



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 ; +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în în cadrul procedurii „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Achiziție, echipamente hardware”, cod CPV: 30213000-5, 30210000-4, 30213100-6, 31154000-0, 32420000-3, s-a solicitat: *„admiterea contestației și rectificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării acelor cerințe care contravin liberei concurențe între ofertanți, astfel încât acestea să nu afecteze scopul organizării procedurii și principiile care stau la baza contractelor de achiziție publică”*.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...

Obligă autoritatea contractanta ca, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei să remedieze documentația de atribuire potrivit celor reținute motivarea prezentei.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Obligă autoritatea contractantă la plata către ... a sumei de 700 lei, reprezentând cheltuieli efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 din OUG nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006, 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 nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Achiziție, echipamente hardware”, cod CPV: 30213000-5, 30210000-4, 30213100-6, 31154000-0, 32420000-3, s-a solicitat: „admiterea contestației și rectificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării acelor cerințe care contravin liberei concurențe între ofertanți, astfel încât acestea să nu afecteze scopul organizării procedurii și principiile care stau la baza contractelor de achiziție publică”.

Contestatorul susține că, analizând documentația de atribuire, a constatat că aceasta conține o serie de cerințe de natură a discrimina ofertanții și de a favoriza doar anumiți operatori economici, după cum urmează: în cuprinsul caietului de sarcini paginile 5, 7, 8, 9, 11, 12, apar următoarele specificații, denumite în conținutul prezentei contestații drept specificații nelegale: „Tastatură și mouse: opțional să existe disponibilitatea de tastatură cu dispozitiv de amprentare digitală integrat cu software aferent dezvoltat de producătorul sistemului; Tastatură și mouse: să fie fabricate de același producător cu cel al sistemului de calcul; Extensibilitate și versabilitate: software al producătorului sistemului capabil să genereze cd-uri/dvd-uri de tip recovery; Garanție: minim 3 ani, servicii de suport garantate de producător; Notă: ofertantul trebuie să dețină unitatea centrală, monitorul, tastatura, mouse-ul și boxa audio înscrise cu aceeași marcă înregistrată ca cea a plăcii de bază”; cerințele în cauză, fiind, potrivit contestatorului, discriminatorii, restrictive, nu reprezintă o caracteristică tehnică a produselor și nu se referă la un standard, omologare sau reglementare tehnică aplicabile produselor iar autoritatea contractantă restricționează accesul la procedură al unor operatori economici care nu au toate reperele produse sub același brand. Cerințele specificații nelegale constituie un obstacol pentru firmele românești și direcționează procedura de achiziție publică către

un anumit tip de produse ori producători internaționali. De asemenea, cerințele specificații nelegale nu reprezintă în fapt o specificație tehnică sau funcțională pentru produsele solicitate, în sensul art. 35 și 36 din OUG 34/2006.

În acest sens, contestatorul apreciază că sunt încălcate dispozițiile art. 23 alin. 2 și alin. (3) din Directiva 2004/18/CE și art. 2, art. 35 alin. (5) și art. 66 din OUG nr. 34/2006, având ca rezultat îngrădirea liberei concurențe și afectarea eficienței cheltuirii fondurilor alocate. De asemenea, contestatorul consideră că prin cerințele specificații nelegale în dezbatere, autoritatea contractantă a încălcat în mod grav și dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a) și lit. b), principiile nediscriminării și tratamentului egal.

Totodată, contestatorul menționează că:

