



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../ ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., și adresa de corespondență la punctul de lucru din ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de doamna ... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de servicii de mentenanță pentru sistemul informatic integrat Hospital Manager Suite, cod CPV 72200000-7, cu data-limită de depunere a ofertelor ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat, în principal, obligarea autorității la eliminarea cerinței „ofertantul trebuie să facă dovada că deține dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite”, la prezentarea completă, corectă, precisă, clară și fără ambiguități a funcționalităților existente ale sistemului integrat Hospital Manager Suite pentru care se solicită servicii de mentenanță, la eliminarea cerințelor suplimentare privind upgrade-ul la ultima versiune și, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ... SRL reclamă anumite cerințe ale autorității contractante ... din documentația de atribuire și din răspunsul la clarificări nr. ..., în cadrul procedurii de licitație menționată în partea introductivă.

Învederează în motivare că, în caietul de sarcini, autoritatea descrie sistemul integrat deținut (Hospital Manager Suite), pentru care dorește mentenanță. Printr-o solicitare de clarificări, i s-au cerut:

1) Dacă ... deține în proprietate sistemul integrat, cum va îndeplini prevederile Art.154 din Legea 98/2016 actualizată, de furnizare a tuturor datelor și informațiilor complete, corecte și precise aferente sistemului integrat pentru realizarea serviciilor de mentenanță (acces la codul sursă al programului informatic, acces la modalități și cerințe de integrare a funcționalităților și echipamentelor sistemului integrat, etc.)?

2) Dacă ... deține spre utilizare sistemul integrat, iar proprietarii programului informatic nu au obligația să permită accesul la codul sursă și la alte informații protejate de legea dreptului de autor, cum va îndeplini autoritatea contractanta cerința Art.154 din Legea 98/2016 actualizată, de furnizare a tuturor datelor și informațiilor complete, corecte și precise aferente sistemului integrat pentru realizarea serviciilor de mentenanță (acces la codul sursă al programului informatic, acces la modalități și cerințe de integrare a funcționalităților sistemului integrat, etc.)?"

Autoritatea a răspuns că:

1) va pune la dispoziție acces de la distanță pentru aplicația existentă Hospital Manager Suite oricărui ofertant care trebuie să facă dovada că deține dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite.

2) va pune la dispoziție acces de la distanță pentru aplicația existentă Hospital Manager Suite oricărui ofertant care trebuie să facă dovada că deține dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite.

Răspunzând astfel, autoritatea introduce un nou criteriu de calificare și selecție, modificând semnificativ documentele achiziției, cu intenția de a restrânge concurența. Afirmă că va pune la dispoziție accesul de la distanță pentru prestarea serviciilor doar ofertantului „care trebuie să facă dovada că deține dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite”. Prin urmare, limitează drastic și nejustificat posibilitatea și opțiunile operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire. Există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici. Având în vedere că autoritatea deține sistemul informatic Hospital Manager Suite, aceasta ar trebui să pună la dispoziția potențialilor ofertanți codul sursă al aplicației. Altminteri, procedura este direcționată către proprietarul respectivului program informatic.

I s-au cerut autorității și:

În caietul de sarcini din cadrul documentației de atribuire publicate în SEAP la prezenta procedura, se solicită: Ofertantul va prezenta, alături de propunerea tehnică, Certificatul emis de ORDA (Oficiul Român pentru Drepturile de Autor) - Actul normativ

care impune obligativitatea acestei avizări: Ordonanța Guvernului 25 din ianuarie 2006 - articolul 35 (atestă faptul ca ofertantul este proprietarul programului informatic ce face obiectul prezentei proceduri).

Ordonanța Guvernului nr. 25/2006 (republicată) privind întărirea capacității administrative a Oficiului Român pentru Drepturile de Autor, prevede la art. 35 următoarele:

Articolul 35

Înregistrarea persoanelor fizice autorizate și a persoanelor juridice în registrele naționale administrate de Oficiul Român pentru Drepturile de Autor se efectuează în baza cererilor-tip specifice, însoțite de copia certificatului de înregistrare la oficiul registrului comerțului. Datele și informațiile nereale declarate în cererea-tip atrag răspunderea solicitantului, potrivit legii.

a) Vă rugăm să precizați de unde reiese în actul normativ, respectiv din articolul invocat de dumneavoastră impunerea obligativității "acestei avizări", respectiv ca ofertantul să prezinte alături de propunerea tehnică Certificatul emis de ORDA (Oficiul Român pentru Drepturile de Autor).

b) De asemenea, vă rugăm să precizați de ce se impune obligativitatea ca ofertantul să fie „proprietarul programului informatic ce face obiectul prezentei proceduri”?

