



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

... Str. Stavropoleos, nr.6 sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8...0745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în ... Str. înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având C.I.F. RO ... reprezentantă legal prin director ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de către..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de furnizare având ca obiect „Achiziție, instalare și punere în funcțiune « Echipament de rețea »”, cod CPV: 32420000-3 - Echipament de rețea (Rev.2), se solicită, în principal, remedierea documentației de atribuire, în sensul eliminării și/sau modificării acelor cerințe care contravin liberei concurențe, precum și suspendarea „procedurii până la obținerea unei decizii irevocabile în cauză”.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația depusă de către ... cu sediul în ... str. în contradictoriu cu ..., cu sediul în ... dispune remedierea documentației de

atribuire prin eliminarea, din caietul de sarcini, pentru switch Cisco 3560G-48TS-E, ruter Cisco 3945, switch Cisco Nexus 5548, a cerințelor tehnice de la punctele 6.7, 6.8, 6.9 precum și 5.2, și publicarea, în SEAP, a modificărilor, în termen de 2 zile de la primirea deciziei, procedura urmând a fi, astfel, continuată.

Respinge ca rămasă fără obiect cererea de suspendare a procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din critică documentația de atribuire, elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziție, instalare și punere în funcțiune « Echipament de rețea »”, solicitând, în principal, remedierea acesteia, în sensul eliminării și/sau modificării acelor cerințe care contravin liberei concurențe.

În fapt, contestatorul arată că documentația de atribuire aferentă procedurii conține prevederi de natură a discrimina ofertanții și a îngreuna libera concurență.

Astfel, critică faptul că pentru cerințele tehnice „Switch Cisco 3560G-48TS-E; 2 buc. - Sala Tehnică ...”, „Ruter Cisco 3945; 1 buc. - CDZ ... Tehnică” și „Switch Cisco Nexus 5548; 2 buc. - - CDZ ... Tehnică”, la subpunctul 6.7 al fiecărei cerințe, se precizează: „Garanția echipamentelor este oferită de către producător”, cerință ce presupune implicarea unui terț (producătorul) în procedura de atribuire. De asemenea, contestatorul învederează că această cerință presupune o „autorizare de la producător”, care este interzisă prin Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011, ca fiind restrictivă.

În contestație se subliniază că garanția este un angajament asumat 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.

Invocând prevederile art. 2 lit. e) din Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora, ... susține că cerința în cauză este și de natură să distorsioneze concurența în condițiile în care, pe de o parte, producătorul poate fi participant în cadrul procedurii de atribuire, iar, pe de altă parte, producătorul poate discrimina furnizorii produselor sale prin acordarea sau nu a garanției.

Contestatorul precizează că orice formă de garanție solicitată în procedură este asumată și asigurată contractual de către ofertant și nu de către producător.

Subliniind că specificațiile tehnice trebuie să fie formulate ca cerințe obiective, materiale și măsurabile, standarde de calitate sau alte standarde recunoscute, contestatorul susține că cerința în cauză nu constituie o caracteristică obiectivă a acestora și nici nu constituie o specificație tehnică faptul că serviciile în cauză sunt livrate de producător sau de altcineva.

În acest sens, se invocă prevederile art. 2, art. 66, art. 67, art. 35 alin. 3 și 5 din O.U.G. nr. 34/2006, alin. (29) din Preambulul Directivei Europene 2004/18/CE și art. 23 alin. (2) din Directiva Europeană 2004/18/CE.

Contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la eliminarea cerinței „garanția echipamentelor este oferită de către producător”.

Susține că și cerința înregistrării serviciului de garanție la producător pentru toată perioada de garanție, prevăzută la subpunctul 6.7, este nelegală, întrucât garanția trebuie acordată de către ofertantul câștigător, care va fi parte în contractul de achiziție publică.

Subliniind că nici această cerință nu este o specificație tehnică, deoarece nu este o cerință obiectivă, măsurabilă și materială, standard de calitate sau alt standard recunoscut, ... solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la eliminarea cerinței „serviciul de garanție este înregistrat la producător pentru toată perioada de garanție”.

