CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 890074..., www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 nr. ...., înre...tată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., înaintată de ..., cu sediul în .....-administrator, formulată împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări nr. ..., publicat în SICAP la data de ..., sub nr. ..., emis de ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect ....., s-a solicitat Consiliului:

- în principal:

  - anularea actului atacat;

  - obligarea autorității contractante la emiterea și publicarea în mod legal a răspunsului la solicitarea de clarificări, în conformitate cu cele decise de Consiliu, în sensul prevederii, în cadrul documentației de atribuire, a faptului că toate licențele ... sunt puse la dispoziția prestatorului de către autoritatea contractantă, nu doar o parte din acestea (de ex. cele aferente numărului estimat/minim de 100 de utilizatori concurenți ai aplicației ...);

  - în cazul în care Consiliul ar decide menținerea modificării documentației de atribuire operate prin răspunsul la solicitarea de clarificări, în sensul că nu toate licențele ... sunt puse la dispoziția prestatorului de către autoritatea contractantă, ci doar o parte (de ex., cele aferente numărului estimat/minim de 100 de utilizatori concurenți ai aplicației ...), obligarea autorității contractante la scoaterea din obiectul achiziției a licențelor ... și menținerea doar a serviciilor de elaborare a unei aplicații web ... pentru evaluarea integrată și caracterizarea parametrilor de calitate ai apei, însoțite de orice alte modificări s-ar

dovedi necesare, dacă acest lucru este posibil în conformitate cu le...lația aplicabilă.

- în subsidiar, în cazul în care nu ar mai putea fi adoptate măsurile de remediere solicitate anterior, anularea procedurii de atribuire și, eventual, reluarea achiziției prin intermediul a două proceduri de atribuire distincte: una pentru achiziția licențelor ... (negociere fără publicare prealabilă) și alta pentru serviciile de elaborare a unei aplicații web ... pentru evaluarea integrată și caracterizarea parametrilor de calitate ai apei, însoțite de orice alte modificări s-ar dovedi necesare, conform le...lației aplicabile.

Prin Încheierea nr. ..., s-a admis solicitarea ... de suspendare a procedurii de licitație deschisă, organizată de către ....

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 ... critică răspunsul la solicitarea de clarificări nr. ..., publicat în SICAP la data de ..., sub nr. ..., susținând că, prin acesta, autoritatea contractantă încalcă dispozițiile normative aplicabile, respectiv art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, modifică prevederile documentației de atribuire publicate și conduce la concluzia că procedura de atribuire este eronat aleasă, astfel:

I. Modul în care autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea de clarificări încalcă dispozițiile normative aplicabile:

Contestatoarea arată că a solicitat autorității contractante să îi confirme faptul că aceasta va pune la dispoziția prestatorului numărul de licențe ... necesar în proiect dacă prestatorul va oferta 3...0 de utilizatori concurenți pentru aplicația ..., conform factorului de evaluare „Numărul de utilizatori concurenți”, sens în care a citat tabelul din anexa 1 de la pagina 13 din caietul de sarcini, precum și dispozițiile din cadrul documentației de atribuire prin care autoritatea contractantă preciza algoritmul de calcul pentru factorul de evaluare „Numărul de utilizatori concurenți”.

Astfel, întrebarea operatorului economic a avut la bază dorința de a clarifica dincolo de orice îndoială numărul de licențe menționate în cadrul acestei anexe pe care autoritatea contractantă ar urma să le pună la dispoziția prestatorului, întrucât:

- pe de o parte, mențiunea din cadrul coloanei „Cantitate” este neclară: „Funcție de nevoile identificate în proiect”, nefiind menționată explicit în răspunsul la solicitarea de clarificări cantitatea de licențe ..., ca nivel maxim, pe care autoritatea contractantă o poate pune la dispoziție prestatorului;

- iar, pe de altă parte, având în vedere criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați, în special „Numărul de utilizatori

concurenți”, comunicarea unui număr clar de licențe ... pe care autoritatea contractantă le poate pune la dispoziție este imperios necesară pentru a oferi operatorilor economici posibilitatea de a elabora o ofertă - în sens de propunere tehnică și financiară - care să răspundă nevoilor autorității contractante. Desigur, în baza informațiilor din tabelul cuprins în anexa 1 la caietul de sarcini, operatorul economic putea face propriile presupuneri - pe care, de altfel, le-a și făcut, întrucât i-a prezentat autorității contractante modul său de înțelegere a acestor prevederi. Însă, pentru a avea garanția unei corecte interpretări a documentației de atribuire (ce reprezintă baza elaborării ofertei), i-a solicitat autorității contractante să-i confirme faptul că înțelegerea sa cu privire la numărul (deci la cantitatea) licențelor ... pe care autoritatea contractantă le poate pune la dispoziție prestatorului (conform tabelului din cadrul anexei 1 la caietul de sarcini) este acoperitoare pentru ca operatorul economic să obțină maximum de punctaj în cadrul factorului de evaluare „Numărul de utilizatori concurenți”.