- în condițiile în care, dacă produsele sunt conforme standardelor europene specifice, aspect demonstrat în condițiile art. 36 din OUG 34/2006, autoritatea contractantă nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de o anumită inscripționare a lor, mai cu seamă dacă ele asigură performanțe egale sau superioare celor inscripționate și provenind de la un unic producător iar simplul fapt că există o inscripționare a unității centrale, a plăcii de bază, a tastaturii, a mouse-ului și/sau a altor accesorii/periferice, sau că ele sunt produse de același producător, nu este în măsură să garanteze, prin ea însăși, o calitate tehnică superioară a produsului sau o fiabilitate sporită;
- în contextul în care conformitatea tehnică și funcționarea calculatoarelor desktop nu este afectată în vreun fel de inscripționarea lor, de orice fel, autoritatea contractantă a urmărit, prin introducerea acestei cerințe nerelevante pentru buna execuție a contractului, să excludă de la procedură anumiți operatori economici, respectiv pe aceia care, deși au produse corespunzătoare funcțional, nu se încadrează în cerința dată;
- cerința ca echipamentele să provină de la același producător aduce atingere prevederilor art. 35 alin. (5) și art. 38 alin. (1) din OUG 34/2006.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul invocă cu titlu de practică judiciară relevantă, următoarele: Decizia Civilă nr. 604 din 13.02.2012, în care Curtea de Apel ... Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, reține că cerința din caietul de sarcini ca platforma de comunicații să fie produsă de același producător ca cel al soluției de scanare este nelegală, întrucât duce la restrângerea concurenței, favorizând un singur producător; decizia CNSC nr. 294/... din 30.01.2014; decizia CNSC nr. 514/... din 20.02.2014; decizia CNSC nr. 524/C4/155,260 din 20.02.2014; decizia CNSC nr. 576/C3/417,425 din 26.02.2014; decizia CNSC nr. 818/C3/765,865

din 21.03.2014; decizia CNSC nr. 865/C2/718,742 din 26.03.2014; decizia CNSC nr. 876/ ... din 27.03.2014.

Pe de altă parte, referitor la cerința potrivit căreia „*Garanție: servicii de suport garantate de producător*”, contestatorul apreciază că este disproporționată raportat la obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit. În opinia sa, cerința este la fel de restrictivă, aceasta reprezentând o introducere forțată a producătorului în relațiile contractuale dintre autoritatea contractantă ca și achizitor și ofertant ca și furnizor al acestor produse. Cerința în discuție nu asigură corelația între necesitatea obiectivă a autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele formulate în contextul aplicării procedurii de atribuire. Necesitatea autorității contractante este de a i se asigura garanția produselor, nu de a avea un document privind asumarea în scris de către producător. Pe de o parte, nu constituie o specificație tehnică, în sensul dispozițiilor art. 35 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, astfel încât să se regăsească în conținutul caietului de sarcini, ci reprezintă o formă mascată a unei cerințe de calificare, iar pe de altă parte, așa cum este formulată, îngreuește participarea operatorilor economici interesați, încălcând principiul liberei concurențe și principiul tratamentului egal prevăzute în art. 2 din OUG 34/2006; aceste cerințe fiind restrictive, motiv pentru care s-au prevederile art. 178 alin. (2) din OUG 34/2006.

Mai mult, contestatorul arată că din analiza fișei de date a achiziției, rezultă că cerințele în discuție nu se regăsesc în conținutul acestui document, astfel că, în acest caz, sunt incidente dispozițiile art. 33 alin. 3 din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora: „*Cerințele/criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise*”. De asemenea, arată că, clauzele contractuale între care și garanția produselor, sunt asumate de către cele două părți semnatare, ofertant și autoritate contractantă, conform principiului relativității efectelor contractului potrivit art. 1280 Cod Civil. Producătorul este un terț față de contract, nu poate deveni parte la contractul de achiziție, neputându-și asuma obligații, cum este cea de a asigura garanția produselor. Garanția este o obligație contractuală asumată de ofertant față de autoritatea contractantă, astfel că în perioada de garanție acesta va răspunde pentru situația în care echipamentele nu corespund sau pentru alte motive, în funcție de clauzele contractuale specificate. Totodată, contestatorul apreciază că, în condițiile în care ofertantul este cel care trebuie să-și asume toate obligațiile stabilite prin ofertă și prin contract, autoritatea contractantă nu-i poate impune ofertantului ca producătorul să îi prezinte autorității contractante o declarație pe

propria răspundere de asumare a garanției, fie ea de certificare ori de confirmare. Mai mult, propunerea tehnică face parte din oferta operatorului economic ce participă la procedură și poate, conform art. 1188 Cod Civil, să exprime doar intenția sa de a contracta și de a-și asuma obligațiile pe care le presupune contractul de achiziție publică, inclusiv obligațiile de garanție.

