

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de ..., cu sediul social în împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. ..., precum și a raportului procedurii nr. ..., emise de ..., cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect ..., s-au solicitat următoarele:

1. În principal:

i. Anularea adresei ce conține comunicarea privind rezultatul procedurii nr. ..., a raportului procedurii nr. ..., precum și a tuturor actelor premergătoare și subsecvente ale acestuia, inclusiv, dar fără a se limita la comunicările rezultatului procedurii transmise către toți ceilalți participanți la procedură;

ii. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, precum și a ofertei declarate câștigătoare sub aspectul celor prezentate în prezenta contestație;

iii. Acordarea accesului la informațiile calificate în mod eronat drept confidențiale din celelalte oferte depuse, precum și la evaluarea acestor oferte care au fost în mod eronat calificate confidențiale.

2. În subsidiar, în situația în care măsurile mai sus menționate nu mai sunt posibile, anularea procedurii.

În temeiul prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu.

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 nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., prin care ... critică comunicarea rezultatului procedurii nr. ..., precum și raportul procedurii nr. ..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele amănunționate.

În motivarea contestației, ... prezintă un scurt istoric cu privire la modul de desfășurare a procedurii de atribuire, precizând că, prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată neconformă, în baza prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 127 alin. (1) lit. j) și art. 137 alin. (1) și alin. (3) lit. a) din Normele aprobate prin HG nr. 395/2016. Ca urmare a publicării, în SEAP, de către autoritatea contractantă, a raportului procedurii nr. ..., a luat la cunoștință despre faptul că oferta declarată câștigătoare a fost cea depusă de asocierea ... (Leader) - ...cu terț susținător ..., fiind singura ofertă declarată admisibilă, care, în urma aplicării factorilor de atribuire, a obținut un punctaj de 100 de puncte, având o valoare de ... lei, fără TVA.

Față de acest aspect, contestatorul apreciază decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca fiind neconformă, netemeinică și nelegală având în vedere următoarele aspecte:

II.1. Autoritatea contractantă a respins în mod nelegal oferta ..., întrucât, prin motivarea sa, aceasta nu a indicat nicio cerință concretă din caietul de sarcini care nu ar fi fost respectată.

Cerințele minime din documentația de atribuire se concentrează pe dezvoltarea unui sistem informatic funcțional și nu se prevede în caietul de sarcini obligația ofertanților de a prezenta componentele software integrate în soluția propusă. Astfel, a oferit o soluție low-code, cloud ready, peste care urmează a fi dezvoltate toate funcționalitățile solicitate în caietul de sarcini, având ca rezultat final livrarea și punerea în producție a unei soluții „la cheie”, complet funcționale, așa cum și-a asumat și înșușit în cadrul ofertei depuse.

Soluția propusă bazată pe platforma ... include toate componentele necesare funcționării corecte și complete. Astfel, în documentul depus în ofertă cu denumirea INSP - Soluția tehnică propusă-semnat.pdf, la cap. 4.3. CONSIDERAȚII DESPRE ARHITECTURĂ, se regăsesc informațiile prin care se demonstrează fără echivoc că soluția propusă este complet funcțională, conținând toate componentele necesare.

La respingerea unei oferte, autoritatea trebuie să precizeze exact care sunt cerințele caietului de sarcini care nu au fost îndeplinite și să prezinte dovezi concrete ale nerespectării acestora. În absența unei astfel de argumentații detaliate, respingerea ofertei este nelegală.

Argumentele autorității contractante din motivare, pe baza cărora a fost respinsă oferta sa, sunt redactate într-un mod general și nu fac referire la cerințe ale documentației de atribuire care să ateste solicitarea

menționării în cadrul ofertei a sistemului de operare, bazei de date sau a altor componente integrate în soluția ofertată.

II.2 Documentația de atribuire nu conține informații cu privire la sistemele de operare și bazele de date utilizate.

Analizând documentația de atribuire se constată faptul că obiectivul general al contractului îl constituie achiziția de „Servicii de dezvoltare software Portal și Registre Naționale”, respectiv realizarea unei aplicații pentru:

- 4 registre naționale de boală: Registrul național de cancer, Registrul național de diabet, Registrul național de boli rare și Registrul național de politraumă, a doua registre digitale de evidență precum și a unui portal web care va asigura un punct unic de acces a tuturor entităților implicate în procesele de introducere, modificare și vizualizare a datelor înregistrate în registrele anterior menționate;

- implementarea unui modul de management al serviciilor de securitate și a unui modul pentru interoperabilitate.

Cerințele minime din documentația de atribuire se concentrează pe dezvoltarea și livrarea unui sistem informatic funcțional și nu se prevede în caietul de sarcini obligația ofertanților de a prezenta componentele software integrate în soluția propusă, motiv pentru care a ofertat o soluție low-code, cloud ready, peste care urmează a fi construite toate funcționalitățile solicitate în caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă nu a solicitat în documentația de atribuire detalierea și/sau menționarea componentelor integrate în soluția ofertată.

Faptul că aceasta a realizat pe parcursul procesului de evaluare că unul dintre ofertanți a inclus în oferta sa detalierea și/sau menționarea componentelor integrate în soluția sa, elemente suplimentare cerințelor din documentația de atribuire, nu îi acordă dreptul comisiei de a evalua prin comparație, obligația acesteia fiind aceea de a se raporta la cerințele minime ale documentației de atribuire și nu la conținutul celorlalte oferte.

Dacă autoritatea contractantă ar fi dorit ca ofertanții să detalieze în cadrul ofertei aceste componente, ar fi trebuit să includă în documentația de atribuire cerințe clare cu privire la prezentarea detaliilor aferente sistemelor de operare, bazelor de date, sau altor componente ale aplicației solicitate.

Autoritatea contractantă nu poate transfera asupra ofertanților propria culpă, izvorâtă din lipsa de diligență în redactarea unor cerințe care să asigure o informare clară și completă asupra a ceea ce își dorește să regăsească în ofertele depuse, astfel nu poate respinge ca neconformă o ofertă din propria neglijență.

Absența din cadrul caietului de sarcini a unor specificații referitoare la sistemele de operare și bazele de date sau la orice alte componente integrate în aplicația ofertată, face imposibilă evaluarea ofertei sub acest

aspect, mai mult, respingerea acestora din motive de nerespectare a unor cerințe nescrise fiind nelegală.

Faptul că în cadrul procedurii, din cele 6 oferte depuse, doar una singură a fost declarată admisibilă, cea a ofertantului declarat câștigător, ridică semne de întrebare asupra modului obiectiv de evaluare a ofertelor. Această situație este de natură a afecta credibilitatea asupra modului imparțial de evaluare și de a încălca principiile tratamentului egal și transparenței.

În etapa de pregătire a achiziției, autorității contractante îi revine obligația elaborării documentației într-o manieră în care să asigure operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințele tehnice și funcționale.

Evaluarea ofertelor se face prin raportare la prevederile legale și cele ale documentației de atribuire și nu prin raportare la singura ofertă depusă în cadrul procedurii care conținea detalii suplimentare cerințelor din cadrul documentației de atribuire.

Încercarea autorității de a introduce în mod artificial cerințe în documentația de atribuire prin care modifică cerințele inițiale, în acest stadiu al procedurii este nelegală.

II.3. Solicitarea de clarificări transmisă prin adresa nr. ... nu a vizat clarificarea situației referitoare la sistemele de operare sau baza de date utilizate.

Contestatorul subliniază că a răspuns concludent la solicitarea autorității contractante, licența livrată fiind soluția ofertată care cuprinde toate componentele necesare dezvoltării și implementării unui sistem funcțional, cu toate funcționalitățile solicitate în caietul de sarcini.

Aprecierea autorității contractante despre soluția ... ca fiind „incompletă” și „nefuncțională” este subiectivă și nesusținută de dovezi concrete/cerințe din caietul de sarcini.

II.4. Cerința privind instruirea nu impune ofertantului obligația de a detalia în cadrul ofertei un sistem de operare, ci doar de a asigura instruirea necesară pentru administrarea platformei software oferite.

Din cuprinsul caietului de sarcini, precum și al clarificărilor publicate în SEAP de autoritatea contractantă, rezultă că solicitarea privind cursurile de administrare vizează platforma software, bazele de date și managementul aplicațiilor containerizate, iar referirea la „administrare sistem (pentru sistemele de operare utilizate)” trebuie înțeleasă în contextul în care aceasta a fost formulată, respectiv asigurarea instruirii pentru sistemele de operare „utilizate”.

Răspunsul la întrebarea nr. 78 lit. b) din adresa nr. ..., publicată în SEAP de autoritatea contractantă confirmă faptul că aceasta a acceptat flexibilitate în ceea ce privește instruirea, permițând ofertanților să susțină sesiuni de instruire adaptate, inclusiv pentru soluțiile bazate pe open-source sau platforme proprii.

Față de cele de mai sus, contestatorul subliniază că dacă documentația de atribuire nu impune un sistem de operare specific, nu există obligația ofertanților de a detalia (nici ca răspuns la această cerință) care este sistemul de operare pentru care va organiza cursuri de instruire.

În concluzie, apreciază că, în absența unor cerințe privind sistemul de operare sau bazele de date, autoritatea contractantă nu poate declara neconformă o ofertă pentru nefurnizarea unor informații suplimentare în acest sens, deoarece astfel de cerințe nu au fost prevăzute inițial în documentația de atribuire.

