofertele bazate pe alte soluții echivalente. Pentru a demonstra echivalența, ofertanții trebuie să poată utiliza orice mijloc de probă.

Rezultă, astfel, că mențiunea „sau echivalent" nu poate fi tradusă prin „identic", ci prin posibilitatea de a satisface necesitățile autorității contractante într-o manieră cat mai apropiată de produsul original. În aceste condiții, se permite o abatere acceptabilă față de caracteristicile produsului original, cu condiția ca această caracteristică să nu fie determinantă pentru buna funcționare a activității pentru care se achiziționează produsul.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare echipamente tip „server x 86", cod CPV 48820000-2, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă online.

Conform anunțului de participare nr. ...../....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, valoarea estimată a acordului-cadru este 3.360.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut.

Raportat la textul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, potrivit căruia "Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei", se va examina cu

prioritate excepția prematurității introducerii contestației nr. ...../....., invocată de autoritatea contractantă, motivat de faptul că nu a fost evaluată oferta și nu a fost încheiat un nou act de evaluare, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată ținând cont de următoarele considerente:

Prin contestația nr. ...../....., SC ..... SRL reclamă adresa nr. 130905/09.02....., transmisă de autoritatea contractantă ca urmare a reevaluării ofertei sale, solicitând eliminarea întrebărilor abuzive și nelegale cuprinse în aceasta, referitoare la demonstrarea echivalenței sistemului de operare solicitat în caietul de sarcini.

Legiuitorul nu condiționează depunerea unei contestații prin prisma emiterii sau nu a unui document de finalizare a evaluării ofertelor, ci conform prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

Adresa nr. 130905/09.02..... prin care au fost solicitate diverse clarificări pe parcursul evaluării constituie act vătămător, în sensul art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016: act al autorităţii contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.

Așadar, reprezintă act al autorității, contestabil, și orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice.

În concluzie, adresa autorității contractante poate fi atacată independent de existența sau nu a raportului procedurii.

Excepția fiind respinsă, Consiliul va proceda în continuare la analiza fondului contestației nr. ...../....., (dosar nr. ...../.....) formulată de SC ..... SRL.

Conform celor mai sus expuse, nemulțumirea contestatoarei vizează modalitatea în care a procedat autoritatea contractantă prin formularea solicitării de clarificări, datată 09.02....., apreciind că

aceasta nu are un suport legal și că nu au fost respectate cele statuate prin decizia anterioară de către Consiliu.

Demn a fi menționat este faptul că prin decizia nr. 209/...../...../ 23.01....., Consiliul a stabilit următoarele:

(…)Echivalența unui produs, fie el și un software open source, nu se prezumă, ci trebuie dovedită de cel care o invocă și care dorește să îi fie atribuit contractul de achiziție publică. În cauză, îi revenea SC ..... SRL sarcina să dovedească, dincolo de orice îndoială rezonabilă, echivalenței sistemului de operate pe care l-a propus cu cel nominalizat de autoritate, sarcină de care s-a achitat prin răspunsul nr. 500/22.11.2017, cu anexa de la SC Veracomp Europe SRL (tabel comparativ de funcționalități). În acest context, sarcina probei fiind inversată, revenea Inspectoratului General pentru Situații de Urgență obligația de a argumenta în procesele-verbale de evaluare tehnică neechivalența celor două produse, iar nu să constate că nu se poate stabili echivalența. Cu alte cuvinte, trebuia să explice, cu argumente concrete, de ce Red Hat Enterprise Linux Server Standard nu este echivalent Microsoft Windows Server 2016 Standard, iar doar ulterior se va tranșa conformitatea sau neconformitatea ofertei.

Unitatea achizitoare avea datoria, în combaterea susținerilor de echivalență formulate de reclamantă, să demonstreze că ansamblul de cerințe de ordin tehnic pe care le presupune Microsoft Windows Server 2016 Standard nu sunt atinse de către sistemul propus de reclamantă. Organul administrativ-jurisdicțional nu este chemat să stabilească în locul unității achizitoare dacă cele două sisteme informatice sunt sau nu echivalente, căzând în sarcina exclusivă a unității să prezinte argumente și mijloace de probă care să conducă în mod indubitabil la o anumită concluzie, ceea ce nu se observă în speța aflată pe rol. Scurta demonstrație pe care o încearcă autoritatea în procesul-verbal nr. 97062/12.12.2017, reluată în comunicarea nr. 97064/12.12.2017, este insuficientă pentru conturarea unei concluzii certe, mai cu seamă că însăși autoritatea si-a declarat imposibilitatea determinării echivalenței.

