

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

DECIZIE

Nr. ...

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 13387/14.03.2023, depusă de către SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convențional prin SCA ..., cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii simplificate online privind atribuirea contractului având ca obiect *„Implementare portal servicii către cetățeni și extindere sistem management de documente prin introducere de fluxuri interne/externe ce deservește aceste servicii și modernizare site web instituție”*, organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 4896/07.03.2023, precum și a tuturor actelor subsecvente emiterii adresei atacate;
- obligarea autorității contractante să reevalueze oferta SC ... SRL;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor generate de soluționarea contestației.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 13387/14.03.2023, SC ... SRL, în calitate de ofertant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca fiind inacceptabilă, conform dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea menționează că prin solicitarea de clarificări nr. 1 privind propunerea tehnică, având nr. 4382/01.03.2023, comisia de evaluare a ofertelor a indicat următoarele:

„1. Referitor la documentația de atribuire a contractului de servicii și oferta tehnică prezentată de către dvs, prin care ne comunicați faptul că programul ofertat, E-portal, este deja înregistrat la ORDA, iar cerința este realizarea unui soft particularizat nevoilor autorității contractante, al

căruia cod va fi predat CJCS și va deveni proprietatea autorității contractante, vă solicităm să clarificați cum considerați că îndepliniți această cerință, având în vedere legislația în vigoare privind drepturile de autor.

2. Având în vedere cerința din caietul de sarcini la pag. 32, cererea de serviciu este validată informatic (front-end și back-end) din punct de vedere al restricțiilor de completare, și apoi este transmisă automat în modulul de registratură din sistemul de management al documentelor existent, iar în oferta tehnică precizați următoarele:

«Am luat la cunoștință. Ne vom conforma în totalitate cerinței impuse, cererea de serviciu este validată informatic (front-end și back-end) din punct de vedere al restricțiilor de completare. Ulterior ea este transmisă automat în modulul de registratură din sistemul de management al documentelor existent la Primărie», solicităm să ne clarificați la ce sistem de management de documente existent la Primărie vă referiți».

Totodată, se indică faptul că termenul pentru răspunsul la solicitarea de clarificare este data de 02.03.2023.

Contestatoarea a formulat răspuns la solicitarea de clarificări nr. 1, transmis prin adresa nr. 1027/01.03.2023, prin intermediul căruia a adus la cunoștința autorității contractante următoarele aspecte:

1. Cu privire la solicitarea dumneavoastră de a clarifica cum considerăm că îndeplinim cerința autorității contractante de a deveni proprietara codului sursă predat pentru softul particularizat nevoilor autorității contractante, vă comunicăm faptul că la realizarea softului se folosesc

a) produse COTS (ex Licența sistem operare server, Licența antivirus (pentru server), Licențe de birou de tip OFFICE sau echivalent, Licența aplicație backup pentru datele stocate, Licența aplicație portal de servicii electronice pentru cetateni, -Licența ePortal-Portal Servicii Electronice v4.3, producător, licența per instanța beneficiar) la care se va preda licența de utilizare

și

b) servicii de implementare/extindere care presupun dezvoltarea unor module software/integrări la care beneficiarul va deveni proprietar al codului sursă care va fi predat autorității contractante în conformitate cu legislația privind drepturile de autor."

2. Cu privire la formularea de la pag. 469 din Oferta-matrice de conformitate, potrivit căreia «Cererea de serviciu este validată informatic (front-end și back-end) din punct de vedere al restricțiilor. Ulterior, ea este transmisă automat în modulul de registratură din sistemul de management al documentelor existent la Primărie», facem precizarea că dintr-o regretabilă eroare s-a strecurat cuvântul Primărie și vă rugăm să acceptați eliminarea lui. Răspunsul din ofertă se referă la sistemul de management al documentelor de la beneficiar, iar formularea va fi:

Cererea de serviciu este validată informatic (front-end si back-end) din punct de vedere al restricțiilor de completare. Ulterior, ea este transmisă automat în modulul de registratură din sistemul de management al documentelor existent".

În motivarea comunicării rezultatului procedurii, se arată că la solicitarea de clarificări nr. 4382/01.03.2023, referitoare la faptul că programul oferat, denumit E-portal, este înregistrat la ORDA, iar cerința este realizarea unui soft particularizat nevoilor autorității contractante, al cărui cod sursă va fi predat CJCS și va deveni proprietatea autorității contractante, nu a fost clarificat acest aspect, și ca prin răspunsul transmis contestatoarea a făcut referire la codul-sursă care va fi predat autorității contractante în conformitate cu legislația privind drepturile de autor.

Comisia de evaluare a reținut că prin înregistrarea programului oferat de contestatoare la ORDA (Oficiul Roman pentru Drepturile de Autor), autoritatea contractantă este restricționată în folosirea liberă de sarcini a soft-ului personalizat, fapt ce contravine dispozițiilor art. 12 alin. (1) din OUG nr. 41/2016, potrivit cu care autoritățile contractante au obligația de a solicita transferul drepturilor de proprietate intelectuală.