În final, în temeiul art. 278 alin. (8) din OUG nr. 34/2006, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 7319-.../ 25.04.2014, transmiterea dosarului achiziției publice, în copie certificată în conformitate cu dispozițiile art. 274, art. 213 și art. 256³ din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 16C/1460/30.04.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 13543/30.04.2014, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, prin care solicită Consiliului respingerea contestației ca nefondată, precizând, în preambul, următoarele aspecte, cu privire la prezenta procedură de atribuire:

- ... a inițiat procedura de atribuire - licitație deschisă prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... pentru achiziționarea de echipamente hardware, după cum urmează: stații de lucru (PC desktop SFF) - 115 buc., stații de lucru mobile (pc/laptop) - 40 buc., echipamente active de rețea (switch-uri cu management 24 porturi 10/100/1000) - 20 buc., surse neîntreruptibile de tensiune (UPS 3000 VA) - 3 buc., echipament hardware proxy - 2 buc., echipament IPS și servicii update - 1 buc., echipament IPS și servicii update - 1 buc., echipament de tip appliance dedicat scanare trafic web - 1 buc., echipament de tip appliance dedicat scanare trafic e-mail pentru blocarea mesajelor de tip spam - 1 buc.;

- în vederea întocmirii documentației de atribuire, a fost respectată întocmai legislația achizițiilor publice, implicit principiile achizițiilor publice, astfel prin cerințele din documentația de atribuire s-a asigurat îndeplinirea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, indiferent de naționalitate să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant;

- critica contestatorului, referitoare la: *„obligarea tuturor producătorilor interni să producă pe plan intern aceste repere (monitor, unitate centrala, placa de baza, tastatura, mouse si/sau alte accesorii/periferice)”* este neîntemeiat[, pentru ca nu au fost obligați ofertanții să producă toate componentele unui calculator, dorindu-se echipamente hardware în funcție de necesitățile din cadrul

instituției, iar acest lucru s-a realizat cu respectarea prevederilor art. 35 și art. 36 din OUG nr. 34/2006;

- în prezenta procedură, contestatorul dorește impunerea unor cerințe conform necesităților sale, însă, autoritatea contractantă este singura în măsură să decidă asupra acestora, după cum a stabilit Curtea de Apel ... secția VIII -a de Contencios administrativ și fiscal în Decizia civilă nr. 2762/11.11.2008.

Referitor la cerințele considerate nelegale de către contestator, autoritatea contractantă consideră că argumentele invocate sunt netemeinice iar afirmațiile sunt vădit tendențioase prin evidențierea unor aspecte parțiale:

- în acest moment, există mai mulți producători români (de exemplu: Maguay, Myria etc.) care oferă și au toate reperetele produse sub același brand;

- toți operatorii economici menționați au posibilitatea de a oferi, pentru produsele lor, garanția cerută prin specificațiile caietului de sarcini, prin cerința menționată, fiind transpusă o realitate existentă în piață, cerințele menționate respectând în fapt prevederile art. 35 alin. (2) coroborat cu alin. (5) din OUG 34 /2006;

- cu privire la argumentele contestatorului referitoare la încălcarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal, autoritatea contractantă subliniază că acesta nu a motivat cum au fost încălcate principiile menționate, contestatorul rezumându-se la a prelua fragmente din Raportul de Activitate al CNSC pentru anul 2013.

Raportat la criticile formulate de către contestator, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- referitor la cerința considerată nelegală respectiv *„Garanție: minim 3 ani, servicii suportate de producător” așa cum este cuprinsă în caietul de sarcini, contestația prezintă din nou informația în mod trunchiat „Garanție: servicii suportate de producător”, inducând ideea impunerii de către autoritatea contractantă ca „ofertantul să îi prezinte autorității contractante o declarație pe propria răspundere de asumare a garanției, fie ea de certificare ori confirmare”;* conform Legii nr. 449/2006, pentru echipamentele de acest tip, garanția este de 2 ani, însă, se oferă posibilitatea extensiei perioadei de garanție, acest lucru fiind oferit de producător, în mod uzual, iar în cazul de față, ofertantul în cauză poate fi producătorul echipamentelor, caz în care nu poate fi vorba de nici o restricție nelegală sau un agent comercial care, prin extensia de garanție disponibilă la toți producătorii pot satisface cerința legată de garanție în mod similar cu cea legată de performanțele procesorului sau cantitate de memorie solicitată;

- de asemenea, nu se încalcă principiul proporționalității, deoarece există o corelare între necesitate, obiect și cerințele formulate în cadrul documentației de atribuire, iar prin solicitarea cerinței

referitoare la garanție se dorește utilizarea fondurilor publice, în mod judicios;