Nu este exclus ca migrarea la sistemul de lucru Linux Red Hat Enterprise Server să presupună inconveniente pentru utilizatorii instruiți să opereze sub Windows Server, existând riscul imposibilității folosirii noului sistem.

După cum în mod judicios a remarcat contestatoarea, potrivit art. 126 alin. (3) din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, în cazul în care evaluarea ofertelor necesită o expertiză aprofundată de natură tehnică, autoritatea poate desemna, pe lângă comisia de evaluare, specialiști externi (specialiști IT, în speță).

Prin urmare, în lumina celor înfățișate, obiecțiile ofertantei privind nelegalitatea respingerii ofertei se vădesc a fi fondate și, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. 11/08.01....., în contradictoriu cu ....., va anula procesul-verbal nr. 97062/12.12.2017, raportul procedurii de atribuire nr. 97226/21.12.2017 și adresele de comunicare a respingerii ofertei. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei (precedată de reclarificarea ei, dacă este cazul), precum și la emiterea unui nou act de evaluare tehnică a acesteia, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale, cu respectarea legislației aplicabile.

Ulterior emiterii deciziei Consiliului, pentru eliminarea oricăror neclarități, autoritatea contractantă a considerat necesară

formularea unor întrebări de clarificare, în acest sens fiind transmisă adresa nr. 130905/09.02..... având următorul conținut:

1. *În cadrul răspunsului dumneavoastră nr. 500 din 22.11.2017 la solicitarea de clarificare nr. 96747 din 17.11.20172, aţi menţionat: "Luând în considerare următoarele: ... d. Specificaţiile tehnice publice, atât ale Windows Server Standard 2016, cât şi ale RedHat Linux Enterprise, care arată cel puţin echivalenţa acestor două produse ca sistem de operare de server, cu anumite avantaje importante de partea Linux RedHat, https://www.redlaat.com/enyfiles/resources/en-rhel-7-server-dataslieet 12182617.pdf https://docs.microsoft.com/en-us/windows-server/get-started/2016-edition-comparison''. In documentul înaintat de dumneavoastră, aţi făcut o descriere generală a sistemului de operare RedHat Linux Enterprise şi aţi comparat doar un număr de 16 specificaţii/funcţionalităţi disponibile în cadrul sistemului de operare Windows Server 2016 Standard, cu toate că, inclusiv în prezentarea dumneavoastră, sunt cuprinse un număr de 125 specificaţii/funcţionalităţi ale sistemului de operare Windows Server 2016 Standard.*
Vă rugăm să clarificaţi modul de realizare a echivalenţei pentru toate funcţionalităţile disponibile în cadrul sistemului de operare Windows Server 2016 Standard.

2. *în cadrul ofertei tehnice, la secţiunea "Sistem operare" aţi ofertat RedHat Enterprise Linux Standard, iar în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, aţi prezentat funcţionalităţi atât ale versiunii 6, cât şi ale versiunii 7 a sistemului de operare menţionat.*

Vă rugăm să clarificaţi versiunea sistemului de operare ofertat.

3. *Ţinând cont de faptul că sistemul de operare RedHat Enterprise Linux oferă o licenţiere de tip subscripţie anuală (https://www.redhat.com/en/store/red-hat-enterprise-linux-server#?sku=RH00005), perioadă în care este oferit suport tehnic, actualizări ale sistemului şi de securitate şi remedierea problemelor apărute (https://www.redhat.com/en/files/resources/en-rhel-subscription-guide-11977617.pdf), iar producătorul sistemului de operare Windows Server 2016 Standard garantează suportul pentru acest produs până la data de 11.01.2027, vă rugăm să clarificaţi modul de îndeplinire al cerinţei.*

4. *Referitor la funcţionalităţile de tip failover clustering incluse în sistemul de operare Windows Server 2016 Standard, sistemul de operare RedHat Enterprise Linux oferă aceste funcţionalităţi prin intermediul add-on-ului High Availability. Conform site-ului producătorului, acest add-on se licenţiază separat de subscripţia sistemului de operare şi presupune un cost adiţional (https://www.redliat.com/en/store/smart-management-add#?sku=RH00031). Vă rugăm să clarificaţi modul de îndeplinire al cerinţei.*

