

HR 1052 / 24.06.2019



CABINET AVOCAT Adrian Pușdercă
Baroul Brașov

Sediul profesional: Brașov, b-dul Mihail Kogalniceanu nr.19, bl.C5 (blocul Roland), et.6, ap.30, jud. Brașov,
tel. 0724.31.55.73, Fax: +40 268 547 993, e-mail: office@pusderca.ro

Către: Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
București, str. Stavropoleus nr.6, sector 3, cod poștal 030084, fax.: +4021.310.46.42

În copie către: Agenția de Administrare a Rețelei Naționale de Informatica pentru Educație și
Cercetare
Str. Mendeleev D.I, nr. 21-25, București, Cod poștal 010362
Fax: +40 213171174, tel. +40213171174, în atenția Gabriela Necoara

Referință: Procedura de achiziție publică având ca obiectiv "*Contract de achiziție publică
furnizări produse – platformă națională integrată wireless campus*", anunț publicat
în SEAP sub nr. CN1005485 la data de 23.10.2018

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa, **SC HUAWEI TECHNOLOGIE S.R.L.**, cu sediul în Str. Barbu Văcărescu nr.201, etaj 16, sector 2

... contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și
concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a
Contestațiilor (în continuare „**Legea 101/2016**”), formulăm prezenta

CONTESTAȚIE

Împotriva deciziei Autorității Contractante de a respinge oferta subscrisei ca inacceptabilă, decizie comunicată și motivată subscrisei prin intermediul Raportului Procedurii de Achiziție Publică nr. 965/07.06.2019 (denumit în continuare „Raportul”) publicat în SEAP la data de 13.06.2019

prin care solicităm Onoratului Consiliu:

- (i) **ANULAREA Raportului procedurii în partea privind declararea ofertei subscrisei ca inacceptabilă precum și anularea celorlalte acte care au stat la baza emiterii acestui Raport;**
- ii) **Anularea oricăror acte subsecvente Raportului;**
- iii) **Reluarea procedurii de atribuire de la momentul anterior emiterii Raportului, cu luarea în considerare a ofertei subscrisei;**

pentru motivele detaliate în cele ce urmează.

1. Contextul formulării prezentei contestații.

Subscrisa am participat în calitate de ofertant la procedura de atribuire având ca obiectiv: *”Contract de achiziție publică furnizări produse – platformă națională integrată wireless campus” („Contractul de Achiziție Publică”)* organizată de Agenția de administrare a Rețelei Naționale de Informatica pentru Educație și Cercetare în calitate de Autoritate Contractantă.

Prin Raport, Autoritatea Contractantă ne-a comunicat că, în urma analizei ofertelor depuse, oferta noastră a fost declarată ca neacceptabilă.

2. Precizarea prealabilă. Subscrisa nu a avut acces la cvasi-totalitatea documentației aferente procedurii de atribuire.

Precizăm că până la data prezentei nu am avut acces la toată documentația aferentă procedurii de atribuire, astfel încât să putem verifica pe deplin legalitatea deciziilor Autorității Contractante.

Cu titlu de exemplu, arătăm că niciodată nu am putut vizualiza ofertele tehnice ale celorlalți participanți la procedura de atribuire, eventualele solicitări de clarificări ale acestora și răspunsurile aferente, fiind în imposibilitate de a evalua în ce măsură Autoritatea Contractantă a evaluat toate ofertele cu aceeași unitate de măsură cu care a evaluat oferta noastră.

Față de această situație, solicităm depunerea de către Autoritatea Contractantă a întregii documentații depuse sau emise în cadrul procedurii de atribuire, rezervându-ne dreptul de a completa prezenta constatație.