- solicitarea unei perioade de garanție mai mare este impusă de necesitatea autorității contractante de a se asigura de costuri cât mai mici în exploatare ulterioară a echipamentelor avându-se în vedere o perioadă de utilizare de minim 6 ani;

- au fost respectate prevederile art. 35 și art. 36 din OUG nr. 34/2006, în sensul că în caietul de sarcini sunt menționate orice cerințe, prescripții, caracteristici care să corespundă necesității autorității contractante, fiind necesară specificarea cerinței privind garanția produselor în cadrul caietului de sarcini și nu în fișa de date, motiv pentru care, critica este nefondată, contestatorul confundând cerințele de calificare cu caietul de sarcini.

Referitor la celelalte cerințe considerate nelegale autoritatea contractantă menționează că acestea au fost generate de nevoi punctuale al autorității contractante aferente scopului în care vor fi folosite, caracteristicilor tehnice ale infrastructurii în care vor funcționa, după cum urmează:

- *„Tastatura și mouse: opțional să existe disponibilitatea de tastatură cu dispozitiv de amprentare digitală cu software aferent dezvoltat de producătorul sistemului”* - specificul activității unor compartimente funcționale ale autorității, conform reglementărilor legale în vigoare impun accesul controlat și restricționat, motiv pentru care sistemul informatic trebuie să permită tehnic satisfacerea unor cerințe ridicate de securitate, folosirea exclusivă a parolelor nefiind suficientă, deoarece pot exista cazuri de transmitere a acestora de la un utilizator la altul; trebuie ca la un moment ulterior, funcție de necesități, o parte din echipamentele achiziționate să poată fi utilizate în infrastructurile dedicate, în același timp trebuie să existe siguranța ca pe perioada de minim 6 ani considerată, de funcționare a acestora, în cazul foarte probabil de apariție a cel puțin unei noi versiuni a sistemului de operare utilizat să existe suport, respectiv noi versiuni de drivere (program software ce permite utilizarea perifericului) pentru noul sistem de operare, motiv pentru care, autoritatea contractantă consideră că principiile ce stau la baza specificațiilor nelegale invocate nu sunt îndeplinite, existând o serie întregă de producători interni și externi care furnizează astfel de soluții;

- *„Extensibilitate și versatilitate: software al producătorului sistemului capabil să genereze CD-uri/DVD-uri de tip recovery”* - Sistemul informatic al autorității este deservit de un număr mare de stații de lucru, fapt ce a impus pe de o parte utilizarea de software dedicat precum și de implementarea unor proceduri interne specifice aferente procesului de instalare centralizată a stațiilor de lucru și a mentenanței acestora, în vederea optimizării efortului necesar și a numărului de specialiști necesar ai direcției de specialitate. Cerința

derivă din această necesitate, de reducere a timpului necesar instalării/recuperării/punerii în funcțiune a unei stații de lucru cu toate pachetele software necesare utilizării complete a acesteia;

- contestatorul nu a respectat prevederile art. 270 alin. (1) lit. e) din OUG nr. 34/20069, în sensul că nu motivează în fapt, contestația; simpla copiere dintr-un Raport CNSC nu poate fi prezentată ca fiind o motivare a contestației.

În ceea ce privește practica judiciară atât în materie administrativ jurisdictională, cât și în material instanțelor de judecată, autoritatea contractantă subliniază că nu există o practică unitară, iar cazurile prezentate diferă de la instituție la instituție.

În final, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă capătul de cerere privind plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, cerute de către contestator, dat fiind faptul că acesta nu a redactat contestația conform art. 278 alin. (8) din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 16C/... înregistrată la CNSC sub nr. 13844/06.05.2014, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

Ulterior, prin adresa nr. 1005/10.05.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 14822/12.05.2014, ... transmite înscrisul intitulat „concluzii scrise”, față de punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, aducând, în plus, următoarele argumente:

- atunci când autoritatea contractantă include specificații tehnice nelegale, orice operator economic interesat are dreptul să le conteste, drept de care ... a înțeles să uzeze;

- în punctul de vedere, autoritatea contractantă face referire la manualul operațional ANRMAP, privind eficiența utilizării fondurilor publice, cu scopul de a obține valoare pentru banii cheltuiți;