5. *Referitor la componenta Windows Server Update Services inclusă în sistemul de operare Windows Server 2016 Standard, care permite managementul centralizat al actualizărilor, sistemul de operare RedHat Enterprise Linux oferă aceste funcţionalităţi prin intermediul add-on-ului Smart Management. Conform site-ului producătorului, acest add-on se licenţiază separat de subscripţia sistemului de operare şi presupune un cost adiţional (https://www.redhat.com/en/store/smart-management-add#?sku=RH00031).*
Vă rugăm să clarificaţi modul de îndeplinire al cerinţei.

Pornind de la criticile contestatoarei de nelegalitate a respectivei solicitări, Consiliul stabilește că, atât timp cât rezultatul procedurii este anulat printr-o decizie CNSC, respectiv atât raportul procedurii, cât şi documentele subsecvente, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, este îndreptăţită la reluarea evaluării ofertei, mai cu seamă că a fost obligată comisia la reevaluarea ofertei, precedată de reclarificarea ei dacă este cazul.

În speță, autoritatea contractantă a apreciat că se impune clarificarea, fapt de altfel necenzurat de către Consiliu, contrar afirmațiilor contestatoarei. Dimpotrivă, pentru a se preveni o nouă evaluare greşită, îi este obligatorie comisiei responsabile desemnate de către autoritate reclarificarea ofertei, pentru a stabili cu certitudine că cele două sisteme informatice sunt sau nu echivalente. De altfel, este de neînchipuit că organismul administrativ-jurisdicțional, vreodată, ar putea cenzura voinţa membrilor din comisia de evaluare de a reverifica temeinic prin reclarificarea ofertelor sub anumite aspecte, astfel încât să elimine orice risc de a săvârşi o greşeală în etapa de reevaluare a ofertelor.

Faptul că, prin decizia anterior emisă, s-a precizat că revenea … obligația de a argumenta în procesele-verbale de evaluare tehnică neechivalența celor două produse nu putea să împiedice autoritatea contractantă la reclarificarea ofertei prezentate de SC ..... SRL, contrar înțelegerii societății contestatoare.

Revine autorității contractante responsabilitatea pentru admiterea şi declararea câştigătoare a unei oferte, context în care tot ea este ţinută să verifice admisibilitatea şi conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/câştigătoare o ofertă care nu îndeplineşte condiţiile impuse.

Înțelegând din redactarea contestației că respectivele întrebări sunt apreciate ca fiind abuzive și nelegale, prin prisma faptului că au ca obiect îndeplinirea unor cerințe tehnice care nu au fost solicitate în caietul de sarcini, Consiliul stabilește că respectivele solicitări privesc îndeplinirea unor funcționalități tehnice standard asigurate de către sistemul de operare Microsoft Windows Server 2016 Standard, sistem cuprins în caietul de sarcini ca sistem de referință. Este adevărat că respectivele funcționalități nu au fost cuprinse la nivel de detaliu în caietul de sarcini, însă, pentru sistemul de operare al serverelor, autoritatea a prevăzut în caiet „Microsoft Windows Server 2016 Standard sau echivalent”. SC ..... SRL neofertând sistemul de operare Microsoft Windows Server 2016 Standard, ci Red Hat Enterprise Linux Server Standard, se impunea stabilirea echivalenței prin raportare la funcționalitățile sistemului de referință.

Așadar, Consiliul concluzionează că scopul întrebărilor, mai sus evocate, a fost eliminarea unor neclarități, care să permită comisiei să dovedească, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că între sistemul de operare cuprins în caietul de sarcini, ca sistem de referință și cel ofertat există echivalență.

Nefiind reținută temeinicia criticilor, pentru cele de mai sus, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația nr. ...../..... formulată de SC ..... SRL (dosar nr. ...../.....).