Din această solicitare de clarificări reiese faptul că autoritatea contractantă a solicitat în caietul de sarcini un criteriu de calificare și selecție, încălcând prevederile legale din Legea nr. 98/2016 prin restrângerea artificială a concurenței, solicitând ca ofertantul să fie „proprietarul programului informatic ce face obiectul prezentei proceduri”, invocând ca justificare un act normativ care nu impune obligativitatea prezentării documentului solicitat.

Autoritatea a răspuns:

La cererea de clarificări „Ofertantul va prezenta, alături de propunerea tehnică, Certificatul emis de ORDA (Oficiul Român pentru Drepturile de Autor) - Actul normativ care impune obligativitatea acestei avizări: Ordonanța Guvernului 25 din ianuarie 2006 - articolul 35 (atestă faptul că ofertantul este proprietarul programului informatic ce face obiectul prezentei proceduri).”

a) se renunță la cerința de a prezenta certificatul emis de ORDA.

b) ofertantul trebuie să facă dovada ca deține dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite.

Prin răspunsul dat, autoritatea înlocuiește cerința de a prezenta certificatul emis de „ORDA” cu cerința ca „ofertantul să facă dovada că deține dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite”, în esență păstrând cerința anterioară, deoarece, conform prevederilor legale în materia drepturilor de autor, dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite îl deține și îl acordă proprietarul programului informatic.

I s-a mai cerut autorității:

În cadrul fișei de date, la secțiunea IV - Procedura, paragraful IV.I.I.b) - Tipul procedurii, se menționează: „Licitație deschisă”.

Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, la art. 71, prevede: „În cadrul procedurii de licitație deschisă orice operator economic are dreptul de a depune ofertă în urma publicării unui anunț de participare.” De asemenea, la art. 72 din cadrul Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice este prevăzut: „Licitația deschisă se inițiază prin transmiterea spre publicare a unui anunț de participare, în conformitate cu prevederile art. 144 alin. (2) și (3), prin care autoritatea contractantă solicită operatorilor economici depunerea de oferte.”

Cu toate acestea, în caietul de sarcini din cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă, prin cerința: „Ofertantul va prezenta, alături de propunerea

tehnică, Certificatul emis de ORDA (Oficiul Roman pentru Drepturile de Autor) - Actul normativ care impune obligativitatea acestei avizării: Ordonanța Guvernului 25 din ianuarie 2006 - articolul 35 (atesta faptul ca ofertantul este proprietarul programului informatic ce face obiectul prezentei proceduri).”, restricționează accesul la procedura pentru operatorii economici care nu sunt proprietari ai programului informatic.

Vă rugăm să clarificați acest aspect, cerința respectivă fiind reiterată și în cadrul fișei de date la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice.

La această solicitare de clarificări, autoritatea a răspuns:

La cererea de clarificări, după cum am răspuns și anterior, se renunță la cerința „Ofertantul va prezenta, alături de propunerea tehnică, Certificatul emis de ORDA” specificată în secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice.

Autoritatea contractantă nu restricționează accesul la procedură pentru operatorii economici care nu sunt proprietari ai programului informatic. Ofertantul trebuie să facă dovada că deține dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite.

Prin acest răspuns, autoritatea menține, în esență, aceeași cerință, deoarece dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite îl deține și îl acordă proprietarul programului informatic. În acest context, contestatoarea solicită eliminarea acestei cerințe.

La întrebarea:

În caietul de sarcini la cap. 2 Descriere tehnică HOSPITAL MANAGER SUITE se specifică:

„1. Instruire personal medical implicat corespunzător situațiilor:

a. Pacienții vor primi la internare o brățară pe care urmează să o poarte pe toată durata internării. Pe brățară va putea fi tipărit numărul foii de internare în clar și sub formă de cod de bare, numele și prenumele, data nașterii, posibile alergii, grupa sanguină și Rh-ul precum și alte informații stabilite în momentul implementării.”