Or, subliniază petenta, în prima parte a răspunsului nr. ... la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a precizat că pune la dispoziția proiectului doar licențele menționate la anexa 1 din caietul de sarcini, citând exact tabelul pe care și operatorul economic îl citase deja în solicitarea sa de clarificări, în condițiile în care operatorul economic i-a solicitat acesteia să confirme cantitatea de licențe ... (deci inclusiv unitatea de măsură a licențierii avute în vedere, și anume numărul de utilizatori concurenți) pe care o poate pune la dispoziție pentru acest proiect, și NU cantitatea de licențe necesară autorității contractante pentru aplicația .... Așadar, întrebarea operatorului economic a vizat NUMĂRUL licențelor ..., deci a avut în vedere strict aspectul CANTITATIV.

Așadar, contestatoarea consideră că, prin prima sa afirmație, autoritatea contractantă nu răspunde la nicio solicitare de clarificare a operatorului economic, deoarece, în afara faptului că repetă, ca atare, o informație deja cuprinsă în caietul de sarcini și citată chiar de operatorul economic în cadrul solicitării sale, oferă un răspuns la o întrebare neadresată de operatorul economic și care nu ajută la clarificarea aspectului care a făcut obiectul solicitării de clarificări. Prin urmare, subliniază contestatoarea, această parte a răspunsului nu are legătură cu întrebarea adresată.

II. Modul în care autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea de clarificări modifică prevederile documentației de atribuire publicate:

În opinia contestatoarei, următoarele două paragrafe ale răspunsului autorității contractante sunt atât neclare, cât și incomplete. Pe de o parte, autoritatea contractantă nu dă un răspuns clar și nici complet la solicitarea operatorului economic, iar, pe de altă parte, introduce elemente și variabile noi față de documentația de atribuire, modificând, pe această cale, dispozițiile documentației publicate.

Astfel, după citarea tabelului din cadrul anexei 1 la caietul de sarcini, autoritatea contractantă menționează că:

„Sistemul ... nou creat trebuie să fie licențiat pentru un număr de minim 100 de utilizatori concurenți. Autoritatea contractantă punctează suplimentar ofertanții care vor oferta un sistem informatic licențiat peste minimum solicitat, conform criteriilor de evaluare.

În funcție de arhitectura și soluția tehnică propusă, ofertanții sunt responsabili de furnizarea și licențierea produselor sau componentelor software propuse a fi folosite în implementarea ...", aspecte care intră în contradicție cu prevederile caietului de sarcini, deoarece, în primul rând, niciunde în documentația de atribuire publicată inițial nu era prevăzut că numărul minim de utilizatori concurenți pentru aplicația ... este 100, această mențiune apărând doar în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. ..., în caietul de sarcini se menționează, la pct. IV. 1 că:

„Este estimat că un număr de 100 de utilizatori din cadrul ... și instituțiile subordonate să acceseze ... pentru introducerea de date și alți 100 pentru vizualizare".

De asemenea, în cadrul factorului de evaluare „Numărul de utilizatori concurenți" („Numărul de utilizatori concurenți peste numărul de utilizatori solicitați în documentație") nu se menționează care este „numărul de utilizatori solicitați în documentație", ci doar algoritmul de calcul pentru ofertarea peste numărul acesta.

Totodată, petenta consideră că, atâta timp cât autoritatea contractantă a decis să acorde 3... de puncte din 100 pentru acest factor de evaluare, adică 3...% din punctajul total, este evident că elementul de față („Numărul de utilizatori concurenți") prezintă - sau ar trebui să prezinte - o importanță deosebită pentru aceasta, având în vedere o nevoie identificată în proiect, astfel cum a fost evaluată de aceasta la momentul elaborării documentației de atribuire, în caz contrar, ar fi încălcate prevederile exprese și imperative ale art. 32 din HG nr. 39.../2016.

Practic, prin răspunsul la solicitarea de clarificări dat de autoritatea contractantă, aceasta NU confirmă și nici nu infirmă că va pune la dispoziția prestatorului licențele ... necesare în proiect conform întrebării adresate de operatorul economic, care avea în vedere condițiile în care putea fi obținut punctajul maxim la factorul de evaluare „Numărul de utilizatori concurenți".