Relativ la contestația secundă nr. ...../....., (dosar nr. ...../.....) formulată de SC ..... SRL, Consiliul ia act că este îndreptată împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 131011/19.02....., oferta sa fiind respinsă ca neconformă în baza prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, precum și ale art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În motivarea deciziei de respingere s-a reținut că *prin oferta depusă și clarificările înainte nu este dovedită echivalența între sistemul de operare ofertat și cel cuprins în caietul de sarcini ca și sistem de operare de referință. În urma analizei elementelor transmise în susținerea echivalenței celor două sisteme, o parte dintre acestea nu se susțin sau nu asigură în mod echivalent funcționalitățile solicitate, sistemul ofertat de dumneavoastră nefiind echivalent în mod cert cu cel solicitat conform caietului de sarcini. Totodată nu este clarificat și asumat modul de asigurare a echivalenței din punct de vedere al asigurării suportului, actualizărilor și patch-urilor pe toată durata de viață a produsului.* Totodată, ofertantul a fost înștiințat asupra faptului că procedura a fost anulată, nefiind depusă nicio ofertă admisibilă.

Așa cum s-a subliniat și prin decizia anterioară, problema ivită este stabilirea echivalenței între cele două sisteme de operare, cel de referință prezentat în caietul de sarcini (Microsoft Windows Server 2016 Standard) și cel ofertat de către SC ..... SRL (Red Hat Enterprise Linux Server Standard), pornind de la cerința caietului de sarcini „Microsoft Windows Server 2016 Standard sau echivalent”.

Solicitărilor autorității contractante de clarificare a ofertei, prezentate anterior cu ocazia analizei primei contestații, și pe care Consiliul nu le va mai relua în cele ce urmează, SC ..... SRL a răspuns prin intermediul adresei nr. 80/14.02....., astfel:

Conform prevederilor legii 98/2016 privind achiziţiile publice in coroborare cu prevederile art. 62 alin. (1) din normele metodologice de aplicare, rezulta ca scopul solicitării de clarificari este bine determinat: demonstrarea conformităţii ofertei cu cerinţele caietului de sarcini. Prin urmare, solicitarea de clarificari este

subordonata prevederilor documentaţiei de atribuire, autoritatea contractanta neputand adauga la cerinţele deja stabilite prin aceasta. Cu alte cuvinte, comisia de evaluare nu este indreptatita sa solicite ofertanţilor clarificari ce nu isi găsesc corespondent in cerinţele documentaţiei de atribuire, pentru a crea in mod artificial premisele respingerii ofertelor acestora.

Astfel, referitor la întrebările nr. 1, 3, 4 si 5, va solicitam respectuos sa ne indicaţi unde in caietul de sarcini se regăsesc cerinţele ca atare pentru care acum solicitati clarificari.

Conform deciziei CNSC nr 209/...../..... din 23.01....., se confirma faptul ca noi am demonstrat prin mijloace considerate de către noi relevante, echivalenta RedHat Linux Enterprise ofertat cu Windows Server Standard 2016. De asemenea, conform aceleiaşi decizii, este acum in sarcina autoritatii contractate de a stabili conformitatea ofertei noastre, din acest punct de vedere. Redăm in continuare din decizie (…)

Referitor la întrebare nr 1, menţionăm ca funcționalitatile / specificatiile pentru Microsoft Windows Server Standard 2016, descrise in link-ul de pe site-ul producătorului Microsoft https://docs.microsoft.com/en-us/windovvs-server/get-staried/2016-edition-comparison, nu reprezintă un standard al sistemelor de operare pentru servere, ci sunt in parte functionalitati/ specificaţii standard pe care trebuie sa le indeplineasca orice sistem de operare de server (cele 16 functionalitati comparate de noi in răspunsul nr. 500 din 22.11.2017), la care se adauga specificaţii de tip "marca înregistrata" sau denumiri proprii ale Microsoft, care nu vor putea niciodata sa fie comparate ad-literam cu un alte sisteme de operare (de tipul: Windows Server Essentials Experience, Windows Biometric Framework, Windows System Resource Manager, etc). Aceste specificaţii sunt definite de către producătorul Microsoft doar pentru produsul lui, fiind specificaţii de marketing, nu functionalitati tehnice ca atare. Cerinţele standardizate din domeniu pentru un sistem de operare de tip server, care au stat si la baza întocmirii listei de pe site-ul mai sus mentionat, sunt in totalitate îndeplinite si de către RedHat Linux Enterprise.