3. Nelegalitatea și netemeinicia deciziei Autorității Contractante de respingere a ofertei subscrisei ca inacceptabilă

3.1. Primul motiv invocat de autoritatea contractantă: neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, prin ceea ce intimata a numit ... "resurse proprii"

Pentru respingerea ofertei Huawei ca inacceptabilă, Autoritatea Contractantă a reținut următoarele (pagina 6 din Raport):

"Având în vedere și faptul că SC HUAWEI TECHNOLOGIES SRL nu a prezentat în DUAЕ terți susținători, comisia de evaluare consideră că experiența similară necesară pentru derularea acestui proiect de importanță națională trebuia demonstrată de ofertant și nu prin instalări și puneri în funcțiune făcute de terți ... SC HUAWEI TECHNOLOGIE S.R.L. nu a demonstrat în mod clar și fără echivoc că, prin contractele respective a pus în funcțiune prin resurse proprii cel puțin 4.000 de echipamente de tip AP Wi-Fi ... "

Astfel, în esență, oferta Huawei a fost declarată inacceptabilă pe motivul că, nu s-ar fi demonstrat experiența similară, câtă vreme, pentru executarea contractelor prezentate Autorității Contractante Huawei a apelat la terți (subcontractanți) și nu ar fi executat singură lucrările cuprinse în aceste contracte.

În opinia autorității, acest aspect (faptul că Huawei a apelat la terți) pare a fi relevant (doar) pentru că, Huawei a participat la procedura de atribuire singură, fără terți susținători.

a) *decizia Autorității Contractante de respingere a ofertei subscrisei excede prevederilor legale*

În conformitate cu prevederile art. 113 alin. 11 lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice („Legea nr. 98/2016”)

"Dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind:

(...)

*c) **experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).** "*

Iar potrivit art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016

"Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă;

b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă; "

Așa cum se poate observa, **Legea nr. 98/2016 nu impune sub nicio formă ca experiența similară să fie dovedită cu lucrări pe care ofertantul le-a executat singur, fără sprijinul niciunui subcontractant ori terț susținător, așa cum încearcă să acrediteze Autoritatea Contractantă.**

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (acolo unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem). Astfel, câtă vreme legiuitorul nu a impus ca lucrările prezentate de către ofertanți în sprijinul dovedirii experienței similare să fi fost efectuate doar aceștia, fără sprijinul unui subcontractant ori terț susținător, rezultă că Autoritatea Contractantă a adăugat la lege atunci când a decis declararea ofertei Huawei ca inacceptabilă.

● **IMPORTANT:** Pe de altă parte, **interpretarea prevederilor Legii nr. 98/2016, de către Autoritatea Contractantă, vine în contradicție și cu legislația secundară.** În acest sens, arătăm că potrivit art. 14 alin. 3 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale:

”(3)Cerința referitoare la experiența similară se consideră îndeplinită:

a)în situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență, a avut calitatea de antreprenor general în contractul prezentat drept experiență similară, indiferent dacă acesta a avut subcontractori, urmând a fi luată în calcul întreaga valoare a respectivului contract (deoarece antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză);

b)în situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență, a realizat lucrări/activități în calitate de subcontractant în contractul prezentat drept experiență similară pentru un antreprenor general, cu condiția ca respectivele lucrări/activități să fie confirmate de antreprenorul general, iar beneficiarul final a atestat faptul că respectivul operator economic a avut calitatea de subcontractor.”

În contextul prevederilor citate mai sus, este evident că, situația contractelor prezentate de Huawei pentru dovedirea experienței similare, **se circumscrie tocmai ipotezei avute în vedere de Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, pentru determinarea experienței similare.**

Nu în ultimul rând subliniem că, dacă s-ar da curs interpretării Autorității Contractante, în sensul că ofertanții ar trebui să dovedească experiența similară prin lucrări efectuate în totalitate cu mijloace proprii, atunci, această cerință des uzitată în procedurile de achiziție publică, ar deveni imposibil de îndeplinit, cu atât mai mult cu cât e de neimaginat ca un operator economic să desfășoare toate activitățile în regie proprie, începând cu asigurarea mâncării și cazării angajaților și terminând cu eventuale echipamente necesare îndeplinirii lucrărilor.

b) decizia Autorității Contractante de respingere a ofertei subscrisei excede fișei de date