Referitor la subpunctul 6.9 „se garantează accesul la actualizările componentelor software puse la dispoziție de producător pe perioada de garanție”, al fiecărei cerințe de mai sus, contestatorul învederează că respectivele componente software sunt oferite, alături de celelalte produse, de către operatorii economici, care trebuie să asigure atât garanția produselor, cât și actualizările componentelor software.

Contestatorul menționează că accesul la actualizările componentelor software este un serviciu ce va fi inclus în oferta operatorului economic, rămânând la latitudinea acestuia dacă va oferi el însuși actualizarea componentelor software sau dacă va oferi acces direct la producător.

Susține că este o cerință restrictivă, deoarece autoritatea contractantă impune restricții cu privire la modul comercial în care operatorul economic îi livrează acest serviciu, implicând producătorul în oferirea acestor servicii.

În opinia contestatorului, actualizările componentelor software trebuie să fie solicitate numai operatorului economic participant la procedura de atribuire, fiind în sarcina acestuia livrarea, în condițiile prevăzute de lege, a serviciilor respective. Se susține că autoritatea contractantă nu poate solicita expres operatorului economic să îi asigure acces la actualizările componentelor software puse la dispoziție de producător, operatorul economic însuși fiind parte în contractul de achiziție.

Se subliniază că nu se poate abuza de o poziție pe un segment de piață (piața de bunuri), pentru impunerea pe altă piață (pe piața de servicii), cum este cazul cerinței de mai sus.

Față de cele de cele prezentate, se solicită Consiliului obligarea autorității contractante la modificarea cerinței în „se garantează accesul la actualizările componentelor software pe perioada de garanție”.

În ceea ce privește subpunctul 5.2. al fiecărei cerințe, respectiv „Se oferă opțiunea de extindere a perioadei de garanție peste cele 36 de luni inițiale dacă acest serviciu este disponibil la producător”, contestatorul susține că dacă autoritatea contractantă dorea o perioadă de garanție mai mare de 36 de luni, trebuia să specifice aceasta explicit în caietul de sarcini, iar implicarea producătorului în această cerință contravine prevederilor legale și încalcă libera concurență. În acest sens se invocă prevederile art. 33 alin. (1), art. 35.

Susținând că cerințele de la subpunctele 5.2, 6.7, 6.8 și 6.9 indică originea serviciilor de garanție și de actualizare a componentelor software, eliminând anumiți operatori economici care pot livra aceste servicii, cu încălcarea art. 38 din O.U.G. nr. 34/2006, ... solicită Consiliului obligarea autorității contractante de a elimina cerința „se oferă opțiunea de extindere a perioadei de garanție peste cele 36 de luni inițiale dacă acest serviciu este disponibil la producător”.

În drept, sunt invocate prevederile O.U.G. nr. 34/2006, H.G. nr. 925/2006, Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011, Directiva Europeană 2004/18/CE.

În cazul în care autoritatea contractantă nu dispune din proprie inițiativă suspendarea procedurii pe durata soluționării „speței”, ... solicită Consiliului să dispună măsura „suspendării procedurii până la obținerea unei decizii irevocabile în cauză”.

În fapt, solicitarea de suspendare a procedurii este motivată de posibilitatea prejudicierii contestatorului în cazul în care autoritatea contractantă ar continua procedura și ar proceda la acceptarea depunerii ofertelor, deschiderea acestora și aplicarea criteriilor de calificare și a caracteristicilor tehnice restrictive.

În opinia contestatorului, în cazul continuării procedurii, pe de o parte s-ar leza interesul său de a putea depune o ofertă cu șanse de acceptare, întrucât termenele anunțate în procedură ar putea surveni înainte de emiterea unei decizii definitive pe fondul contestației, de către CNSC sau instanță, pe de altă parte, suspendarea procedurii în această fază, în care o decizie de modificare a documentației poate fi implementată de autoritatea contractantă fără anularea procedurii, este în interesul public de a elimina eventualele costuri și eforturi implicate de posibila anulare și reluare a procedurii, precum și micșorarea întârzierilor.