Întrebare nr 2: Versiunea ofertata este RedHat Enterprise Linux versiunea 7. Versiunea 7 include functionalitatile versiunii 6, oferind si cateva functionalitati suplimentare. Clientul poate alege instalarea oricărei versiuni, dar cea pe care noi am considerat-o in oferta depusa, este versiunea 7.

Întrebarea nr 3: Durata de viata a versiunii RedHat Enterprise Linux 7, este declarata de către producător pana la data de 30 iunie 2024, plus 3 ani de extended lifecycle https://access.redhat.com/suppoil/policv/updates/errata

Mai mult, suportul tehnic pe care il oferă Microsoft pentru Windows Server Standard, se aplica doar in condiţiile achiziţionării licenţelor de tip Volume License, nu si pentru cele preinstalate de către producătorul de hardware. Având in vedere ca autoritatea contractanta nu si-a exprimat cererea către o licenţa de tip Volume License, mai mult chiar a aratat ca se poate oferta si alt tip de licenţiere prin răspunsul nr 2 din răspunsul la clarificari nr 96187/12.10.2017, in cazul unei licenţe preinstalate de către producătorul hardware -ului (al serverelor), suportul tehnic pentru Windows Server este in mod oficial acordat de către acesta din urma si nu de către Microsoft. Microsoft acorda doar actualizari ale sistemului de operare, dar nu trecerea de la o versiune de produs la alta, de exemplu de la 2016 la următorul produs. De asemenea Microsoft acorda rezolvarea problemelor de securitate prin patch-ing si remedierea problemelor aparate pe parcursul life-cycle-ului Windows-ului Server Standard 2016.

Exact acelaşi tip de support, pe parcursul life -cycle -ului il oferă si Red Hat. Suplimentar, noi acordam suportul evidentiat (actualizari, patch -uri de Securitate si remedierea problemelor aparate) in calitate de producători ai

serverelor Maguay eXpertServer, in acelaşi mod in care alti producători ar fi acordat support pentru Windows Server 2016 Standard furnizat in versiunea OEM, preisntalata, perfect conforma cu cerinţele documentaţiei de atribuire.

Produsul RedHat Enterprise Linux inclus in oferta, dincolo de suportul nostru ca producător al serverului eXpertServer, are urmatoarele caracteristici definitorii:

- *Licenţierea este perpetua si nu subscripţie anuala*
- *Include suport gratuit de tipul '"Self-support" limitat numai de durata life-cycle -ului, in acelaşi mod in care o face Micrsoft pentru Windows Server 2016 Standard, care include acces la Red Hat Customer Portal, Updates and Security Errata*
- *suport tehnic direct din partea producătorului RedHat prin telefon, email in timpul Business Hours, fara limita de cazuri deschise, cu SLA pentru termenul de răspuns - pentru o perioada de 12 luni, cu posibilitate de prelungire. Produsul Windows Server 2016 Standard preinstalat -produs, pe care autoritatea contractanta il considera conform cerinţelor caietului de sarcini, nu include defel acest tip de support! Chiar si in versiunea de licenţiere Volume License, Windows Server 2016 include acest tip de suport numai cu costuri adiţionale, sub sintagma "Professional Services"*

(…)

Întrebarea nr 4: Având in vedere ca autoritatea contractanta nu a solicitat prin caietul de sarcini funcţionalitatea de Failover Clustering, nu am inclus-o in costul ofertei noastre. Pentru indeplinirea acestei functionalitati fara costuri adiţionale, exista si soluţii alternative http://vvww.admin-magazine.com/Archive/2014/21/High-Availability-without-Pacemaker

RHEL 7 dispune de tehnologia de HA, fiind echivalent cu Microsoft Windows Server Standard 2016, din acest punct de vedere, dar pentru ca noi sa putem include costul acestuia in oferta noastra. Autoritatea Contractanta trebuia sa menţioneze in clar, fie in cadrul caietului de sarcini, fie in cadrul intrebarilor de clarificare, necesitatea acestei functionalitati.