- manualul operațional nu are valoare de lege, nici nu este izvor de drept potrivit sistemului de drept românesc și ca atare nici nu poate conține prevederi sau explicații peste prevederile legale ale art. 35 din OUG 34/2006, care interzic autorității contractante să introducă specificații tehnice nelegale, care introduc obstacole nejustificate de natură a restrânge libera concurență;

- autoritatea contractantă invocă faptul că dorește componente fabricate de același producător, pentru că dorește să achiziționeze echipamente hardware cu o durată de utilizare a produselor de cel puțin 6 ani de zile în vederea utilizării eficiente a fondurilor publice; faptul că acele componente ale unei stații de lucru sunt produse de același producător, nu este o garanție în sine că acestea vor funcționa 6 ani de zile și nici nu instituie o prezumție în acest sens. Astfel această afirmație a autorității contractante, trebuie respinsă având în vedere faptul că nu are niciun temei juridic și nu a fost dovedită de autoritatea contractantă prin niciun mijloc de probă;

- autoritatea contractantă justifică necesitatea software-ului creat de producătorul sistemului de calcul, *„pentru că acesta este un software propriu dezvoltat de specialiști proprii și pune la dispoziție cumpărătorului final prin pachete de drivere, update-uri de firmware și bios”*, însă aceste update-uri nu au nici o legătură cu perifericele atașate sistemului de calcul, ci cu alte componente din cadrul sistemului, de exemplu placa de bază, sens în care, contestatorul solicită Consiliului să respingă acest argument ca neîntemeiat;

- autoritatea contractantă justifică cerința ca tastatura și mouse-ul să fie produse același producător cu software dedicat dezvoltat tot de producătorul sistemului de calcul, deoarece *„anumite compartimente au anumite activități, unde exista cerințe ridicate de securitate, pentru care nu este suficientă parola”*; pentru acest motiv este de înțeles necesitatea autorității contractante să existe un dispozitiv de amprentare digitală, însă aceste motive nu justifică cerința ca softul să fie dezvoltat de *„producătorul sistemului de calcul”*. Atâta timp cât este satisfăcută necesitatea reală și obiectivă a autorității contractante de a avea amprentare digitală, este nefondată și nelegală solicitarea ca softul aferent să fie dezvoltat de producătorul sistemului de calcul, el putând fi dezvoltat de orice producător atâta timp cât acesta funcționează, pentru aceste motive contestatorul solicită Consiliului să dispună eliminarea acestor specificații tehnice ca nelegale;

- în ceea ce privește extensibilitatea și versatilitatea, autoritatea contractantă justifică, specificația tehnică nelegală, *„de a solicita ca software-ul ce generează CD-uri și DVD-uri de tip recovery să fie fabricat de același producător cu cel al sistemului de calcul”*, ca fiind determinată de *„reducerea timpului necesar instalării / recuperării / punerii în funcțiune a unei stații de lucru cu toate pachetele software necesare complete ale acestuia”*, contestatorul solicită Consiliului să respingă această justificare ca nefondată fiind de natură a induce în eroare Consiliul, având în vedere faptul că orice software care generează CD-uri DVD-uri de tip recovery, are ca scop reducerea timpului de instalare și configurare individuală de software și are ca efect instalarea completă de software pe un calculator, indiferent că acesta este produs de producătorul sistemului de calcul sau nu.

În ceea ce privește cheltuielile de soluționare și criticile formulate de autoritatea contractantă în legătură cu acestea, contestatorul solicită Consiliului să le respingă ca neîntemeiate pentru următoarele motive:

- în primul rând, motivarea în fapt presupune prezentarea situației de fapt concrete și a aspectelor de fapt contestate. Având în vedere obiectul prezentei contestații, respectiv contestație la documentația de atribuire, motivarea în fapt nu poate fi extensivă din moment ce

se critică specificații nelegale și nu situații de fapt complexe, ce ar necesita dezbateri detaliate;

- în al doilea rând, referitor la invocarea faptului că s-a copiat din raportul de activitate al CNSC pe anul 2013, contestatorul precizează că întreaga argumentație a fost construită în baza motivărilor prezentate în decizii din jurisprudența CNSC și a instanțelor judecătorești, indicând în acest sens jurisprudența relevantă.