Având în vedere că implicarea producătorului, care este terț în procedură, este nelegală, contestatorul consideră pertinentă și oportună cererea de suspendare și în considerarea intereselor legitime ale tuturor părților.

În drept, cererea de suspendare se bazează pe prevederile art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, introdus prin Legea nr. 278/2010.

Contestatorul a depus, în copie, dovada transmiterii către autoritatea contractantă a contestației și caietul de sarcini.

Cu adresa nr. 2675 din 13.02.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 5108 din 13.02.2013, ... a formulat punctul său de vedere la contestația depusă de ... în care susține că solicitarea de eliminare a cerinței prevăzută la punctul 6.7 din caietul de sarcini, potrivit căreia „garanția echipamentelor este oferită de producător”, pentru produsele „Swsch Cisco 3660 G - 48TS - E”, „Ruter Cisco 3945”, „Switch Cisco 3560G-4ETS-E”, este nefondată.

Autoritatea contractantă învederează că nu a solicitat vreo „autorizare de la producător”, ci a solicitat ofertarea unor produse, pentru care nu a impus ca ofertanții să dețină autorizări de livrare de la producătorul sau distribuitorul produselor comercializate ori de la cel al echipamentelor.

Menționează că nici contestatorul nu indică temeiul legal din Ordinul nr. 509/2011 privind formularea unor criterii de calificare și selecție, pretins a fi fost încălcat în elaborarea Caietului de sarcini.

În punctul de vedere se arată că, în cadrul procedurii de atribuire, nu este implicat un „terț”, produsele care fac obiectul achiziției fiind echipamente care conțin componente materiale (hardware) și imateriale (software și garanție), acestea din urmă fiind guvernate de achiziția licenței corespunzătoare. Autoritatea contractantă face vorbire despre faptul că de-a lungul duratei de exploatare a acestor echipamente, producătorul corectează permanent erori din unele componente imateriale, iar siguranța în exploatare este condiționată, pe de-o parte, de inseparabilitatea dintre toate componentele produsului și, pe de altă parte, de existența celei mai recente versiuni a componentei imateriale.

În replică, la invocarea de către contestator a prevederilor art. 2 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 3 din același act normativ.

... susține că cerința prevăzută la punctul 6.7 din caietul de sarcini, potrivit căreia „garanția echipamentelor este oferită de producător”, pentru produsele „Swich Cisco 3560 G - 48T3 - E”, „Ruter Cisco 3945”, „Switch Cisco 3560G-48TS-E”, nu este de natură să distorsioneze concurența, în condițiile în care nu s-a restricționat în niciun fel participarea producătorilor produselor, întrucât garanția produselor este oferită de producător, care este singurul în măsură să stabilească perioada minimă de funcționare la parametrii normali a unui produs.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că solicitarea contestatorului de eliminare a cerinței prevăzute la punctul 6.8 din caietul de sarcini potrivit căreia „serviciul de garanție este înregistrat la producător pentru toată perioada de garanție”, pentru produsele „Swich Cisco 3560 G - 48TS - E”, „Ruteir Cisco 3945” și „Switch Csuco 3560G-48TS-E” este nefondată, întrucât, prin această cerință, autoritatea

contractantă a dorit să se asigure că ofertarea produselor se va realiza în mod temeinic, justificat și în condiții de profesionalism.

Invocând prevederile art. 20 alin. (3) din Ordonanța Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorului, în punctul de vedere se arată că exclusiv producătorul este cel care pune la dispoziția distribuitorilor certificate sau alte documente care să ateste conformitatea produselor, identificată clar prin referire la specificații sau standarde relevante.