Întrebarea nr 5: Managementul centralizat al actualizarilor in cadrul sistemului de operare RedHat Linux Enterprise se poate realiza cu Subscription Asset Management (SAM), care indeplineste aceleaşi funcţii pe care le îndeplineşte si WSUS din către Microsoft Windows Server Standard 2016. Pentru management centralizat, se pot înregistra serverele pe site-ul Red Hat. Aceasta funcţionalitate este inclusa in oferta si nu are un cost adiţional

Reamintim de asemenea ca Autoritatea contractanta nu a formulat nicio cerere in sensul necesitatii administrării centralizat a serverelor in caietul de sarcini

In ceea ce priveşte numărul de maşini virtuale care pot fi instalate pe o instanta fizica, la fel ca la Windows Server Standard 2016 si la Red Hat Enterprise Linux Standard se pot instala tot doua instante virtuale pe un server fizic, fiind acoperite de licenţa oferita, fara costuri adiţionale.

Totodată, autoritatea contractantă a menționat în întrebările de clarificare nr. 96141/09.10.2017 că nu dorește să facă virtualizare, dorește doar să beneficieze de posibilitatea de a avea tehnologia la un moment ulterior.

(…)

RedHat Enterprise Linux Standard include si functionalitati de virtualizare prin RedHat Virtualization, dar si tehnologia de virtualizare containere (pe aplicaţii).

Potrivit art. 156 din legea achizițiilor publice:

(1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități:

a) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribuie contractul;

b) prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricărora dintre acestea, la standarde naționale, la agremente tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent";

c) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, potrivit lit. a), și prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerințe de performanță sau cerințe funcționale;

d) prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici.

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

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele "sau echivalent".

(4) În cazul în care autoritatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. b), aceasta nu respinge o ofertă pe motiv că lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificațiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. a), aceasta nu respinge o ofertă pentru lucrări, produse sau servicii care sunt conforme cu un standard național care transpune un standard european, cu un agrement tehnic european, cu o specificație tehnică comună, cu un standard internațional sau cu un sistem de referință tehnic elaborat de un organism european de standardizare, dacă aceste specificații vizează cerințele de performanțe sau cerințele funcționale stabilite de autoritatea contractantă.

(6) În cazul prevăzut la alin. (5), ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, inclusiv cele prevăzute la art. 158, că lucrările, produsele sau serviciile conforme standardului satisfac cerințele de performanță sau cerințele funcționale stabilite de autoritatea contractantă.

Echivalența unui produs, fie el și un software *open source*, nu se prezumă, ci trebuie dovedită de cel care o invocă și care dorește să îi fie atribuit contractul de achiziție publică.

Autoritatea contractantă, prin demersurile sale, a dorit să se asigure asupra echivalenței sistemului de operare solicitat cu cel ofertat.

Răspuns ofertantului este găsit a nu fi pertinent de către Consiliu, situație în care oferta se impunea a fi respinsă ca inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Dispozițiile amintite, potrivit cărora: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă."* și *„Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme."*, îi este incident ofertei amintite, întrucât răspunsul nu poate fi valorificat de aceasta.

Astfel, autoritatea contractantă a solicitat clarificarea modului de realizare a echivalenței pentru toate funcționalitățile disponibile în cadrul sistemului de operare Windows Server 2016 Standard. În răspunsul său, ofertantul s-a mulțumit să afirme că cele ..... funcționalități pentru Microsoft Windows Server 2016 Standard descrise pe site-ul producătorului reprezintă specificații de tip „marcă înregistrată" sau denumiri proprii ale Microsoft, care nu pot fi niciodată comparate ad-literam cu alte sisteme de operare.

Or, contrar a ceea ce susține acesta, nu s-a solicitat o comparație *ad-literam* a funcționalităților asigurate ci o demonstrare a echivalenței respectivelor funcționalități. Necesității autorității de clarificare și pe care Consiliul nu a cenzurat-o, ofertantul trebuia să se conformeze întocmai și să furnizeze informațiile solicitate.

Este adevărat, așa cum s-a arătat cu ocazia analizei primei contestații, că o modalitate de demonstrare a echivalenței nu a fost precizată expres, însă a fost indicat sistemul de referință și pornind de la acesta trebuia stabilită echivalența.