I. Contestatoarea învederează că potrivit caietului de sarcini aferent procedurii, respectiv pct. 3.4.1, pag. 8 - Serviciile/echipamentele solicitate: activitățile ce vor fi realizate, se precizează că „Prin acest proiect se achiziționează un pachet compus din:

1. *Licența sistem operare server*
2. *Licența antivirus (pentru server)*
3. *Licențe de birou de tip OFFICE sau echivalent - 5 buc*
4. *Licența aplicație backup pentru datele stocate*
5. *Licența aplicație portal de servicii electronice pentru cetățeni*
6. *Server*
7. *UPS*
8. *Kit imprimantă coduri de bare și etichete*
9. *SMS gateway pentru implementare notificări*
10. *Servicii de implementare portal servicii electronice pentru cetateni*
11. *Servicii de extindere sistem informatic de management de documente implementat cu digitalizare fluxuri venite prin portal și implementare registraturi electronice pentru instituțiile subordonate (comunicare bidirecțională cu acestea prin intermediul portalului de servicii)*
12. *Instruirea personalului care administrează și utilizează sistemele informatice realizate și implementate prin proiect*
13. *Servicii de realizare infrastructură hardware*
14. *Servicii de modernizare site web responsive și accesibil cu migrare de date*

15. *Implementare în sistem informatic de management de documente a unui instrument intern implementat pentru management și evaluare a performanței cu privire la serviciile livrate prin proiect).*

Așadar, achiziția viza o licență de aplicație portal servicii electronice pentru cetățeni, împreună cu serviciile de implementare portal servicii electronice pentru cetățeni.

Or, cu toate că la întrebarea 1 din solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă precizează că „*cerința este realizarea unui soft particularizat nevoilor autorității contractante al cărui cod sursă va fi predat CJCS și va deveni proprietatea autorității contractante*”, în realitate, nicăieri în cuprinsul caietului de sarcini nu apare vreo cerință de „*realizare a unui soft particularizat nevoilor autorității contractante*”.

În mod similar, în caietul de sarcini nu apare vreo cerință/activitate de realizare - care presupune proiectare și dezvoltare - soft pentru portal cetățeni. Nu apare drept activitate proiectarea de software sau dezvoltarea de software aplicație portal servicii electronice pentru cetățeni. Singurele servicii aferente licenței de portal servicii electronice sunt *Servicii de implementare portal servicii electronice pentru cetățeni*.

Dimpotrivă, la pag 12 din caietul de sarcini, punctul 3.4.1.5 - Licența aplicație portal de servicii electronice pentru cetățeni se precizează că „*Pentru portalul de servicii electronice se dorește o soluție la cheie pe care ofertantul să o configureze cu datele culese în urma etapei de analiză de la beneficiar*”.

Ca atare, poziția adaptată de autoritatea contractantă cu privire la problema supusă analizei este nejustificată, ajungându-se practic la o deturnare a conținutului cerințelor, astfel cum ele sunt reținute prin caietul de sarcini.

Pe de altă parte, cerințele care vizau predarea codului-sursă pot fi identificate de două ori în caietul de sarcini, respectiv la pagina 8 și la pagina 16.

În concret, la pagina 8, se precizează că *Toate documentele rezultate în urma extinderii sistemului informatic, inclusiv codul-sursă, vor fi predate CJCS, devenind proprietatea acestuia*". În acest caz însă, cerința se referă la poziția 11 din livrabile ("*11. Servicii de extindere sistem informatic de management de documente implementat cu digitalizare fluxuri venite prin portal și implementare registraturi electronice pentru instituțiile subordonate (comunicare bidirecțională cu acestea prin intermediul portalului de servicii*"), și în niciun caz la poziția 5 ("*5.Licența aplicație portal de servicii electronice pentru cetățeni*").

Apoi, la pagina 16 din caietul de sarcini, se prevede că *Portalul de servicii va fi integrat cu soluția de management a documentelor prin aceea că după precompletare și validare va transfera datele de pe serverul achiziționat prin acest proiect, în sistemul de management al documentelor (server achiziționat prin proiectul anterior) pentru a putea parcurge fluxurile interne aferente, iar la finalizarea fluxului intern*

documentele vor ajunge în portalul de servicii care va livra electronic documentele aferente serviciului solicitat. Codul sursă va fi predat CJCS.

Așadar, codul-sursă la care se referă această cerință vizează partea de integrare a portalului cu soluția de management a documentelor. Or, așa cum rezultă din răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1, transmis prin adresa nr. 1027/01/03/2023, contestatoarea a precizat că, în privința serviciilor de implementare/extindere care presupun dezvoltarea unor module software/integrări, va fi predat codul-sursă al acestora către autoritatea contractantă. În această manieră, autoritatea contractantă va deveni proprietar al codului-sursă în conformitate cu legislația privind drepturile de autor.

Contestatoarea învederează că nu există vreo cerință în caietul de sarcini pentru realizarea unui soft particularizat de portal servicii electronice (în oricare dintre modalități: scriere cod-sursă, proiectare, dezvoltare), care să aibă drept consecință o eventuală predare a codului-sursă rezultat.

Potrivit formularului de propunere tehnică depus de SC SRL, pagina 2, *„Soluția propusă se bazează pe aplicații software mature COTS, cu grad înalt de performanță și eficiență dovedite în Administrația publică:*

[...]

