

**D E C I Z I E**  
**BO2012\_0250**  
**Data: ■.2012**

Prin contestația nr. ■/18.01.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/18.01.2012, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■ și CUI ■, împotriva documentației de atribuire elaborată de către ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „acord cadru 2 ani furnizare routere necesare ■”, cod CPV 32413100-2, s-a solicitat rectificarea acesteia în sensul eliminării și/sau modificării acelor cerințe care contravin liberei concurențe.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

**DECIDE:**

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ■ SRL, în contradictoriu cu ■.

Dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea celor dispuse anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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 formulată, SC ■ SRL contestă documentația de atribuire elaborată de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „acord cadru 2 ani furnizare routere necesare ■”, cod CPV 32413100-2, solicitând rectificarea acesteia în sensul eliminării și/sau modificării acelor cerințe care contravin liberei concurențe.

În cadrul contestației depuse, contestatorul precizează că următoarele cerințe din caietul de sarcini, detaliate la pct. 2.9.2., 2.9.3., 2.9.4., 2.11.6, 2.11.7., 2.1.2. aferente lot 1, pct. 3.11.2., 3.11.3, 3.11.4, 3.14.1, 3.14.2., 3.3.2. aferente lot 2, pct. 2.9.2,

2.9.3, 2.9.4., 2.12.1, 2.12.2., 2.1.2 aferente lot 3 sunt restrictive, îngrădind liberul acces la procedură.

Urmare a acestei contestații, autoritatea contractantă a analizat documentația de atribuire și a remediat-o, sens în care a postat pe SEAP, în ■.01.2012 orele 12:07, clarificarea nr. ■/■.01.2012.

Față de remedierile formulate de autoritatea contractantă, contestatorul depune notele scrise nr. ■/23.01.2012 înregistrate la Consiliu sub nr. ■/23.01.2012 în care susține că a luat la cunoștință de modificările aduse de către autoritatea contractantă documentației de atribuire, însă referitor la explicațiile referitoare la software, aferente echipamentului, învederează Consiliului că aceste elemente sunt legate de hardware, care se vând împreună cu echipamentele și care nu au nicio valoare de utilitate, nefiind funcționale fără componente software. Astfel susține că „este eronat formulat că producătorul echipamentului și deci al softwareului este și ar rămâne proprietarul softului”. Pe cale de consecință nu este de acord că „suportul tehnic (mentenanță, upgrade software) se poate face doar de producător” deoarece acesta se poate face de orice ofertant, cu respectarea drepturilor de copyright ale producătorului iar ofertantul poate îndeplini cerința tehnică de suport software în orice mod consideră potrivit, având în vedere că prevederile contractuale includ de obicei clauze prin care vânzătorul îl eliberează pe cumpărător de orice posibilă pretenție a terților cu privire la drepturi de autor, copyright, etc.

De asemenea, contestatorul critică și cerința cu privire la faptul ca „echipamentele să nu fie declarate de producător End of Life (EoL) sau End of Sale (EoS)” deoarece o consideră o referință la false specificații tehnice neobiective și referitoare la acțiuni sau inacțiuni ale producătorului de a declara ceva despre stadiul producției sale de astfel de echipamente. Mai mult consideră că cerința dacă referire la o „declarație” a producătorului care nu este ofertant, care poate fi dificil de obținut de un ofertant independent și care poate fi similară ca efecte cu așa zisa „autorizare de producător”.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. A ■/30.01.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/20.01.2012, ■, în calitate de autoritate contractantă, precizează că în caietul de sarcini se face trimitere la partea de garanție, la un part number dat de producător, care în fapt este dovada că produsul livrat conține suportul tehnic solicitat. Specific domeniului IT când se solicită suport tehnic se înțelege și accesul beneficiarului la

upgrade, update, mentenanță la echipamentele respective. Pentru partea de soft aceste lucruri le face doar producătorul el fiind proprietarul softului iar beneficiarul doar utilizator, iar în cazul autorității contractante echipamentele au inclus și soft.

Autoritatea contractantă solicită această cerință motivat și de faptul că furnizorul poate dispărea de pe piață iar în lipsa unui angajament al producătorului (angajament care în domeniul IT se materializează în part number dat de producător) nu se poate asigura upgrade sau update.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, organizată pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „acord cadru 2 ani furnizare routere necesare ■”, cod CPV 32413100-2. În acest sens, a fost elaborată documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ■/■.01.2012 din ■.12.2011, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Referitor la criticile cu privire la cerințele din caietul de sarcini detaliate la pct. 2.9.2., 2.11.6, 2.11.7. aferente lot 1, pct. 3.11.2., 3.14.1, 3.14.2. aferente lot 2, pct. 2.9.2, 2.12.1, 2.12.2. aferente lot 3, Consiliul reține că în conformitate cu punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă a dispus remedierea parțială a aspectelor solicitate de către contestator prin contestația depusă, remedieri care au fost postate și pe SEAP.