Autoritatea contractantă susține că ofertarea unei perioade de garanție în mod unilateral și arbitrar, de către un ofertant, fără a se baza pe expertiza și documentele emise de producător referitoare la garanția produselor, nu conferă certitudinea că produsele achiziționate vor beneficia, în mod real și serios, de perioada de garanție ofertată.

Susține că și solicitarea de modificare a cerinței prevăzute la punctul 6.9 din Caietul de sarcini, potrivit căreia „se garantează accesul la actualizările componentelor software puse la dispoziție de producător pe perioada de garanție”, pentru produsele „Switch Cisco 3560 G - 43TS - E”, „Ruier Cisco 3945” și „Switch Cisco 3560G-48TS-E” este nefondată, întrucât autoritatea contractantă trebuie să beneficieze de toate actualizările care pot apărea pentru funcționarea corespunzătoare a componentelor software, altminteri s-ar putea afla în situația în care nu ar putea avea acces la toate actualizările componentelor software puse la dispoziție de producător pe perioada de garanție.

Se mai arată, în punctul de vedere exprimat, că ofertantului i s-a solicitat să garanteze accesul la componentele software puse la dispoziție de producător pe perioada de garanție, justificat de achiziționarea în cele mai bune condiții, de pe piață, a produselor, și de asigurarea compatibilității și funcționarea conformă a acestora.

În opinia autorității contractante, solicitarea de modificare a caietului de sarcini nu poate fi admisă întrucât eliminarea anumitor cerințe a căror stabilire este de competența autorității contractante, în baza principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. (2) lit. g) din O.U.G. nr. 34/2006, în condițiile în care aceste cerințe nu restricționează, în niciun fel, participarea oricărui ofertant la procedura de atribuire, acestea fiind cerințe minime menite să asigure achiziționarea unor echipamente care să asigure un sistem sigur de dirijare a traficului aerian.

Prin documentația de atribuire elaborată, se arată în punctul de vedere, s-a dorit achiziționarea de echipamente de calitate, originale, compatibile din punct de vedere al standardelor tehnice impuse de normele internaționale în domeniu, astfel încât să se asigure o bună desfășurare a activităților, în parametrii de calitate impuși în acest domeniu, concomitent cu diminuarea riscului de producere a unor indisponibilizări ale echipamentelor, cu consecințe grave în dirijarea traficului aerian.

Autoritatea contractantă susține că este pe deplin justificată și cerința prevăzută la punctul 5.2., din caietul de sarcini, potrivit căreia „Se oferă opțiunea de extindere a perioadei de garanție peste cele 36 de luni

inițiale, dacă acest serviciu este disponibil la producător", pentru produsele „Swicft Cisco 3560 G - 48TS - E”, „Ruter Cisco 3945”, „Switch Cscso 3560G-48TS-E”, întrucât în situația în care producătorul oferă o perioadă mai mare de garanție, autoritatea contractantă va beneficia de acesta.

Utilizarea eficientă a fondurilor publice în sensul de a achiziționa produse de calitate la cel mai bun preț, fără a restricționa accesul la această procedură de atribuire, a fost preocuparea sa principală, susține autoritatea contractantă.

Susține, totodată, că nu sunt întrunite condițiile prevăzute cumulativ de art. 275¹ alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, întrucât documentația de atribuire a fost elaborată cu respectarea prevederilor imperative ale legislației achizițiilor publice, contestatorul nu suferă niciun prejudiciu și nici nu ne aflăm în prezența unui caz temeinic justificat, motiv pentru care se solicită respingerea cererii de suspenzare a procedurii de atribuire.

Față de cele din punctul de vedere, ... solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Autoritatea contractantă a depus, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Cu adresa nr. 96 din 14.02.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 5555 din 18.02.2013, ... a transmis „punct de vedere” în completarea contestației precum și în urma punctului de vedere al autorității contractante.