- *ePortal - Portal Servicii Electronice™(marca înregistrată) (peste 25 de implementări la administrația centrală și locală)."*

"2.2 Avantajele competitive ale propunerii tehnice

Propunerea tehnică are o serie de avantaje competitive printre care: i. [...]

ii. Soluția se bazează pe produse software COTS (gata realizate, nu necesită dezvoltare) cu un grad ridicat de parametrizare, ce vor fi configurate simplu și ușor în etapa de implementare

iii. Ofertantul SC ... SRL este producătorul soluțiilor informatice COTS propuse a fi implementate, deci orice posibilă necesitate de extindere/dezvoltare poate fi realizată repede și cu eforturi reduse".

La pagina 1 din Formularul de propunere tehnică, se precizează că *„Toate informațiile din Oferta tehnică inclusiv anexele (fișe de produs SOBIS) sunt confidențiale și reprezintă documentații aferente produselor SC SRL înregistrate la ORDA".*

Mai mult decât atât, în centralizatorul de prețuri anexat ofertei financiare, la poziția 5, apare menționat *„Licența aplicație portal de servicii electronice pentru cetățeni:*

-Licența ePortal-Portal Servicii Electronice v4.3, producător ..., licența per instanța beneficiar"

Așadar, ofertantul a înțeles să ofere licența COTS Licența ePortal-Portal Servicii Electronice v4.3 pentru produsul portal servicii electronice pentru cetățeni, care s-a dorit a fi un produs "la cheie", înregistrat la

ORDA, așa cum se precizează în Formularul de ofertă (pentru aceasta, se prestează servicii de implementare).

II. În ce privește temeiul de drept pe care autoritatea contractantă își fundamentează soluția de respingere a ofertei ca inacceptabilă, respectiv art. 12 alin. (1) din OUG nr. 41/2016, acesta nu este incident în cauză. Astfel textul de lege indicat are, în forma în vigoare, următorul conținut:

Art. 12

(1) Instituțiile publice și organele de specialitate ale administrației publice centrale au obligația de a prevedea explicit în caietele de sarcini și în contractele aferente procedurilor de achiziție publică demarate de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, care includ dezvoltări de programe informatice la solicitarea instituției sau autorității, faptul că toate drepturile patrimoniale de autor asupra tuturor operelor create de către contractant sau membrii asocierii, aferente produsului sau serviciului livrat, se transferă către autoritatea contractantă.

Așadar, norma juridică amintită se referă în prezent exclusiv la instituțiile publice și organele de specialitate ale administrației publice centrale, iar nu la cele aparținând administrației publice locale, categorie din care face parte și autoritatea contractantă din prezenta cauză.

Acest articol a fost modificat prin art. 1 punctul 17 din Legea 9/04.01.2023 ("Publicat în MONITORUL OFICIAL nr. 14 din 5 ianuarie 2023"), care intră în vigoare de la 04.07.2023, conform dispozițiilor tranzitorii existente în lege ("Articolul IV Prezenta lege intră în vigoare la 180 de zile de la data publicării acesteia în Monitorul Oficial al României, Partea /."), referindu-se inclusiv la organele administrației publice locale:

Nota

Începând cu data de 04-07-2023, conform dispozițiilor Punctului 17, Articolul I din LEGEA nr. 9 din 4 ianuarie 2023, publicata în MONITORUL OFICIAL nr. 14 din 5 ianuarie 2023 coroborate cu prevederile Articolului IV din același act normativ, alineatul (1) al articolului 12 se modifică și va avea următorul cuprins:

(1) Instituțiile publice, organele de specialitate ale administrației publice centrale și locale, precum și persoanele juridice de drept privat care, potrivit legii, au obținut statut de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public, în regim de putere publică, au obligația de a prevedea explicit în caietele de sarcini și în contractele aferente procedurilor de achiziție publică demarate, care includ dezvoltări de programe informatice la solicitarea instituției sau autorității, faptul că toate drepturile patrimoniale de autor asupra tuturor operelor create de către contractant sau membrii asocierii, aferente produsului sau serviciului livrat, se transferă

Așa fiind, forma modificată a normei juridice analizate - în care sunt incluse și organele de specialitate ale administrației publice locale -

va intra în vigoare la data de 04.07.2023, neputând fi aplicabilă în procedurile de achiziție derulate în prezent, potrivit principiului *tempus regit actum*.

Prevederea invocată de autoritatea contractantă se referă la „dezvoltări de programe informatice la solicitarea instituției sau autorității”. Or, în prezentul caiet de sarcini nu se solicită dezvoltarea unui program informatic de portal servicii electronice pentru cetățeni, ci achiziția unei licențe pentru un program la cheie (gata dezvoltat). Deci, nici măcar începând cu data de 04.07.2023 prevederea respectivă nu va viza Licența de portal servicii electronice pentru cetățeni.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea învederează următoarele:

- în caietul de sarcini nu au fost solicitate servicii de realizare cod sursă pentru portalul de servicii electronice, ci s-a solicitat un produs "la cheie", pentru care s-a oferit un produs COTS (o licență).
- scrierea de software pentru Portalul de servicii electronice nu a făcut obiectul procedurii
- aferent unei licențe COTS nu se livrează și codul-sursă. De exemplu, în caietul de sarcini au fost solicitate și alte 4 licențe - 1. Licența sistem operare server, 2. Licența antivirus (pentru server), 3. Licențe de birou de tip OFFICE sau echivalent - 5 buc, 4. Licența aplicație backup pentru datele stocate -, pentru care este imposibil să se livreze codul-sursă.