În același context, Consiliul mai reține că în 20.01.2012 ora 12:07 autoritatea contractantă a publicat în SEAP adresa nr. ■/■.01.2012 intitulată „Clarificări 2” nr. ■, din conținutul căreia rezultă că a răspuns și a remediat parțial criticile contestate.

Având în vedere aspectele mai sus reținute și ținând cont de prevederile art. 256<sup>3</sup> al. 1 din OUG 34/2006 care prevăd că „după primirea unei contestații, autoritatea contractantă are dreptul de a adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației respective. Orice astfel de măsuri trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și CNSC, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării acestora”, Consiliul consideră că, în mod corect, autoritatea contractantă, pentru a asigura respectarea prevederilor legale în vigoare privind achizițiile publice și a principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-f din OUG 34/2006, a remediat parțial documentația de atribuire, sens în care a

comunicat acest aspect operatorilor economici interesați prin postarea acesteia pe SEAP.

Față de prevederile legale, având în vedere remedierea efectuată, criticile formulate de contestator cu privire la cerințele din caietul de sarcini detaliate la pct. 2.9.2., 2.11.6, 2.11.7. aferente lotului 1, pct. 3.11.2., 3.14.1, 3.14.2. aferente lot 2, pct. 2.9.2, 2.12.1, 2.12.2. aferente lot 3 au rămas fără obiect.

Referitor la cerințele detaliate la pct. 2.9.3. aferente lot 1, 3.11.3 aferente lotului 2 și 2.9.3 aferente lot 3, Consiliul reține în soluționare prevederile art. 129 cpc care dispun că *„părțile au îndatorirea ca, în condițiile legii, să urmărească desfășurarea și finalizarea procesului. De asemenea, ele au obligația să îndeplinească actele de procedură în condițiile, ordinea și termenele stabilite de lege sau de judecător, să-și exercite drepturile procedurale conform dispozițiilor art. 723 al. 1, precum și să-și probeze pretențiile și apărările”*.

Prin contestația depusă, contestatorul citează *„ad litteram”* cerințele din caietul de sarcini antemenționate iar în final solicită în mod expres eliminarea cerințelor referitoare la producător.

Consiliul constată însă că SC ■ SRL nu a criticat nimic cu privire la aceste cerințe nici în cadrul contestației și nici ulterior ca urmare a remediilor făcute de către autoritatea contractantă motiv pentru care nu a depus la dosar, în susținerea celor afirmate vreun înscris sau alt mijloc de probă, fapt ce contravine obligației stabilite în sarcina sa de dispozițiile antemenționate.

Referitor la critica cu privire la suportul tehnic software, Consiliul reține următoarele:

În cadrul caietului de sarcini, la pct. 2.9.4 aferent lot 1, pct. 3.11.4 aferent lot 2 și pct. 2.9.4 aferent lot 3 autoritatea contractantă a menționat inițial că necesitatea sa constă în *„posibilitatea de a face update-uri software. Furnizorul trebuie să precizeze „part number”-urile alocate de producător pentru garanții hardware și pentru suport software”*.

Ulterior prin clarificările postate pe SEAP, autoritatea contractantă reformulează aceste cerințe în sensul că solicită *„posibilitatea de a face update-uri software. Furnizorul trebuie să precizeze „part number”-urile (sau echivalent) alocate de producător pentru suport software”*.

Analizând această cerință astfel cum a fost ea remediată ulterior, Consiliul reține următoarele aspecte:

- din lucrările de specialitate rezultă că part-number-ul este codul unic dat/emis de producător fiecărui produs al cărui scop

este de a identifica producătorul fără manual sau alte înscrisuri/fișe tehnice, cod care poate conține și numărul de model, anul de fabricație sau orice alte informații. Rezultă fără putință de tăgadă faptul că acest part number este un cod/un însemn unic de identificare al fiecărui produs.

- prin solicitarea acestui part number sau echivalent, cod pe care orice produs trebuie să îl aibă de la producător în vederea identificării lui, autoritatea contractantă a dorit să se asigure că va putea să beneficieze și să uzeze de toate actualizările, completările și modificările făcute de producătorul softului asupra softului.

Consiliul nu poate reține susținerile contestatorului cu privire la faptul că „nu suntem de acord ca suportul tehnic (mentenanță, upgrade software) se poate face doar de producător” de pe o parte deoarece cerința autorității contractante nu a fost ca producătorul să facă aceste servicii de mentenanță, upgrade software, ci din contră, autoritatea contractantă a solicitat operatorului economic ofertant să facă update-urile software, iar pe de altă parte autoritatea contractantă a solicitat doar part numberul (sau echivalentul său) alocat de producător produsului, cod care este aferent fiecărui produs și care la punerea lui pe piață se aduce la cunoștința clientului, acesta nefiind un secret al producătorului de produs.

Referitor la alegațiile făcute de contestator cu privire la dobândirea dreptului de proprietate asupra echipamentului, Consiliul urmează să le respingă, având în vedere faptul că în speță, nu sunt aplicabile, necesitatea autorității contractante este de a achiziționa un software aferent unui hardware, soft care datorită evoluției tehnologice se poate modifica, completa sau actualiza, operațiuni care pentru a funcționa corect se fac doar de către producătorul soft-ului.