Referitor la neindicarea temeiului legal din Ordinul nr. 509/2011, contestatorul arată că garanția solicitată de la producător este, de fapt, autorizarea emisă în mod special pentru autoritatea contractantă organizatoare a procedurii, iar producătorul va putea oferi aceste servicii de garanție, după bunul plac, operatorului economic care îi va vinde produsele la preț cel mai avantajos pentru el.

Cu referire la art. 3 din Legea nr. 449/2003, contestatorul arată că se referă la produse folosite.

Contestatorul reiterează că garanția produselor trebuie solicitată operatorului economic, care decide dacă oferă el însuși garanția sau printr-un terț (producătorul).

Referitor la subpunctul 6.8. „Serviciul de garanție este înregistrat la producător pentru toată perioada de garanție”, contestatorul susține că serviciul de garanție nu trebuie înregistrat la producător, ci la semnatarul contractului de achiziție publică.

Se subliniază că producătorul pune la dispoziția distribuitorilor certificate sau alte documente care atestă conformitatea produselor, dar acestea nu au legătură cu serviciile de garanție, cum nu au nici documentele prevăzute de art. 20 alin. (3) din O.G. nr. 21/1993, servicii de garanție care trebuie oferite de către vânzător, după cum menționează art. 2 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 449/2003.

În ceea ce privește subpunctul 6.9. "Se garantează accesul la actualizările componentelor software puse la dispoziție de producător pe

perioada de garanție”, contestatorul reia susținerea conform căreia serviciul de actualizare a componentelor software trebuie asigurat tot de către operatorul economic, titular de obligații și drepturi în contractul de achiziție publică.

Referirea autorității contractante la art. 2 alin. (2) lit. g) din O.U.G. nr. 34/2006 este „nefericită”, în opinia contestatorului, întrucât principiul asumării răspunderii presupune determinarea clară a sarcinilor și responsabilităților persoanelor implicate în procedura de atribuire, or, producătorul nu este implicat în aceasta, astfel încât nu se poate impune ofertantului să ofere servicii (de garanție, de actualizare etc.) din partea unui terț, și anume producătorul.

Contestatorul precizează că cerința de la subpunctul 5.2. „Se oferă opțiunea de extindere a perioadei de garanție peste cele 36 de luni inițiale dacă acest serviciu este disponibil la producător” poate fi oferită de către producător, care este un terț în contractul de achiziție publică.

Referitor la cererea de suspendare a procedurii, contestatorul reiterează aspectele din contestație, arătând nu va putea depune ofertă în această procedură tocmai din cauza implicării producătorului (terț) în procedură.

În urma completării contestației, ... a transmis adresa nr. 2785 din 15.02.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 5359 din 15.02.2013, în care învederează că introducerea unui echipament fără garanția producătorului într-un sistem de dirijare a traficului aerian prezintă cel mai ridicat risc din punct de vedere al stabilității și securității sistemului și n-ar fi în concordanță cu practicile și recomandările din industria aviatică, întrucât echipamentele care fac obiectul achiziției vor fi integrate în infrastructura de comunicații care susține aplicațiile operaționale „mission-critical”, de a căror funcționare stabilă și continuă depinde siguranța traficului aerian.

În opinia autorității contractante, singurul mod în care autoritatea contractantă se poate asigura că produsele sunt originale este de a cere ofertantului să facă dovada garanției producătorului pentru produsele oferite. De asemenea, se menționează că prin această cerință, autoritatea contractantă a dorit să se asigure că produsele ce fac obiectul procedurii și software-ul aferent acestora au o garanție certă, în concordanță cu standardele ridicate de siguranță din industria aviatică.

Referitor la punctul 6.8 „Serviciul de garanție este înregistrat la producător pe toată perioada de garanție”, din caietul de sarcini, autoritatea contractantă precizează că a dorit să se asigure că, în cazul în care este necesar a se recurge la servicii de garanție, acestea vor fi asigurate rapid și cu profesionalism.