Referitor la experiența similară, Autoritatea Contractantă a specificat în fișa de date (pagina 4) următoarele:

”experiența similară se va proba prin prezentarea a 1-3 contracte relevante ptr demonstrarea faptului ca ptr realizarea obiectului contractului au fost puse în funcțiune un total de cel puțin 4.000 de echipamente de tip ap wi-fi.ptr livrarea și instalarea de tehnologie it pentru sisteme distribuite

*este acceptata ca experienta similara relevanta furnizarea de echipamente it intr unul sau mai multe puncte de prezenta ale beneficiarului, realizata prin contracte **DERULATE** de catre operatorul economic intr- o perioada care nu va depasi 3 ani anteriori datei limita de depunere a ofertelor.se accepta ca demonstrarea experientei similare ptr fiecare dintre cele doua elemente definatorii ale acesteia, sa fie facuta pe baza acelorasi contracte , sau prin prezentarea de contracte similare, deoarece activitatile sunt similare, nu tipul contractului”*

După cum se observă însăși maniera prin care Autoritatea Contractantă a înțeles să explice cum se va face dovada experienței similare, folosind o formulă cât se poate de generală (contracte **DERULATE** de catre operatorul economic), trădează faptul că, niciodată nu s-a avut în vedere ca ofertanții să prezinte contracte pe care să le fi executate în totalitate singuri.

Din contră, în conformitate cu prevederile legislației primare și secundare, prezentate *supra*, Autoritatea Contractantă a impus ca ofertanții să depună spre dovada experienței similare orice contracte similare în care aceștia au fost implicați.

Cum toate contractele prezentate de Huawei pentru dovedirea experienței similare, se încadrează în cele solicitate de Autoritatea Contractantă, este evident că decizia acesteia din urma, de declarare a ofertei Huawei ca inacceptabilă, reprezintă o contradicție în termeni, fiind o decizie nelegală și netemeinică.

3.2. Al motiv invocat de autoritatea contractantă în respingerea ofertei subscrisei: echipamentele prezentate (în special în contractul 3), nu ar fi echipamente de tip AP Wi-Fi, cerute ca și experiență similară

Pentru respingerea ofertei Huawei ca inacceptabilă, Autoritatea Contractantă a reținut următoarele (pagina 6 din Raport): *”... De asemenea, echipamentele menționate în contractul 3, ... sunt echipamente de rutare terminale pe rețea de fibră optică, cu module Wi-Fi, dar nu echipamente de tip AP Wi-Fi”*

Decizia autorității contractante (sub acest motiv), este netemeinică și nelegală, raportat la faptul că, *echipamentul în cauză are inclusiv funcționalitatea AP* (neobservată de intimată), *alături de modulul Wi-Fi* (identificată de intimată), fiind un echipament mult mai complex decât cel solicitat de intimată.

În concret, subscrisa am precizat expres, prin răspunsul la clarificare Nr. 2126 din data de 11.12.2018, faptul că, în dovedirea experienței similare prin Contractul denumit de autoritatea contractantă *Contractul 3*, subscrisa am livrat peste *”30200 (trei zeci de mii doua sute) echipamente cu conectare care sunt in functiune si deservesc nevoile de conectivitate prin tehnologia WiFi ale clientilor din zona rezidentiala a clientului nostru Telekom. Echipamentele in cauza sunt de tipul **HG8247H** (produs de concernul nostru, n.n.) si acest contract arata experienta noastra similara atat la criteriul “au fost puse in functiune un total de cel putin 4.000 de echipamente de tip ap wi-fi” cat si la criteriul “pentru cel putin 20000 echipamente cu conectare”.*

Astfel, chestiunea litigioasă în discuție este, dacă echipamentul **HG8247H**, are sau nu funcționatitatea **”AP”**, respectiv dacă echipamentul **HG8247H** este sau nu, un echipament mai complex decât un **”AP”** .