Din modul de redactare a răspunsului (care face trimitere doar la sistemul ... nou creat, iar nu la întrebarea operatorului economic legată de numărul de licențe ... pe care ... le poate pune la dispoziție) se poate deduce, în cel mai fericit caz, că autoritatea contractantă va pune la dispoziția prestatorului licențe ... pentru, cel mult, un număr de 100 de utilizatori concurenți.

Ca atare, spre deosebire de prevederile caietului de sarcini, în acest răspuns nr. ... la solicitarea de clarificări NU se mai precizează că *„În condițiile în care prestatorul identifică necesitatea utilizării și a altor produse software ... pentru realizarea proiectului, altele decât cele ..., acesta le poate introduce în oferta tehnică și financiară*", autoritatea

contractantă eliminând precizarea „altele decât cele ...”, menționând doar că *„În funcție de arhitectura și soluția tehnică propusă, ofertanții sunt responsabili de furnizarea și licențierea produselor sau componentelor software propuse a fi folosite în implementarea ...”*.

În aceste condiții și având în vedere că tipul contractului și obiectul declarat al procedurii de atribuire, respectiv elaborarea aplicației ..., migrarea datelor și instruirea utilizatorilor, nicidecum achiziționarea licențelor ..., contestatoarea susține că, prin răspunsul nr. ... la solicitarea de clarificări este extins în mod nepermis și ilegal domeniul de aplicare al obiectului contractului, întrucât rezultă că operatorii economici, pentru a putea îndeplini obiectul contractului, nu doar factorul de evaluare prevăzut de autoritatea contractantă, vor trebui să achiziționeze ei înșiși licențele ... necesare funcționării aplicației ..., dar care nu sunt puse la dispoziție de autoritatea contractantă.

Astfel, luând în considerare dispozițiile art. 32 din HG nr. 39.../2016 și faptul că, din modul de redactare și de punctare a factorului de evaluare „Numărul de utilizatori concurenți”, reiese că autoritatea contractantă are nevoie de 2...0 de utilizatori concurenți peste cei minimum 100, deci de un total de 3...0 de utilizatori concurenți pentru aplicația ..., rezultă că punerea la dispoziția prestatorului doar a licențelor ... pentru un număr de cel mult 100 de utilizatori concurenți (pentru care, conform scenariului optimist menționat anterior, se deduce că autoritatea contractantă va asigura numărul necesar de licențe) obligă operatorul economic să achiziționeze licențele ... pentru restul de 2...0 de utilizatori concurenți ai aplicației ... și să livreze aplicația incluzând aceste licențe.

În consecință, contestatoarea subliniază că, prin acest răspuns nr. ..., autoritatea contractantă modifică: documentația de atribuire publicată, obiectul contractului de achiziție publică (ce va trebui, implicit, să includă și achiziția de unor produse care nu erau prevăzute inițial, și anume licențele suplimentare ...) și poate chiar și tipul contractului (din servicii în produse). În aceste condiții, este modificat și modul în care ofertanții vor trebui să elaboreze propunerea tehnică și, implicit, cea financiară, fiind obligați să includă în ofertă și să bugeteze achiziționarea licențelor ... suplimentare.

De asemenea, susține contestatoarea, acest lucru are impact direct și asupra factorului de evaluare „Perioada de garanție”, mai precis „Perioada de garanție ofertată peste perioada de garanție solicitată în documentație”, (cu o pondere de 10% în totalul punctajului), deoarece, în oferta financiară (pe baza elementelor din oferta tehnică, ce va trebui să ia în calcul răspunsul nr. ... la solicitarea de clarificări) trebuie să fie bugetate nu doar licențele ... ca atare, ci și garanția aferentă acestor licențe (inclusiv mentenanța software), fapt care generează importante costuri suplimentare prin raportare la documentația de atribuire publicată inițial.

III. Modul în care autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea de clarificări conduce la concluzia că procedura de atribuire este eronat aleasă:

Conform opiniei contestatoarei, actul autorității contractante (răspunsul la solicitarea de clarificări nr. ...) denaturează grav concurența, încălcând dispozițiile art. 2 din Legea nr. 98/2016, mai ales principiul nediscriminării, deoarece, solicitând ofertantului să includă în oferta sa și achiziționarea licențelor ... suplimentare, în afară de creșterea substanțială a costurilor, soluția tehnică este direcționată exclusiv către producătorul ... sau operatorii economici agreați de acesta.