Autoritatea contractantă precizează că cerința de la punctul 6.9 „Se garantează accesul la actualizările componentelor software puse la dispoziție de producător pe perioada de garanție”, din caietul de sarcini, dorește, în fapt, o asigurare împotriva riscului de a fi în imposibilitatea aducerii la zi a software-ului din echipamente, la momentul instalării, punerii în funcțiune, validării și autorizării sistemului din care face parte

respectivul echipament. Se subliniază că aducerea la zi trebuie să se facă cu software legal din punct de vedere al licențelor. Autoritatea contractantă arată că specificul activității pe care o desfășoară, și anume funcționarea continuă și sigură a serviciilor de trafic aerian, impune ca orice modificare a sistemului, ulterioară punerii în funcțiune și autorizării acestuia de către ..., să se facă numai în urma unui proces care presupune analize de risc și se încheie cu reautorizarea sistemului în cauză, iar, orice actualizare de software ulterioară punerii în funcțiune și autorizării sistemului, impune redeclanșarea întregului proces de validare și autorizare.

... menționează că un principiu respectat de către comunitatea aviatică internațională pentru desfășurarea, în condiții de siguranță deplină a traficului aerian, este acela că utilizează numai echipamente a căror garanție este oferită de producător.

Se învederează că documentația de atribuire reprezintă materializarea intenției autorității contractante de a asigura echipamente de calitate, originale compatibile din punct de vedere al standardelor tehnice impuse de normele internaționale în domeniu astfel încât să se asigure o bună desfășurare a activităților în parametrii de siguranță și calitate impuși în acest domeniu concomitent cu diminuarea riscului de producere a unor indisponibilizări ale echipamentelor cu consecințe grave în dirijarea traficului aerian.

Cu adresa nr. 98 din 18.02.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 5439 din 18.02.2013, ... a formulat un nou „punct de vedere”, în care arată că documentația eliberată de producător, conform prevederilor art. 20 alin. (3) din O.G. nr. 21/1992, reprezintă modalitatea în care autoritatea contractantă se poate asigura că produsele sunt originale.

Se subliniază că, în conformitate cu prevederile legale, garanția trebuie oferită de vânzătorul echipamentelor (reseller sau producător) și nicidecum de producător.

Susține că serviciile de garanție vor fi asigurate rapid și cu profesionalism, conform contractului, de către operatorul economic câștigător, precizând că ... dispune de specialiști mai buni decât ai producătorului.

Subliniind că orice actualizare de software ulterioară punerii în funcțiune și autorizării sistemului în declanșarea unui proces de validare și autorizare din partea autorității contractante este o procedură internă acesteia, contestatorul arată că serviciile de actualizare se pot obține de către reselleri prin diverse înțelegeri comerciale, nu neapărat producătorul, iar, conform contractului, ofertantul este obligat să le ofere.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

Autoritatea contractantă, ..., a inițiat o procedură de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Achiziție, instalare și punere în funcțiune « Echipament de rețea »”, cod CPV: 32420000-3 - Echipament de rețea (Rev.2), prin

publicarea, în SEAP, a invitației de participare nr. ... în data de 05.02.2013.

Conform invitației de participare și documentației de atribuire, valoarea estimată a contractului este de 350.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire ales este "prețul cel mai scăzut".

Documentația de atribuire a fost contestată, în termen, de către ...

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Într-o primă critică, ... se referă la prevederea de la punctul 6.7 din "Cerințe tehnice", din caietul de sarcini, unde, pentru switch Cisco 3560G-48TS-E, ruter Cisco 3945, switch Cisco Nexus 5548, se solicită: "garanția echipamentelor este oferită de către producător".

În analiza criticii, Consiliul se raportează la următoarele norme legale, din Legea nr. 449/2003 privind vanzarea produselor si garantiile asociate, republicată:

- art. 2 alin. lit. e), care definește "**garanția**" ca fiind "orice **angajament asumat de vânzător** sau producător față de consumator, fără solicitarea unor costuri suplimentare de restituire a prețului plătit de consumator, de reparare sau de înlocuire a produsului cumpărat, dacă acesta nu corespunde condițiilor enunțate în declarațiile referitoare la garanție (...)"