În ceea ce privește reducerea onorariului avocațial conform art. 451 alin. (2) din Cod de pr. civ., contestatorul menționează că acesta poate fi redus de Consiliu, atunci când onorariul este vădit disproporționat, în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei, însă onorariul nu este vădit disproporționat, nici măcar disproporționat, ci rezonabil.

În data de 14 mai 2013, autoritatea contractantă transmite adresa nr. 16C/1632/14.05.2014, înregistrată la CNSC sub nr. ... prin care formulează un punct de vedere referitor la concluziile scrise transmise de contestator, reiterând, în principal, susținerile din cuprinsul punctului de vedere transmis anterior.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Achiziție, echipamente hardware”, cod CPV: 30213000-5, 30210000-4, 30213100-6, 31154000-0, 32420000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ... conform căruia, valoarea estimată a contractului este de 1.312.498,57 lei.

Conform cap. IV.2.1) din fișa de date, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Ulterior luării la cunoștință a conținutului documentației de atribuire, ... a formulat contestația dedusă soluționării, susținând că „cerințele care fac referire la specificațiile nelegale sunt discriminatorii, restrictive, nu reprezintă o caracteristică tehnică a produselor și nu se referă la un standard, omologare sau reglementare tehnică aplicabilă produselor”.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația analizând modalitatea în care a elaborat autoritatea contractantă documentația de atribuire, luând în considerare atât legislația incidentă, din domeniul achizițiilor publice cât și susținerile părților.

Referitor la critica contestatorului cu privire la cerințele „Tastatură și mouse: opțional să existe disponibilitatea de tastatură

cu dispozitiv de amprentare digitală integrat cu software aferent dezvoltat de producătorul sistemului;

Tastatură și mouse: să fie fabricate de același producător cu cel al sistemului de calcul;

Extensibilitate și versabilitate: software al producătorului sistemului capabil să genereze cd-uri/dvd-uri de tip recovery;

Notă: ofertantul trebuie să dețină unitatea centrală, monitorul, tastatura, mouse-ul și boxa audio înscrise cu aceeași marcă înregistrată ca cea a plăcii de bază”, Consiliul urmează să o admită luând în considerare următoarele aspecte:

- impunerea acestor cerințe nu reflectă pe de o parte caracteristicile tehnice ale produselor iar pe de altă parte au rolul de a elimina în mod direct operatorii economici care nu produc toate produsele sub propriu brand
- compatibilitatea produselor ce urmează a fi furnizate, invocată de către autoritatea contractantă nu poate fi reținută în soluționarea contestației întrucât această cerință nu îi asigură acesteia beneficii referitoare la compatibilitate, aceasta fiind oricum asigurată de ofertanți după punerea în funcțiune a sistemului produselor, neavând relevanță dacă produsele furnizate aparțin aceluiași producător sau aparțin unor producători diferiți.

Astfel fiind, Consiliul observă că autoritatea contractantă nu a invocat nici un motiv concret pe care să se sprijine decizia sa de a accepta la procedura de atribuire doar stații de lucru ale căror componente să provină de la același producător și care să fie echipate cu software capabil să genereze cd-uri/dvd-uri de tip recovery produs de același producător.

În atare context, cerința se vedește a fi discreționară și nelegală, aducând atingere prevederilor art. 35 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, potrivit căroră specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Potrivit prevederilor art. 33 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, documentația de atribuire trebuie să conțină informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Întrucât autoritatea contractantă nu a adus argumente relevante însoțite de documente din care să rezulte în mod evident dreptul său de a interzice acceptarea componentelor (desktop, mouse, tastatura, boxă audio, software capabil să genereze cd-uri/dvd-uri de tip recovery) de la producători diferiți, însă corespunzătoare nevoilor sale, prin cerința în discuție, Consiliul consideră că autoritatea

contractantă a încălcat și prevederile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) *i.e.* principiile nediscriminării și tratamentului egal. Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum este cerința privind același producător, în speță, restrângând astfel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură.