Mai mult, pentru serviciile solicitate în caietul de sarcini, contestatoarea susține că și-a asumat prin răspunsul la solicitarea de clarificări predarea codului sursă: *"b) servicii de implementare/extindere care presupun dezvoltarea unor module software/integrări la care beneficiarul va deveni proprietar al codului sursă care va fi predat autorității contractante în conformitate cu legislația privind drepturile de autor"*.

Autoritatea contractantă a depus în copie, dosarul achiziție anexat punctului de vedere înregistrat la Consiliu sub nr. 17723/03.04.2023 cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL.

Comisia de evaluare, analizând propunerea tehnică depusă de către ofertantul SC ... SRL, a concluzionat că este necesară transmiterea unei solicitări de clarificare privind:

Solicitare de clarificări:

1. Referitor la documentația de atribuire a contractului de servicii și oferta tehnică prezentată de către dvs. prin care ne comunicați faptul că, programul oferit, denumit E-portal, este deja înregistrat la ORDA, iar cerința este realizarea unui soft particularizat nevoilor autorității contractante al cărui cod sursă va fi predat CJCS și va deveni proprietatea autorității contractante, vă solicităm să clarificați cum considerați că îndepliniți această cerință, având în vedere legislația în vigoare privind drepturile de autor.

2. Având în vedere cerința din caietul de sarcini la pag. 32, cererea de serviciu este validată informatic (front-end și back-end) din punct de vedere al restricțiilor de completare și apoi este transmisă automat în modulul de registratură din sistemul de management al documentelor existent, iar în oferta tehnică precizați următoarele:

"Am luat la cunoștință. Ne vom conforma în totalitate cerinței impuse, Cererea de serviciu este validată informatic (front-end și back-end) din punct de vedere al restricțiilor de completare. Ulterior, ea este transmisă automat în modulul de registratură din sistemul de management al documentelor existent la Primărie", solicităm să ne clarificați la ce sistem de management de documente existent la primărie vă referiți.

Autoritatea contractantă transmite solicitarea de clarificare nr. 4382/01.03.2022 prin intermediul SEAP/SICAP în cadrul procedurii mai sus menționate, cu termen de răspuns 02.03.2022.

Ofertantul SC ... SRL transmite răspunsul nr. 1027/01.03.2023, în termen, în SEAP/SICAP.

În cadrul ședinței de evaluare, privind evaluarea răspunsului la solicitarea de clarificare transmisă ofertantului SC ... SRL, comisia de evaluare a verificat următoarele aspecte ale evaluării răspunsurilor:

În răspunsul transmis, SC ... SRL precizează următoarele:

1. *Vă comunicăm faptul că la realizarea softului se folosesc a) produse COTS (ex. Licență sistem operare server, Licență antivirus (pentru server), Licențe de birou de tip OFFICE sau echivalent, Licență aplicație backup pentru datele stocate, Licență aplicație portal de servicii electronice pentru cetățeni, - Licența ePortal-Portal Servicii Electronice v4.3, ..., licență per instanța beneficiar) la care se va preda licența de utilizare și b) servicii de implementare/extindere care presupun dezvoltarea unor module software/integrări la care beneficiarul va deveni proprietar al codului sursă care va fi predat autorității contractante în conformitate cu legislația privind drepturile de autor.*

2. *Cu privire la formularea de la pag. 469 din Oferta tehnică-matrice de conformitate potrivit căreia "Cererea de serviciu este validată informatic (front-end și back-end) din punct de vedere al restricțiilor de completare. Ulterior, ea este transmisă automat în modulul de registratură din sistemul de management al documentelor existent la Primărie" facem precizarea că dintr-o regretabilă eroare s-a strecurat cuvântul Primărie și vă rugăm să acceptați eliminarea lui. Răspunsul din ofertă se referă la sistemul de management al documentelor de la beneficiar iar formularea va fi "Cererea de serviciu este validată informatic (front-end și back-end) din punct de vedere al restricțiilor de completare. Ulterior, ea este transmisă automat în modulul de registratură din sistemul de management al documentelor existent.*

Autoritatea contractantă susține că SC ... SRL în răspunsul transmis, nu clarifică solicitarea privitoare la faptul că ofertantul are deja

programul informatic înregistrat la ORDA, iar cerința este realizarea unui soft particularizat nevoilor autorității contractante, al cărui cod sursă va fi predat CJCS și va deveni proprietatea exclusivă a autorității contractante, prin răspunsul transmis, face referire la codul sursă care va fi predat autorității contractante în conformitate cu legislația privind drepturile de autor.

Conform prevederilor OUG nr. 41/2016 în care se prevede faptul că, Obligația autorităților contractante de a solicita transferul drepturilor de proprietate intelectuală "Instituțiile publice și organele de specialitate ale administrației publice centrale au obligația de a prevedea explicit în caietele de sarcini și în contractele aferente procedurilor de achiziție publică demarate de la pagina 5 din 29 data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, care includ dezvoltări de programe informatice la solicitarea instituției sau autorității, faptul că toate drepturile patrimoniale de autor asupra tuturor operelor create de către contractant sau membrii asocierii, aferente produsului sau serviciului livrat, se transferă către autoritatea contractantă).

Ori prin răspunsul transmis, ofertantul nu face referire la faptul că, codul sursă al programului ofertat va deveni proprietatea exclusivă a autorității contractante, potrivit prevederilor anterior menționate, așa cum a fost solicitat prin documentația de atribuire, impunând restricții, prin precizarea că autoritatea contractantă va fi obligată să respecte legea drepturilor de autor.

Autoritatea contractantă consideră faptul că, ofertantul prin propunerea tehnică prezentată cât și prin răspunsul transmis la solicitarea de clarificări păstrează în totalitatea toate drepturile asupra livrabilelor, orice modificare sau completare a lor ulterioară care se dorește a fi făcută de către autoritatea contractantă nu se va putea efectua fără acceptul SC ... SRL, societatea care prin înregistrarea programului va deține controlul absolut.

Prin urmare, ofertantul ... a omis intenționat de a clarifica acest aspect ori, conform art. 134 din HG 395/2016 alin. (5) *"în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă".*

Prin documentația de atribuire, cerința autorității contractante a fost ca soluția informatică ofertată să cuprindă, pe lângă produsele COTS, și Servicii de extindere sistem informatic de management de documente implementat cu digitalizare fluxuri venite prin portal și implementare registraturi electronice pentru instituțiile subordonate.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă face precizarea că, în momentul de față, toate solicitările/adresele venite de la instituțiile subordonate vin fie prin e-mail, fie direct la Registratura instituției. Prin acest proiect se dorește scurtarea timpilor de soluționare a solicitărilor, instituțiile subordonate având posibilitatea de a se înrola la aceste servicii și de a-și transmite solicitările/adresele electronic. În urma depunerii solicitării/adresei, instituția subordonată va primi confirmarea depunerii solicitării/adresei, fiindu-i comunicat și numărul de înregistrare.

Pentru respectarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și transparenței, consacrate la art. 2 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a fost diligentă în speța de față, în a verifica toate aspectele propunerii tehnice depuse de către SC ... SRL.

Autoritatea contractantă consideră că demersul contestatorului este un abuz de drept, concretizat în exercitarea dreptului procesual de a depune contestație cu rea-credință, contrar scopului în vederea căruia a fost recunoscut de lege, folosindu-se abuziv de dreptul oferit de lege, de contestație pentru tergiversarea procedurii în astfel de contestații lipsite de fond, veridicitate și motive reale.

În acest sens, ofertantul SC ... SRL a încercat să inducă în eroare autoritatea contractantă, prin înregistrarea programului la ORDA, menținând toate drepturile de autor, din care rezultă în mod clar faptul că a încercat să-și creeze un avantaj.

În final, autoritatea contractantă solicită rămânerea în vigoare a comunicării nr. 4896/07.03.2023, prin care s-a comunicat ofertantului hotărârea comisiei de evaluare de a considera oferta neconformă și motivele declarării ofertei ca neconformă.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus cautiunea în valoare de 18.660 lei, prin recipisa de consemnare nr. 208985059/1/16.03.2023, emisă de CEC Bank, Sucursala SIBIU.

Cautiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online privind atribuirea contractului având ca obiect *„Implementare portal servicii către cetățeni și extindere sistem management de documente prin introducerea de fluxuri interne/externe ce deservește aceste servicii și modernizare site web instituție”*. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 933.000 lei.

Ca urmare a comunicării rezultatului procedurii nr. 4896/07.03.2023, prin care i s-a adus la cunoștință că oferta sa este inacceptabilă, a formulat contestație SC ... SRL, solicitând reevaluarea ofertei sale.

Consiliul reține că ambele părți expun aceeași situație de fapt, diferența constând în aprecierea diferită a aceleiași situații.

Astfel, în timp ce autoritatea contractantă invocă un așa-numit efect de captivitate (lock-in), prin faptul că i se transmite doar codul sursă a aplicației personalizate, create pentru uzul autorității, nu și codul sursă al aplicației COTS, creată de ofertanta contestatoare și înregistrată la ORDA, contestatoarea susținând că acel cod pe care îl predă autorității contractante este suficient pentru a nu fi captivă, aplicația predată putând fi dezvoltată cu un alt prestator de servicii.

Între părți s-a purtat o corespondență lămuritoare, expusă în susținerile părților, înțelegându-se întocmai ce, anume, ofertează contestatoarea.

Astfel, potrivit caietului de sarcini, respectiv pct. 3.4.1, pag. 8 - Serviciile/echipamentele solicitate: activitățile ce vor fi realizate, se precizează că *„Prin acest proiect se achiziționează un pachet compus din:*

- 1. Licența sistem operare server*
- 2. Licența antivirus (pentru server)*
- 3. Licențe de birou de tip OFFICE sau echivalent - 5 buc*
- 4. Licența aplicație backup pentru datele stocate*
- 5. Licența aplicație portal de servicii electronice pentru cetățeni*
- 6. Server*
- 7. UPS*
- 8. Kit imprimantă coduri de bare și etichete*
- 9. SMS gateway pentru implementare notificări*
- 10. Servicii de implementare portal servicii electronice pentru cetățeni*
- 11. Servicii de extindere sistem informatic de management de documente implementat cu digitalizare fluxuri venite prin portal și implementare registraturi electronice pentru instituțiile subordonate (comunicare bidirecțională cu acestea prin intermediul portalului de servicii)*
- 12. Instruirea personalului care administrează și utilizează sistemele informatice realizate și implementate prin proiect*
- 13. Servicii de realizare infrastructură hardware*
- 14. Servicii de modernizare site web responsive și accesibil cu migrare de date*
- 15. Implementare în sistem informatic de management de documente a unui instrument intern implementat pentru management și evaluare a performanței cu privire la serviciile livrate prin proiect).*

Prin urmare, așa cum susține contestatoarea, achiziția vizează o licență de aplicație portal servicii electronice pentru cetățeni, împreună cu serviciile de implementare portal servicii electronice pentru cetățeni.

Consiliul reține ca fiind pertinentă susținerea contestatoarei conform căreia autoritatea contractantă precizează că „*cerința este realizarea unui soft particularizat nevoilor autorității contractante al cărui cod sursă va fi predat CJCS și va deveni proprietatea autorității contractante*”, dar în realitate, nicăieri în cuprinsul caietului de sarcini nu apare vreo cerință de „*realizare a unui soft particularizat nevoilor autorității contractante*”.

În mod similar, în caietul de sarcini nu apare vreo cerință/activitate de realizare - care presupune proiectare și dezvoltare - soft pentru portal cetățeni, că nu apare drept activitate proiectarea de software sau dezvoltarea de software aplicație portal servicii electronice pentru cetățeni, singurele servicii aferente licenței de portal servicii electronice sunt *Servicii de implementare portal servicii electronice pentru cetățeni*.

Dimpotrivă, așa cum susține contestatoarea, la pag. 12 din caietul de sarcini, punctul 3.4.1.5 - *Licența aplicație portal de servicii electronice pentru cetățeni* se precizează că „**Pentru portalul de servicii electronice se dorește o soluție la cheie pe care ofertantul să o configureze cu datele culese în urma etapei de analiză de la beneficiar**”.

Consiliul reține, de asemenea, că cerințele referitoare la predarea codului-sursă se regăsesc la pagina 8 și la pagina 16 din caietul de sarcini.

- la pagina 8, - **Toate documentele rezultate în urma extinderii sistemului informatic, inclusiv codul-sursă, vor fi predate CJCS, devenind proprietatea acestuia**. Consiliul reține că această cerință se referă la poziția 11 din livrabile (*"11. Servicii de extindere sistem informatic de management de documente implementat cu digitalizare fluxuri venite prin portal și implementare registraturi electronice pentru instituțiile subordonate (comunicare bidirecțională cu acestea prin intermediul portalului de servicii)"*), și nu la poziția 5 (*"5.Licența aplicație portal de servicii electronice pentru cetățeni"*).

- la pagina 16 - *Portalul de servicii va fi integrat cu soluția de management a documentelor prin aceea că după precompletare și validare va transfera datele de pe serverul achiziționat prin acest proiect, în sistemul de management al documentelor (server achiziționat prin proiectul anterior) pentru a putea parcurge fluxurile interne aferente, iar la finalizarea fluxului intern documentele vor ajunge în portalul de servicii care va livra electronic documentele aferente serviciului solicitat. Codul sursă va fi predat CJCS.*

Așadar, codul-sursă la care se referă această cerință vizează partea de integrare a portalului cu soluția de management a documentelor.

Or, așa cum rezultă din răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1, transmis prin adresa nr. 1027/01/03/2023, **contestatoarea a precizat că, în privința serviciilor de implementare/extindere care presupun dezvoltarea unor module software/integrări, va fi predat codul-sursă al acestora către autoritatea contractantă.**

Consiliul reține că propunere tehnică depus de SC SOBIS SOLUTIONS SRL, pagina 2, „Soluția propusă se bazează pe aplicații software mature COTS, cu grad înalt de performanță și eficiență dovedite în Administrația publică:

[...]

- *ePortal - Portal Servicii Electronice™ (marca înregistrată SOBIS SOLUTIONS) (peste 25 de implementări la administrația centrală și locală).*"

"2.2 Avantajele competitive ale propunerii tehnice

Propunerea tehnică are o serie de avantaje competitive printre care: i. [...]

ii. Soluția se bazează pe produse software COTS (gata realizate, nu necesită dezvoltare) cu un grad ridicat de parametrizare, ce vor fi configurate simplu și ușor în etapa de implementare

iii. Ofertantul SC ... SRL este producătorul soluțiilor informatice COTS propuse a fi implementate, deci orice posibilă necesitate de extindere/dezvoltare poate fi realizată repede și cu eforturi reduse".