- art. 15 în conformitate cu care „Dacă **vânzătorul este răspunzător față de consumator** pentru lipsa de conformitate rezultată dintr-o acțiune sau dintr-o omisiune a producătorului ori a unui operator economic din același lanț contractual, **vânzătorul** are dreptul de a se îndrepta împotriva celui responsabil de lipsa de conformitate, în condițiile legii”,

Din dispozițiile legale susenunțate, rezultă, cu claritate, că față de autoritatea contractantă se angajează doar vânzătorul, situație în care, impunerea de condiționalități ofertanților privitoare la acte emise de către producători privind garanția sunt de natură a îngreuna concurența, o astfel de practică aducând serioase atingeri principiilor statuate de art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Dispozițiile art. 3 din Legea nr. 449/2003, invocate de către autoritatea contractantă în apărările sale, constată Consiliul că nu sunt aplicabile în prezenta cauză și nu le va reține, în soluționare, acestea reglementând următoarea situație: "Nu sunt supuse prevederilor prezentei legi **produsele folosite care sunt vândute prin procedura licitației publice**, la care consumatorul are posibilitatea să participe personal".

Mai mult decât atât, constată Consiliul că cerința aflată în discuție contravine chiar prevederilor contractului cadru, parte a documentației de atribuire, unde, în mod corect s-a reținut, la capitolul **10. "Perioada de garanție acordată produselor"**, după cum urmează:

10.1. Furnizorul are obligația de a garanta că produsele furnizate prin contract sunt noi, nu sunt contrafăcute, furate, modificate, recondiționate, fără defecte de material sau manoperă, nu au fost

anterior folosite de către alți beneficiari și că acestea vor asigura îndeplinirea performanțelor din specificația tehnică.

10.2. Perioada de garanție acordată produselor **de către Furnizor** este de minim **36 luni**, termen calculat de la data semnării Procesului Verbal de recepție la punerea în funcțiune a acestora și este valabilă cu condiția respectării de către Achizitor a condițiilor de depozitare, instalare și utilizare în condiții normale de exploatare indicate de Furnizor.

10.3 Pe durata perioadei de garanție, **Furnizorul se obligă** să asigure suport tehnic pentru instalarea și punerea în funcțiune a echipamentelor și pentru actualizări ale componentelor software ale acestora și să remedieze, repare sau înlocuiască conform contractului, pe cheltuiala sa exclusivă, orice componentă sau subsansamblu defect”.

Prin urmare, din cele de mai sus, rezultă că obligațiile din cadrul contractului, în general, și cu privire la garanția acordată produselor în special, revin, după cum e și firesc, furnizorului, iar nu producătorului, care, fiind un terț, nu poate fi obligat să devină parte în contractul în cauză, ce reprezintă, potrivit definiției, un act juridic bilateral.

Caracterul restrictiv al condiției este dat și din împrejurarea că terțul, respectiv producătorul, poate, în funcție de propriile interese, sau în urma unei înțelegeri între acesta și distribuitorii săi, să aleagă să acorde garanția în cauză numai unuia dintre distribuitori, discriminându-i astfel pe ceilalți, sau să acorde garanția în mod diferit, oricare dintre situații fiind de natură să elimine concurența între distribuitori.