Ofertantul nu a reușit să convingă nici asupra modalității de acordare a suportului tehnic, de realizare de actualizări ale sistemului și remedierea problemelor apărute, având în vedere licențierea produsului RedHat. Analizând documentul de licențiere (*End user license agreement*), transmis de însăși societatea

contestatoare cu prilejul răspunsului la punctul de vedere al autorității, chiar în preambulul acestui document se precizează *This end user license agreement does not provide any rights to Red Hat services such as software maintenance, upgrades or suport. Please review your service or subscription agreement(s) that you may have with Red Hat or other authorized Red Hat Service providers regarding services and associated payments.*

Totodată, în cuprinsul respectivului document se regăsește următoarea mențiune *RedHat, Inc grants to you a perpetual worlwide license to the Programs (…).*

Astfel, RedHat pune la dispoziția end-userilor o licență perpetuă, însă nu oferă niciun drept asupra serviciilor de mentenanță software, upgrade-uri sau suport.

Consiliul nu va valida susținerea societății contestatoare cu privire la faptul că update-urile și patch-urile sunt incluse gratuit pe toată durata vieții produsului, sub denumirea de *self-support,* aceasta rămânând la nivel declarativ nefiind dovedită și contrară celor de mai sus.

Vizavi de funcționalitatea *failover clustering* integrată în cadrul sistemului de operare Microsoft Windows Server 2016 Standard și în privința căreia autoritatea contractantă a solicitat lămuriri exprese, și despre care contestatoarea susține că trebuia menționată în cuprinsul caietului de sarcini, Consiliul stabilește că ofertantul nu a inclus în oferta sa respectiva funcționalitate, după cum și acesta recunoaște.

Fiind o funcționalitate a sistemului de operare nominalizat de autoritatea contractantă se impunea stabilirea echivalenței cu funcționalitatea sistemului ofertat. Niciuna dintre părți nu tăgăduiește că sistemul de operare Red Hat Enterprise Linux Server Standard nu dispune de o astfel de funcționalitate echivalentă din punct de vedere tehnic, însă, nefiind inclusă în ofertă, nu se poate trage concluzia asupra echivalenței acesteia.

În ceea ce privește funcționalitatea oferită de Windows Server Update Services care permite un management centralizat al actualizărilor, Consiliul are în vedere că există o soluție echivalentă și în cadrul sistemului RedHat Entreprise Linux, respectiv *Smart Management Ad-on.* Conform informațiilor disponibile pe site-ul producătorului https://www.redhat.com/en/store/smart-management-add#?sku=RH00031, această funcționalitate presupune un cost suplimentar și pe care ofertantul nu a inclus-o în oferta sa, pe motiv că nu a fost solicitată, deși este o funcționalitate implicită a sistemului de operare stabilit ca standard minim.

Soluția alternativă prezentată de ofertant, respectiv Subscription Asset Management (SAM) nu asigură funcționalitatea solicitată, ci doar un management al subscripțiilor anuale disponibile

și nu un management centralizat al actualizărilor sistemelor de operare ale serverelor și stațiilor de lucru gestionate. Însăși contestatoarea susține în răspunsul la clarificare că, *pentru management centralizat se pot înregistra serverele pe site-ul Red Hat*, însă nu și pentru stațiile de lucru gestionate.

Așadar, și din acest punct de vedere nu poate fi stabilită o echivalență între cele două sisteme.

Nefiind aduse argumente concrete care să susțină echivalența sistemului de operare ofertat cu cel nominalizat de autoritatea contractantă, Consiliul stabilește că nu există motive care să infirme cele statuate de autoritatea contractantă în procesul-verbal nr. 130988/16.02..... de evaluare a propunerilor tehnice.

Având în vedere cele reclamate de societatea contestatoare, deși s-ar fi impus o detaliere la nivelul comunicării privind rezultatul procedurii a motivelor care au stat la baza deciziei de respingere, conform celor expuse în procesul-verbal nr. 130988/16.02....., Consiliul stabilește că transmiterea unei noi comunicări ar fi de prisos, soluția asupra ofertei SC ..... SRL nu ar putea fi schimbată, acesta nereușind să demonstreze echivalența sistemului ofertat cu cel indicat în caietul de sarcini, deși i s-a acordat această posibilitate.

Prin urmare, în lumina celor înfățișate, obiecțiile ofertantei privind nelegalitatea respingerii ofertei se vădesc a fi nefondate, contestația urmând a fi respinsă.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondate, contestațiile nr ...../..... (dosar nr. ...../.....) și ...../..... (dosar nr. ...../.....) formulate de SC ..... SRL, în contradictoriu cu .....

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

....

Redactată în 4 exemplare, conține 24 (douăzeci și patru) pagini