Astfel, pe baza documentației de atribuire inițiale, ofertanților li se solicita să dezvolte o aplicație web ... (denumită ...) care va realiza prelucrarea datelor măsurate în informațiile cerute pentru evaluarea calității apei și raportarea acesteia către sistemele informatice existente la nivelul UE și realizarea de tendințe și care va accesa sistemul ... existent în cadrul ..., bazat pe tehnologia ..., în condițiile în care licențele software ... sunt puse la dispoziție de ..., în timp ce, ca urmare a răspunsului nr. ... la solicitarea de clarificări, se solicită, de fapt, dezvoltarea unei aplicații care să cuprindă licențe ... achiziționate de ofertant, deci nu doar a unei aplicații care să acceseze un sistem ... ale cărui licențe să fie puse la dispoziție de ..., bazat pe tehnologia .... Prin urmare, aplicația va fi, în realitate, o aplicație ..., cu minore particularizări în funcție de obiectul contractului de achiziție publică al acestei autorități contractante.

În plus, atâta timp cât licențele ... suplimentare nu pot fi achiziționate, direct sau indirect, decât de la producătorul ... sau operatorii economici agreați de acesta (întrucât, conform prevederilor caietului de sarcini: „întreaga infrastructură ... din cadrul ... (...) și instituțiile subordonate se bazează pe tehnologia ..."), prezenta procedură de atribuire NU mai poate fi licitația, ci ar trebui să fie, cel puțin în ceea ce privește licențele ..., negocierea fără publicare prealabilă, prevăzută la art. 68 alin. (1) lit. f), respectiv la art. 104 alin. (1) lit. b).

În acest sens, petenta învederează că autoritatea contractantă a anulat, ca urmare a unei decizii CNSC, o procedură de atribuire similară, inițiată prin anunțul de participare numărul ..., aceeași fiind și situația în procedura de atribuire în ceea ce privește licențele ....

În drept, contestația se întemeiază pe dispozițiile Legii nr. 101/2016, cu precădere art. 8 alin. (1) lit. a), precum și pe dispozițiile relevante ale Codului de procedură civilă, ale Codului civil și ale celorlalte acte normative menționate.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr. ...., autoritatea contractantă solicită respingerea contestației și menținerea ca temeinice și legale a

documentației de atribuire și a celorlalte documente aferente procedurii, precizând că:

- nu consideră necesară modificarea răspunsului de clarificare *„în sensul prevederii, în cadrul documentației de atribuire, a faptului că toate licențele ... sunt puse la dispoziția prestatorului de către autoritatea contractantă, nu doar o parte din acestea (de ex. cele aferente numărului estimat/minim de 100 de utilizatori concurenți ai aplicației ...)*", deoarece licențele ... nu fac parte din obiectul acestei achiziții, ci sunt puse la dispoziția furnizorului viitoarei aplicații ..., în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, în vederea valorificării componentelor software existente pentru asigurarea interoperabilității viitorului sistem ... cu sistemele informatice existente;

- clarificările cu privire la numărul de utilizatori concurenți au rolul de a asigura că noul sistem ... răspunde nevoilor autorității și de a lămuri modul de aplicare al criteriilor de evaluare este nediscriminatoriu.

Referitor la argumentele aduse în contestație, autoritatea contractantă învederează următoarele:

1. Cu privire la „Modul în care Autoritatea Contractantă a răspuns la solicitarea de clarificări încalcă dispozițiile normative aplicabile":

a. Numărul licențelor ... nu poate fi estimat de către autoritatea contractantă decât parțial, deoarece nu cunoaște care va fi soluția tehnică finală care se va implementa. Respectând principiile nediscriminării, autoritatea contractantă a lăsat posibilitatea fiecărui posibil furnizor să construiască o arhitectură pentru viitoarea soluție tehnică care să valorifice componentele server ... existente, solicitând clar modul de integrare la nivel de servicii ..., și fiind precizate explicit din punct de vedere cantitativ în documentație, iar la nivel de componente desktop ..., în funcție de rezultatele etapelor de analiză a sistemului se va dimensiona numărul de licențe desktop. ... este o aplicație web care valorifică componentele ... existente. Licențele pentru care se solicită clarificarea aspectului cantitativ sunt componente cu impact în funcționalitățile desktop, care nu sunt în obiectul prezentului contract, dar pe care autoritatea dorește să le valorifice pentru asigurarea interoperabilității sistemelor informatice existente și pentru valorificarea expertizei existente la nivelul organizației.

b. Presupusa dependență între numărul de utilizatori ai sistemului ... actual și numărul de utilizatori ai viitorului sistem ..., care rezultă din toate argumentările aduse de către contestatar, derivă din soluția tehnică aleasă, lăsându-se la nivelul fiecărui posibil furnizor să aleagă soluția tehnică care răspunde criteriilor din documentația tehnică.

2. Referitor la „Modul în care Autoritatea Contractantă a răspuns la solicitarea de clarificări modifică prevederile documentației de atribuire publicate":

a. Prin răspunsul de clarificare, autoritatea contractantă lămurește numărul de utilizatori, nu cunoaște soluția tehnică propusă, însă prezintă numărul de utilizatori.

b. Numărul de utilizatori solicitați în plus creează un avantaj competitiv, dând posibilitatea autorității contractate ca platforma să fie accesată de un număr mai mare de utilizatori.

c. Strategia de implementare în cadrul ... a aplicației ..., așa cum este afirmat în documentație, presupune utilizarea de licențe softeware ... pentru elaborarea ..., utilizând inclusiv licențele ... existente deținute de către ... și puse la dispoziția Prestatorului pentru elaborarea și implementarea ... [...] ... deține versiuni software ... desktop și server (anexa 1), pe care le pune la dispoziția Prestatorului pentru elaborarea și implementarea .... În condițiile în care prestatorul identifică necesitatea utilizării și altor produse software ... pentru realizarea proiectului altele decât cele ..., acestea le poate introduce în oferta tehnică și financiară.

3. Privitor la „Modul în care Autoritatea Contractantă a răspuns la solicitarea de clarificări conduce la concluzia că procedura de atribuire este eronat aleasă”:

a. Procedura de atribuire aleasă este cea corectă, deoarece viitorul sistem ... are funcționalități derivate din fluxurile de lucru și modul de organizare instituțională care sunt specifice autorității contractante, iar probabilitatea existenței unui produs software care să răspundă acestor nevoi este aproape minimă. Toate cerințele funcționale descrise în documentație sunt destinate realizării unei aplicații dedicate.

b. Cu toate acestea, pentru accelerarea procesului de implementare sau pentru eliminarea unor riscuri tehnologice, posibilii furnizori au posibilitatea de a utiliza tehnologii ... existente, iar prin documentație se precizează clar această posibilitate cu respectarea și asigurarea politicilor de licențiere corectă.

c. Așa cum petenta a precizat și a explicat prin jurisprudența CNSC, autoritatea contractantă nu intenționează ca prin această documentație să achiziționeze licențe ..., mai mult lasă la libera alegere a viitoarei platforme tehnologice posibilitatea inclusiv de a avea componente care să integreze tehnologic serviciile ... ale tehnologiei ... existente prin soluții tehnice inovatoare.

În ceea ce privește „*reluarea achiziției prin intermediul a două proceduri de atribuire distincte: una pentru achiziția licențelor ... (negociere fără publicare prealabilă) și alta pentru serviciile de elaborare a unei aplicații web ... pentru evaluarea integrată și caracterizarea parametrilor de calitatea ai apei, însoțite de orice alte modificări s-ar dovedi necesare, conform le...lației aplicabile*”, autoritatea contractantă consideră că nu este necesar un astfel de demers, deoarece argumentele care stau la baza contestației se bazează pe modul în care petenta a interpretat și construit o soluție tehnică la documentația oferită, din care au derivat "propriile presupuneri", precizând că achiziția licențelor ... nu face parte din obiectul prezentei proceduri de atribuire.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. ...., ... transmite „Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante nr. ....”, precizând următoarele:

- argumentele care stau la baza contestației, departe de a se întemeia pe modul în care operatorul economic a interpretat și construit o soluție tehnică la documentația oferită (așa cum afirmă autoritatea contractantă la pct. ... lit. a pag. 3 din punctul de vedere), au la bază strict prevederile, obiective, ale documentației de atribuire, precum și cele ale răspunsului nr. ... la solicitarea de clarificări, ambele documente emanând de la autoritatea contractantă. Nu s-a menționat și nici indicat în vreun fel, în niciun document, care ar fi soluția tehnică avută în vedere, întrebările, la fel ca și capetele de cerere din cadrul contestației depuse, întemeindu-se integral doar pe documentele puse la dispoziție de autoritatea contractantă;

- mențiunea expresă și explicită a autorității contractante, potrivit căreia *„licențele ... nu fac obiectul acestei achiziții, ci sunt puse la dispoziția furnizorului viitoarei aplicații ...*" reprezintă ea însăși o modificare a răspunsului la solicitarea de clarificări ce face obiectul contestației, răspuns prin care se excludea din cadrul documentației de atribuire această circumstanțiere esențială;

- autoritatea contractantă continuă să mențină ambiguitatea, păstrând condiționarea *„în conformitate cu prevederile contractului*”, respectiv *„în funcție de necesitățile proiectului*” din cadrul tabelului în care prezintă licențele ... pe care le pune la dispoziție, fără a preciza cu claritate, în mod neechivoc, cantitatea acestor licențe.

- nu s-a solicitat autorității contractante să precizeze o valoare absolută, fie aceasta fix, minimă sau maximă, ci clarificarea ambiguității, astfel încât să poată face aplicarea prevederilor art. 123 din HG nr. 39.../2016: *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*”, ceea ce, în prezent, având în vedere toate documentele achiziției și prevederile acestora, inclusiv criteriul de atribuire și factorii de evaluare, acest deziderat legal nu poate fi atins.

Prin adresa nr. ....., următoarele:

Contestatoarea menționează că, din consultarea strategiei de contractate care a stat la baza achiziției, rezultă fără putință de tăgadă, conform secțiunii „Obiectul contractului”, că *„Pentru elaborarea acestei aplicații nu se dorește achiziția de licențe ..., ... deținând și punând la dispoziția Contractorului infrastructura software ... necesară dezvoltării și intrării în producție a unei astfel de aplicații”.*

Totodată, arată petenta, nici din consultarea pieței pe care autoritatea contractantă a desfășurat-o în vederea elaborării documentației care a stat la baza lansării prezentei proceduri de atribuire (.....) nu rezultă că s-ar fi avut în vedere achiziționarea de licențe ...:

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, întrucât punctul de vedere transmis acesteia are un conținut parțial diferit față de cel

transmis Consiliului, cuprinzând doar o parte din susținerile autorității contractante.

În opinia contestatoarei, este imperios necesar ca autoritatea contractantă să clarifice cantitatea de licențe pe care o pune la dispoziție, astfel încât orice operator economic interesat să poată face aplicarea art. 123 din HG nr. 39.../2016 și, prin urmare, să își poată defini soluția tehnică și propunerea financiară luând în calcul toate aceste elemente clare din cadrul documentelor achiziției. În acest sens, apreciază că exprimarea autorității contractante trebuie să fie clară și neechivocă, aceasta trebuind să precizeze în mod explicit:

a) fie faptul că autoritatea contractantă poate pune la dispoziția operatorului economic ORICE cantitate de licențe ..., situație în care nu limitează ofertantul cu privire la numărul de licențe ... pe care acesta se poate baza în alegerea soluției tehnice pe care o va oferta;

b) fie faptul că autoritatea contractantă poate pune la dispoziția operatorului economic o anumită cantitate maximă de licențe ... (în funcție de disponibilul pe care îl are sau îl poate dobândi în viitor, indiferent de modalitatea prin care autoritatea contractantă va atinge acest scop - de ex., poate comanda un număr de licențe ... prin intermediul altor contracte), caz în care autoritatea contractantă trebuie să precizeze în mod explicit respectiva cantitate și să o aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici, în mod transparent, în conformitate cu dispozițiile normative aplicabile.

În final, contestatoarea concluzionează faptul că, în acest moment, nicio ofertă nu poate fi elaborată în mod legal, deci optim, pe baza documentației de atribuire din cauza neclarităților existente, astfel cum au fost învederate anterior.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect ..... prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. ..... Valoarea estimată contractului de servicii ce urmează a fi atribuit este de 1234769,...1 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate - preț*”.

Nemulțumită fiind de răspunsul la solicitarea de clarificări nr. ..., publicat în SICAP la data de ..., sub nr. ..., emis de autoritatea contractantă, ... a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de .....

Examinând susținerile părților și documentele probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că solicitarea de clarificări, care a condus la răspunsul autorității contractante considerat nelegal, a avut ca scop confirmarea faptului că *„Autoritatea Contractanta va pune la dispoziția Prestatorului numărul de licențe .....*

De asemenea, Consiliul observă că necesitatea de clarificare a operatorului economic a avut la baza următoarele specificații regăsite în caietul de sarcini:

- pagina 10 - cap. VIII- CRITERII DE EVALUARE A OFERTELOR, pct. 2. Criteriul de evaluare - Numărul de utilizatori concurenți (max. de 3... puncte), în care se punctează cu 3... puncte pentru cel puțin 2...0 de utilizatori concurenți peste numărul de utilizatori solicitați în documentație;
- pagina 3 - cap. IV. 1 Accesarea aplicației ..., "*Este estimat ca un număr de 100 de utilizatori din cadrul ... si instituțiile subordonate sa acceseze ... pentru introducerea de date și alți 100 pentru vizualizare*"
- pagina 12-13 – Anexa 1 (...) Licențe ... puse la dispoziția Prestatorului de către autoritatea contractantă pentru trecerea în producție a ...:

…..

Sistemul ... nou creat trebuie să fie licențiat pentru un număr minim de 100 de utilizatori concurenți. Autoritatea contractantă punctează suplimentar ofertanții care vor oferta un sistem informatic licențiat peste minimul solicitat, conform criteriilor de evaluare.

În funcție de arhitectura și soluția tehnică propusă, ofertanții sunt responsabili de furnizarea și licențierea produselor sau componentelor software propuse a fi folosite în implementarea ...".

Față de critica din cuprinsul contestației, potrivit căreia răspunsul autorității contractante nu are legătură cu întrebarea adresată, ci reprezintă o repetare a informației regăsită în caietul de sarcini, Consiliul reține că, potrivit susținerilor autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, aceasta de află în imposibilitatea cunoașterii numărului exact de licențe necesare în derularea proiectului, cantitatea respectivă depinzând în mod direct de soluția tehnică propusă în oferta care va fi desemnată câștigătoare, în urma prezentei proceduri de achiziție publică corelată cu nevoile identificate în proiect. Astfel că, la acest moment, aceasta se află în imposibilitatea precizării unui număr cert, așa cum reclamă contestatoarea.

Conform dispozițiilor art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are obligația să răspundă în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare în legătură cu documentația de atribuire primite din partea operatorilor economici interesați, în termenele și condițiile impuse de legiuitor.

Totodată, în sarcina autorităților contractante cade și obligația întocmirii unei documentații de atribuire care să asigure ofertanților o informare corectă, completă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, așa cum statuează prevederile art. 20 alin. (2) din HG nr. 39.../2016, cu modificările și completările ulterioare.

În acest context, deși este de înțeles imposibilitatea obiectivă în care se regăsește autoritatea contractantă în indicarea unui număr exact al licențelor ... pe care le va pune la dispoziția prestatorului, Consiliul apreciază că răspunsul analizat nu este în măsură să ofere nivelul de claritate impus de lege răspunsurilor la clarificări transmise de autoritățile contractante potențialilor ofertanți.

Din modul în care a fost formulată întrebarea, rezultă că nevoia de clarificare a operatorului economic viza obținerea unei informații concrete din partea autorității cu privire la numărul de licențe ... pe care aceasta urmează să le pună la dispoziția prestatorului, raportat la faptul că ofertarea unei soluții tehnice care să prevadă un număr de utilizatori concurenți peste numărul solicitat prin documentație, reprezintă un factor de evaluare al ofertelor, punctat cu un maxim de 3... de puncte.

Se reține în soluționare că, potrivit caietului de sarcini *„Strategia de implementare în cadrul ... a aplicației ... conține: - utilizarea de licențe software ... pentru elaborarea ..., utilizând inclusiv licențele ... deținute de către ... și puse la dispoziția Prestatorului pentru elaborarea și implementarea ... (...). ... deține versiuni software ... desktop și server (Anexa 1), pe care le pune la dispoziția Prestatorului pentru elaborarea și implementarea .... În condițiile în care prestatorul identifică necesitatea utilizării și a altor produse software ... pentru realizarea proiectului, altele decât cele ..., aceasta le poate introduce în oferta tehnică și financiară. (...) Este estimat că un număr de 100 de utilizatori din cadrul ... și instituții subordonate să acceseze ... pentru introducerea de date și alți 100 pentru vizualizare. (....) Anexa 1 (...) Licențe ... puse la dispoziția Prestatorului de către Autoritatea Contractată pentru trecerea în producție a ...:*

certitudinea că autoritatea contractantă va pune la dispoziția prestatorului licențele ... necesare în cazul ofertării unei soluții tehnice pentru numărul de utilizatori concurenți aferent obținerii punctajului maxim, ofertanții nu își pot dimensiona în mod corect propunerea financiară, dat fiind impactul pe care suportarea contravalorii acestor licențe, de către ofertant, îl poate avea asupra propunerii financiare.

De altfel, raportat la specificațiile caietului de sarcini anterior citate, Consiliul constată că, prin intermediul răspunsului furnizat, autoritatea contractantă a făcut și următoarele precizări:

„Sistemul ... nou creat trebuie să fie licențiat pentru un număr minim de 100 de utilizatori concurenți. Autoritatea contractantă punctează suplimentar ofertanții care vor oferta un sistem informatic licențiat peste minimul solicitat, conform criteriilor de evaluare.

În funcție de arhitectura și soluția tehnică propusă, ofertanții sunt responsabili de furnizarea și licențierea produselor sau componentelor software propuse a fi folosite în implementarea ...".

Din ultimul paragraf al răspunsului, se constată că furnizarea și licențierea produselor sau componentelor software propuse a fi folosite în implementarea ..., prin urmare inclusiv a celor ..., cade în sarcina ofertanților, ceea ce reprezintă o contradicție cu informația din primul paragraf unde se afirmă că licențe ... vor fi puse la dispoziția prestatorului de către autoritatea contractată pentru trecerea în producție a ... în funcție de nevoile identificate în proiect, dar și cu specificațiile caietului de sarcini, conform cărora *„În condițiile în care prestatorul identifică necesitatea utilizării și a altor produse software ...*

pentru realizarea proiectului, altele decât cele ..., aceasta le poate introduce în oferta tehnică și financiară".