Similar reține Consiliul pentru condițiile de la punctele 6.8 și 6.9 din “cerințe tehnice”, impuse pentru repererele susmenționate, având conținutul “Serviciul de garanție este înregistrat la producător pentru toată perioada de garanție” și, respectiv “se garantează accesul la actualizările componentelor software puse la dispoziție de producător pe perioada de garanție”. Acestea, chiar mai mult decât prima condiție, implică producătorul, atât în derularea garanției, cât și în alegerea ofertantului care ar putea beneficia de serviciile sale, prin urmare, observă Consiliul, participarea ofertanților la procedura de atribuire ar putea fi cenzurată de către producător, ceea ce încalcă principiile tratamentului egal, transparenței și eficienței utilizării fondurilor publice, statuate prin dispozițiile art. 2 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Reține Consiliul că cerința de la punctul 6.9 vine în contradicție și cu articolul **10.4** din modelul de contract, parte a documentației de atribuire, unde s-a prevăzut, în mod corect, astfel: “Pe parcursul perioadei de garanție, **Furnizorul** se obligă să notifice Achizitorul la apariția noilor ediții de componente software, notificarea conținând lista defecțiunilor pe care aceste ediții le remediază și să pună aceste actualizări la dispoziția Achizitorului. Atunci când Achizitorul consideră necesar Furnizorul se obligă să instaleze noile versiuni ale componentelor software.

În ceea ce privește cerința de la punctul 5.2 potrivit căreia "Se oferă opțiunea de extindere a perioadei de garanție peste cele 36 luni inițiale dacă acest serviciu este disponibil la producător", Consiliul constată că sunt incidente dispozițiile legale mai sus invocate, precum și considerentele în conformitate cu care producătorul nu este parte în procedură și nici în contractul achiziției publice, drept pentru care nu poate fi ținut de vreo obligație și nici nu se poate condiționa participarea unui ofertant, de acte emise de către acesta sau de asumarea de obligații în legătură cu garanția produselor.

Nu pot fi reținute, în soluționare, apărările autorității contractante potrivit cărora impunând cerințele susanalizate "a dorit să se asigure că produsele ce fac obiectul procedurii și software-ul aferent acestora au o garanție certă, în concordanță cu standardele ridicate de siguranță din industria aviatică" deoarece sunt nefondate, garanția fiind asigurată de către vânzător, prin obligațiile contractuale, iar conformitatea cu standarde de siguranță din industria aviatică se poate verifica prin impunerea de cerințe legate de specificațiile tehnice.

Sunt nefondate, în opinia Consiliului, și susținerile autorității contractante potrivit cărora "a dorit să se asigure că, în cazul în care este necesar a se recurge la servicii de garanție, acestea vor fi asigurate rapid și cu profesionalism", deoarece implicarea producătorului nu o asigură în legătură cu aceste elemente, iar aspectul invocat apare a fi un criteriu de calificare și selecție, referindu-se la ofertant, iar nu o specificație tehnică ce definește produsul, în accepțiunea dispozițiilor art. 35 alin. 2 din ordonanța de urgență.

Necesitatea ca aducerea la zi să se facă cu software legal din punct de vedere al licențelor, invocată de către autoritatea contractantă în apărări, determină Consiliul că poate fi complinită prin solicitarea de înregistrări pe care să le depună ofertantul, în dovedirea îndeplinirii condiției de existență a licenței, iar nu prin implicarea producătorului în procedură și, implicit, în contract.

Consiliul nu va reține susținerile autorității contractante în conformitate cu care "principiu respectat de către comunitatea aviatică internațională pentru desfășurarea, în condiții de siguranță deplină a traficului aerian, este acela că utilizează numai echipamente a căror garanție este oferită de producător", deoarece, în lipsa unor norme, înregistrări, etc., care să fie prezentate, acestea apar ca simple alegații, raportat la dispozițiile art. 1169 Cod civil, potrivit cărora "sarcina probei revine celui ce face afirmația".

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 2, 4 și 6 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestația formulată de către ... dispune remedierea documentației de atribuire prin eliminarea, din caietul de sarcini, pentru switch Cisco 3560G-48TS-E, ruter Cisco 3945, switch Cisco Nexus 5548, a cerințelor tehnice de la punctele 6.7, 6.8, 6.9, precum și 5.2, și publicarea, în SEAP, a modificărilor, în termen de 2 zile de la primirea deciziei, procedura urmând a fi, astfel, continuată.

Urmare a soluționării pe fond a contestației, cererea de suspendare a procedurii de atribuire se constată că este rămasă fără obiect.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. 1 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...