Vă rugăm să precizați dacă sistemul integrat Hospital Manager Suite este complet funcțional la data inițierii procedurii de achiziție servicii de mentenanță.

iar răspunsul primit a fost:

La cererea de clarificări "1. Instruire personal medical implicat corespunzător situațiilor:

a. Pacienții vor primi la internare o brățară pe care urmează să o poarte pe toată durata internării. Pe brățară va putea fi tipărit numărul foii de internare în clar și sub formă de cod de bare, numele și prenumele, data nașterii, posibile alergii, grupa sanguină și Rh-ul precum și alte informații stabilite în momentul implementării.”

Menționăm că funcționalitatea este disponibilă printr-un upgrade la ultima versiune.

Răspunsul oferit este ambiguu și introduce cerințe noi, luând în considerare că în caietul de sarcini se descriu funcționalitățile sistemului integrat Hospital Manager Suite pentru care se solicită servicii de mentenanță. Autoritatea aduce la cunoștință că „funcționalitatea este disponibilă printr-un upgrade de ultimă versiune”, adăugând cerința să se efectueze un upgrade la ultima versiune pentru ca funcționalitatea respectivă să fie disponibilă, în condițiile în care prin procedura de achiziție se solicită prestarea unor servicii de mentenanță la un sistem informatic deținut, iar funcționalitatea respectivă trebuia să fie disponibilă. Mai mult decât atât, mențiunea că funcționalitatea respectivă este disponibilă printr-un upgrade la ultima versiune ridică întrebarea cine va

asigura upgrade-ul la ultima versiune, autoritatea contractantă care deține sistemul informatic sau proprietarul sistemului informatic, direcționarea procedurii fiind evidentă.

La întrebarea:

În caietul de sarcini la cap. 2 Descriere tehnică Hospital Manager Suite se specifică:

„2. Achiziția echipamentelor hardware - în funcție de situație spitalul va pune la dispoziție imprimante pentru generarea brățărilor imprimate cu informații specific înglobate într-un cod de prezentare, imprimante POS (banda) destinate farmaciilor, imprimante etichete pentru laborator, precum și cititoare cod bare destinate secțiilor pentru descărcarea medicamentelor pe pacient.”

a) Luând în considerare faptul că ... deține sistemul informatic Hospital Manager Suite și că paragraful de mai sus se regăsește la „Descriere tehnică Hospital Manager Suite”, vă rugăm detaliați specificația: în funcție de situație spitalul va pune la dispoziție imprimante pentru generarea brățărilor imprimate cu informații specific înglobate într-un cod de prezentare, imprimante POS (banda) destinate farmaciilor, imprimante etichete pentru laborator, precum și cititoare cod bare destinate secțiilor pentru descărcarea medicamentelor pe pacient.

b) Vă rugăm să precizați dacă funcționalitatea de generare a „brățărilor imprimate cu informații specific înglobate într-un cod de prezentare” este inclusă în sistemul informatic Hospital Manager Suite deținut de către Autoritatea Contractantă.

Răspunsul primit a fost:

La cererea de clarificări 2. Achiziția echipamentelor hardware - în funcție de situație spitalul va pune la dispoziție imprimante pentru generarea brățărilor imprimate cu informații specific înglobate într-un cod de prezentare, imprimante POS (banda) destinate farmaciilor, imprimante etichete pentru laborator, precum și cititoare cod bare destinate secțiilor pentru descărcarea medicamentelor pe pacient.

a) se referă la faptul că autoritatea contractantă v-a achiziționa în limita posibilităților aceste echipamente hardware.

b) menționăm că funcționalitatea de generare a „brățărilor imprimate cu informații specific înglobate într-un cod de prezentare” este disponibilă printr-un upgrade la ultima versiune.

Răspunsul este ambiguu și introduce cerințe noi. Autoritatea menționează că „funcționalitatea de generare a brățărilor imprimate cu informații specific înglobate într-un cod de prezentare este disponibilă printr-un upgrade la ultima versiune”, introducându-se cerința să se efectueze un upgrade la ultima versiune pentru ca funcționalitatea respectivă să fie disponibilă, în condițiile în care prin procedura de achiziție se solicită prestarea unor servicii de mentenanță la un sistem informatic deținut, la care i se descriu funcționalitățile existente; prin urmare funcționalitatea respectivă trebuia să fie disponibilă. În plus, se ridică întrebarea cine va asigura upgrade-ul la ultima versiune, autoritatea care deține sistemul informatic sau proprietarul sistemului informatic?