Necesitatea autorității contractante constă, pe lângă achiziționarea unui hardware cu software-ul aferent, și în posibilitatea ca acestui soft să i se poată face un „upgrade”, care potrivit literaturii de specialitate, reprezintă un pachet software ce înlocuiește o versiune instalată a unui produs cu o versiune mai nouă a aceluiași produs, proces care de obicei, lasă intacte datele și preferințele existente ale clienților în timp ce înlocuiește software-ul existent cu versiunea mai nouă și în „update” care reprezintă actualizare a unui program software.

Astfel, un furnizor/vânzător de produse software și/sau hardware, nu poate să elaboreze un program IT sau parte dintr-un

program IT deja existent elaborat inițial de către un producător de astfel de produse/programe care să aibă ca scop actualizarea unei versiuni sau chiar înlocuirea acesteia, cel mult poate să obțină de la producătorul software-ului autorizarea să asigure suportul tehnic în sensul de instalare a soft-ului și a upgrade-urilor și update-urilor ulterioare însă nu de modificare a soft-ului. În mod evident că acest furnizor/vânzător poate în viitor să își extindă activitatea și astfel să devină el însuși producătorul unui soft care să aibă la bază sau să se dezvolte un program deja existent, însă acest procedeu/proces nu se poate confunda cu upgrade-ul și/sau update-ul, ci este vorba de un nou produs soft al unui nou producător, situație care nu se aplică în speță, deoarece așa cum am amintit necesitatea autorității contractante constă în achiziționarea unui hardware și a unui software care în viitor să fie upgradat și/sau updatat, și în niciun caz înlocuit cu un alt soft produs de un alt producător. Iar aceste operațiuni de upgradare/updatare, adică de instalare a noilor versiuni ale programului achiziționat prin derularea acestei proceduri sau actualizarea acestuia să fie făcute/realizate de operatorului economic participant la procedură și nu de către însuși producătorul soft-ului.

Față de aceste aspecte, critica cu privire la „suportul tehnic software” urmează să fie respinsă ca nefondată.

Cu privire la critica contestatorului referitoare la „produsele (...) să nu fie declarate de producător End of Live (EOL) sau End of Sale (EoS)” Consiliul urmează să o respingă ca nefondată având în vedere următoarele aspecte:

- necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță și compatibilitate, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 al. 1 lit. a și art. 4 al. 3 lit. a din HG 925/2006;
- potrivit art. 2 din Anexa la HG 2139/2004 *„durata normală de funcționare reprezintă durata de utilizare în care se recuperează, din punct de vedere fiscal valoarea de intrare a mijloacelor fixe pe calea amortizării”*, iar potrivit anexei la catalogul privind duratele normale de funcționare și clasificarea mijloacelor fixe la Anexa la HG 2139/2004 pct. 2.2.9. - calculatoarele electronice și echipamente periferice au durată normală de funcționare între 2-4 ani, perioadă care este mai mare față de perioade de răspundere de 2 ani, pe care o are vânzătorul față de consumator pentru orice

lipsă a conformității existentă la momentul când au fost livrate produsele, reglementată din prevederile art. 16 coroborat cu art. 9 și următoarele din Legea 449/2003.

Mai mult, această solicitare nu poate fi asimilată autorizației de livrare dată de producător unui furnizor, având în vedere pe de o parte că autoritatea contractantă nu a solicitat ca operatorul economic să depună un anumit înscris emis de producător ci a solicitat ca acesta să facă dovada, indiferent de modalitate, că respectivele produse – routere – nu vor fi scoase din procesul de fabricație și astfel să nu mai poată fi updatate, upgrdate, reparate, etc. pe întreaga lor perioadă de funcționare sau cel puțin până la amortizarea lor.

În documentația de atribuire, caietul de sarcini, care potrivit prevederile art. 35 al. 2 din OUG 34/2006, reprezintă necesitatea autorității contractante și care conține specificațiile tehnice ale produselor, descrise în mod obiectiv, care se doresc a fi achiziționate, în așa manieră încât să corespundă necesității acesteia s-a menționat în mod expres și detaliat care sunt exigențele astfel rezultă „*ipso facto*” că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea unor produse pe care să le ruleze/utilizeze o perioadă scurtă de timp, datorită scoaterii acestora din procesul de fabricație, cu atât mai mult cu cât inițierea unei proceduri trebuie să respecte principiile expres reglementate de art. 2 al. 2 în special cel al utilizării eficiente a fondurilor publice.

Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă să achiziționeze produse, astfel cum solicită SC ■ SRL, întrucât s-ar limita dreptul autorității de a contracta produsele care corespund întocmai necesităților sale obiective, prevăzut la art. 35 al. 2 din ordonanța de urgență.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 al. 5 și 6 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ■ SRL, în contradictoriu cu ■ și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

**PREȘEDINTE COMPLET**

■

**MEMBRU COMPLET**

■

**MEMBRU COMPLET**

■

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 7 (sapte) pagini.