Consiliul reține că în situația în care produsele oferite respectă caracteristicile tehnice impuse de către autoritatea contractantă, sunt conforme standardelor specifice, autoritatea contractantă nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de o anumită marcă a componentelor lor, mai cu seamă dacă ele asigură performanțe egale sau superioare celor provenind de la un producător. Nimic nu exclude ca parametrii calitativi ai produselor, ce nu se încadrează în cerința autorității, să îi depășească pe cei ai produselor ce acoperă respectiva cerință. Cu alte cuvinte, simplul fapt că există o marcă a componentelor sau că ele sunt produse de același producător, nu este în măsură să garanteze, prin ea însăși, o calitate tehnică superioară a produsului sau o fiabilitate sporită. Până la proba contrară, este posibil ca anumiți furnizori, care integrează sisteme de calcul cu elemente provenind de la mai mulți producători, superioare calitativ și tehnologic avansate, să obțină sisteme de calcul ale căror performanțe să le surclaseze pe cele cu componente de la un singur producător.

Sub aspect tehnic, cerința nu a fost justificată în fapt de autoritatea contractantă în niciun fel, respectiv nu a precizat la ce îi servește introducerea ei, în contextul în care sistemul de calcul cu componente de la producători diferiți, poate funcționa la fel de bine. Specificațiile tehnice din caietul de sarcini trebuie să reflecte o nevoie reală și justificată a autorității, care trebuie acoperită prin respectiva specificație. În această privință, așa cum a fost mai sus reținut, textul art. 35 alin. (5) din ordonanță, potrivit căruia *„specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici”*, nu poate fi încălcat sau ignorat de către autoritate.

În contextul în care conformitatea tehnică și funcționarea sistemului oferit nu este afectată în vreun fel de componente cu mărci diferite, Consiliul determină că autoritatea contractantă a introdus o cerință nerelevantă pentru buna execuție a contractului. În speță, cum s-a subliniat că sistemul de calcul, necesar autorității, este la fel de funcțional tehnic chiar dacă are componente cu mărci diferite sau aceeași marcă.

Mai mult, acceptarea doar a unei mărci exclude din competiție o gamă largă de furnizori, decizia privind componente sub aceeași

marcă sau nu, aparținând exclusiv acestora. Art. 38 alin. (1) din ordonanță interzice expres definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. În consecință, Consiliul consideră că cerința contestată este exagerată și abuzivă.

Prin acceptarea că produsele (componentele) ce urmează a fi furnizate să nu provină de la același producător, autoritatea contractantă ar permite ca în cadrul prezentei proceduri, să participe cât mai mulți operatori economici, respectând astfel dispozițiile art. 2 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, care stipulează că:

„Scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie:

a) promovarea concurenței între operatorii economici; (...)

d) asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante”.

Exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale de elaborare a documentației de atribuire nu trebuie să conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

Mai mult, prin acceptarea furnizării produselor (componentelor acestora) de la mai mulți producători, autoritatea contractantă este avantajată, deoarece ar putea primi mai multe oferte, prin participarea mai multor operatori economici și prin obținerea unor prețuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Chiar dacă autoritatea contractantă a avut în vedere la stabilirea acestei cerințe faptul că se asigură compatibilitatea și uniformitatea, aspectele menționate nu îi dau dreptul acesteia de a transfera în sarcina operatorului economic suportarea unor costuri suplimentare care nu sunt aferente obiectului procedurii de atribuire în cauză, acceptarea furnizării produselor (componentelor acestora) de la mai mulți producători nu poate fi calificată ca o încălcare a dispozițiilor amintite, ci ca o înlesnire a cerințelor care revin operatorilor economici.

Cu privire la critica formulată de ... cu privire la garanție, Consiliul reține următoarele:

Prin caietul de sarcini, publicat în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[CN150370/001] caiet de sarcini - licitație - IT.tif.p7s”, autoritatea contractantă a solicitat „Garanție: minim 3 ani, servicii de suport garantate de producător”.

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

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

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

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

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

tehnică trebuie să cuprindă obligații exclusiv în sarcina ofertantului, și nu a unui terț neangajat în procedură.

În aceste condiții pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și alin. (4) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractanta ca, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei să remedieze documentația de atribuire potrivit celor reținute motivarea prezentei.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța evocată, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior.

Ca urmare a admiterii contestației și observând că există cheltuieli avansate de contestatorul ... în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și va admite, în conformitate cu art. 278 alin. (8) din OUG nr. 34/2006, solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante aflate în culpă la plata cheltuielilor efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației.

Cheltuielile reclamate sunt în sumă de 1.400 lei și reprezintă servicii prestate de Cabinet avocat Stoian Teodora conform facturii seria CIST nr. 54/... și a chitanței seria CIST nr. 44/....