La pagina 1 din Formularul de propunere tehnică, se precizează că „Toate informațiile din Oferta tehnică inclusiv anexele (fișe de produs SOBIS) sunt confidențiale și reprezintă documentații aferente produselor SC ... SRL înregistrate la ORDA".

Mai mult decât atât, în centralizatorul de prețuri anexat ofertei financiare, la poziția 5, apare menționat „Licența aplicație portal de servicii electronice pentru cetățeni:

-Licența ePortal-Portal Servicii Electronice v4.3, producător ..., licența per instanța beneficiar"

Așadar, ofertantul a înțeles să ofere licența COTS Licența ePortal-Portal Servicii Electronice v4.3 pentru produsul portal servicii electronice pentru cetățeni, care s-a dorit a fi un produs "la cheie", înregistrat la ORDA, așa cum se precizează în Formularul de ofertă (pentru aceasta, se prestează servicii de implementare).

Verificând documentul intitulat STUDIU PRIVIND EFECTUL DE CAPTIVITATE (LOCK-IN) ÎN SECTOARELE SENSIBILE ÎN DOMENIUL ACHIZIȚIILOR PUBLICE, IT ȘI ECHIPAMENTE/APARATURĂ MEDICALĂ, aflat pe site-ul Consiliului Concurenței, Consiliul reține că aplicațiile informatice sunt de mai multe feluri:

- **„Aplicații COTS (Commercial off-the-shelf)** - aplicații comerciale dezvoltate de un anumit producător, ce au o aplicabilitate generală pentru mai mulți beneficiari și sunt oferite pe piață sub aceeași

formă pentru toți beneficiarii; **în general, astfel de aplicații se vând pe bază de licență. Există mai multe tipuri de licențiere, cum ar fi cea permanentă, temporară, achiziționată în leasing, limitată la numărul de utilizatori sau capacitatea de procesare etc. Pentru acest tip de aplicații, dreptul de proprietate este al producătorului, beneficiarul are doar drept de utilizare (nu poate interveni asupra codului sursă, nu poate revinde licența etc.);**

- Aplicații FOSS (Free and Open Source Software) - programe informatice dezvoltate pe bază de licențiere deschisă, la care accesul este liber, inclusiv la codul sursă (Open Source Initiative). În acest caz, nu se pune problema dreptului de proprietate, dar orice dezvoltare suplimentară poate să devină proprietatea beneficiarului sau a furnizorului, în funcție de termenii contractuali;

- **Aplicații dezvoltate la cerere (de către terți) - aplicații rezultate în urma unui proces de dezvoltare software (incluzând activități de genul analiză, proiectare, dezvoltare, testare, implementare) din care rezultă unul sau mai multe produse de tip „cod sursă program”. Acest tip de aplicații sunt comandate de beneficiar pe baza unor specificații tehnice și în mod firesc ar trebui să devină proprietatea acestuia;**

- **Aplicații hibrid - cuprind atât componente/module COTS sau FOSS, cât și aplicații dezvoltate la cerere (extensii ale acestor prime categorii de aplicații).** Pentru acest tip de aplicații, este evident că modulele COTS rămân, așa cum a fost precizat mai sus, proprietatea producătorului. În ceea ce privește aplicațiile realizate, dreptul de proprietate asupra acestora depinde de modul în care au fost definite condițiile contractuale, precum și specificațiile din caietul de sarcini”.

În cadrul acestei proceduri, vorbim de o aplicație hibrid, care conține atât module COTS [1. Licența sistem operare server, 2. Licența antivirus (pentru server), 3. Licențe de birou de tip OFFICE sau echivalent - 5 buc, 4. Licența aplicație backup pentru datele stocate], dar și aplicații dezvoltate la cerere, pentru care se pune la dispoziție codul sursă, așa cum s-a oferit, și cum se menționează în documentația de atribuire [pagina 8, - **Toate documentele rezultate în urma extinderii sistemului informatic, inclusiv codul-sursă, vor fi predate CJCS, devenind proprietatea acestuia**”. -"11. Servicii de extindere sistem informatic de management de documente implementat cu digitalizare fluxuri venite prin portal și implementare registraturi electronice pentru instituțiile subordonate (comunicare bidirecțională cu acestea prin intermediul portalului de servicii") și pagina 16 - Portalul de servicii va fi integrat cu soluția de management a documentelor prin aceea că după precompletare și validare va transfera datele de pe serverul achiziționat prin acest proiect, în sistemul de management al documentelor (server achiziționat prin proiectul anterior) pentru a putea

*parcurge fluxurile interne aferente, iar la finalizarea fluxului intern documentele vor ajunge în portalul de servicii care va livra electronic documentele aferente serviciului solicitat. **Codul sursă va fi predat CJCS***. În condițiile în care pentru portalul de servicii electronice, contestatoarea a oferit un produs COTS, pentru acesta se ofertează licență, fiind suficient pentru autoritatea contractantă, soluția oferită nepunând-o în poziția de client captiv.

Tot în cadrul manualului menționat mai sus, aflat pe site-ul Consiliului Concurenței, se arată că aplicațiile software dezvoltate la cerere sunt aplicații create pe specificul activității unei instituții și realizate pe baza unor specificații tehnice bine definite. La finalizarea aplicației, toate drepturile patrimoniale de autor asupra tuturor operelor create de către ofertant, aferente produsului sau serviciului livrat, trebuie transferate către autoritatea publică, devenind proprietatea beneficiarului.