Deși în materia achizițiilor publice nu este interzis dreptul autorităților contractante de a modifica informațiile din documentația de atribuire, cu respectarea condițiilor de transparență și publicitate impuse de lege, atunci când, în urma clarificărilor primite din partea posibililor ofertanți, constată că este necesară remedierea acestora, Consiliul observă că răspunsul autorității conține informații contradictorii, respectiv, pe de o parte, certifică faptul că prestatorul va avea la dispoziție o cantitate de licențe ... echivalentă nevoilor identificate în proiect, iar, pe de altă parte, că ofertanții sunt responsabili de furnizarea și licențierea produselor sau componentelor software propuse a fi folosite în implementarea ..., a căror contravaloare este necesar, pe cale de consecință, a fi bugetată și în propunerea financiară.

Or, din strategia de contractare rezultă în mod clar că, pentru elaborarea acestei aplicații, nu se dorește achiziția de licențe software ..., drept care nici la stabilirea valorii estimate nu s-au luat în considerare costurile generate de achiziția acestor licențe și, prin urmare, introducerea lor în valoarea ofertei poate conduce la depășirea fondurilor alocate de autoritatea contractantă.

În contextul de fapt și de drept expus mai sus, Consiliul concluzionează că autoritatea contractantă nu poate oferi, la acest moment, un număr cert de licențe ... pe care le va pune la dispoziția prestatorului, acesta depinzând în mod direct de soluția tehnică a ofertantului desemnat câștigător în corelare cu necesitățile/nevoile identificate în proiect. Însă, în virtutea obligației de a răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificări, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă era ținută să aducă la cunoștința potențialilor ofertanți informații din care să rezulte în mod clar în sarcina cărei părți (autoritate sau ofertant/prestator) cade obținerea licențelor ... necesare în implementarea ..., având în vedere că informațiile regăsite în caietul de sarcini coroborate cu cele furnizate prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. ..., publicat în SICAP la data de ..., sub nr. ..., nu certifică, dincolo de orice dubiu, că, în ceea ce privește licențele ..., acestea vor fi puse, sau nu, la dispoziția prestatorului în funcție de soluția tehnică a ofertantului desemnat câștigător în directă corelare cu necesitățile/nevoile identificate în proiect - aceasta fiind singura limitare impusă de autoritate.

Cât privește mențiunile din cuprinsul răspunsului analizat, referitoare la „*Sistemul ... nou creat trebuie să fie licențiat pentru un număr minim de 100 de utilizatori concurenți. Autoritatea contractantă punctează suplimentar ofertanții care vor oferta un sistem informatic licențiat peste minimul solicitat, conform criteriilor de evaluare*", Consiliul apreciază că menționarea numărului minim de utilizatori concurenți pentru aplicația ... are rolul de clarificare al informațiilor referitoare la minimul necesar autorității contractante pentru satisfacerea nevoilor

sale, urmărită prin prezenta achiziție. Cu toate acestea, sintagma „*trebuie să fie licențiat*” conduce la interpretarea că, pentru cel puțin 100 de utilizatori concurenți, sistemul va fi livrat cu tot cu licențe, ceea ce, din nou, creează confuzia legată de partea responsabilă cu suportarea costurilor legate de licențiere, astfel fiind necesară clarificarea acestui aspect.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (...) 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația formulată ... în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, și să anuleze răspunsul la solicitarea de clarificări nr. ..., publicat în SICAP la data de ..., sub nr. ..., autoritatea contractantă urmând să emită și să publice un răspuns la solicitarea de clarificări primită, conform celor expuse în motivare și prevederilor legale incidente, precum și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea dispozițiilor art. 1...3 din Legea nr. 98/2016.

În baza art. 26 alin. (6) din același act normativ, Consiliul va respinge ca nefondată cererea subsidiară, vizând anularea procedurii de atribuire, deoarece, având în vedere că procedura de atribuire este suspendată, documentația de atribuire poate fi remediată, fără a fi necesară luarea măsurii extreme de anulare a întregii proceduri.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația ..., în contradictoriu cu ....

Anulează răspunsul la solicitarea de clarificări nr. ..., publicat în SICAP la data de ..., sub nr. .... Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 1... zile de la primirea deciziei Consiliului, să emită și să publice un răspuns la solicitarea de clarificări primită, conform celor expuse în motivare și prevederilor legale incidente, precum și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea dispozițiilor art. 1...3 din Legea nr. 98/2016.

Respinge ca nefondată cererea subsidiară, vizând anularea procedurii de atribuire.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

.....