Analizând temeinicia pretențiilor contestatorului, referitor la quantumul cheltuielilor de judecată solicitate, reprezentând onorariul de avocat, Consiliul apreciază că se impune reducerea onorariului de avocat, din următoarele considerente:

Având în vedere faptul că procedura de soluționare este o procedură scrisă, potrivit art. 275 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, facultativă și gratuită potrivit art. 24 alin. (4) din Constituția României și având în vedere faptul că în speță nu s-au dispus audieri, depunerea de concluzii orale sau efectuarea vreunei expertize, rezultă că, cheltuielile de judecată cuprind orice alte cheltuieli pe care partea care a câștigat procesul va dovedi că le-a făcut, cum sunt onorariile de avocat, costul dactilografierii actelor depuse la dosar etc., dar numai cele strict necesare pentru buna desfășurare a soluționării contestației.

Potrivit prevederilor art. 297 din OUG nr. 34/2006 coroborat cu art. 451 alin. (2) *„instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproportionat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său”* și cu art. 453 alin. (2) C.p.c., *„când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părți poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată”* și

ținând seama de serviciile prestate de Cabinet avocat Stoian Teodora, Consiliul, analizând prin prisma textului reprodus cererea de plată a sumei de 1.400 lei, reprezentând onorariu avocat suportat de contestator cu ocazia soluționării contestației la Consiliu, apreciază că respectiva sumă este nepotrivit de mare în raport de munca depusa de avocat dar și de complexitatea cauzei. Astfel fiind, raportat la admiterea contestației, la gradul relativ scăzut de complexitate a aspectelor reclamate în această contestație și la volumul de muncă pe care l-a presupus redactarea ei, Consiliul urmează a reduce cuantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la 700 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plată către contestatoare.

Consiliul va da eficiență dispozițiilor art. 451 alin. (2) C.p.c. coroborat cu art. 297 din OUG nr. 34/2006, în sensul că va reduce onorariul de avocat, considerând că prin aceasta nu se intervine în convenția încheiată de contestator, în calitate de client, și avocatul lor, pentru că în acest fel să fie încălcate dispozițiile art. 1270 C. civil.

De asemenea, se apreciază că nu se aduce atingere nici dispozițiilor Legii nr. 51/1995, potrivit cărora avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienți lor să stabilească onorarii, întrucât Consiliul nu face altceva decât să stabilească, în cadrul raportului juridic procesual, cheltuielile de judecată, astfel ca, prin aplicarea dispozițiilor art. 297 din OUG nr. 34/2006 raportat la art. 451 alin. (2) C.p.c., Consiliul nu cenzurează contractul de asistență juridică, ci doar stabilește în mod corespunzător cuantumul cheltuielilor de judecată, în raport de munca depusă de avocat, complexitatea cauzei, valoarea pricinii, proporționalitatea onorariului cu volumul de munca presupus de pregătirea apărării în aceasta cauza.

Referitor la munca depusă de avocat, s-a constatat că în acest stadiu procesual, volumul de muncă al avocatului presupus de pregătirea apărării a constat în formularea unei contestații pe care a înaintat-o prin poștă, astfel în opinia Consiliului este inechitabil ca la aprecierea onorariului ce se cuvine avocatului să nu se aibă în vedere și munca depusă de acesta în raport cu pregătirea sa profesională.

Pentru aceste considerente, Consiliul apreciază că reducerea onorariului de la 1.400 lei la 700 lei, este mai mult decât suficient, fiind în concordanță cu elementele mai sus arătate, respectiv complexitatea cauzei și nu în ultimul rând munca depusa de avocat, în condițiile art. 451 C.p.c., contestatorul fiind îndreptățit să solicite cheltuielile de judecată, care în ceea ce privește onorariul de avocat, în prezenta cauza, poate fi diminuat de către Consiliul, în condițiile art. 297 din OUG nr. 34/2006 coroborat cu art. 451 alin. (2) C.p.c.

Dispoziția art. 451 C.p.c. care reglementează posibilitatea părții căreia i s-a admis contestația să solicite autorității contractante cheltuielile de judecată, sunt în concordanță și cu jurisprudența CEDO

conform căreia un reclamant poate obține rambursarea cheltuielilor sale de judecată în măsura în care li s-au stabilit realitatea, necesitatea și caracterul rezonabil.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini.