



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

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

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în, ..., județul, având CUI RO, număr de înregistrare în registrul comerțului, privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului având ca obiect Servicii de mentenanță a sistemului informatic din cadrul proiectului „Soluții informatice integrate pentru gestiunea registrului agricol în format electronic și managementul activităților interne ale instituțiilor publice în cadrul parteneriatului dintre Consiliul Județean și 15 UAT-uri”, cod CPV 72267000-4 Servicii de întreținere și reparații de software (Rev. 2), cu data limită pentru depunerea ofertelor 20.04....., organizată de, cu sediul în, .., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire, potrivit dispozițiilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea contestației, în principal, eliminarea din documentația de atribuire a cerințelor menționate în cuprinsul contestației, ca nelegale și netemeinice, iar în subsidiar, ... de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea aspectelor sesizate.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii din cuprinsul contestației a fost admis prin Încheierea nr. 154/..... / din 10.04.....

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 SC SRL reclamă prevederile documentației de atribuire, respectiv ale caietului de sarcini, precizând că a constatat atât existența unor cerințe restrictive, cât și lipsa unor informații esențiale pentru elaborarea propunerilor tehnice și financiare.

În primul rând redă cerința autorității contractante din caietul de sarcini, capitolul 6. Proceduri privind desfășurarea contractului de servicii (punctul 1 din notificarea prealabilă nr. 128/24.03.....), potrivit căreia: „Deoarece aplicațiile și portalul extern din cadrul SI au fost livrate Consiliului Județean sub marca societății care deține drepturile de autor asupra acestora, având în vedere faptul că anumite servicii de mentenanță solicitate în cadrul acestui contract presupun modificarea codului sursă al aplicațiilor sau a portalului extern, pentru a nu fi încălcate prevederile Legii nr. 8/1996 a Dreptului de autor, aceste servicii vor putea fi efectuate fie de către societatea care posedă aceste drepturi de autor (SC SRL), fie de către o altă societate care desfășoară categoriile de servicii ale acestui contract, dar numai în baza existenței în cadrul ofertei depuse de către aceasta a unui acord semnat în prealabil în acest sens cu societatea care deține drepturile de autor”.

În referire la această cerință subliniază că tratamentul egal și nediscriminarea reprezintă principii care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică (art. 2 din Legea nr. 98/2016), iar includerea acestei cerințe creează în mod nejustificat avantaje companiei în raport cu ceilalți operatori economici interesați de procedura în cauză.

Consideră că este lipsit de orice fundament legal, faptul că autoritatea contractantă solicită operatorilor economici prezentarea unui acord semnat cu societatea care deține drepturile de autor pentru aplicațiile și portalul expert implementate la nivelul autorității contractante (.....), și puțin probabil să obțină acest acord, SC SRL neavând niciun fel de obligație legală în acest sens.

Conform fișei de date a achiziției, secțiunea IV “Procedura”, subsecțiunea IV.1.1. b) tipul procedurii de atribuire a contractului în cauză este „licitație deschisă”, și având în vedere prevederile art. 71 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă avea obligația de a asigura, începând cu data publicării anunțului de participare în SEAP, accesul direct și nerestricționat al tuturor operatorilor economici interesați de această procedură.

În susținerea afirmațiilor sale atașează decizii ale Consiliului considerate relevante (nr. 356/C6 din 16.02..... și 1217/C10 din 11.07.2016).

În opinia sa, faptul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să uzeze de prevederile art. 104 din Legea nr. 98/2016 și să achiziționeze serviciile de mentenanță prin aplicarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare cu un singur operator economic, este accentuat și de prevederile din Ghidul Solicitantului aferent Axei III „Tehnologia Informației și Comunicațiilor pentru sectoarele privat și public”, Domeniul Major de Intervenție 2 „Dezvoltarea și creșterea eficienței serviciilor publice electronice”, Operațiunea 1 „Susținerea implementării de soluții de e-guvernare și asigurarea conexiunii la broadband, acolo unde este necesar”, din care extrage următoarele: „Contractul/contractele încheiate de beneficiar cu diverși furnizori pentru garanția și mentenanța aplicației, trebuie să asigure obligativitatea funcționării permanente a acesteia în perioada de post-implementare. Acest lucru va fi prevăzut și în caietele de sarcini întocmite pentru organizarea procedurii de achiziție publică a diverselor componente ale aplicației pentru care s-a solicitat finanțarea (hardware și software), fapt probat prin copia contractului de mentenanță care va fi prezentat odată cu ultima cerere de rambursare”.

Afirmă că, din informațiile prezentate anterior, în special cele conform cărora autoritatea contractantă nu deține codul sursă al aplicațiilor software dezvoltate prin proiectul Soluții informatice integrate pentru gestiunea registrului agricol în format electronic și managementul activităților interne ale instituțiilor publice în cadrul parteneriatului dintre Consiliul Județean și 15 UAT-uri, rezultă fără echivoc faptul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să uzeze de prevederile legale mai sus menționate, respectiv să atribuie contractul aceluiași ofertant.

În ceea ce privește Lista licențelor componentelor software publicată în Caietul de Sarcini de la pct. 5.2.3 (punctul 2 din Notificarea Prealabilă nr. 128/24.03.....), având în vedere faptul că, prin documentul Răspuns Notificare (CN173753/007 - Răspuns Notificare.doc.p7s) publicat în SEAP în data de 23.03....., autoritatea contractantă a completat lista licențelor componentelor software conform solicitării unui operator economic interesat de procedura în cauză, solicită Consiliului să rețină faptul că acest punct nu mai face obiectul contestației.

Referitor la procedura aplicată de autoritatea contractantă pentru atribuirea contractului în cauză (punctul 3 din Notificarea Prealabilă nr. 128/24.03.....), afirmă că este în total acord cu cele precizate de aceasta în punctul de vedere față de notificarea prealabilă, respectiv cu faptul că „Autoritatea contractantă are dreptul să aleagă procedura pe care o consideră adecvată pentru contractarea serviciilor de mentenanță care să asigure funcționarea sistemului asigurând actualizarea programelor cu modificările legale apărute”, dar în același timp nu poate ignora nici dreptul oricărui operator economic de a participa la o procedură de licitație deschisă.

Astfel, evidențiază faptul că, în opinia sa, autoritatea contractantă ar fi avut fie obligația de a pune la dispoziția ofertantului declarat câștigător codul sursă al sistemului informatic pentru care vor fi prestate serviciile de mentenanță, fie optarea pentru aplicarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă cu un singur operator economic.

În aceste condiții, consideră că singura măsură de remediere care poate fi dispusă de autoritatea contractantă este cea de anulare a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 3861/13.04....., înregistrată la Consiliu cu nr. 13802/13.04....., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere față de contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea ca nefondată a acesteia și continuarea procedurii de achiziție publică.

Totodată, autoritatea contractantă a invocat excepția lipsei de interes a contestatoarei având în vedere dispozițiile art. 4 alin. (2), precum și ale art. 3 litera f) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante.

Susține faptul că, pentru introducerea contestației, ca și pentru exercitarea oricărei acțiuni civile, este necesar să se îndeplinească 4 condiții și anume: drept, interes, capacitate procesuală și calitate procesuală.

Față de cele precizate, consideră că SC SRL nu îndeplinește condițiile prevăzute de legislație pentru introducerea prezentei contestații, neavând nicio calitate în procedura de licitație.

Mai mult decât atât, excepția lipsei de interes invocată este întărită și de faptul că, așa cum reiese din listing-ul din SEAP printat la data de 13.04....., la data depunerii contestației nu există niciun operator înscris la această procedură, astfel, contestatoarea nu are calitate în această procedură.

Totodată, evidențiază faptul că societatea contestatoare dorește de „licitație deschisă” și inițierea unei proceduri de „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare” fără a avea vreo calitate în procedura de atribuire a contractului de achiziție publică.

În ceea ce privește fondul cauzei, achizitoarea precizează că, în data de 27.03....., a primit notificarea nr. 128 din 24.03..... formulată de SC SRL, fiind înregistrată sub nr. 3389/27.03....., în data de 30.03..... fiind postat în SEAP punctul său de vedere cu privire la notificare.

Contrar afirmațiilor contestatoarei referitoare la nerespectarea obligației autorității contractante de a transmite punct de vedere față de notificarea prealabilă în termen de 3 zile, precizează că, potrivit prevederilor art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, notificarea prealabilă a fost comunicată la data de 27.03....., iar publicarea s-a făcut la data de 30.03....., cu respectarea termenului prevăzut.

Cu privire la capătul de cerere privind existența unor cerințe restrictive, cât și lipsa unor informații esențiale pentru elaborarea propunerilor tehnice și financiare și la invocarea încălcării principiilor tratamentului egal, nediscriminarea, precum și sugerarea aplicării unei proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, solicită respingerea acestora ca fiind nefondate și neargumentate.

Precizează că la data de 11 iunie 2015 a fost încheiat Contractul de furnizare nr. 89 între și Asociera SC SRL -, reprezentată de SC SRL - lider de asociere (cu o cota de 55%), având ca obiect Achiziția de echipamente și servicii de implementare a sistemului informatic integrat (inclusiv servicii de instruire) pentru proiectul "Soluții informatice integrate pentru gestiunea registrului agricol în format electronic și managementul activităților interne ale instituțiilor publice în cadrul parteneriatului dintre Consiliul Județean și 15 UAT-uri.

Ulterior, după încheierea contractului, respectiv la data de 14.11.2016, în scopul determinării obiective și corecte a valorii estimate pentru achiziția de servicii de mentenanță a sistemului informatic, autoritatea contractantă a publicat în cadrul SEAP anunțul de consultare a pieței nr. MC 0002887, anexând caietul de sarcini.

În cadrul caietului de sarcini, la pagina 18, a fost precizat "Deoarece aplicațiile și portalul extern din cadrul SI au fost livrate Consiliului Județean sub marca societății care deține drepturile de autor asupra acestora, având în vedere faptul că anumite servicii de mentenanță solicitate în cadrul acestui contract presupun modificarea codului sursă al aplicațiilor sau a portalului extern, pentru a nu fi încălcate prevederile Legii nr. 8/1996 a Dreptului de autor aceste servicii vor putea fi efectuate fie de către societatea care posedă aceste drepturi de autor (SC SRL), fie de către o altă societate care desfășoară categoriile de servicii ale acestui contract, dar numai în baza existenței în cadrul ofertei depuse de către aceasta a unui acord semnat în prealabil în acest sens cu societatea care deține drepturile de autor".

Conform rezultatului procesului de consultare a pieței publicat în SEAP și având codul "185-2016", în termenul acordat s-a primit prin e-mail o singură ofertă, prezentată de SC SRL, având o valoare de 3.984.816 lei, pentru o perioadă de 48 de luni, fără a exista în cadrul acestei oferte vreo referire la cerința amintită.

Învederează faptul că procedura de atribuire a contractului de achiziție publică a fost estimată la o valoare de 696.620 lei, fără TVA având criteriu de atribuire „cel mai bun raport calitate – preț”.

De asemenea, arată că, prin adresa nr. 12841 din 07.11.2016, Consiliul Județean a solicitat Agenției Naționale pentru Achiziții Publice un punct de vedere cu privire la aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea contractului de servicii de mentenanță a sistemului informatic, respectiv la încadrarea în cazurile prevăzute de art. 104 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Din răspunsul ANAP, nu reiese obligativitatea aplicării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea contractului de servicii de mentenanță a sistemului informatic.

Totodată, sunt invocate dispozițiile art. 1 alin (4) din HG nr. 395/2016, apreciindu-se că, strict din punct de vedere al legislației din domeniul achizițiilor publice, până la finalizarea procedurii aflată în derulare și intrarea în vigoare a contractului, poate fi încheiat un contract de achiziție publică numai în urma organizării unei proceduri de atribuire reglementată de Legea nr. 98/2016, cu scopul de a asigura serviciile de mentenanță, sens în care invocă și prevederile art. 69 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la afirmațiile contestatoarei potrivit cărora se impune aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, deoarece operatorul economic SC SRL deține drepturile de autor pentru aplicațiile și portalul expert implementate, autoritatea contractantă subliniază faptul că solicită menținerea sistemului informatic în stare de funcționare prin asigurarea unui serviciu de mentenanță și numai dacă este cazul a unor modificări sau adaptări ale sistemului informatic.

Mai mult decât atât, deși a solicitat prin caietul de sarcini acordul scris al acestui operator economic, precizează că nu există niciun document sau o dovadă prezentată de contestatoare prin care să dovedească imposibilitatea ofertării, respectiv existența unui refuz din partea SC SRL.

În opinia sa, prevederea din caietul de sarcini nu poate constitui motiv de anulare a procedurii de atribuire, dată fiind calitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție, precum și natura informațiilor vehiculate prin utilizarea acestor echipamente.

Consideră că, prin alegerea procedurii propuse de contestatoare, negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, aceasta urmărește încheierea unui contract total netransparent și cu încălcarea principiilor prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, reliefează că singura ofertă, cea a operatorului economic SC SRL pentru consultarea pieței,

depusă în urma anunțului publicat în SEAP având codul "185-2016", a avut o valoare de 3.984.816 lei, fără TVA, iar prezenta procedură de atribuire care este contestată a fost estimată la o valoare de 696.620 lei, fără TVA.

Învederează faptul că, în mod indubitabil se urmărește practic o forțare a autorității contractante de a aplica o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, din care, în mod cert, autoritatea contractantă va face o plată mult mai mare decât a fost estimată.

Reține faptul că societatea contestatoare nu a făcut dovada susținerilor sale privind faptul că cerințele din caietul de sarcini sunt restrictive și lipsesc informații esențiale pentru elaborarea propunerilor tehnice, astfel cum este prevăzut și prin dispozițiile art. 249 din Codul de Procedură Civilă.

Consideră că prevederea caietului de sarcini în discuție nu este de natură a restricționa participarea la procedură în sensul susținut de contestatoare.

De asemenea, consideră afirmațiile contestatoarei cu privire la favorizarea operatorului economic SC SRL nefondate întrucât aceasta nici nu a depus ofertă.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise odată cu punctul de vedere fiind înregistrate la Consiliu sub nr. 13802/13.04.....

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect Servicii de mentenanță a sistemului informatic din cadrul proiectului „Soluții informatice integrate pentru gestiunea registrului agricol în format electronic și managementul activităților interne ale instituțiilor publice în cadrul parteneriatului dintre Consiliul Județean și 15 UAT-uri”, cod CPV 72267000-4 Servicii de întreținere și reparații de software (Rev. 2), ... a inițiat procedura de licitație deschisă, online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr./.....

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de servicii care urmează a se atribui este de 696.620 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar data limită pentru depunerea ofertelor 20.04..... Începând din data de 13.04....., procedura de atribuire a fost suspendată, ca urmare a solicitării societății contestatoare, prin Încheierea nr. 154/...../..... din 10.04.....

Nemulțumită de prevederile documentației de atribuire, respectiv caietul de sarcini, SC SRL a înaintat contestația de față solicitând eliminarea din documentația de atribuire a cerințelor indicate în cuprinsul contestației, ca nelegale și netemeinice, iar în

subsidiar, ... de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea aspectelor sesizate.

Cercetând cu înțâietate excepția lipsei de interes a contestatoarei invocată de autoritatea contractantă, Consiliu reține că, potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 *(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din lege, *În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: ... f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire, iar conform art. 4 alin. (2) din același act normativ, Persoana care se consideră vătămată se poate adresa Consiliului sau instanței de judecată.*

În condițiile prevederilor redacte, societatea contestatoare fiind interesată de participarea cu ofertă în cadrul procedurii contestate, riscând să sufere un prejudiciu ca urmare a documentației de atribuire, considerată nelegală, este îndreptățită la depunerea contestației față de procedura de atribuire, contrar celor susținute de autoritatea contractantă

Condițiile pentru exercitarea acțiunii civile, respectiv dreptul, interesul, capacitatea procesuală și calitatea procesuală, sunt îndeplinite de SC SRL fiind persoana care se consideră vătămată de documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă.

Pe de altă parte, contrar celor precizate de autoritatea contractantă, pentru faptul că, la data depunerii contestației, ..., nu exista niciun operator înscris la această procedură, contestatoarea neavând la momentul indicat calitatea de ofertantă în această procedură, nu înseamnă că aceasta nu era îndreptățită la înaintarea contestației.

Tocmai pentru că era interesată să depună ofertă, societatea contestatoare a criticat cerințele documentației de atribuire, considerate nelegale, solicitând și suspendarea procedurii pentru a da posibilitatea autorității contractante să corecteze această documentație.

Mai mult, în cuprinsul contestației s-a precizat explicit că solicitarea de anulare a procedurii a fost formulată în contextul în care nu este posibilă remedierea documentației de atribuire.

Chiar și în situația în care ar fi solicitat doar, societatea contestatoare avea interes în a promova o contestație, câtă vreme considera documentația de atribuire și procedura organizată ca fiind nelegale.

După respingerea excepției invocate de autoritatea contractantă, trecând la soluționarea pe fond a contestației îndreptate împotriva documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini, Consiliul constată temeinicia, în parte, a acesteia.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul reține că, prin caietul de sarcini, la cap. 6 "Proceduri privind desfășurarea contractului de servicii", pct. 6.1 "Cerințe generale pentru serviciile informatice de mentenanță pentru SI", s-a precizat operatorilor economici: „... Deoarece aplicațiile și portalul extern din cadrul SI au fost livrate Consiliului Județean sub marca societății care deține drepturile de autor asupra acestora, având în vedere faptul că anumite servicii de mentenanță solicitate în cadrul acestui contract presupun modificarea codului sursă al aplicațiilor sau a portalului extern, pentru a nu fi încălcate prevederile Legii nr. 8/1996 a Dreptului de autor, aceste servicii vor putea fi efectuate fie de către societatea care posedă aceste drepturi de autor (SC SRL), fie de către o altă societate care desfășoară categoriile de servicii ale acestui contract, dar numai în baza existenței în cadrul ofertei depuse de către aceasta a unui acord semnat în prealabil în acest sens cu societatea care deține drepturile de autor”.

Totodată, se reține că în cadrul cap. 2 "Obiectivele proiectului", s-a precizat în cadrul pct. 2.1 "Obiectiv general": "Proiectul implementat de către Consiliul Județean ca lider de proiect, în parteneriat cu 15 UAT-uri din, a avut ca obiect principal creșterea performanței actului administrativ prin eficientizarea activităților interne, a calității serviciilor publice on-line aduse cetățeanului cu ajutorul unui sistem informatic integrat implementat la nivelul instituțiilor publice partenere, care să gestioneze Registrul Agricol în format electronic și să realizeze un management intern performant", iar în cadrul pct. 2.2 "Obiective specifice": "Îmbunătățirea calității serviciilor publice prin introducerea serviciilor on-line furnizate utilizatorilor (cetățeni și mediul de afaceri) și eficientizarea activităților interne ale partenerilor prin implementarea unui sistem informatic destinat gestiunii Registrului Agricol. Creșterea eficienței activităților interne ale instituțiilor publice prin implementarea unei soluții informatice integrate care să permită următoarele tipuri de activități specifice: financiar-contabile, bugetare, resurse umane, impozite și taxe locale, evaluarea eficienței proiectelor

desfășurate. Prin implementarea Sistemului Informatic Integrat în cadrul proiectului, se îndeplinesc simultan cele două obiective principale ale Operațiunii 1 Susținerea implementării de soluții de e-guvernare și asigurarea conexiunii la broadband, acolo unde este necesar”.

În condițiile în care prestarea anumitor servicii de mentenanță care fac obiectul contractului pentru care s-a organizat procedura contestată pot presupune modificarea codului sursă al aplicațiilor sau a portalului extern, iar pentru a nu fi încălcate prevederile Legii nr. 8/1996 a Dreptului de autor, aceste servicii pot fi efectuate fie de către societatea care posedă aceste drepturi de autor (SC SRL), fie de către o altă societate care desfășoară categoriile de servicii ale acestui contract, numai în baza existenței în cadrul ofertei depuse de către aceasta a unui acord semnat în prealabil în acest sens cu societatea care deține drepturile de autor, se constată că derularea acestui contract presupune atât deținerea codului sursă, cât și obținerea unui acord cu societatea care deține drepturile de autor, respectiv SC SRL.

Astfel, potrivit celor din caietul de sarcini mai sus arătate, **prestarea anumitor servicii de mentenanță poate presupune modificarea codului sursă al aplicațiilor sau a portalului extern, pentru care este necesar un acord semnat cu societatea care deține drepturile de autor asupra aplicațiilor și portalului extern din cadrul sistemului informatic (SI).**

Or, în condițiile în care derularea procedurii este condiționată de existența acestor două elemente (codul sursă și acordul societății care deține drepturile de autor), este în sarcina autorității contractante de a pune la dispoziția ofertantei câștigătoare codul sursă, ofertanții trebuind să facă dovada, în cadrul ofertei, că au dreptul de a efectua modificarea respectivul cod.

Referitor la susținerea autorității contractante cu privire la faptul că, din data de 11 iunie 2015 are încheiat Contractul de furnizare nr. 89 cu asocierea SC SRL - ..., al cărei lider este SC SRL, pentru care, în prezent, se intenționează asigurarea serviciilor de mentenanță, se constată lipsa de relevanță a acesteia.

Pentru faptul că societatea contestatoare a derulat, într-o asociere, cu autoritatea contractantă, un contract de achiziție publică, nu înseamnă că, pentru contractul în cauză, prin care trebuie asigurate serviciile de mentenanță pentru sistemul informatic integrat realizat, autoarea contestației dispune de toate informațiile și de toate pârghiile care să-i permită depunerea ofertei și derularea contractului în condițiile impuse prin caietul de sarcini, astfel cum s-a reținut în cele de mai sus.

Într-adevăr SC ar fi trebuit să facă dovada că nu poate obține acordul din partea SC SRL, dar câtă vreme această din

urmă societate deține drepturile de autor asupra aplicațiilor și portalului extern din cadrul sistemului informatic deținut de autoritatea contractantă, nu se pot aduce atingere prevederilor Legii nr. 8/1996 privind Dreptul de autor

Întrucât SC SRL deține un drept de proprietate asupra aplicațiilor și portalului extern realizate, este necesar ca operatorii economici participanți în procedură să obțină de la această societate acordul pentru cazul în care este necesară modificarea codului sursă în vederea derulării corespunzătoare a contractului.

Față de cele reținute se consideră că trebuie avută în vedere și incidența prevederilor art. 104 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră, **Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea contractelor de achiziții publice/acordurilor-cadru de lucrări, de produse sau de servicii într-unul din următoarele cazuri: a) dacă în cadrul unei proceduri de licitație deschisă ori licitație restrânsă organizate pentru achiziția produselor, serviciilor sau lucrărilor respective nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau au fost depuse numai oferte/solicitări de participare neconforme, cu condiția să nu se modifice în mod substanțial condițiile inițiale ale achiziției și, la solicitarea Comisiei Europene, să fie transmis acesteia un raport; b) dacă lucrările, produsele sau serviciile pot fi furnizate numai de către un anumit operator economic pentru unul dintre motivele prevăzute la alin. (2); c) ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a procedurilor de licitație deschisă, licitație restrânsă sau negociere competitivă nu pot fi respectate din motive de extremă urgență, determinate de evenimente imprevizibile și care nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante. (2) Motivele prevăzute la alin. (1) lit. b) sunt următoarele: a) scopul achiziției este crearea sau achiziționarea unei opere de artă sau unei reprezentări artistice unice; b) concurența lipsește din motive tehnice; c) protecția unor drepturi exclusive, inclusiv drepturi de proprietate intelectuală. (3) Autoritatea contractantă poate aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în cazul prevăzut la alin. (1) lit. b) numai dacă, în legătură cu motivele prevăzute la alin. (2) lit. b) și c), nu există o soluție alternativă sau înlocuitoare rezonabilă, cum ar fi utilizarea unor canale de distribuție alternative pe teritoriul României ori în afara acesteia sau achiziția unor lucrări, produse sau servicii comparabile din punct de vedere funcțional, iar absența concurenței sau protecția drepturilor exclusive nu sunt rezultatul unei restrângeri artificiale de către autoritatea contractantă a parametrilor achiziției în vederea viitoarei proceduri de atribuire. Motivele tehnice pot fi generate, de asemenea, de cerințe specifice privind interoperabilitatea**

care trebuie îndeplinite pentru a asigura funcționarea lucrărilor, produselor sau serviciilor care urmează a fi achiziționate.

În același sens, prin răspunsul Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP) înregistrat la Consiliul Județean sub nr. 13080/14.11.2016, cu invocarea prevederilor art. 69 alin. (4) și 104 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016 s-a precizat: "... Consiliul Județean poate aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect servicii de mentenanță a sistenului informatic în cadrul proiectului amintit, în temeiul art. 104 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016, NUMAI ÎN SITUAȚIA ÎN CARE POATE DEMONSTRA CĂ: -respectivele servicii pot fi furnizate numai de către un anumit operator economic pentru motive ce țin de protecția unor drepturi exclusive; - nu există o soluție alternativă sau înlocuitoare rezonabilă; - absența concurenței sau protecția drepturilor exclusive nu sunt rezultatul unei restrângeri artificiale de către autoritatea contractantă a parametrilor achiziției în vederea viitoarei proceduri de atribuire".

În aceste condiții, se consideră că autoritatea contractantă trebuie să pună la dispoziția ofertantului câștigător codul sursă.

Cât privește critica formulată de societatea contestatoare referitor la Lista licențelor componentelor software publicată în Caietul de Sarcini de la pct. 5.2.3 (punctul 2 din Notificarea Prealabilă nr. 128/24.03.....), având în vedere faptul că, prin documentul Răspuns Notificare (CN173753/007 - Răspuns Notificare.doc.p7s) publicat în SEAP în data de 23.03....., autoritatea contractantă a completat lista licențelor componentelor software conform solicitării unui operator economic interesat de procedura în cauză, societatea contestatoare a solicitat Consiliului să rețină faptul că acest punct nu mai face obiectul prezentei contestații, motiv pentru care Consiliul consideră critica a fi fără obiect.

Vizavi de susținerea contestatoarei că a transmis autorității contractante Notificarea prealabilă nr. 128/24.03....., iar aceasta a încărcat punctul de vedere în SEAP la data de 30.03....., este de reținut că, potrivit prevederilor art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări.

Publicarea răspunsului la data de 30.03..... nu a produs vreun prejudiciu contestatoarei, astfel că nu a fost împiedicată să formuleze contestație.

În ceea ce privește solicitarea societății contestatoare de eliminare din documentația de atribuire, respectiv din caietul de sarcini a cerinței în discuție, Consiliul constată lipsa de temeinicie a

acesteia, contractul care se intenționează a se atribui neputând fi derulat în absența acordului obținut de operatorii economici de la SC SRL care deține un drept de proprietate asupra sistemului informatic integrat realizat.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de de atribuire, Consiliul o va respinge ca nefondată, dat fiind că a fost stabilită în sarcina autorității contractante punerea la dispoziția operatorului economic câștigător a codului sursă.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația depusă de SC SRL, în contradictoriu cu Obligă autoritatea contractantă să completeze caietul de sarcini cu precizarea că va pune la dispoziția operatorului economic câștigător a codului sursă, în termen de 15 de zile de la data primirii prezentei. În cadrul aceluiași termen, informațiile vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici prin publicarea în SEAP, cu stabilirea unui nou termen de depunere și de deschidere a ofertelor.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate cererile contestatoarei de eliminare din documentația de atribuire a cerințelor considerate nelegale, precum și de anulare a procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

....

MEMBRU,

.....

Redactată în 4 exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.