Solicitarea de clarificări nr. 6:

„În caietul de sarcini la capitolul 2 Descriere tehnică Hospital Manager Suite, subcapitolul 2.1. Module funcționale, paragraful 2.1.11. Modulul Laborator Clinic se specifică: "... Modulul Laborator Clinic are următoarele funcționalități: ... m) conectarea analizelor de laborator din cadrul spitalului în limita posibilităților la momentul intrării în vigoare a contractului de mentenanță.”

Vă rugăm să furnizați informații explicite privind mențiunea „în limita posibilităților la momentul intrării în vigoare a contractului de mentenanță” (la Modul Laborator Clinic, funcționalitatea privind „conectarea analizoarelor de laborator din cadrul spitalului” se va realiza „în limita posibilităților la momentul intrării în vigoare a contractului de mentenanță.”).

Răspuns:

La cererea de clarificări „... Modulul Laborator Clinic are următoarele funcționalități: ... m) conectarea analizoarelor de laborator din cadrul spitalului în limita posibilităților la momentul intrării în vigoare a contractului de mentenanță” se referă la conectarea tuturor analizoarelor existente în cadrul spitalului (autoritatea contractantă) la momentul intrării în vigoare a serviciilor de mentenanță pentru sistemul informatic integrat Hospital Manager Suite.

Răspunsul vine în contradicție cu specificațiile prezentate în caietul de sarcini, deoarece modulul Laborator Clinic și funcționalitățile acestuia, inclusiv funcționalitatea privind „conectarea analizoarelor de laborator din cadrul spitalului” sunt prezentate la subcapitolul "2.1. Module funcționale". Prin urmare, funcționalitatea menționată nu ar trebui să fie condiționată și să se realizeze „la momentul intrării în vigoare a serviciilor de mentenanță pentru sistemul informatic integrat Hospital Manager Suite”, respectiv ulterior atribuirii contractului de servicii de mentenanță, aceste servicii de mentenanță fiind solicitate a se presta la un sistem informatic deținut și funcțional la momentul demarării procedurii de atribuire.

Solicitarea de clarificări nr. 7:

În caietul de sarcini la capitolul 2 Descriere tehnică Hospital Manager Suite, subcapitolul 2.1. Module funcționale, paragraful 2.1.13. Modulul Registru Operațiuni Scanate se specifică: „Pentru funcționarea acestui modul este necesar un cititor de coduri de bare 1D/2D pentru fiecare stație de lucru unde este instalat.”

Vă rugăm să precizați la ce se referă specificația „este necesar un cititor de coduri de bare 1D/2D pentru fiecare stație de lucru unde este instalat”, având în vedere faptul că obiectul prezentei proceduri este "servicii de mentenanță pentru sistemul informatic integrat Hospital Manager Suite", Cod CPV: 72200000-7 Servicii de programare și de consultanță software (Rev.2) și nu achiziție de echipament hardware: „un cititor de coduri de bare ID/2D pentru fiecare stație de lucru unde este instalat”.

Răspunsul:

La cererea de clarificări „este necesar un cititor de coduri de bare ID/2D pentru fiecare stație de lucru unde este instalat”, având în vedere faptul că obiectul prezentei proceduri este "servicii de mentenanță pentru sistemul informatic integrat Hospital Manager Suite", Cod CPV: 72200000-7 Servicii de programare și de consultanță software (Rev.2) se face referire la faptul că modulul este funcțional prin upgrade la ultima versiune doar dacă se conectează hardware-ul specific acestei operațiuni, iar autoritatea contractantă pune la dispoziție cititoare de coduri de bare 1D/2D în limita posibilităților, nu face referire la achiziția de echipament hardware.

Și acest răspuns este ambiguu. Autoritatea aduce la cunoștință că funcționarea modulului Registru Operațiuni Scanate este condiționată de conectarea „hardware-ului specific acestei operațiuni, iar autoritatea contractantă pune la dispoziție cititoare de coduri de bare 1D/2D în limita posibilităților”, în condițiile în care prin procedura de achiziție se solicită prestarea unor servicii de

mentenanță la un sistem informatic deținut și, prin urmare, modulul respectiv era necesar a fi funcțional.

Totodată, mențiunea că modulul respectiv este „funcțional prin upgrade la ultima versiune” ridică întrebarea cine va asigura acest upgrade.