În domeniul IT, captivitatea autorităților contractante a fost identificată în special în cazul achizițiilor publice privind dezvoltarea unor aplicații software la cerere (personalizate pentru cerințele operaționale ale instituțiilor conform legii de funcționare a acestora).

Omisiunea autorităților contractante de a include în documentația de atribuire a transferului dreptului de proprietate asupra aplicațiilor dezvoltate la cerere (codul sursă), conduce, ulterior, la dependența autorităților contractante față de furnizorul aplicației, deținător al dreptului de proprietate intelectuală. Orice dezvoltare ulterioară a aplicației poate fi făcută doar cu furnizorul inițial al aplicației software. Pentru a evita o astfel de situație, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că va putea modifica codul sursă independent de furnizorul inițial, transfera codul sursă către un alt furnizor sau contracta un alt furnizor pentru modificări sau servicii de mentenanță. De asemenea, în caietul de sarcini sunt prevederi referitoare la licențiere, ori pentru acestea nu se transferă codul sursă.

Un „client captiv” este acela care depinde de un furnizor unic pentru menținerea și dezvoltarea ulterioară a sistemului. Această „captivitate” este indusă atât de dreptul de proprietate asupra codului sursă, cât și de lipsa transparenței privind aspectele tehnice ce au stat la baza dezvoltării sistemului informatic (arhitectura, cod sursă, funcționalități, interfețe etc.).

Blocajul în cadrul instituțiilor publice în ceea ce privește produsele IT apare de regulă atunci când o autoritate publică nu poate să schimbe furnizorul cu ușurință după expirarea perioadei de timp convenite în caietul de sarcini, deoarece nu sunt disponibile toate informațiile esențiale referitoare la produs pentru ca acesta să fie preluat eficient de către un alt furnizor. Mai mult de atât, în cazul în care o autoritate publică este dependentă de un singur furnizor pentru produsele/sistemele/aplicațiile sale, ar putea să apară probleme din

punct de vedere concurențial în ceea ce privește viitoarele achiziții făcute în vederea înlocuirii, dezvoltării sau modificării acestora.

Comisia Europeană precizează că o situație de „blocaj” presupune, de obicei, faptul că documentele de achiziție pentru următorul contract legat de sistemele IT, care cauzează blocajul, vor conține trimiteri la marca sistemului. Achizitorii trebuie să recurgă la trimiterile de mărci deoarece lipsa informațiilor despre sistemul IT face imposibilă descrierea sistemului în alt mod, cu suficient de multe detalii. De altfel, aceste informații detaliate cu privire la modul în care funcționează sistemul sunt disponibile numai pentru un anumit furnizor, astfel că, atunci când autoritățile contractate sunt nevoite să cumpere componente sau licențe noi, doar furnizorul respectiv le poate oferi.

De asemenea, în cadrul Agendei Digitale pentru Europa, blocajele sunt considerate o problemă, iar Acțiunea 23 din Agenda Digitală reprezintă un angajament de a oferi orientări cu privire la legătura dintre standardizarea sistemelor informatice și achizițiile publice, cu scopul de a sprijini autoritățile publice să utilizeze standarde, în vederea promovării eficacității și diminuării blocajelor. În contextul aprobării Guvernului României a Strategiei Naționale privind Agenda Digitală pentru România 2020, s-a readus în prim plan dezbateră despre obiectivele privind introducerea și utilizarea standardelor în achiziționarea de produse IT.

În speța de față, însă, discuția între părți se poartă pe un produs COTS, preexistent acestei proceduri, înregistrat ca atare la ORDA, respectiv aplicația E-portal, pentru care se oferă licență de utilizare, sistemul putând fi ulterior dezvoltat de autoritatea contractantă.

Consiliul mai reține că în caietul de sarcini, nu au fost solicitate servicii de realizare cod sursă pentru portalul de servicii electronice, ci s-a solicitat un produs "la cheie", pentru care s-a oferit un produs COTS (o licență), iar scrierea de software pentru Portalul de servicii electronice nu a făcut obiectul procedurii. Astfel, ca și concluzie, se reține că pentru licențele COTS nu se livrează și codul-sursă. Și licența produsă de Sobis urmează același regim al celorlalte licențe. Astfel, dacă pentru Licența antivirus (pentru server) nu se predă codul sursă, același regim îl are și licența Sobis, nu se predă codul sursă, ci doar dreptul de utilizare, autoritatea fiind în măsură să dezvolte sistemul.

Având în vedere cele constatate, Consiliul reține că în realitate, este vorba de o confuzie din partea autorității contractante, pentru produsele COTS nepredându-se codul sursă, ci licența de utilizare.

În drept, Consiliul reține aplicabilitatea dispozițiilor art. 133 alin. (2) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, care stabilesc următoarele: „(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv”, ori în speță, propunerea tehnică corespunde caietului de sarcini sub aspectul motivului de respingere invocat de autoritatea contractantă.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune reevaluarea acestei oferte.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune reevaluarea acestei oferte.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 16 (șaisprezece) pagini.