



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. 8348/04.12.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 66119/05.12.2023, înaintată de SRL în calitate de lider al Asocierii SRL - SRL, cu sediul în municipiul, str., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., CUI ..., reprezentată legal prin .. reprezentant împuternicit, împotriva Raportului Procedurii nr. 48086/20.11.2023, a Comunicării nr. 48089/20.11.2023, inclusiv a Procesului-Verbal 6 nr. 1865/SAP/02.11.2023 privind evaluarea propunerilor tehnice și a Procesului-Verbal 8 nr. 1865/SAP/07.11.2023 privind rezultatul evaluării propunerilor tehnice și financiare, emise de, cu sediul în municipiul, str. Incinta Port nr. 1, județul, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice având ca obiect „INFRASTRUCTURĂ VIRTUALIZARE”, cod CPV Principal: 48822000-6 Servere pentru calculatoare (Rev.2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., s-a solicitat:

1. Anularea, ca nelegale și netemeinice, a Raportului Procedurii nr. 48086/20.11.2023, a Comunicării rezultatului aferent anunțului de participare ... nr. 48089/20.11.2023, inclusiv a Procesului-Verbal 6 nr. 1865/SAP/02.11.2023 privind evaluarea propunerilor tehnice și a Procesului-Verbal 8 nr. 1865/SAP/07.11.2023 privind rezultatul evaluării propunerilor tehnice și financiare, strict în ceea ce privește declararea, ca admisibilă și câștigătoare a ofertei societății SRL, a comunicării privind rezultatului procedurii adresat societății declarate câștigătoare, precum și a tuturor celorlalte acte conexe și/sau subsecvente acestora

prin care a fost declarată admisibilă și câștigătoare oferta operatorului economic SRL;

2. Ca o consecință a anularii Actelor Atacate, să se dispună obligarea entității contractante să întreprindă următoarele măsuri de remediere:

a. Reevaluarea ofertei operatorului economic declarat câștigător SRL, cu stricta respectare a prevederilor documentației de atribuire și a dispozițiilor Legii nr. 99/2016, a Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016, precum și a tuturor celorlalte prevederi legale incidente în materie și aplicabile procedurii de atribuire;

b. În urma reevaluării dispuse conform celor solicitate anterior, să constate că oferta operatorului economic declarat câștigător SRL este neconformă, întrucât nu îndeplinește cerințele minime și obligatorii impuse prin documentația de atribuire;

c. Ca o consecință a celor de mai sus, să se emită un nou raport al procedurii de atribuire prin care să se constate că oferta SRL este neconformă, urmând ca oferta asocierii să fie desemnată câștigătoare prin stricta aplicare a criteriului de atribuire impus prin documentația de atribuire.

3. În conformitate cu prevederile art. 26 alin (7) din Legea nr. 101/2016, să dispună anularea procedurii de atribuire, în condițiile în care se va considera că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire;

4. Acordarea accesului la dosarul cauzei, conform art. 19 din Legea nr. 101/2016.

5. Obligarea entității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată pe care le va efectua în prezenta cauză.

Prin cererea de intervenție voluntară (accesorie) în favoarea autorității contractante nr./....., înregistrată la CNSC cu nr. 67743/....., ... SRL, cu sediul în municipiul, ..., județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având CUI RO ... reprezentată prin administrator, ofertant clasat pe primul loc în cadrul procedurii de atribuire, în temeiul prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu art. 61 alin. (3) și următoarele din Codul de procedura civilă, a solicitat Consiliului să dispună admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea contestației astfel: pe cale de excepție, ca tardivă, prin raportare la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, iar pe fondul cauzei, ca nefondată și netemeinică, precum și constatarea legalității actelor atacate prin intermediul contestației și menținerea acestora, respectiv a declarării ofertei depusă de SRL ca fiind câștigătoare a procedurii de achiziție publică.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

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 SRL în calitate de lider al Asocierii SRL - ... SRL critică rezultatul procedurii de atribuire, solicitând cele redacte în partea introductivă.

..... SRL solicită să se aibă în vedere următoarele argumente de fapt și de drept pe care le va prezenta.

I. Termenul legal pentru promovarea prezentei contestații

Contestatoarea învederează Consiliului că actele atacate le-au fost comunicate la data de 21.11.2023, astfel încât prezenta contestație este formulată și depusă în termenul impus de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, acesta împlinindu-se, prin prisma dispozițiilor art. 183 alin. (1) Cod Procedură Civilă, raportat la art. 5 din Legea nr. 101/2016, la data 04.12.2023, ora 24.00 (luni).

În termen de cel mult 5 zile de la data sesizării CNSC, contestatoarea precizează că va constitui cauțiunea datorată în temeiul prevederilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, într-una dintre variantele permise de legislația în vigoare, respectiv prin consemnarea sumei la o unitate bancară sau prin instrumente financiare care pot servi ca instrumente de plăți, în conformitate cu prevederile art. 1058 Cod Procedură Civilă și cu Hotărârea de plen a CNSC din data de 05.06.2018, referitoare la aplicarea dispozițiilor OUG nr. 45/2018.

II. Situația de fapt

Prin inițierea anunțului de participare nr. ..., .., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de achiziție sectorială — licitație deschisă pentru încheierea unui contract având ca obiect „Infrastructură Virtualizare”, cu o valoare estimată de 2.523.969,00 lei, fără TVA.

Criteriul de atribuire impus de către entitatea contractantă a fost cel mai bun raport calitate-preț, unde componenta tehnică a avut o pondere de 15%, iar componenta financiară a avut o pondere de 85%.

În cadrul acestei proceduri, Asocieria a depus o oferta conformă, precizează contestatoarea, în strictă concordanță cu prevederile documentației de atribuire, iar prin actele atacate contestatoarea a fost informată că oferta Asocierii este admisibilă, însă nu a fost desemnată câștigătoare, obținând un punctaj de 98,85 puncte.

Prin aceleași acte atacate, petenta a fost informată că oferta operatorului economic SRL a fost declarată câștigătoare, cu un punctaj de 100 de puncte.

Întrucât contestă legalitatea și temeinicia actelor atacate și cunoaște că propunerea societății nu respectă cerințele minime și obligatorii ale Documentației de Atribuire, ... SRL formulează prezenta contestație căreia solicită să i se dea curs pentru motivele pe care la va expune.

III. Motivele pentru care se impune admiterea prezentei contestații

a. Oferta SRL- este neconformă întrucât propunerea tehnică nu respectă cerințele minime și obligatorii din documentația de atribuire, apreciază contestatoarea, respectiv nu respectă cerința minimă și obligatorie impusă prin subcriteriul nr. 8.1. din Caietul de Sarcini.

Conform cerinței nr. 8 din Caietul de Sarcini (pagina 7), entitatea contractantă a solicitat ca ofertanții să asigure, printre altele, produsul software „*Windows Server 2022 Standard cu Software Assurance 3 ani pentru licențierea mașinilor virtuale*”.

Mai departe, la subcriteriul nr. 8.1 din Caietul de Sarcini se menționează clar tipul de licențiere impus de entitatea contractantă, anume „*licențiere de volum, perpetuă, compatibilă cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală*”.

Contestatoarea solicită să se constate că acest tip de licențiere nu este asigurat de către propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător, contrar prevederilor minime și obligatorii ale Caietului de Sarcini, propunerea tehnică a societății SRL- neputând fi acceptată de către entitatea contractantă.

În plan teoretic, se arată de către contestatoare că, în industria specifică obiectului contractului de achiziție sectorială, producătorul Microsoft oferă mai multe moduri de punere la dispoziție a dreptului neexclusiv de utilizare a produselor software pe care le deține (operațiune denumită în mod uzual „licențiere”).

Fiecare dintre aceste moduri de licențiere, denumite în unele lucrări de specialitate și „*programe de licențiere*”, denumire pe care contestatoarea nu o va utiliza, pentru că este de natură să creeze confuzie între „*programele de calculator*” și „*programele de acordare a dreptului neexclusiv de utilizare*” — operațiune denumită în limbaj comun „licențiere”, descrierea foarte sumară a acestor moduri de licențiere, putând fi găsită și pe internet, utilizând linkul <https://www.licentepc.ro/info/moduri-de-licențiere>.

Fiecare dintre aceste moduri de licențiere are propriile particularități în ceea ce privește diferite caracteristici funcționale/drepturile acordate utilizatorului final, cum ar fi (nelimitativ): (i) Dreptul de a folosi produsul software pe un anume echipament și dreptul de a-l muta pe alte echipamente; (ii) regulile și limitările privind folosirea produsului software în mediul virtual; (iii) Drepturi de utilizare a noilor versiuni ale produsului software; (iv) Tipul și furnizorul serviciilor de suport aferente (garanție). Nu în ultimul rând, este de subliniat și faptul că prețul licenței (pentru același produs software) diferă în funcție de modul de licențiere ales.

Unul dintre modurile de licențiere oferite de Microsoft este cel denumit „*licențiere de volum*” (Volume licensing), iar potrivit subcriteriului nr. 8.1. din caietul de sarcini, rezultă „*fără putință de tăgadă*” că entitatea contractantă a impus, drept cerința minimă și obligatorie, ca ofertanții să asigure acest tip de licențiere.

Un alt tip/mod de licențiere oferit de Microsoft este cel realizat împreună cu producătorii de echipamente hardware, denumit „OEM”, care înseamnă (Original Equipment Manufacturer) adică Licențe instalate de producătorul calculatorului.

Acest din urmă tip de licențiere nu este solicitat și nici acceptat de entitatea contractantă la subcriteriul nr. 8.1. din Caietul de Sarcini, însă operatorul economic declarat câștigător a ales să ofere un astfel de tip de licențiere, conchide contestatoarea.

Prin acest din urmă mod de licențiere (OEM), produsul software este oferit de către producătorul echipamentului hardware, iar toată responsabilitatea asupra vânzării produsului software revine producătorului de hardware. Serviciile de suport (garanția) nu sunt asigurate de către Microsoft.

Un alt aspect de reținut este faptul că acest tip de licență (OEM) dă dreptul să se folosească produsul software doar pe echipamentul cu care a fost vândut, iar eventuala defectare totală sau casare a acestuia duce la pierderea dreptului de utilizare a licenței. De asemenea, o licență de tip „OEM” nu oferă dreptul de utilizare a unei noi versiuni a produsului, odată ce devine disponibilă.

Toate aceste diferențe, precum și multe altele sunt evidențiate în documentul atașat prezentei contestații și intitulat *"Microsoft FPP, OEM, VL Comparison"*.

Licențierea de tip „OEM” este un mod de licențiere mai restrictiv, care nu beneficiază de suport imediat din partea Microsoft, costul acestuia fiind semnificativ mai mic decât programul de licențiere de volum (i.e., cel impus de către Entitatea Contractanta prin Cerința nr. 8.1. din Caietul de Sarcini, dar neofertat de către ...USRL).

Contestatoarea consideră că este îndreptățită a semnală această neconformitate a ofertei tehnice declarate câștigătoare întrucât, conform răspunsurilor la solicitările de clarificări furnizate de operatorul economic SRL, acesta a oferit, pentru produsul "Windows Server 2022 Standard cu Software Assurance 3 ani", o combinație de două tipuri/ moduri de licențiere, sens în care citează:

- „Windows Server 2022 Standard in programul de licențiere OEM (part number produs 634BYKR, respectiv 634-BYKY și 634-BYKQ), oferit de producătorul serverului, respectiv Dell (numere de produs din catalogul Dell);

- Software Assurance (part number produs AAA-28640) pentru Windows Server 2022 Standard, oferit prin programul Microsoft Volume Licensing (licențiere de volum, numere de produs din catalogul Microsoft)".

În opinia contestatoarei, ofertantul declarat câștigător avea obligația, conform documentației de atribuire, să furnizeze programele software exclusiv în modul de licențiere impus prin Caietul de Sarcini (i.e., licențiere de volum), cu atât mai mult cu cât, potrivit prevederilor Fișei de Date (pagina 7), nu sunt acceptate oferte alternative.

Justificarea operatorului economic declarat câștigător este una eronată și menită să inducă în eroare, anume că atașarea licenței de volum de Software Assurance la licența OEM Windows Server 2022 Standard conferă acesteia din urmă aceleași caracteristici ca acelea ale unei licențe de volum.

În sprijinul acestei afirmații, a fost indicat următorul text disponibil pe web-site-ul Microsoft <https://www.microsoft.com/licensing/terms/productPurchasingandRenewingSoftwareAssurance>: *"Customers who acquire SA for OEM or retail licenses have the option of installing and using the Volume Licensing software for the current version at any time"*, însă operatorul economic declarat câștigător a interpretat eronat această trimitere deoarece, ceea ce se indică aici, în realitate, este faptul că beneficiarul are dreptul de a folosi versiunea curentă disponibilă (adică eventualele noi versiuni apărute) doar pe perioada achiziționată de Software Assurance.

Majoritatea celorlalte avantaje ale licențierii de volum („volume licensing”) nu sunt disponibile, iar la finalul perioadei de Software Assurance, dacă această licență nu este înnoită de către utilizatorul final beneficiarul rămâne doar cu o licență de tip OEM.

Contestatoarea arată că, în realitate, licențierea oferită de operatorul economic declarat câștigător nu asigură nici caracterul perpetuu și nici caracterul compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare (i.e., mașină virtuală).

Pentru interpretarea corectă a termenilor de licențiere, petenta oferă informațiile oficiale de pe site-ul Microsoft cu privire la „Software Assurance” în combinație cu produsul „Windows Server 2022”, disponibile prin accesarea următoarelor adrese:

(i) <https://www.microsoft.com/licensing/terms/productoffering/WindowsServerStandardDatacenterEssentials/OL#SoftwareAssurance> și

(ii) <https://www.microsoft.com/licensing/terms/product/SoftwareAssuranceBenefits/all>.

După cum se poate observa, pe site-ul producătorului Microsoft nu se precizează că licența de Software Assurance ar adăuga alte avantaje decât dreptul la versiuni noi produsului la care este atașat, astfel încât sunt false și menite să inducă în eroare explicațiile oferite de către operatorul economic declarat câștigător.

Petenta susține că în realitate propunerea sa tehnică nu satisface cerința prevăzută la pct. 8.1. din Caietul de Sarcini, anume că nu poate oferi licențiere de volum, perpetuă, compatibilă cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală.

Potrivit art. 219 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, *„Entitatea contractantă stabilește oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în invitația la o procedură concurențială de ofertare și în documentele achiziției, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:*

a) *oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin invitația la o procedură concurențială de ofertare și*

documentele achizitiei, avand in vedere, daca este cazul, dispozitiile art. 174;

b) oferta respectiva a fost depusa de un ofertant care nu se incadreaza in motivele de excludere, indeplineste criteriile privind capacitatea si, daca este cazul, criteriile de selectie”.

Mai departe, potrivit dispozițiilor art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, *„Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă semne de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de entitatea contractantă ca fiind anormal de scăzută”,* prevederile art. 143 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice dispunând în sensul că *„În condițiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.*

Pe baza celor expuse anterior, petenta roagă Consiliul să ia act de faptul ca societatea SRL nu a respectat prevederile minime și obligatorii ale Caietului de Sarcini, impunându-se respingerea propunerii sale tehnice ca neconformă, în lumina prevederilor art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

b.) Oferta SRL este neconformă deoarece propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică.

În completarea argumentelor expuse la punctul anterior, petenta susține că propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător conține o valoare artificială, în sensul că a fost declarat un preț inferior față de cel care s-ar fi impus dacă acest operator economic ar fi oferat un program de licență conform prevederilor Caietului de Sarcini.

Contestatoarea învederează faptul că scopul acestei practici a fost strict acela ca societatea SRL să obțină punctajul maxim în urma aplicării criteriului de evaluare „cel mai bun raport calitate-preț”.

Concret, petenta arată din nou că societatea SRL a oferat un program de licență de tip „OEM” în loc de varianta licențiere de volum, perpetuă compatibilă cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală”, impus prin subcriteriul nr. 8.1. din Caietul de Sarcini.

Varianta programului de licențiere de tip „OEM” are un preț semnificativ mai scăzut decât varianta programului de licențiere solicitat de entitatea contractantă, iar potrivit dispozițiilor art. 139 alin. (3) din Normele metodologice *„Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție sectorială respectiv, să fie corelata cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasa a contractului, să nu se afle în situația prevăzută la art. 222 din Lege sau să nu reprezinte o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor sectoriale”.*

În plus, conform prevederilor art. 143 alin. (3) lit. d) din aceleași Norme, *„În condițiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: d) propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la*

executarea defectuoasă a contractului sau constituie o abatere de la legislația incidentă, altă decât cea în domeniul achizițiilor sectoriale".

..... SRL consideră că au fost încălcate inclusiv principiile asumării răspunderii, tratamentului egal și proporționalității, întrucât entitatea contractantă nu a urmărit să analizeze și să verifice oferta SRL pentru a atribui în condiții de legalitate contractul de achiziție sectorială.

Astfel, entitatea contractantă a acționat în totală disonanță cu prevederile art. 139 alin. (1) din Normele metodologice, conform cărora *„Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică”*.

Contestatoarea arată că membrii comisiei de evaluare aveau obligația de a declara oferta SRL neconformă și să o respingă, întrucât, din răspunsul la solicitarea de clarificări rezultă că acest operator economic nu a oferit tipul de program de licențiere impus prin Documentația de Atribuire, fiind de la sine înțeles că nici propunerea sa financiară nu este corelată cu propunerea tehnică.

În mod regretabil, comisia de evaluare a luat o *„decizie contrară/fiind încălcat în mod evident și principiul proporționalității măsurilor adoptate care impunea analiza ofertei prin raportare la scopul achiziției și nu la interpretări excesiv de formaliste, contrare prevederilor legale aplicabile.”*

Petenta arată că în ceea ce privește problema încălcării principiului proporționalității, în interpretarea a CJUE cu privire la acest principiu se impune ca *„actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat a fi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se ca, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate”*.

Mai mult, societatea contestatoare indică și jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice unde s-a reținut *„(...) Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte”*.

Prin declararea admisibilă și câștigătoare a ofertei societății SRL, fără niciun motiv real, entitatea contractantă a săvârșit un abuz evident, vătămând în mod grav atât interesul public, cât și interesul legitim al SRL, lipsa de diligență a membrilor Comisiei de Evaluare impunându-se a fi sancționată prin anularea actelor atacate.

c. Entitatea contractantă a creat un avantaj nejustificat operatorului economic SRL, prin declararea ofertei sale ca fiind admisibilă și câștigătoare.

Astfel contestatoarea arată că declararea societății SRL ca fiind câștigătoare, în condițiile în care nu respecta cerințele minime și obligatorii din Caietul de Sarcini, entitatea contractantă a încălcat principiile nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și asumării răspunderii, care guvernează materia achizițiilor sectoriale.

Mai mult, solicită Consiliului să constate că prin actele atacate sunt încălcate principiul securității raporturilor juridice și încrederii legitime. Principiile care guvernează achizițiile publice și sectoriale, menționate în Directivele achizițiilor publice, reprezintă o concretizare a principiilor exprimate în Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene („TFUE”), adaptate la specificul achizițiilor publice.

Directivele consacră principiile tratamentului egal și al nediscriminării, principiul transparenței și principiul proporționalității. Pe lângă acestea, doctrina de specialitate (A. Semple, *A practical guide to public procurement*, Oxford University Press 2015; C. Risvig Hamer, *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive* (Copenhagen, DJOF Publishing, 2012, extras program legislativ) mai face trimitere la principiul general al liberei circulații a bunurilor și serviciilor și la recunoașterea reciprocă.

La principiile expres enumerate în Legea nr. 99/2016 se adaugă încă două principii adiacente care rezultă din art. 1 alin. (2) din Normele metodologice: principiul concurenței, care este un corolar al principiului nediscriminării și tratamentului egal, și principiul integrității — evitarea conflictului de interese.

Principiile achizițiilor sectoriale sunt extrem de importante în practica administrativă și judiciară, susține contestatoarea deoarece ghidează nu numai înțelegerea dispozițiilor imperative pentru procedurile de achiziții peste pragurile valorice ale UE, dar și pentru procedurile de achiziții sub aceste praguri, mergând până la achizițiile directe cu potențial impact transfrontalier.

În acest sens, art. 1 alin. (2) din Normele metodologice explică faptul că, în situațiile care nu-și găsesc o reglementare explicită în lege, sau în completare în Normele de aplicare, se aplică principiile achizițiilor publice. Au prioritatea principiile din TFUE, apoi cele din Directive fiind urmate de principiul asumării răspunderii, specific național.

Conceptele nedefinite folosite de legislația achizițiilor, cum ar fi *„criterii care nu conferă o libertate absolută de alegere”, „criterii care să aibă legătură cu obiectul contractului”, „criterii nediscriminatorii și obiective”* sau *„asigurarea concurenței în mod efectiv”*, nu pot fi înțelese fără a recurge la principiile din Tratat, Directive și lege - libertatea de circulație a bunurilor și serviciilor, transparență, nediscriminare, proporționalitate, avute în vedere la redactarea acestor norme legale.

Contestatoarea susține că toate cele expuse trebuie respectate de către orice entitate contractantă cu ocazia derulării fiecărei proceduri de atribuire, indiferent de participanții la aceasta, pentru asigurarea condițiilor optime de transparență, egalitate de șanse și concurență, ceea ce ar fi încălcat în mod flagrant în situația în care nu ar fi anulate actele atacate.

Pe baza celor expuse anterior, coroborate cu documentele aflate la dosarul achiziției sectoriale, petenta solicită Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor ca, prin Decizia pe care o va pronunța, să dispună cele menționate la începutul contestației.

Prin adresa nr. 13965/11.12.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 67629/....., entitatea contractantă a transmis Punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de către SRL, solicitând respingerea contestației ca fiind netemeinică și nefondată din următoarele considerente:

I. Scurtă prezentare a situației de fapt.

În data de 19.08.2023, entitatea contractantă a publicat Anunțul de participare nr. CN1058582, în scopul atribuirii contractului sectorial ce are ca obiect achiziția de Infrastructură virtualizare, cu o valoare estimată 2.523.969 lei, fără TVA. Durata contractului este de 90 de zile de la data încheierii contractului.

Până la termenul limită de depunere, respectiv 02.10.2023, au depus oferte următorii operatori economici: .. ofertant asociat și .- terț susținător.

În urma evaluării propunerilor tehnice, ofertele depuse SC - terț susținător au fost declarate conforme întrucât au prezentat oferte care îndeplinesc corespunzător cerințele din Caietul de sarcini.

Oferta prezentată de către SC .. SRL a fost declarată inacceptabilă, conform art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016: ofertantul a modificat, prin răspunsurile pe care le-a prezentat Comisiei de evaluare, potrivit dispozițiilor alin.(1) art. 140 din același act normativ, conținutul propunerii tehnice.

În urma aplicării criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate – preț" și a algoritmului de calcul asociat, așa cum a fost stabilit în documentația de atribuire, clasamentul se prezintă astfel:

Locul I - SC SRL

Locul II - SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC . SRL - terț susținător

Locul III - SC . SRL

Ofertantul SC SRL a fost declarat câștigător, având un punctaj total de 100 de puncte și o valoare a propunerii financiare de 1.956,540,85 lei, fără TVA.

Oferta depusă de SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC . SRL - terț susținător a fost declarată admisibilă, dar nu câștigătoare clasându-se pe locul II, cu un punctaj total de 98,85 de puncte și o valoare a propunerii financiare de 1.983.399,35 lei, fără TVA.

Oferta depusă de SC .. SRL a fost declarată admisibilă, dar nu câștigătoare clasându-se pe locul III, cu un punctaj total de 81,89 de puncte și o valoare a propunerii financiare de 2.486.110,00 lei, fără TVA.

În continuare, Entitatea contractantă, prin Comisia de evaluare, a procedat la parcurgerea fazei de analiză a documentelor suport DUAЕ, întocmire a Raportului procedurii și a Comunicărilor privind rezultatul procedurii, în conformitate cu prevederile Legii nr. 99/2016 și a HG nr. 394/2016.

În data de 20.11.2023, Comisia de evaluare a publicat în SEAP Raportul procedurii nr. 48086/20.11.2023 și Comunicările privind rezultatul procedurii pentru fiecare ofertant participant la procedură.

Astfel, entitatea contractantă învederează Consiliului că i s-a comunicat contestatoarei rezultatul procedurii în data de 20.11.2023, nicidecum în data de 21.11.2023 cum eronat afirmă aceasta.

În termenul legal, SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC .. SRL - terț susținător a formulat Contestația nr. 8348/04.12.2023 (înregistrată la CN APM SA sub nr. 13710/04.12.2023), motivând în esență faptul că întrucât contestatoarea cunoaște conținutul propunerii societății SRL, apreciază că aceasta nu respectă cerințele minime și obligatorii ale Documentației de atribuire.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei că are cunoștință de conținutul propunerii societății, face precizarea că în data de 27.11.2023, prin adresa nr. SYN-8340, SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC .. SRL - terț susținător a solicitat accesul la dosarul achiziției.

Entitatea contractantă, prin adresa nr. 13504/27.11.2023, a invitat SC SRL în data de 28.11.2023, ora 10:00, la sediul social din Municipiul, Incinta Port, Gara Maritimă, Județul, să vizualizeze dosarul achiziției.

În data menționată anterior, SC SRL, reprezentată de două persoane împuternicite, a procedat la vizualizarea dosarului achiziției, exceptând documentele declarate confidențiale de către ceilalți participanți la procedură.

II. Motive de respingere a contestației formulate de SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC ... - terț susținător.

a) Referitor la afirmația contestatoarei potrivit careia „oferta este neconformă, întrucât propunerea tehnică nu respectă cerințele minime și obligatorii din documentația de atribuire”, entitatea contractantă arată Consiliului următoarele:

Potrivit prevederilor Anexei 1 la Caietul de sarcini - Caracteristici infrastructură virtualizare, Cap C Aplicații, subcap 8.1. tipul de licențiere solicitat este: licențiere de volum, perpetuuă, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, mașină virtuală și pct. 9 Exchange 2019 standard cu Software Assurance 3 ani.

În propunerea tehnică prezentată inițial în cadrul Matricii de conformitate, pag. 7, ofertantul, referitor la cerința de mai sus ofertează: Licențiere de volum, perpetua, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală. Exchange 2019 standard cu Softwa're Assurance 5 ani, Cantitate 2.

În etapa de analiză a ofertelor depuse de către ofertanți, Comisia de evaluare a transmis tuturor ofertanților o serie de solicitări de clarificări.

Comisia de evaluare, pentru a verifica dacă licențele ofertate de operatorii economici respectă cerințele Caietului de sarcini, a solicitat tuturor ofertanților să precizeze part number-ul (P/N-ul) licențelor/serviciilor ofertate.

De asemenea, Comisia de evaluare a constatat că informațiile prezentate în propunerea tehnică de către SRL în raport cu cerințele de la subcap. 8 și 9, solicitate în Caietul de sarcini corespund parțial.

Din analiza specificației tehnice pentru aceste puncte nu s-a regăsit numărul și P/N-ul licențelor Windows Server 2022 standard cu Software Assurance 3 ani.

Prin urmare, Comisia de evaluare a solicitat ofertantului, prin Solicitarea nr. 1766/SAP/12.10.2023 să clarifice care este numărul și P/N-ul licențelor Windows Server 2022 standard oferite la pct 9. "Windows Server 2022 standard cu Software Assurance 3 ani pentru licențierea mașinilor virtuale" din Secțiunea c) "Aplicații".

Ca răspuns la solicitarea de clarificări nr. 1766/SAP/12.10.2023, ... SRL a postat în SEAP în data de 17.10.2023, răspuns la solicitarea de clarificări, având nr. 471/17.10.2023.

Analizând răspunsul ofertantului, Comisia de evaluare a observat o posibilă neconcordanță între precizarea din oferta tehnică respectiv "Licențiere de volum, perpetua, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală" și cea din răspunsul la clarificări, motiv pentru care a adresat ofertantului o nouă solicitare de clarificare.

Astfel, Comisia de evaluare a solicitat ofertantului prin adresa nr. 1822/SAP/24.10.2023 să clarifice modul de îndeplinire al Cap 8.1 tip de licențiere Licențiere de volum, perpetua, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală de la secțiunea c.) Aplicații din Anexa 1 a caietului de sarcini și să prezinte, din partea producătorului, documente din care să reiasă că licența oferită este compatibilă cu statutul Entității contractante, având în vedere acționariatul acesteia (capital, atât de stat, cât și privat).

Ca răspuns la solicitarea de clarificări nr. 1822/SAP/24.10.2023, ofertantul SC SRL a postat în SEAP în data de 26.10.2023, răspuns clarificări nr. 490/26.10.2023.

De asemenea, ofertantul a atașat o adresă emisă de către ...X, la nivelul căreia ...X precizează că "Entitatea contractantă se califică pentru licențe de tip Public.

În definirea terminologiei tipului de licență, pentru sectorul public entitatea contractantă prezintă următoarea descriere: este o companie deținută de statul român și nu generează profit".

În urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificări 2 nr. 490, Comisia de evaluare a decis că ofertantul a clarificat toate aspectele solicitate și că propunerea tehnică îndeplinește corespunzător cerințele din Caietul de sarcini.

Referitor la afirmația contestatoarei că „acest tip de licențiere nu este asigurat de către propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător, contrar prevederilor minime și obligatorii ale Caietului de sarcini, propunerea tehnică a societății SRL neputând fi acceptată de către Entitatea Contractantă”, aduce în atenția Consiliului următoarele:

Analizând răspunsul ofertantului, precum și documentul de pe site-ul Microsoft, la care acesta face referire, în care se precizează "Customers who acquire SA for OEM or retail licenses have the option of installing and using the Volume Licensing software for the current version at any time", Comisia de evaluare a considerat că licențele și serviciile oferite la subcap. 8 și 8.1 corespund cerințelor solicitate în caietul de sarcini.

De asemenea, în documentul "Frequently asked questions about product licensing" de pe site-ul Microsoft de la adresa <https://download.microsoft.com/download/A/5/9/A599711B-6807-4757-B38D-1EE269F2F19B/FAQs-Product-Licensing.pdf> se reiterează faptul că prin atașarea de Software Assurance la produsele de tip OEM se obține dreptul de a utiliza Volume Licensing software "any time", neprecizându-se restricții de timp pentru utilizarea acestora.

Afirmațiile contestatoarei referitoare la faptul că „la finalul perioadei de Software assurance, dacă aceasta nu este înnoită de către utilizatorul final beneficiarul rămâne doar cu o licență de tip OEM” sau cele referitoare la faptul că „licențierea oferită de operatorul economic declarat câștigător nu asigură nici caracterul perpetuu și nici caracterul compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare (i.e., mașina virtuală)” sunt contrazise de documentele menționate mai sus, și anume: "Frequently asked questions about product licensing" de pe site-ul Microsoft de la adresa <https://download.microsoft.com/download/A/5/9/A599711B-6807-4757-B38D-1EE269F2F19B/FAQs-Product-Licensing.pdf>, www.microsoft.com/licensing/terms/product/PurchasingandRenewingSoftwareAssurance/MPSA.

Având în vedere cele de mai sus, entitatea contractantă consideră că evaluarea tehnică realizată de Comisia de evaluare a fost una corectă, nediscriminatorie și fără "interpretări excesiv de formaliste".

Referitor la afirmația contestatoarei că "variantele programului de licențiere de tip OEM are un preț semnificativ mai scăzut decât varianta programului de licențiere solicitat de Entitatea Contractantă", entitatea contractantă precizează faptul că Microsoft practică diverse nivele de discount, în funcție de nivelul de parteneriat pe care îl are cu diverși distribuitori/furnizori.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei și anume "lipsa de diligență a membrilor Comisiei de Evaluare", entitatea contractantă precizează faptul că membrii Comisiei au întreprins toate măsurile necesare pentru a se clarifica asupra ofertelor depuse și a conformității acestora cu cerințele din caietul de sarcini, atât prin solicitarea de clarificări către toți ofertanții, în mod nediscriminatoriu, cât și prin studierea documentațiilor disponibile pe internet (a se vedea solicitările de clarificări transmise către ofertanți pe parcursul perioadei de analiză a ofertelor).

Astfel, luând în considerare toate aspectele expuse pe larg, entitatea contractantă subliniază faptul că oferta depusă de societatea este conformă, așa cum a fost declarată de Comisia de evaluare.

b) Referitor la afirmația contestatoarei că oferta este neconformă, deoarece propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică, entitatea contractantă roagă Consiliul să rețină următoarele aspecte:

Așa cum se va putea verifica din analiza dosarului achiziției, propunerea financiară depusă de ofertantul respectă în totalitate Formularul 8 și Centralizatorul de prețuri 8A, anexă la Formularul 8, impuse prin documentația de atribuire. Ofertantul a cuprins la nivelul celor două formulare care alcătuiesc propunerea financiară toate aspectele solicitate de către Entitatea contractantă.

În cadrul Centralizatorul de prețuri 8A, la nivelul capitolului c) Aplicații, ofertantul a inclus valori pentru toate produsele solicitate, de punctul 1 la punctul 7.

Prin comparație, propunerea financiară compusă din Formularul 8 și Centralizatorul de prețuri 8A, anexă la Formularul 8 depusă de contestatoare, respectă întru totul cerințele impuse de către Entitatea contractantă, diferența dintre cele două propuneri financiare ale celor doi ofertanți fiind dată de valorile incluse în cuprinsul acestora.

Prin urmare, afirmația contestatoarei că propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător nu este corelată cu propunerea tehnică și conține o valoare artificială nu se susține.

Mai mult decât atât, susținerea contestatoarei că propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător conține o valoare artificială, precum și concluzia acesteia că scopul acestei practici a fost strict ca societatea să obțină punctajul maxim în urma aplicării criteriului de evaluare "cel mai bun raport - calitate preț", nu sunt susținute și argumentate.

Entitatea contractantă reamintește Consiliului faptul că fiecare ofertant participant la o procedură de achiziție sectorială are libertatea de a depune propunerea financiară așa cum consideră, în raport cu valoarea estimată a achiziției, una din condițiile impuse pentru acest aspect fiind ca propunerea financiară depusă în cadrul unei proceduri să se încadreze în valoarea estimată a achiziției.

Din analiza propunerilor financiare a SC și a SC SRL - ofertant lider, SC ... SRL - ofertant asociat și SC ... - terț susținător a rezultat un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu valoarea estimată a achiziției, astfel:

- Având în vedere valoarea estimată de 2.523.969 lei fără TVA, raportată la valoarea propunerii financiare de 1.956.540,85 lei fără TVA, a rezultat un procent de 77,51% din prețul estimat.

- SC SRL - ofertant lider, SC ... SRL - ofertant asociat și SC ... - terț susținător

Având în vedere valoarea estimată de 2.523.969 lei fără TVA, raportată la valoarea propunerii financiare de 1.983.399,35 lei fără TVA, a rezultat un procent de 78,58% din prețul estimat.

Prin urmare, în baza prevederilor art. 222 alin. (1) - (2) din Legea 99/2016, coroborate cu cele ale art. 142 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, Comisia de evaluare a solicitat SC, prin adresa 1869/SAP/03.11.2023 și SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC ... - terț susținător prin adresa 1870/SAP/03.11.2023 să prezinte informații privind prețul aparent neobișnuit de scăzut.

În data de 06.11.2023, în termenul solicitat, ... a prezentat răspunsul cu nr. 514, privind justificarea prețului, prin care a evidențiat fundamentarea economică a ofertei și a justificat modalitatea de formare a prețurilor, prezentând defalcarea costurilor care constituie obiectul viitorului contract atașând documente în susținerea celor afirmate.

În data de 06.11.2023, în termenul solicitat, SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC ... - terț susținător a prezentat răspunsul său cu nr. 8322/06.11.2023 prin care a evidențiat fundamentarea economică a ofertei și a justificat modalitatea de formare a prețurilor.

În urma evaluării propunerilor financiare și pe baza informațiilor prezentate de ofertanți, Comisia de evaluare a declarat admisibile propunerile și SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC ... - terț susținător.

Așa cum se poate vedea din cele expuse anterior, Comisia de evaluare a tratat în mod egal ofertanții, respectând întocmai prevederile legii achizițiilor, prin urmare și principiile care guvernează achizițiile publice.

Entitatea contractantă consideră că afirmațiile contestatoarei induc în mod eronat ideea că Entitatea contractantă a acționat în defavoarea contestatoarei, încălcând principiile care stau la baza desfășurării achizițiilor sectoriale.

Or, așa cum se va putea observa din analiza dosarului achiziției, Comisia de evaluare a analizat și a solicitat clarificări tuturor ofertanților participanți la procedură, luând deciziile finale în baza documentelor și a informațiilor prezentate de către aceștia pe parcursul procedurii.

c. Referitor la afirmația contestatoarei că Entitatea contractantă a creat un avantaj nejustificat operatorului economic SRL, prin declararea ofertei sale ca fiind admisibilă și câștigătoare , entitatea contractantă arată că:

Motivând afirmația de mai sus, contestatoarea aduce în atenția Consiliului faptul că sunt încălcate principiul securității raporturilor juridice și încrederii legitime, ocazie cu care contestatoarea se întreabă (retoric) ce semnifică aceste principii în accepțiunea entității contractante.

Chiar dacă contestatoarea se întreabă retoric, entitatea contractantă precizează că principiul securității raporturilor juridice se referă, în esență, la faptul că cetățenii trebuie protejați *„contra unui pericol care vine chiar din partea dreptului, contra unei insecurități pe care a creat-o dreptul sau pe care acesta riscă s-o creeze”*.

În esență, principiul securității juridice înglobează următoarele aspecte: neretroactivitatea legii, accesibilitatea și previzibilitatea legii, interpretarea unitară a legii, coordonate a căror respectare constituie o condiție sine qua non pentru o legislație de calitate.

Pe de altă parte, trebuie precizat că judecătorul comunitar (de la Curtea de Justiție a Comunităților Europene) și cel european (de la CEDO) au consacrat principiul securității juridice, introducând în jurisprudență „principiul încrederii legitime care tinde să limiteze posibilitățile de modificare a normelor juridice, din momentul în care au fost luate angajamente de către autoritățile competente.

Prin urmare, acuzațiile contestatoarei potrivit cărora sunt încălcate principiul securității raporturilor juridice și încrederii legitime, precum și insinuarea că entitatea contractantă a acționat cu rea credință, încălcând atât legislația europeană cât și pe cea a achizițiilor sectoriale, sunt nefondate și contravin deontologiei profesionale care guvernează relațiile comerciale.

Așa cum rezultă din toate cele expuse mai sus, se poate observa faptul că entitatea contractantă, ținând cont de prevederile legale transpuse în legislația internă, a avut o conduită adecvată pe tot parcursul derulării procesului de evaluare a ofertelor, în acord cu cele impuse prin Documentația de atribuire.

Entitatea contractantă susține că a respectat întocmai și întrutotul principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Totodată, din analiza documentelor ce fac parte din dosarul achiziției, se poate observa faptul că membrii Comisiei de evaluare - în virtutea principiului asumării răspunderii - au acționat cu maxima diligență și responsabilitate, respectând cu rigurozitate prevederile legale incidente, analiza comparativă dintre documentația de atribuire și ofertele depuse realizându-se fără putință de tăgadă în mod corect și clar.

În ceea ce privește solicitarea de la punctul 3 al contestației formulate, respectiv anularea procedurii de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. 7 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă apreciază că acestea trebuie interpretate și aplicate exclusiv în cazurile enumerate la art. 225-226 din Legea nr. 99/2016, în speță contestatoarea referindu-se la situația reglementată de art. 225 alin. 1 lit. d).

Entitatea contractantă susține că nu au fost identificate erori și nici omisiuni care să necesite adoptarea unor măsuri corective, împrejurare în care solicită Consiliului să respingă solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire, dispozițiile legale invocate nefiind aplicabile.

Referitor la punctul 4 al contestației, respectiv acordarea accesului la dosarul cauzei, conform art. 19 din Legea nr. 101/2016, entitatea contractantă arată căpetenta a solicitat accesul la dosarul achiziției, prezentându-se în acest sens, în data de 28.11.2023, la sediul CN APM

SA unde a procedat la vizualizarea dosarului achiziției, exceptând documentele declarate confidențiale de către ceilalți participanți la procedură.

Având în vedere faptul că dosarul achiziției a fost deja consultat de către contestatoare, iar dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016 condiționează accesul la consultarea documentelor declarate confidențiale de obținerea acordului expres al ofertanților în cauză, entitatea contractantă roagă Consiliul să aprecieze cu privire la solicitarea formulată.

În concluzie, ... solicită a se reține următoarele:

1) În urma derulării procedurii de achiziție publică, CN APM SA în mod corect a declarat ca și câștigătoare oferta operatorului economic

2) Din toate cele expuse mai sus, rezulta în mod clar faptul că oferta este conformă cu dispozițiile Documentației de atribuire elaborată de entitatea contractantă și cu prevederile legale specifice incidente în cauză;

3) Oferta depusă de SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC ... - terț susținător SRL este admisibilă, dar necâștigătoare, întrucât în urma aplicării criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate – preț" s-a clasat pe locul II.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului să respingă contestația formulată de SC SRL - ofertant lider, SC SRL - ofertant asociat și SC ... - terț susținător, ca fiind netemeinică și nefondată.

Prin adresa nr. 7984/19.12.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 69418/20.12.2023, ... SRL, a transmis documentul "Răspuns la punctul de vedere al entității contractante" prin care solicită Consiliului să respingă apărările entității contractante ca neîntemeiate, cu consecința admiterii prezentei contestații astfel cum a fost formulată.

I. Entitatea Contractanta recunoaște că propunerea tehnica SRL conține un alt tip de licențiere decât cel impus la subcriteriul nr. 8.1. din Caietul de Sarcini.

Petenta arată că entitatea contractantă a confirmat poziția societății sale, anume că oferta SRL este neconformă întrucât propunerea tehnică nu respectă cerința minimă și obligatorie impusa la subcriteriul nr. 8.1 din Caietul de Sarcini.

Din punctul de vedere al entității contractante, rezultă că membrii Comisiei de Evaluare au sesizat de la bun început că propunerea tehnică SRL nu respectă integral prevederile Documentației de Atribuire, astfel cum rezultă din pagina 3, penultimul paragraf al punctului de vedere.

Ulterior, potrivit susținerilor entității contractante, membrii Comisiei de Evaluare au solicitat un set de clarificări operatorului economic declarat câștigător, societatea SRL postând în SEAP răspunsul aferent, care este redat integral de către entitatea contractantă în pagina 4 a punctului de vedere.

Analizând răspunsul SRL la aceasta solicitare de clarificări, membrii Comisiei de Evaluare au constatat că propunerea sa tehnică în continuare nu respectă prevederile Documentației de Atribuire.

Contestatoarea susține că răspunsul SRL la această solicitare de clarificări este vădit evaziv, ... SRL oferind membrilor Comisiei de Evaluare nu dovada îndeplinirii cerinței prevăzute la subcriteriul 8.1. din Caietul de Sarcini [i.e., în sensul ofertării programului de licențiere de volum], ci o „explicație” proprie asupra conceptului „licențiere de volum”, astfel încât să justifice că tipul de licențiere OEM (cel efectiv oferit de către SRL) ar avea caracteristici oarecum similare cu cel solicitat prin documentația de atribuire, în sensul că ar putea beneficia, în orice moment de „opțiunea de instalare și utilizare a produselor software din Programul de licențiere în volum pentru versiunea curentă”.

Prin răspunsurile oferite și prin cererea de intervenție voluntară formulată în prezenta cauză, societatea SRL a recunoscut că programul de licențiere oferit este de tipul OEM, încercând să „justifice” de ce și acest program de licențiere ar beneficia de opțiunea de instalare și utilizare a produselor software din Programul de licențiere în volum, deși Documentația de Atribuire nu acceptă oferte alternative.

Așadar, atât Entitatea Contractanta, cât și ofertantul declarat câștigător, societatea SRL au recunoscut că propunerea tehnică a celei din urma societăți nu asigură programul de licențiere impus prin Documentația de Atribuire - anume programul "licențiere de volum" (Volume licensing).

În opinia contestatoarei, operatorul economic declarat câștigător a dorit să abată atenția de la adevărata problemă/hibă a propunerii sale tehnice: faptul că nu a oferit un program de licențiere de volum, ci program de licențiere OEM, altul decât cel care este solicitat prin Documentația de Atribuire.

Petenta susține acest lucru deoarece, conform subcriteriului 8.1. din Caietul de Sarcini, ofertantul trebuie să asigure Entității Contractante licența pentru produsul Windows Server 2022 într-un model de Licențiere de Volum perpetuă.

Este înțeles clar că acest lucru se referă la modelul de Licențiere de Volum Microsoft aplicat produsului Windows Server Standard Edition, iar pentru detalii suplimentare referitoare la terminologie și definiții, poate fi accesată secțiunea corespunzătoare de pe site-ul Microsoft la adresa <https://www.microsoft.com/en-us/licensing/product-licensing/windows-server?rtc=1>.

Petenta învederează faptul că societatea SRL cunoaște că propunerea sa tehnică nu asigură modelul de licențiere de volum solicitat prin Documentația de Atribuire, însă, cu toate acestea, urmărește să inducă în eroare și membrii Consiliului în tentativa sa de a obține contractul de achiziție sectorială.

Eforturile sale se traduc prin diferite trimiteri eronate / scoase din context către diverse link-uri Wikipedia, aceasta platformă online nefiind una oficială a producătorului Microsoft, ci o platformă accesibilă

publicului larg unde orice persoană (inclusiv SRL) poate opera modificări de conținut / text.

Contestatoarea arată că în aceste condiții, este evident că operatorul economic ... SRL a prezentat, pentru produsul "*Windows Server 2022 Standard cu Software Assurance 3 ani*", o propunere tehnică neconformă constând într-o combinație între două moduri de licențiere.

Petenta susține că contrar poziției comune exprimate atât de Entitatea Contractanta cât și de intervenientul SRL, ofertantul declarat câștigător avea obligația să furnizeze strict programul de licențiere impus prin Caietul de Sarcini (i.e., licențiere de volum), obligație pe care nu a îndeplinit-o.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât, potrivit prevederilor Fișei de Date (pagina 7), nu sunt acceptate oferte alternative.

Este eronată justificarea SRL din răspunsurile la solicitările de clarificări și din cererea de intervenție voluntară, anume că atașarea licenței de volum de Software Insurance la licența OEM Windows Server 2022 Standard conferă acesteia din urmă aceleași caracteristici ca ale unei licențe de volum.

Societatea contestatoare susține că problema dedusă judecății nu este dacă licența de tipul OEM conferă sau nu aceleași caracteristici precum licența de volum, ci dacă propunerea tehnică a societății SRL asigură (sau nu) program de licențiere de volum.

Având în vedere poziția Entității Contractante și a intervenientei, precum și documentele aflate la dosarul achiziției sectoriale, în special răspunsurile la clarificări oferite de către SRL, rezultă că oferta tehnică a operatorului economic declarat câștigător nu respectă cerințele minime și obligatorii din Caietul de Sarcini.

Pe baza celor expuse anterior, contestatoarea roagă Consiliul să ia act de faptul că societatea SRL nu a respectat prevederile minime și obligatorii ale Caietului de Sarcini, impunându-se respingerea propunerii sale tehnice ca neconforma, conform prevederilor art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

II. Entitatea Contractanta confirmă că oferta SRL este neconformă, deoarece propunerea financiara nu este corelată cu propunerea tehnică.

Contestatoarea susține că punctul de vedere al entității contractante nu combate argumentele pentru care a susținut că propunerea tehnică a societății SRL nu este corelată cu propunerea financiară.

Petenta reiterează faptul că societatea SRL recunoaște că a oferat un program de licența de tip „OEM”, în loc de varianta „licențiere de volum, perpetua, compatibila cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuala”, impusă prin subcriteriul nr. 8.1. din Caietul de Sarcini.

Nici entitatea contractantă, nici intervenienta nu au contestat că varianta programului de licențiere de tip „OEM” are un preț semnificativ mai scăzut decât varianta programului de licențiere de volum; societatea

contestatoare a semnalat necorelarea propunerii tehnice SRL cu cea financiară în raport de faptul că prin ofertarea unui program de licențiere OEM (i.e. mai ieftin decât licențierea de volum), ... SRL a putut obține un preț mai avantajos decât cel al propunerii noastre financiare.

Tocmai din aceste considerente, petenta susține că au fost încălcate inclusiv principiile tratamentului egal și proporționalității, întrucât entitatea contractantă nu a urmărit să analizeze și să verifice oferta SRL pentru a atribui în condiții de legalitate contractul de achiziție sectorială.

III. Entitatea contractantă a creat un avantaj nejustificat operatorului economic SRL, prin declararea ofertei sale ca fiind admisibilă și câștigătoare

Contestatoarea susține că prin declararea societății SRL ca fiind câștigătoare, în condițiile în care propunerea sa tehnică nu respectă cerințele minime și obligatorii din Caietul de Sarcini - lucru confirmat prin chiar punctul de vedere al entității contractante și prin cererea de intervenție voluntară accesorie - rezulta că, în procedura de față, au fost încălcate principiile nediscriminării, tratamentului egal, transparenței, care guvernează materia achizițiilor sectoriale.

Pe baza celor expuse în contestație, coroborate cu argumentele de fapt și de drept detaliate în prezentul răspuns și cu documentele aflate la dosarul achiziției sectoriale, ... SRL roagă Consiliul să admită contestația astfel cum a fost formulată.

Prin cererea de intervenție voluntară (accesorie) în favoarea entității contractante nr./....., înregistrată la CNSC cu nr. 67743/, ... SRL a cărei ofertă a fost clasată pe primul loc în cadrul procedurii de atribuire, în temeiul prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu art. 61 alin. (3) și următoarele din Codul de procedura civilă, a solicitat Consiliului să dispună admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea contestației astfel: pe cale de excepție, ca tardivă, prin raportare la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, iar pe fondul cauzei, ca nefondată și netemeinică, precum și constatarea legalității actelor atacate prin intermediul contestației și menținerea acestora, respectiv a declarării ofertei depusă de SRL ca fiind câștigătoare a procedurii de achiziție publică.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție, ... SRL arată că justifică un interes ce rezultă incontestabil din faptul că argumentele din cuprinsul contestației vizează acte emanând de la autoritatea contractantă, potrivit cărora oferta sa a fost declarată câștigătoare, iar cererea de intervenție urmărește menținerea rezultatului actual al procedurii și formulată în termenul prevăzut de lege.

Considerând aceste condiții îndeplinite, ... SRL solicită Consiliului să încuviințeze în principiu cererea de intervenție.

În susținerea excepției tardivității contestației, intervenienta precizează că, potrivit mențiunilor din SEAP, contestația a fost înregistrată în data de 5 decembrie 2023, ora 14:51, iar conform consemnărilor din cuprinsul documentului, petenta ar fi primit rezultatul procedurii în data de 21.11.2023.

Prin urmare, apreciază că, raportat la dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul limită de depunere al contestației ar fi fost în data de 04.12.2023, ora 24.00.

Cu toate acestea, arată intervenienta, contestația a fost publicată în SEAP abia în data de 05.12.2023, ora 14.51, aceasta fiind înregistrată în afara termenului legal.

Prin urmare, intervenienta solicită contestației, ca fiind tardiv introdusă.

În ceea ce privește criticile contestatoarei, ... SRL susține că ofertantul contestator afirmă lucruri neadevărate atât despre licențierea Microsoft, cât și despre oferta SRL. Afirmă că petenta folosește definiții greșite, prezintă lucruri parțial și eronat. Astfel, după ce enumeră multe argumente greșite, extrage o concluzie greșită, cu alte cuvinte contestă ceva inexistent.

Mai mult, arată intervenienta, obiectul contestației a fost deja clarificat printr-o întrebare de clarificare la care SRL a răspuns, iar procedura de atribuire a continuat să se desfășoare.

Precizând că răspunsul său a fost clar și documentat cu referințele producătorului, arată că, în concret, contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă a solicitat s „licențiere de volum”, iar SRL nu ar fi oferit „licențiere de volum”.

În scopul clarificării, învederează că „licențierea de volum” nu este un nume propriu și nu indică un anumit program de licențiere. Nici măcar nu este un termen creat de Microsoft, ci este utilizat de mulți producători software. Mai mult, nu indică nimic cu privire la caracteristicile licențelor achiziționate, ci se referă la o grupă de programe de licențiere destinate companiilor mari care achiziționează multe licențe.

Conform site-ului https://en.wikipedia.org/wiki/Volume_licensing, „În licențierea software, licențierea în volum este practica utilizării unei licențe pentru a autoriza software-ul pe un număr mare de computere și/sau pentru un număr mare de utilizatori.”

Prin urmare, subliniază că solicitarea de licențe în „licențiere de volum” nu este una specifică, nu implică nicio caracteristică tehnică, nu afectează produsul licențiat și nici drepturile de utilizare ale acestuia. În categoria „licențiere de volum” se încadrează mai multe programe de licențiere Microsoft: Enterprise Agreement, Enterprise Subscription Agreement, Open Value, Open Value Subscription, Microsoft Products and Services Agreement etc. În cadrul acestor programe se pot achiziționa licențe pe bază de subscriere, licențe perpetue, licențe în sistem de leasing, licențe plătite conform unui consum efectuat etc. De asemenea, în cadrul acestor programe de licențiere, se pot achiziționa licențe pentru diferite programe, aplicații și servicii, de la licențe pentru

sistemul de operare, la servicii Microsoft, licențe pentru diferite aplicații sau servicii de tip Cloud.

Conchide că, în contextul celor expuse, „a afirma că «licențiere de volum» specifică în vreun fel vreo caracteristică a unui produs sau definește în vreun alt fel drepturile ce decurg dintr-o anumită licență este lipsit de orice argument și denota o înțelegere superficială a terminologiei industriei software.

Susține că formularea „Licențiere de volum” poate fi deci considerată orientativă, nicidecum definitorie pentru vreun aspect al licențierii punctuale al vreunui produs Microsoft.

În continuare, intervenienta combate punctual susținerile contestatoarei, evidențiându-le în prealabil:

a) Autoritatea contractantă s-a referit expres la anumite caracteristici pe care le dorește pentru licențele solicitate, în clar, cum arată și contestatoarea în încercarea de a dovedi ca SRL ar avea o ofertă neconformă:

„Mai departe, la subcriteriul nr. 8.1 din caietul de sarcini se menționează clar tipul de licențiere impus de entitatea contractantă, anume «licențiere de volum, perpetuă, compatibilă cu modul de instalare al sistemului de operare, respective mașina virtuală»”.

SC SRL susține că îndeplinește toate cele trei cerințe: „licențiere de volum” - chiar dacă termenul este general, lipsit de orice indicație precisă asupra vreunui atribut, toate licențele furnizate, fiind acoperite de Software Assurance, beneficiază de beneficiile existente în mod uzual în licențierile de volum. Acest lucru se refera la drepturile de folosire a cheilor unice de instalare, folosirea mediilor de instalare unice (DVD, USB, etc), drepturile de distribuie (deployment rights) etc.

Menționează că, potrivit termenilor și condițiilor furnizorului Microsoft, ce pot fi consultate la adresa: <https://www.microsoft.com/licensing/terms/product/PurchasingandRenewingSoftwareAssurance/MPSA>: „Achiziționarea și reînnoirea protecției prin Software Assurance în MPSA”; „Clienții care achiziționează SA (Software Assurance) pentru licențele cumpărate prin OEM sau prin canalul de distribuție cu amănuntul beneficiază în orice moment de opțiunea de instalare și utilizare a produselor software din Programul de licențiere în volum pentru versiunea curentă”.

Licențele sunt perpetue - Toate licențele furnizate sunt perpetue și vor fi valabile și după expirarea celor 5 ani de Software Assurance.

Licențele sunt compatibile cu modul de instalare al sistemului de operare, adică în mediul virtual.

Pentru fiecare licență de Windows Server alocată unui server fizic, licențiatul are voie să folosească până la 2 instanțe virtuale de Windows Server.

„When licensed based on the physical cores on a server, Windows Server Standard provides rights to use two operating system environments (physical or virtual OSEs)”

[https://wwlpdocumentsearch.blob.core.windows.net/prodv2/Licensing guide PLT Windows Server 2022 O ct2022.pdf](https://wwlpdocumentsearch.blob.core.windows.net/prodv2/Licensing%20guide%20PLT%20Windows%20Server%202022%20O%20ct2022.pdf)

b) Contestatoarea afirmă că „Prin acest din urmă mod de licențiere produsul software este oferit de către producătorul echipamentului hardware, iar toată responsabilitatea asupra vânzării, produsului software revine producătorului de hardware. Serviciile de suport (garanția) nu sunt asigurate de către Microsoft.

Contrar afirmației petentei, arată că oferirea serviciilor de suport de către producătorul Microsoft este asigurată de contractul de Software Assurance pentru cei cinci ani de garanție, inclus în oferta SRL.

c) Referitor la susținerea petentei potrivit căreia: „Un alt aspect de reținut este faptul că acest tip de licență (OEM) dă dreptul să se folosească produsul software doar pe echipamentul cu care a fost vândut, iar eventuala defectare casare a acestuia duce la pierderea dreptului de utilizare a licențe. De asemenea, o licență de tip OEM nu oferă dreptul de utilizare a unei noi versiuni a produsului, odată ce devine disponibilă”.

Intervenienta subliniază că dreptul de a transfera licențele pe un alt echipament nu a fost o solicitare în cadrul procedurii. Soluția ofertată conține atât echipamentele hardware, cât și licențele software și serviciile aferente și nu implică transferul licențelor pe alte echipamente.

d) Referitor la „impunerea” invocată de către contestatoare, respectiv faptul că „oferantul declarat câștigător avea obligația, conform documentației de atribuire să furnizeze programe software exclusiv în modul de licențiere oimpus prin caietul de sarcini (licențiere de volum), cu atât mai mult cu cât, potrivit prevederilor fișei de date (pagina 7) nu sunt acceptate oferte alternative”, intervenienta reiterează faptul că „licențierea de volum” nu indică clar un program de licențiere, nu este un termen proprietar Microsoft și nu implică nicio caracteristică obligatorie pentru licențele și serviciile furnizate”.

e) În ceea ce privește afirmația petentei potrivit căreia „(...) pe site-ul producătorului Microsoft nu se precizează că licența de Software Assurance ar adăuga alte avantaje decât dreptul la versiuni noi produsului la care este atașat, astfel încât sunt false și menite să inducă în eroare explicațiile oferite de către operatorul economic declarat câștigător”, intervenienta susține că afirmația conform căreia „dreptul la versiuni noi” este singurul beneficiu al Software Assurance este eronată, întrucât Software Assurance este un pachet de beneficii care, pe lângă dreptul de a instala și folosi versiuni noi ale produselor, oferă o serie de alte drepturi, descrise pe site-ul https://download.microsoft.com/download/0/0/3/0039F316-45CF-4083-AA6E-C35DA9D25C1B/SA_InteractiveBenefitsChart.pdf

f) De asemenea, intervenienta apreciază că afirmația de la pagina 5, care reprezintă concluzia acesteia cu privire la oferta SRL este greșită, la ea ajungându-se pornind de la prezumții eronate, și anume: „Din cele de mai sus rezultă și faptul că, în realitate, licențierea oferită de

operatorul economic declarat câștigător nu asigură nici caracterul perpetuu și nici caracterul compatibil cu modul de Instalare al sistemului de operare (i.e mașina virtuala).

Considerând netemeinică concluzia contestatoarei, autoarea cererii de intervenție arată următoarele:

- în ceea ce privește caracterul perpetuu al licențierii - toate licențele Windows Server oferite în cadrul procedurii sunt perpetue. Acestea vor rămâne valabile chiar și după expirarea serviciului suplimentar de suport adăugat pentru cei cinci ani, Software Assurance. Producatorul Microsoft nu oferă opțiunea de a licența Windows Server temporar, preinstalat, adică OEM;

- caracterul compatibil este dovedit prin faptul că toate licențele Windows Server oferite permit folosirea în mediul virtual.

Față de aceste considerente și apreciind că, prin prezentul demers, contestatoarea încearcă mai degrabă să își exprime nemulțumirea față de obținerea locului al doilea în clasamentul final, ... SRL solicită admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată.

În probațiune, înțelege să se folosează pentru dovedirea legalității și temeiniciei cererii, de informațiile din cadrul paginilor de internet evidențiate mai sus.

Totodată, intervenienta apreciază că toate aspectele supuse contestării au mai făcut deja obiectul unei clarificări pe care contestatoarea nu a atacat-o.

Menționează că, în ipoteza în care Consiliul va admite cererea contestatoarei de studiere a tuturor documentelor dosarului achiziției publice, „pentru egalitate” solicită încuviințarea aceleiași cereri și în ceea ce o privește.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 7985/19.12.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 69416/20.12.2023, ... SRL a formulat întâmpinare la cererea de intervenție voluntară a SC SRL solicitând Consiliului să respingă, ca neîntemeiate, susținerile intervenientei privind legalitatea desemnării ofertei sale drept câștigătoare a procedurii, cu consecința admiterii contestației, astfel cum a fost formulată.

În sprijinul solicitărilor sale, învederează următoarele

I. Excepția tardivității contestației este neîntemeiată.

Petenta precizează că, în contradictoriu cu susținerile intervenientei, contestația sa a fost formulată cu respectarea termenului prevăzut de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, conform cărora termenul înăuntrul căruia trebuia formulată contestația s-a împlinit la data de 04.12.2023, ora 24,00 (aspect menționat chiar de către SRL în cererea de intervenție), iar contestația a fost transmisă prin e-mail, anterior împlinirii termenului, respectiv la data de 04.12.2023, ora 17.59, către Consiliu și la data de 04.12.2023, ora 17.35, către achizitoare.

Petenta afirmă că, în aceste condiții, devin incidente dispozițiile art. 183 alin. (1) Cod procedură civilă, conform căroră „Actul de procedură, depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori trimis prin fax sau e-mail este socotit a fi făcut în termen”.

Astfel, arată că, în raport de prevederile legale antecitate și contrar celor susținute de intervenientă, data care se ia în considerare, pentru a stabili dacă o cale de atac a fost exercitată în termen, este data la care actul procedural a fost transmisă către entitatea contractantă și Consiliu, indiferent de momentul înregistrării acesteia la destinatar.

În opinia sa, intervenienta se raportează, în mod eronat, la data înregistrării contestației în platforma SEAP, ceea ce nu poate fi reținut câtă vreme aceasta a fost transmisă în data de 04.12.2023, prin e-mail, atât entității contractante, cât și Consiliului, conform documentelor aflate la dosarul achiziției.

În considerarea celor expuse anterior, petenta solicită Consiliului să constate că a respectat termenul pentru formularea contestației prevăzut de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care excepția tardivității contestației este neîntemeiată.

II. Intervenienta recunoaște că propunerea sa tehnică conține un alt program de licențiere decât cel impus la subcriteriul nr. 8.1. din caietul de sarcini.

Autoarea contestației solicită Consiliului să constate că însăși intervenienta SRL a confirmat că oferta sa este neconformă întrucât propunerea sa tehnică nu respecta cerința minimă și obligatorie impusă la subcriteriul nr. 8.1 din caietul de sarcini.

Referitor la „explicațiile” de ordin tehnic oferite de către intervenientă, subliniază faptul că subcriteriul nr. 8.1. din caietul de sarcini impune cerința minimă și obligatorie ca participanții la procedura de atribuire să ofereze *„Licențiere de volum, perpetuă, compatibilă cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală”*, iar achizițarea nu a solicitat un alt tip de licențiere, nu a solicitat să se explice de ce alt tip de program de licențiere ar avea sau nu caracteristici oarecum similare ca programul de licențiere de volum, prevederile fișei de date (pagina 7) nepermițând oferte alternative.

Mai arată că, tot capitolul III al cererii de intervenție voluntară accesorie are menirea de a „explica”, prin trimiteri către site-ul Wikipedia, de ce programul de licențiere OEM ar avea aproximativ aceleași beneficii/ avantaje precum programul de licențiere de volum, deși această platformă online nu este una oficială a producătorului Microsoft, ci o platformă accesibilă publicului larg unde pot fi operate modificări de conținut/text de către orice persoană.

Reiterează susținerea din răspunsul la punctul de vedere al autorității contractante potrivit căreia membrii comisiei de evaluare au sesizat, încă de la bun început, că propunerea tehnică a SRL nu respectă integral prevederile documentației de atribuire, în raport cu

cerințele prevăzute la subcapitolele 8 și 9 din caietul de sarcini. De aceea, aceștia au solicitat clarificări societății interveniente, iar, după analiza răspunsului la aceasta solicitare de clarificări, au constatat că propunerea tehnică a, în continuare, nu respectă prevederile documentației de atribuire, deoarece „(...) Din analiza P/N-ului precizat în răspunsul la solicitările de clarificări se constată că tipul de licențiere este OEM și nu de volum (...)”, fiind observată „o posibilă neconcordanță între precizarea din oferta tehnică (...) și cea din răspunsul la clarificări”.

Contestatoarea susține că răspunsul SRL la aceasta solicitare de clarificări este vădit evaziv, ... SRL oferind membrilor comisiei de evaluare nu dovada îndeplinirii cerinței prevăzute la subcriteriul 8.1. din caietul de sarcini (în sensul ofertării programului de licențiere de volum), ci o „explicație” proprie asupra conceptului „licențiere de volum”, astfel încât alegațiile sale să justifice de ce tipul de licențiere OEM (cel efectiv ofertat de către SRL) ar avea caracteristici oarecum similare cu cel solicitat prin documentația de atribuire, în sensul că ar putea beneficia, în orice moment, de „opțiunea de instalare și utilizare a produselor software din Programul de licențiere în volum pentru versiunea curentă”.

Afirmă că „explicații” sunt redată și acum, în cererea de intervenție accesorie, SC SRL omițând faptul că prevederile subcriteriului nr. 8.1. din caietul de sarcini sunt obligatorii pentru toți participanții la procedura de atribuire, în sensul ofertării unui program de licențiere de volum), iar cunoștințele de ordin tehnic sunt stăpânite și de către societatea sa, astfel încât nu-și găsesc justificarea.

Datoria intervenientei, ca, de altfel, a tuturor participanților la Procedura

Conchide că atât achizițtoarea, cât și ofertantul declarat câștigător au recunoscut că propunerea tehnică a celei din urmă nu asigură programul de licențiere impus prin documentația de atribuire, și anume programul „licențiere de volum” (Volume licensing).

Subliniază faptul că, potrivit subcriteriului 8.1. din caietul de sarcini, ofertantul trebuie să asigure modelul de licențiere pentru produsul Windows Server 2022 într-un model de licențiere de volum perpetuă. Acest lucru se referă la modelul de licențiere de volum Microsoft aplicat produsului Windows Server Standard Edition, iar pentru detalii suplimentare referitoare la terminologie și definiții, este suficientă accesarea secțiunii corespunzătoare de pe site-ul Microsoft la adresa <https://www.microsoft.com/en-us/licensing/product-licensing/windows-server?rtc=1>.

Apreciază că, în contextul celor expuse, este evident că operatorul economic SRL a prezentat, pentru produsul „Windows Server 2022 Standard cu Software Assurance 3 ani”, o propunere tehnică neconformă constând într-o combinație între două moduri de licențiere, astfel:

- „Windows Server 2022 Standard în programul de licențiere OEM (part number produs 634- BYKR, respectiv 634-BYKY și 634-BYKQ), oferit de

producătorul serverului, respectiv Dell (numere de produs din catalogul Dell);

- Software Assurance (part number produs AAA-28640) pentru Windows Server 2022 Standard, oferit prin programul Microsoft Volume Licensing (licențiere de volum, numere de produs din catalogul Microsoft)".

Petenta consideră eronată justificarea operatorului economic câștigător potrivit căreia atașarea licenței de volum de Software Assurance la licența OEM Windows Server 2022 Standard conferă acesteia din urma aceleași caracteristici ca ale unei licențe de volum.

Mai mult, arată că problema dedusa judecății nu este dacă licența de tipul OEM conferă sau nu aceleași caracteristici precum licența de volum, ci dacă propunerea tehnică a SC SRL asigură (sau nu) program de licențiere de volum.

Conchide că, având în vedere poziția entității contractante și a intervenientei, precum și documentele aflate la dosarul achiziției sectoriale, în special răspunsurile la clarificări oferite de către SC SRL, rezultă fără putință de tagadă că oferta tehnică a operatorului economic declarat câștigător nu respectă cerințele minime și obligatorii din caietul de sarcini.

Pe baza celor expuse anterior, solicită Consiliului să ia act de faptul că SC SRL nu a respectat prevederile minime și obligatorii ale caietului de sarcini, impunându-se respingerea propunerii sale tehnice ca neconformă, în temeiul art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

III. Intervenienta SRL nu a făcut niciun fel de mențiuni referitoare la criticile din contestație potrivit cărora propunerea sa tehnică nu este corelată cu propunerea financiară.

Contestatoarea susține că intervenienta nu combate argumentele pentru care susține că propunerea sa tehnică nu este corelată cu propunerea financiară.

Mai arată contestatoarea că, nici entitatea contractantă, nici intervenienta nu au contestat că varianta programului de licențiere de tip „OEM” are un pret semnificativ mai scăzut decât varianta programului de licențiere de volum, deși, în contestație, a semnalat necorelarea propunerii tehnice SRL cu cea financiară în raport de faptul că, prin ofertarea unui program de licențiere OEM (mai ieftin decât licențierea de volum), ofertantul a putut obține un pret mai avantajos decât cel al propunerii sale financiare.

Pentru cele expuse, petenta apreciază că au fost încălcate inclusiv principiile asumării răspunderii, tratamentului egal și proporționalității, întrucât achizitoarea nu a urmărit să analizeze și să verifice oferta SC SRL pentru a atribui, în condiții de legalitate, contractul de achiziție sectorială.

Consideră că, întrucât nici entitatea contractantă, nici intervenientul nu au contestat și/sau abordat acest argument din contestația sa, acest comportament reprezintă o acceptare implicită a susținerilor sale, motiv pentru care solicită Consiliului să procedeze în consecință.

IV. Entitatea contractantă a creat un avantaj nejustificat operatorului economic SRL, prin declararea ofertei sale ca fiind admisibilă și câștigătoare, în condițiile în care propunerea sa tehnică nu respectă cerințele minime și obligatorii din caietul de sarcini, lucru confirmat prin chiar punctul de vedere și prin cererea de intervenție voluntară accesorie, încălcând astfel principiile nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și asumării răspunderii, care guvernează materia achizițiilor sectoriale.

Având în vedere cele expuse în contestație, coroborate cu argumentele de fapt și de drept detaliate în prezenta întâmpinare și cu documentele aflate la dosarul achiziției sectoriale, petenta solicită Consiliului să admită contestația, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 7993/22.12.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 70360/27.12.2023, ... SRL a transmis concluzii scrise prin care reiterează cele susținute în contestație și în răspunsul la cererea de intervenție.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că SRL, prin adresa nr. 7947/07.12.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 66966/07.12.2023, a transmis recipisa de consemnare nr. 209758939/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Victoria la data de 07.12.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 50.500,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3403/2023.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice având ca obiect „INFRASTRUCTURĂ VIRTUALIZARE”, cod CPV Principal: 48822000-6 Servere pentru calculatoare (Rev.2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1058582/19.08.2023.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 4 operatori economici, printre care și contestatoarea din prezenta cauză, așa cum rezultă din Declarația de participare, publicată la data de 02.10.2023.

După evaluarea ofertelor, entitatea contractantă a stabilit rezultatul final în ceea ce privește oferta depusă de către asociera SC SRL - SC ... SRL, consemnat în Raportul procedurii nr. 48086/20.11.2023, potrivit căruia oferta contestatoarei a fost clasată pe locul 2, clasamentul final fiind următorul:

- Locul 1 - SRL;
- Locul 2 - Asociera SC SRL - SC ... SRL;
- Locul 3 - SC ... SRL.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, operatorul economic SRL a depus prezenta contestație.

Cu privire la cererea de intervenție formulată de SRL, transmisă Consiliului, entității contractante și contestatoarei, prin mijloace electronice (e-mail) la data de, înregistrată la Consiliu sub nr. 67743/....., Consiliul constată că a fost depusă cu respectarea

prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație”], în condițiile în care entitatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 05.12.2023, contestația formulată de SRL, astfel că termenul limită de depunere a cererii de intervenție, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 15.12.2023. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție, transmisă Consiliului, entității contractante și contestatorului la data de, a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece sprijină poziția entității contractante, în sensul respingerii contestației și consolidării poziției sale de ofertant câștigător, motiv pentru care califică cererea de intervenție depusă drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea entității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ... SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește respingerea contestației formulate în legătură cu acest rezultat, deci implicit menținerea deciziei entității contractante de a declara oferta sa câștigătoare, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție, astfel cum a fost calificată de către Consiliu.

Preliminar analizării fondului cauzei, Consiliul procedează la analiza excepției invocate de SRL prin cererea de intervenție.

Referitor la excepția tardivității contestației formulate de către SRL, invocată de către intervenient, Consiliul face aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată, conform căroră „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei” și se va pronunța cu prioritate asupra excepției.

Actul administrativ contestat este adresa nr. 48089/20.11.2023, comunicată contestatorului la data de 20.11.2023.

Raportat la cele expuse anterior, Consiliul are în vedere faptul că, în prezenta speță, sunt aplicabile dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, conform căroră:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

Din probele administrate la dosarul cauzei, prin raportare la valoarea estimată a achiziției publice, menționată în anunțul de participare (2.523.969,00 lei), mai mare decât pragul valoric menționat la art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, și a tipului de contract (furnizare), rezultă faptul că SRL a respectat termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, privind obligația operatorilor economici de a transmite contestația entității contractante și CNSC într-un anumit termen, respectiv în 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul acesteia considerat nelegal, respectiv adresa nr. 48089/20.11.2023.

Urmare a luării la cunoștință despre conținutul adresei nr. 48089/20.11.2023, ... SRL a transmis către C.N.S.C. și către entitatea contractantă, contestația, în termen, prin e-mail, la data de 04.12.2023 (în condițiile în care zilele de 30.11, 01.12, 02.12 și 03.12 au fost zile nelucrătoare), respectându-se termenul legal de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, anterior calculat.

Astfel, Consiliul reține că potrivit art. 5 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și **se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului**”, iar potrivit art. 183 art. (1) și (3) din Codul de procedura civilă, „(1) Actul de procedură, depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori trimis prin fax sau **e-mail, este socotit a fi făcut în termen.** (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, precum și mențiunea datei și orei primirii faxului sau a **e-mail-ului**, astfel cum acestea sunt atestate de către calculatorul sau faxul de primire al instanței, **servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată**”.

În aceste condiții, constatându-se că SRL a formulat și transmis la C.N.S.C. și entitatea contractantă contestația în termenul

legal, Consiliul va respinge excepția invocată de către intervenient, referitoare la tardivitatea depunerii contestației de către SRL.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că prin actul atacat, respectiv adresa nr. 48089/20.11.2023, entitatea contractantă a comunicat contestatoarei faptul că oferta acesteia a fost respinsă, ca necâștigătoare, clasându-se pe locul II.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de SRL este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru contestatoare. La acest moment nu pot fi formulate critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin HG nr. 394/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu. Astfel, cum un contract constituie legea părților și documentația de atribuire, însoțită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru ofertanți și entitatea contractantă, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa unei entități contractante că analizează ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Având în vedere principiul disponibilității, limitele contestației au fost stabilite de contestatoare, Completul de soluționare fiind ținut de contestația primită, neputându-și depăși limitele deoarece obligația sa este aceea de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, în speță, cu analizarea criticilor privind oferta câștigătoare.

Analizând criticile formulate de către contestator, Consiliul constată că acestea vizează în principal aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de câștigător.

Având a verifica temeinicia criticilor formulate de contestator, cu privire la oferta depusă de către S.R.L., Consiliul constată următoarele:

Critica autoarei contestației privind nerespectarea cerinței din caietul de sarcini (subcriteriul 8.1.), nu este întemeiată, din următoarele considerente:

Prin fișa de date, entitatea contractantă a precizat:

„IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice

Propunerea tehnica va respecta Cerintele Beneficiarului si va fi intocmită în conformitate cu prevederile impuse prin caietul de sarcini pentru achizitia de „Infrastructura virtualizare” intocmit de Entitatea Contractantă.”

Contestatorul afirmă că ofertantul declarat câștigător, ... S.R.L, la data depunerii ofertelor 02.10.2023, nu îndeplinea condițiile prevăzute în caietul de sarcini, subcap. 8.1. „tip de licențiere - Licențiere de volum, perpetua, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuala”.

La momentul depunerii ofertelor, ... S.R.L a depus formularul de propunere tehnică în cuprinsul căruia ofertantul a menționat „8.1. tip de licențiere - Licențiere de volum, perpetua, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuala”.

Comisia de evaluare, pentru a verifica dacă licențele ofertate de câștigător respectă cerințele caietului de sarcini, a solicitat clarificări. Astfel, prin adresa nr. 1766 din 12.10.2023, entitatea contractantă a solicitat acestuia următoarele clarificări:

„Clarificări privind conținutul propunerii tehnice

Prin prezenta, referitor la propunerea dumneavoastră tehnică depusă în cadrul procedurii de licitație deschisă (...), Comisia de evaluare vă solicită următoarele clarificări și completări formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea ofertei dumneavoastră: (...)

d) Referitor la Cap. c) Aplicații, subcap. 8, din analiza specificației tehnice pentru acest punct nu reiese care este numărul și P/N-ul licențelor Windows Server 2022 standard ofertate.

Comisia de evaluare vă solicită să clarificați care este numărul si p/n-ul licențelor Windows Server 2022 standard ofertate la pct. 8. "Windows Server 2022 standard cu Software Assurance 3 ani pentru licențierea mașinilor virtuale" din secțiunea c.) "Aplicații".

Ofertantul câștigător a răspuns cu adresa nr. 471/17.10.2023, precizând:

„d) Referitor la Cap. c) Aplicații, subcap. 8, vă transmit numărul și P/N-ul licențelor Windows Server 2022 standard ofertate:

Având in vedere faptul ca licențierea mașinilor virtuale se face licentiind numărul total de nuclee fizice al serverelor pe care rezida mașinile virtuale, si respectând intocmai exemplul furnizat de dvs. in caietul de sarcini - "(Exemplu - pentru 5 servere x 2CPU/server x 18 core/CPU se va licenția Windows Server std 2022 - 180 core)", licențierea cu Windows Server Standard 2022 pentru toate nucleele tuturor serverelor

furnizate s-a făcut licențind fiecare server în parte precum explicat la punctele a), b) și c).

Astfel, s-au licențiat 36 nuclee x 5 servere = 180 nuclee pentru serverele de virtualizare și 18 nuclee x 2 servere = 36 nuclee pentru serverele de backup cu următoarele licențe:

- 7 x 634-BYKR Windows Server 2022, Standard, ROK, 16CORE (P.N. Microsoft P73-08328)

- 5 x 634-BYKY Windows Server 2022 Standard Edition, Add License, 16CORE (P.N. Microsoft P73-08459)

- 12 x 634-BYKQ Windows Server 2022 Standard Edition, Add License, 2CORE (P.N. Microsoft P73-08423)

Suplimentar, pentru a furniza toate caracteristicile licențelor de volum și serviciile de Software Assurance pentru 5 ani s-a adăugat pentru toate licențele furnizate Software Assurance pentru 5 ani astfel:

- 108 x AAA-28640 Windows Server Standard Core, Software Assurance pentru 2 nuclee pentru 60 luni."

Entitatea contractantă a revenit cu adresa nr. 1822/24.10.2023, solicitând următoarele:

„Clarificări privind conținutul propunerii tehnice

a) Referitor la Cap. c) Aplicații, subcap. 8, dumneavoastră ați precizat numărul și P/N-ul licențelor Windows Server 2022 standard oferite. Din analiza P/N-ul precizat în răspunsul la solicitările de clarificări se constată că tipul de licențiere este OEM și nu de volum! În oferta tehnică dumneavoastră ați precizat că tipul de licențiere este "Licențiere de volum, perpetua, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală"

Având în vedere cele de mai sus, Comisia de evaluare vă solicită să clarificați modul de îndeplinire al Cap "8.1 tip de licențiere Licențiere de volum, perpetua, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală" de la secțiunea "c.) Aplicații" din anexa 1 a caietului de sarcini."

Ofertantul câștigător a răspuns cu adresa nr. 490/26.10.2023, precizând:

„Referitor la adresa dvs. nr. 1822 din data de 24.10.2023, privind clarificări în ceea ce privește informațiile prezentate de societatea noastră în propunerea tehnică, vă transmitem următoarele:

a) Referitor la Cap. 8.1 tip de licențiere Licențiere de volum, perpetua, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală de la secțiunea c.) Aplicații din anexa 1, vă transmitem următoarele:

Răspuns întrebare 1:

În licențierea software-ului, licențierea de volum este practica de a utiliza o singură licență pentru a autoriza software-ul pe un număr mare de calculatoare și/sau pentru un număr mare de utilizatori. Licențiere de volum reprezintă o denumire generică ce descrie un grup de tipuri de contracte de licențiere destinate livrării licențelor către companii și instituții. Licențierea de volum nu descrie un tip de licențiere în particular

ci indica înspre o anumita abordare a licențierii recomandată de producător pentru categoriile mai sus menționate. Licențierea de volum, în funcție de programul de licențiere ales, oferă anumite beneficii implicite precum: administrare facilă a licențelor, cheie unică de activare, kit de instalare disponibil pentru download, downgrade la versiuni anterioare, etc. Aceste proprietăți pot sau nu să fie exclusive licențelor de volum, regăsindu-se și în alte opțiuni de licențiere.

La punctul 8.1 s-a solicitat 8. Windows Server 2022 standard cu Software Assurance 3 ani pentru licențierea mașinilor virtuale, licențiere de volum, perpetua, compatibil cu modul de instalare al sistemului de operare, respectiv mașina virtuală.

Modul de licențiere ales de noi, constând din licența Windows Server OEM + Software Assurance îndeplinește toate funcționalitățile necesare soluției și solicitate explicit în caietul de sarcini, inclusiv opțiunea de instalare și utilizare a produselor software din programul de licențiere în volum, după cum urmează:

Conform termenilor și condițiilor furnizorului Microsoft, ce pot fi consultate la adresa:

<https://www.microsoft.com/licensing/terms/product/PurchasingandRenewingSoftwareAssurance/MPSA>

«Achiziționarea și reînnoirea protecției prin Software Assurance în MPSA»

«Clienții care achiziționează SA (Software Assurance) pentru licențele cumpărate prin OEM sau prin canalul de distribuție cu amănuntul beneficiază în orice moment de opțiunea de instalare și utilizare a produselor software din Programul de licențiere în volum pentru versiunea curentă.»

Ținând cont de cele mai sus menționate, având în vedere că licențele adiționale de Software Assurance adăugate licențelor Windows Server OEM sunt licențiate într-o licențiere de volum și luând în considerare că adăugarea de Software Assurance extinde proprietățile licențelor OEM adăugându-le atribute specifice licențelor achiziționate în contracte de volum (enumerate anterior), cerința din caietul de sarcini este îndeplinită și respectă politica de licențiere a producătorului Microsoft.”

În urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a decis că ofertantul a clarificat toate aspectele solicitate și că propunerea tehnică îndeplinește corespunzător cerințele din caietul de sarcini.

Consiliul consideră că fiind corectă decizia comisiei de evaluare din următoarele considerente:

Analizând răspunsul ofertantului, precum și documentul de pe site-ul Microsoft, la care acesta face referire, Consiliul constată că în acest document se precizează: "Customers who acquire SA for OEM or retail licenses have the option of installing and using the Volume Licensing software for the current version at any time" [Clienții care achiziționează SA (Software Assurance) pentru licențele cumpărate prin OEM sau prin canalul de distribuție cu amănuntul beneficiază în orice

moment de opțiunea de instalare și utilizare a produselor software din Programul de licențiere în volum pentru versiunea curentă]. Având în vedere această precizare, Consiliul consideră că, în mod corect, comisia de evaluare a considerat că licențele și serviciile oferite la subcap. 8 și 8.1 corespund cerințelor solicitate în caietul de sarcini.

Totodată, Consiliul constată că în documentul „Frequently asked questions about product licensing” de pe site-ul Microsoft, de la adresa <https://download.microsoft.com/download/A/5/9/A599711B-6807-4757-B38D-1EE269F2F19B/FAQs-Product-Licensing.pdf> se precizează faptul că prin atașarea de Software Assurance la produsele de tip OEM se obține dreptul de a utiliza Volume Licensing software în orice moment, neprecizându-se restricții de timp pentru utilizarea acestora. Astfel, în acest document se precizează: „If I attach Software Assurance to an OEM/Retail product license within 90 days, which use rights apply?

If you acquire Software Assurance for an OEM/Retail (full packaged product) product license within 90 days of purchase, you gain the option of installing and using the Volume Licensing software version of the product at **any time**. If you do this, your use of the software becomes subject to the Microsoft Product Terms for that product and the terms and conditions of your organization's Volume Licensing agreement” [Dacă atașez Software Assurance la o licență de produs OEM/Retail în termen de 90 de zile, ce drepturi de utilizare se aplică?

*Dacă achiziționați Software Assurance pentru o licență de produs OEM/Retail (produs ambalat complet) în termen de 90 de zile de la cumpărare, **aveți oricând** opțiunea de a instala și utiliza versiunea software de licențiere în volum a produsului. Dacă faceți acest lucru, utilizarea software-ului devine supusă Termenilor de produs Microsoft pentru acel produs și termenilor și condițiilor acordului de licență în volum al organizației dvs.].*

În soluționarea contestației, Consiliul va lua în considerare și argumentele prezentate de intervenient în cererea sa de intervenție, respectiv:

„Pentru clarificare, „licențiere de volum” nu este un nume propriu și nu indica un anumit program de licențiere. Nici măcar nu este un termen creat de Microsoft ci este utilizat de mulți producători software. Mai mult, nu spune nimic cu privire la caracteristicile licențelor achiziționate ci se referă la o GRUPA de programe de licențiere destinate companiilor mari care achiziționează MULTE licențe. (...)

În categoria „licențiere de volum” se încadrează mai multe programe de licențiere Microsoft: Enterprise Agreement, Enterprise Subscription Agreement, Open Value, Open Value Subscription, Microsoft Products and Services Agreement, etc.

În cadrul acestor programe se pot achiziționa licențe pe baza de subscriere, licențe perpetue, licențe în sistem de leasing, licențe platite conform unui consum efectuat, etc. De asemenea, în cadrul acestor programe de licențiere se pot achiziționa licențe pentru diferite

programe, aplicatii si servicii, de la licente pentru sistemul de operare, la servicii Microsoft, licente pentru diferite aplicatii sau servicii de tip Cloud. Drept urmare, a afirma ca „licentiere de volum” specifica in vreun fel vreo caracteristica a unui produs sau defineste in vreun alt fel drepturile ce decurg dintr-o anumita licenta este lipsit de orice argument si denota o intelegere superficiala a terminologiei industriei software.

„Licentiere de volum” poate fi deci considerat un simplu termen orientativ, nicidecum definitoriu pentru vreun aspect al licentierii punctuale al vreunui produs Microsoft.”

Ca urmare, chiar dacă termenul „licențiere de volum” este general, lipsit de orice indicație precisă asupra vreunui atribut, toate licențele furnizate, fiind acoperite de Software Assurance, beneficiază de beneficiile existente în mod uzual în licențierile de volum. Toate licențele furnizate sunt perpetue și vor fi valabile și după expirarea celor 5 ani de Software Assurance. Licențele sunt compatibile cu modul de instalare al sistemului de operare, adică în mediul virtual. Pentru fiecare licență de Windows Server, alocată unui server fizic, licențiatul are voie să folosească până la 2 instanțe virtuale de Windows Server.

[When licensed based on the physical cores on a server, Windows Server Standard provides rights to use two operating system environments (physical or virtual OSEs)].

Contrar celor afirmate de contestator, Consiliul constată că oferirea serviciilor de suport de către producătorul Microsoft este asigurată de contractul de Software Assurance pentru cei 5 ani de garanție, inclus în oferta Dreptul de a transfera licențele pe un alt echipament nu a fost o solicitare în cadrul procedurii. Soluția ofertată de conține, atât echipamentele hardware, cât și licențele software și serviciile aferente și nu implică transferul licențelor pe alte echipamente.

Contrar celor afirmate de contestator, Consiliul constată că, în ceea ce privește caracterul perpetuu al licențierii, toate licențele Windows Server, ofertate în cadrul procedurii, sunt perpetue. Acestea vor rămâne valabile chiar și după expirarea serviciului suplimentar de suport adăugat pentru cei 5 ani, Software Assurance. Producătorul Microsoft nu oferă opțiunea de a licenția Windows Server temporar, preinstalat, adică OEM. Caracterul compatibil este dovedit prin faptul că toate licențele Windows Server ofertate permit folosirea în mediul virtual.

În speță, nu s-a făcut dovada de către contestatoare privind încălcarea unor dispoziții ale caietului de sarcini de către SRL, deși conform art. 249 Cpc „Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”, această regulă fiind exprimată și prin adagiul „actori incubit onus probandi” (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

Tot ca nedovedită, va fi respinsă și afirmația contestatorului că propunerea financiară a SRL nu este corelată cu propunerea tehnică.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice

prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei depuse de SRL, sunt nefondate, urmând să fie respinse.

De asemenea, entitatea contractantă, în etapa de evaluare/verificare a modului de îndeplinire a cerințelor din caietul de sarcini de către câștigător, în ceea ce privește tipul de licențiere, a respectat principiile expres reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, respectiv cel al nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și asumării răspunderii.

Câștigătorul a respectat dispozițiile art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, conform cărora *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”*, în ceea ce privește această cerință din caietul de sarcini.

Contrar celor afirmate de contestator, că prin declararea societății SRL ca fiind câștigătoare, i s-a creat acesteia un avantaj nejustificat, Consiliul constată că nu a fost produs câștigătorului niciun avantaj, raportat la ceilalți participanți la procedură, așa cum dispune art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. [*„Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”*].

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul reține următoarele prevederi legale:

- art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016:

„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia”.

- art. 141 din HG nr. 395/2016:

„(1) În condițiile art. 221 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia. (...)

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire” și consideră că, prin răspunsul la clarificări, ofertantul câștigător și-a demonstrat conformitatea propunerii tehnice, critica sub acest aspect fiind nefondată.

A admite punctul de vedere al contestatoarei referitor la faptul că oferta societății criticate ar trebui respinsă pentru neîndeplinirea unei cerințe din caietul de sarcini, ar însemna dovada unui formalism excesiv, în condițiile în care îndeplinirea cerinței rezultă din alte documente incluse în propunerea tehnică a SRL.

O astfel de atitudine ar fi contrară principiului proporționalității stipulat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 99/2016 pe care entitatea contractantă trebuie să-l respecte în derularea procedurii de atribuire, alături, evident, de celelalte principii din materia achizițiilor publice.

Principiul proporționalității presupune că oricare decizie sau măsură adoptată trebuie să se bazeze pe o justă și echitabilă evaluare, pe echilibrarea adecvată a intereselor implicate, precum și pe o selectare coerentă a mijloacelor și mecanismelor care urmează a fi utilizate în vederea atingerii unui scop predefinit. Principiul proporționalității trebuie înțeles ca o asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară a achizițiilor publice, ca o expresie a priorității principiului proporționalității, trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite *„înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite”* (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

Potrivit art. 72 alin. (2) și art. 139 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016, Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 133 alin. (1) lit. f) din același act normativ, Comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Din verificările efectuate de Consiliu rezultă că aceasta și-a îndeplinit obligațiile legale anterior menționate.

Având în vedere cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.R.L., în contradictoriu cu entitatea contractantă

Pe cale de consecință, Consiliul va admite, în parte, cererea de intervenție formulată de SRL.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, formulată de S.R.L., va fi respinsă, în temeiul art. 453 alin. (1) Cod. Proc. civ. deoarece nu autoritatea contractantă este cea care a căzut în pretenții, contestația fiind respinsă.

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția privind tardivitatea contestației, invocată de intervenient.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de entitate contractantă.

Admite, în parte, cererea de intervenție formulată de SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, 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 pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.