- **IMPORTANT:** Trecând peste aspectele tehnice, dezvoltate mai jos, existența funcționalității "AP", în echipamentul prezentat, este dovedită mai presus de orice dubiu, de **organismul de reglementare la nivel european, din domeniu: WiFi Alliance**

Conform "CERTIFICATULUI DE INTEROPERABILITATE cod WFA19535, emis de WiFi Alliance (atașat prezentei), produsul HG8247H, are inclusă opțiunea AP (Acces Point), produsul în cauză fiind clasificat la categoria "Rutare", subcategorie "**Acces point pentru uz casnic și birouri de mici dimensiuni (Router Wireless)**"

Astfel, echipamentul prezentat, conține funcționalitatea AP (Acces Point), sens în care, decizia unilaterală a intimitei, bazată de informații neoficiale/necomunicate de subscrisa, este nu numai o decizie netemeinică dar și nelegală

- În continuare facem și cuvenitele **explicații tehnice**, în demonstrarea opțiunii "AP", aferentă echipamentului prezentat.

Rețelele WiFi oferă posibilitatea terminalelor mobile, să se conecteze și să transfere date.

Pentru ca aceste terminale mobile să se conecteze, este nevoie de o interfața radio (în standardul 802.11), cu care terminalele mobile să comunice radio și de o componentă de control al accesului

Pentru a se transmite/primi date, rețeaua WiFi are nevoie și de o componentă de rutare/transfer al traficului

Astfel, un "AP" (Acces Point) ofera doar interfața radio și este nevoie să fie completat în rețeaua WiFi de (i) un "Controller" și de (ii) un "Router", pentru ca, terminalele mobile să se poate conecta și transmite/primi date.

În schimb un "Router Wireless" include atât componenta radio (AP) dar și pe cele de *controlling* și *rutare*, toate în același produs, ceea ce face ca "Routerul Wireless" să fie un echipament mult mai complex, decât un simplu "AP", pe care de altfel îl și înglobează.

"AP"-urile au fost create pentru ca, în zone unde este nevoie de acoperire riguroasă și implicit trebuie multe puncte de access radio, soluțiile să fie mai ieftine și mai viabile, punându-se multe asemenea AP-uri și un singur "Controller", plus "Router", pentru toate "AP"-urile din acea zonă. O soluție cu Router Wireless (care sunt mai scumpe, n.n.) nu ar fi viabilă.

Astfel, (i) soluțiile cu "AP"-uri se pretează așa cum am spus, acolo unde trebuie multe asemenea produse pentru acoperirea radio (sute sau mai multe) subscrisa folosind astfel de soluții la acoperirea de stadioane, campusuri universitare, Mall-uri, respectiv (ii) soluția cu "Router Wireless" se pretează acolo unde vorbim de o zonă mică necesară a fi acoperită (încăpere, apartament, birou, etaj de clădire, etc.) și unde se folosesc între 1 și 20 asemenea produse. În cazul acesta, costul adițional al "Routerelor wireless", față de "AP"-uri, este compensat de lipsa nevoii de a adăuga un "Controller" și "Router", separate și dedicate. O școală se încadrează la acest scenariu, autoritatea contractantă prevăzând un număr mediu de 10 produse pe școală.

În consecință, echipamentul HG8247H menționat de subscrisa îndeplinește întru-totul funcționalitatea unui "AP", cerută de autoritatea contractantă și chiar mai mult, ofera și funcționalități adiționale, sens în care, echipamentul prezentat ca și experiență similară este mai complex decât un "AP", cu consecință în îndeplinirea condiției privind experiența similară.

● **Nelegalitatea decizie de excludere, din prisma nerespectării principiului dreptului comunitar al bunei administrări – obligația autorităților contractante de a solicita clarificări (inclusiv cu privire la existenței sau nu a funcționalității "AP", în ceea ce privește echipamentul HG8247H - prezentat ca și experiență similară)**

În concret, dacă intimata avea dubii asupra existenței sau nu a funcționalității "AP", în ceea ce privește echipamentul HG8247H (prezentat ca și experiență similară), putea lesne formula o astfel de cerere de clarificări – o astfel de clarificare, care ar fi lămurit intimata, nu a fost solicitată subscrisei, intimata apreciind de la sine ... înțelegere ... faptul că, echipamentul HG8247H, nu ar avea funcționalitatea "AP".

În fapt, comisia de evaluare a procedat la respingerea ofertei subscrisei, fără a *stabili* (în prealabil) care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, respectiv fără a permite subscrisei să aducă clarificările, care ar fi condus la conformitatea ofertei din prisma experienței similare.

În concret, principiul bunei administrări, dispune faptul că, în activitatea s-a "*Comisia de evaluare are obligația de a stabili* care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, ...".

Mai mult, conform art.134 alin.4 din HGR nr.395/2016, prevede următoarele: "*Comunicarea* (cererea de clarificări, n.n.)... trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare", aspect de natură a evidenția necesitatea unor astfel de clarificări, inclusiv din perspectiva lămuriri aspectelor neclare ale ofertei, încă din procedura de evaluare, inclusiv în speța pendinte lămuririi asupra funcționalității echipamentului HG8247H (prezentat ca și experiență similară) .

Practica judiciară relevantă: În susținerea acestui motiv de nelegalitate, învederăm faptul că, prin Hotărârea Tribunalului în **cauza Tideland Signal/Comisia Europeană**, s-a apreciat faptul că, "*în conformitate cu principiul dreptului comunitar al bunei administrări*", puterea conferită autorităților contractante cu privire la cererile de clarificări este "*însoțită de o obligație de a fi exercitată în împrejurări în care clarificarea unei oferte este practic posibilă, cât și necesară*".

De asemenea, în aceeași cauză (cu trimitere la o practică eminentemente unitară) s-a mai apreciat faptul că "*ar fi în contradicție cu principiul egalității ... ca o comisie de evaluare să se bucure de o putere de apreciere nelimitată în a alege sau nu să ceară clarificări privind o ofertă individuală, ...*".

Raționamentul de mai sus este validat și de practica instanțelor Uniunii Europe, respectiv Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, care, în hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, la pct. 56 și 57 a statuat că „**este contrar principiului bunei administrări ca această ofertă să fie respinsă de Comisie fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări**. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului tratamentului egal (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p.II-3781, punctele 37 și 38).

De altfel, în aplicarea celor de mai sus, instanțele locale au dat prioritate, conceptului conform căruia "*nespecificarea/nedetalierea unei cerințe din caietul de sarcini nu echivalează cu neîndeplinirea ei*. Decizia autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare

temeinică a ofertei, nu pe elemente insuficiente sau neclare”, sens în care, materializarea obligației privind cererile de clarificări și răspunsurile corelative ale ofertantului, pentru chestiuni ce reprezintă riscuri chiar inexistente (aspecte de eligibilitate) reprezintă o etapă procedurală indispensabilă procesului de evaluare, dar necesară și în cea ce privește evaluarea eligibilității unui ofertant, pentru identitate de rațiune.

În concluzie, subscrisa am demonstrat experiența similară, prin prezentarea unor contracte și echipamente (care înglobau cerința intimatei) de o complexitate mult superioară, celei solicitată prin documentația de atribuire și ***pe cale de consecință, având în vedere toate argumentele expuse mai sus, vă solicităm să dispuneți admiterea contestației formulate.***

În final apreciem faptul că, autoritatea contractantă este în măsură să adopte măsuri corective, ce ar lipsi de obiect prezenta contestație

În drept, dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, precum și orice altă prevedere legală menționată în cuprinsul contestației.

Ca probe, înscrisuri

Anexăm prezentei:

- Împuternicire avocațială.
- Anexele menționate în contestație.

anexa 1: Fisa de date a achiziției

anexa 2: *Raportul procedurii*

anexa 3: CERTIFICATULUI DE INTEROPERABILITATE cod WFA19535, emis de WiFi Alliance

HUAWEI TECHNOLOGIE S.R.L.
reprezentată convențional prin
Avocat Pușdercă Adrian