Răspunsurile autorității cu privire la funcționalitățile existente ale sistemului informatic pentru care se solicită servicii de mentenanță, respectiv prin precizarea faptului că acestea sunt disponibile printr-un „upgrade la ultima versiune”, ridică suspiciunea că autoritatea dorește, de fapt, achiziția mascată a unui produs - anume versiunea îmbunătățită a sistemului informatic Hospital Manager Suite, nu servicii de mentenanță la sistemul informatic pe care îl deține. Versiunea nouă, îmbunătățită, a produsului o poate oferi proprietarul sistemului informatic, care deține codul sursă al aplicației, fiind clară direcționarea procedurii.

Rezultă că autoritatea limitează drastic și nejustificat accesul operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, restrânge artificial concurența, cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că deține licență de utilizare neexclusivă, cu necesitatea modificării în funcție de actualizările/adaptările legislației. Este anexată poziția membrilor de specialitate ai comisiei de evaluare, conform căreia caietul de sarcini nu a fost conceput să favorizeze „vreun câștigător”. ... deține o licență de utilizare a sistemului informatic care este protejată de prevederile legislației române și internaționale privind drepturile de autor și proprietatea intelectuală. În consecință, numai cine face dovada că deține dreptul legal de a modifica codul sursă al Hospital Manager Suite poate să ofere serviciile de mentenanță, care implică modificări ale respectivului cod.

Funcționalitățile sunt prezentate explicit în caietul de sarcini, iar pentru a avea la zi toate modulele și funcțiile este nevoie de un upgrade al versiunii instalate la sediul autorității contractante.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de mentenanță pentru sistemul informatic integrat Hospital Manager Suite, utilizat de spital, estimate valoric la 1.386.000 lei, fără TVA,

pentru o perioadă de 36 de luni. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării acestei documentații, astfel cum a fost clarificată de autoritate la ..., considerând că cerința deținerii dreptului de a modifica codul sursă al programului Hospital Manager Suite, impusă de autoritate, este restrictivă și contravine dispozițiilor legale, SC ... SRL a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze. De asemenea, au fost reclamate și cerința efectuării unui upgrade al programului informatic, precum și anumite ambiguități ale documentației de atribuire clarificată de autoritate.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul notează că un operator economic interesat de participarea la licitație a înaintat autorității achizitoare solicitarea de clarificări nr. ..., la care organizatoarea a răspuns prin cu documentul [.../ 00010] RASPUNS CLARIFICARI SISTEM INFORMATIC-semnat.pdf.p7m, postat în SEAP la ..., răspuns considerat nesatisfăcător de către SC ... SRL. Termenul de contestare este de 10 zile, acordate de legiuitor prin art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, calculate potrivit art. 5 alin. (2) din lege („Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”) în raport cu data clarificării documentației.

O primă critică formulată de către contestatoare vizează impunerea condiției ca „ofertantul să facă dovada că deține dreptul de a modifica codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite”, critică pe care forul administrativ de jurisdicție o găsește neîntemeiată, întrucât unitatea spitalicească nu este dezvoltatoarea/proprietara programului informatic Hospital Manager Suite, ci, potrivit propriilor afirmații, doar deține o licență de utilizare a respectivului program, poziție care nu îi dă dreptul să intervină asupra acestuia, direct sau prin intermediul unui ofertant neautorizat.

Potrivit Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe:

Art. 7. - **Constituie obiect al dreptului de autor** operele originale de creație intelectuală în domeniul literar, artistic sau științific, oricare ar fi modalitatea de creație, modul sau forma de exprimare și independent de valoarea și destinația lor, cum sunt:

a) scrierile literare și publicistice, conferințele, predicile, pledoariile, prelegerile și orice alte opere scrise sau orale, precum și **programele pentru calculator**;

Art. 10. - Autorul unei opere are următoarele drepturi morale:

d) dreptul de a pretinde **respectarea integrității operei** și de a se **opune oricărei modificări**, precum și oricărei atingeri aduse operei, dacă prejudiciază onoarea sau reputația sa;

Art. 12. - Autorul unei opere are dreptul patrimonial **exclusiv** de a decide dacă, **în ce mod** și când **va fi utilizată opera sa**, inclusiv de a consimți la **utilizarea operei de către alții**.

Art. 13. - Utilizarea unei opere dă naștere la drepturi patrimoniale, distincte și exclusive, ale autorului de a autoriza sau de a interzice:

i) realizarea de opere derivate.

Art. 23. - Prin realizarea de opere derivate, în sensul prezentei legi, se înțelege traducerea, publicarea în culegeri, **adaptarea, precum și orice altă transformare a unei opere preexistente**, dacă aceasta constituie creație intelectuală.

Art. 40. - (1) Autorul sau titularul dreptului de autor poate ceda prin contract altor persoane numai drepturile sale patrimoniale.

(2) Cesiunea drepturilor patrimoniale ale autorului poate fi limitată la anumite drepturi, pentru un anumit teritoriu și pentru o anumită durată.

(3) Drepturile patrimoniale ale autorului sau ale titularului dreptului de autor se pot transmite prin cesiune exclusivă ori neexclusivă.

(4) În cazul cesiunii exclusive, însuși titularul dreptului de autor nu mai poate utiliza opera în modalitățile, pe termenul și pentru teritoriul convenite cu cesionarul și nici nu mai poate transmite dreptul respectiv unei alte persoane. Caracterul exclusiv al cesiunii trebuie să fi expres prevăzut în contract.

(5) În cazul cesiunii neexclusive, titularul dreptului de autor poate utiliza el însuși opera și poate transmite dreptul neexclusiv și altor persoane.

(6) Cesionarul neexclusiv nu poate ceda dreptul său unei alte persoane decât cu consimțământul expres al cedentului.

(7) Cesiunea unuia dintre drepturile patrimoniale ale titularului dreptului de autor nu are niciun efect asupra celorlalte drepturi ale sale, dacă nu s-a convenit altfel.

Art. 64. - (1) Prin contractul de închiriere a unei opere, autorul se angajează să permită utilizarea, pe timp determinat, cel puțin a unui exemplar al operei sale, în original sau în copie, în special programe pentru calculator ori opere fixate în înregistrări sonore sau audiovizuale. Beneficiarul dreptului de închiriere se angajează să plătească o remunerație autorului pe perioada cât folosește acel exemplar al operei.

(2) Contractul de închiriere a unei opere este supus dispozițiilor de drept comun privind contractul de locațiune.

(3) **Autorul păstrează dreptul de autor asupra operei închiriate**, cu excepția dreptului de distribuire, dacă nu s-a convenit altfel.

Art. 73. - (1) Prin prezenta lege, protecția programelor pentru calculator include orice expresie a unui program, programele de aplicație și sistemele de operare, exprimate în orice fel de limbaj, fie în cod-sursă sau cod-obiect, materialul de concepție pregătit, precum și manualele.

Art. 74. - (1) Titularul dreptului de autor al unui program pentru calculator beneficiază în mod corespunzător de drepturile prevăzute de prezenta lege, în partea I a prezentului titlu, îndeosebi de **dreptul exclusiv** de a realiza și **de a autoriza**:

b) traducerea, **adaptarea**, aranjarea și **orice alte transformări aduse unui program pentru calculator**, precum și reproducerea rezultatului acestor operațiuni, fără a prejudicia drepturile persoanei care transformă programul pentru calculator;

Art. 76. - (1) În lipsa unei clauze contrare, printr-un contract de utilizare a unui program pentru calculator **se prezumă că**:

a) utilizatorului i se acordă dreptul neexclusiv de utilizare a programului pentru calculator;

b) utilizatorul nu poate transmite unei alte persoane dreptul de utilizare a programului pentru calculator.

(2) **Cesiunea dreptului de utilizare a unui program pentru calculator nu implică și transferul dreptului de autor asupra acestuia.**

În absența unei probe contrare, Consiliul prezumă că declarația specialiștilor spitalului reflectă adevărul, în sensul că ... este doar un utilizator neexclusiv al programului de calculator Hospital Manager Suite, neautorizat de deținătorul dreptului de autor să efectueze intervenții de modificare a acestuia. Astfel fiind, în contextul normativ redat, condiția stabilită de autoritate („*oferantul trebuie să facă dovada că deține dreptul de a modifica*

codul sursă asupra programului Hospital Manager Suite") nu aduce atingere prevederilor legale, ci, dimpotrivă, urmărește să dea eficiență dispozițiilor în vigoare privind protecția drepturilor de autor. Prin urmare, întrucât critica reclamantei este neîntemeiată, nu va fi dispusă eliminarea cerinței în referință.

Problema expusă a fost semnalată și de Consiliul Concurenței, în *Studiul privind efectul de captivitate (lock-in) în sectoarele sensibile în domeniul achizițiilor publice, it și echipamente/aparatură medicală*, disponibil la http://www.consiliulconcurenței.ro/wp-content/uploads/2020/01/studiu_privind_efectul_de_lock-in-achizitii_publice_publicare_site_cc-1.pdf, însă ea nu poate fi rezolvată în această etapă administrativ-jurisdicțională, dacă ... nu și-a asigurat, încă de la achiziționarea programului Hospital Manager Suite, dreptul de a realiza intervenții asupra acestuia:

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, este foarte important să se specifice în caietul de sarcini cerințele legate de licențiere și alte aspecte legale, precum:

- licențiere nelimitată a aplicațiilor achiziționate pe bază de licență;
- transferul proprietății intelectuale asupra tuturor livrabililor rezultate în procesul de implementare, către instituția în cauză.

Nici critica relativă la răspunsul dat solicitărilor de clarificare nr. 2 și 3 nu este întemeiată, pentru aceleași motive expuse mai sus, spitalul fiind ținut să respecte dreptul de autor al creatorului programului Hospital Manager Suite, în sensul că orice intervenție asupra acestuia presupune acordul titularului respectivului drept. Nu intră în discuție nici eventuala restricționare a accesului la licitație și nici încălcarea legislației achizițiilor publice, din care fac parte și Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, întrucât dispozițiile speciale ale Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe sunt în vigoare și trebuie aplicate, protecția juridică pe care ele o conferă autorilor neputând fi anulată de legislația achizițiilor publice.

În schimb, apare a fi întemeiată critica ținând de răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 4:

La cererea de clarificări „1. Instruire personal medical implicat corespunzător situațiilor:

a. Pacienții vor primi la internare o brățară pe care urmează să o poarte pe toată durata internării. Pe brățară va putea fi tipărit numărul foii de internare în clar și sub formă de cod de bare, numele și prenumele, data nașterii, posibile alergii, grupa sanguină și Rh-ul precum și alte informații stabilite în momentul implementării.”

Menționăm că funcționalitatea este disponibilă printr-un upgrade la ultima versiune.

Răspunsul oferit este ambiguu, întrucât autoritatea nu relevă dacă sistemul integrat Hospital Manager Suite este complet funcțional la data inițierii procedurii de achiziție (13.11.2020), aceasta fiind întrebarea explicită a operatorului economic („Vă rugăm să precizați dacă sistemul integrat Hospital Manager Suite este complet funcțional la data inițierii procedurii de achiziție servicii de mentenanță.”) și, pe de altă parte, suplimentează obiectul achiziției prin precizarea: „Menționăm că funcționalitatea este disponibilă printr-un upgrade la ultima versiune.” Nu se cunoaște la ce *upgrade la ultima versiune* se referă spitalul, în ce constă el și, mai ales, cine și când îl va realiza, informații indispensabile viitorilor ofertanți. Nici măcar în punctul de vedere de combatere a contestației nu sunt cuprinse aceste informații.

La pag. 19 din caietul de sarcini se face trimitere la instalarea de patch-uri și versiuni modificate, însă nu se știe dacă acestea înseamnă și *upgrade la ultima versiune*. Întrebarea era dacă sistemul integrat Hospital Manager Suite este complet funcțional la data inițierii procedurii de achiziție, însă răspunsul autorității este echivoc și inadecvat. Este complet funcțional sau urmează să fie? Mentenanța implică sau nu dezvoltarea de către viitorul contractant a respectivei funcționalități sau ea există deja?

De aceeași deficiență informațională suferă și răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 5 – „menționăm că funcționalitatea de generare a «brățărilor imprimate cu informații specific înglobate într-un cod de prezentare» este disponibilă printr-un upgrade la ultima versiune”.

De natură să genereze confuzii este și răspunsul legat de conectarea analizoarelor de laborator din cadrul spitalului (nr. 6), întrucât, obiectiv, conectarea tuturor analizoarelor existente în cadrul spitalului nu se poate efectua exact la momentul intrării în vigoare a serviciilor de mentenanță, cum precizează autoritatea.

În plus, răspunsul vine în contradicție cu specificațiile din caietul de sarcini, deoarece Modulul laborator clinic și funcționalitățile acestuia, inclusiv funcționalitatea privind „conectarea analizoarelor de laborator din cadrul spitalului”, sunt prezentate la cap. 2.1, intitulat „Module funcționale”, putând însemna și că funcționalitatea menționată este deja implementată.

Echivoc este și răspunsul legat de Modulul registru operațiuni scanate, unde autoritatea, din nou, face trimitere la un upgrade la ultima versiune, fără să arate ce presupune acest upgrade și cine îl realizează.

„Documentația de atribuire” este definită de Legea nr. 98/2016 ca fiind „documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o *informare completă, corectă și explicită* cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile”.

Relativ la situația factuală din litigiu, prezintă relevanță, în principal, prevederile art. 160 al Legii nr. 98/2016, conform cărora:

Art. 160. - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care **va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare**, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

(4) Dispozițiile art. 150 alin. (3) - (6) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce privește răspunsurile la solicitări de clarificări sau informații suplimentare.

prevederi care prescriu că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare privind documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod *clar și complet*.

La rândul lor, normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 prevăd:

Art. 103 (incident prin analogie și licitațiilor deschise). - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, în termenul stabilit prin anunțul de participare simplificat.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, până la termenul stabilit în anunțul de participare simplificat.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica în SEAP răspunsul la solicitările de clarificări fără a dezvălui identitatea solicitanților.

(4) Autoritatea contractantă are dreptul de a prelungi prin publicarea unei anunț de tip erată în SEAP perioada stabilită conform art. 102 în cazul în care răspunsul la solicitările de clarificări modifică documentația de atribuire.

Privite împreună, întrebările, răspunsurile de clarificare și succinta apărare din punctul de vedere nu răspund exigențelor impuse de art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 103 alin. (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, anume de a fi clare și complete, situație în care Consiliul se vede nevoit să oblige autoritatea contractantă să indice operatorilor economici care sunt funcționalitățile existente ale programului informatic și pentru care solicită servicii de mentenanță și care sunt cerințele concrete de realizare a upgrade-ului a

respectivului program, astfel cum s-a reținut în motivarea de mai sus.

În aceeași direcție, Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, în hotărârea din 12 martie 2008, cauza T-345/03, *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE împotriva Comisiei Comunităților Europene*, pct. 145, a statuat că principiul transparenței presupune ca *„toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să fie puse, de îndată ce este posibil, la dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de atribuire a contractelor de achiziții publice, astfel încât, pe de o parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a acestora și să le interpreteze în același fel și, pe de altă parte, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele ofertanților corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză.”*

Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54).

În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația SC ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., pe care o va obliga să posteze în SEAP răspunsurile de clarificare corespunzătoare motivării din paginile anterioare.

Art. 1 alin. (4) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de furnizare a informațiilor necesare operatorilor economici pentru elaborarea ofertelor.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere ultim din contestație, de anulare a întregii licitații. Conform dispozițiilor art. 26 alin. (7) din lege – în cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de

atribuire –, anularea unei proceduri reprezintă o măsură extremă, care intervine doar, pe de o parte, în situația când, în derularea procedurii, se constată încălcări ale normelor legale, care lezează principiile ce o guvernează, încălcări iremediabile, iar pe de altă parte când Consiliul sesizat prin contestație stabilește că neregulile înregistrate fac imposibilă continuarea procedurii de atribuire. Așadar, anularea intervine doar în situațiile în care încălcările săvârșite nu pot fi acoperite prin măsuri de remediere. Luând în considerare situația faptică expusă de părți și aspectele cercetate de Consiliu, la acest moment ipoteza anulării nu se suprapune cazului, forul administrativ-jurisdicțional dispunând continuarea procedurii prin clarificarea temeinică a documentației de atribuire.

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

Admite, în parte, contestația SC ... SRL nr. 1415/14.12.2020 și obligă autoritatea contractantă ... ca, în termen de cel mult douăsprezece zile de la data primirii prezentei decizii, să clarifice documentația de atribuire, astfel cum rezultă din considerentele expuse, prin răspunsuri clare și complete la întrebările nr. 4, 5, 6 și 7 din solicitarea de clarificări nr. Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către autoritatea contractantă, prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat, cu prelungirea în mod corespunzător a perioadei de depunere a ofertelor.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la eliminarea cerinței ca ofertanții să facă dovada dreptului de a modifica codul sursă al programului Hospital Manager Suite, precum și capătul de cerere de anulare a licitației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în patru exemplare, conține paisprezece pagini.
Redactată practica deciziei -