În drept, se invocă dispozițiile relevante din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, precum și toate prevederile legale din cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr., în calitate de autoritate contractantă, menționează următoarele:

Niciunde în contestația depusă contestatorul nu susține și nici nu demonstrează faptul că soluția sa poate funcționa în absența sistemelor de operare și/sau a altor componente esențiale precum sistemul de gestiune a bazelor de date, ci se rezumă doar la a relua obsesiv faptul că autoritatea contractantă nu a inclus în documentația de atribuire cerințe pentru sistemele de operare, ignorând complet obligativitatea sa de a propune o soluție funcțională și completă.

Rolul solicitării de clarificare de a prezenta „lista licențelor livrate în cadrul viitorului contract, care să includă denumirea soluțiilor oferite, versiunea, modelul de licențiere, cantitățile instalate și licențiate” în concordanță cu cerința din caietul de sarcini „oferta va include în propunerea tehnică modul prin care fiecare cerință din caietul de sarcini va fi implementată, denumirea soluțiilor oferite, versiunea, modelul de licențiere, cantitățile instalate și licențiate” avea tocmai rolul de a demonstra fără echivoc faptul că soluția propusă este completă și funcțională. Or prin răspunsul la clarificări și prin documentul referit în cadrul răspunsului respectiv (Datasheet platforma LowCode), ofertantul nu a indicat alte licențe decât ... care nu este nici sistem de operare, nici sistem de gestiune a bazelor de date. Astfel, și din răspunsul la solicitarea de clarificări rezultă fără dubii faptul că ofertantul a propus o soluție incompletă și nefuncțională.

Mai mult, contestatorul încearcă o inversare a sarcinii probei, autoritatea contractantă neavând obligația de a demonstra faptul că soluția propusă de către ofertant este nefuncțională, ci, per a contrario, ofertantul avea obligația de a demonstra că soluția propusă este completă și funcțională, acestuia oferindu-i-se această posibilitate atât prin libertatea de ofertare, cât și prin intermediul solicitării de clarificare.

Ofertanții au avut prin intermediul documentației de atribuire toate informațiile necesare pentru a propune soluții complete, funcționale și

conforme. În cap. 8. Infrastructura hardware din caietul de sarcini ofertanților li s-a precizat concret ce anume se va asigura de către autoritatea contractantă la nivelul centrelor de date. Resursele asigurate de către autoritatea contractantă sunt până la nivelul soluției de virtualizare „licențe virtualizare (Openstack)", orice ofertant diligent putând observa faptul că tot ceea ce rulează pe soluția de virtualizare, inclusiv sisteme de operare, intră în obligația sa intrinsecă de a propune o soluție funcțională. Dacă contestatorul ar fi considerat că există neclarități, avea posibilitatea de a transmite întrebări de clarificare cu privire la caietul de sarcini în termenul prevăzut în documentația de atribuire.

Tot din acest capitol, rezultă și faptul că ofertanții ar fi trebuit să includă, pentru ca soluțiile propuse să fie complete și funcționale, conform propriilor soluții, fără nicio limitare din partea autorității contractante ca și în cazul sistemelor de operare, sisteme de gestiune a bazelor de date, autoritatea precizând că va pune la dispoziție soluția de backup pentru bazele de date „soluție de backup (aplicație software + resurse hardware storage sau NAS) - resursele hardware (spațiul de stocare) vor fi puse la dispoziție pentru backup al bazelor de date și al aplicațiilor găzduite în instanțele virtuale".

Cu privire la criticile contestatorului din secțiunea II.2, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Cerințele formulate la nivelul caietului de sarcini sunt obligatorii, și nu formale, acestea având un scop precis, acela de a satisface nevoile autorității contractante, așa cum au fost acestea transpuse la nivelul documentației de atribuire. Documentația tehnică a fost verificată și avizată de

Deși la nivelul întregii documentații de atribuire existau cerințe care vizau livrarea unei soluții funcționale, inclusiv mențiunea că orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor ofertei, în raport cu caietul de sarcini, ofertantul contestator a procedat la simpla copiere tip copy paste a specificațiilor din caietul de sarcini, fără a corela și conținutul propunerii tehnice, precum și răspunsurile la întrebările de clarificări adresate de comisia de evaluare cu simplele afirmații de la nivelul matricei de conformitate, fără a include și sistemele de operare necesare funcționării soluției oferite.

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 134 și art. 135 din Anexa la H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă arată că a adresat tuturor operatorilor economici solicitări de clarificări pe parcursul procesului de evaluare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte în parte. Solicitățile de clarificări adresate permit autorității contractante să obțină informații suplimentare sau să clarifice aspecte neclare din ofertele depuse, fără a permite modificarea elementelor esențiale ale acestora.

Solicitarea de clarificări a fost formulată într-un mod cât se poate de clar, la nivelul acesteia reluându-se cerința caietului de sarcini de la cap. 6.12. Solicitarea a vizat întreaga soluție ofertată astfel încât să se poată stabili completitudinea și aptitudinea acesteia de a fi o soluție completă și funcțională, așadar a tuturor componentelor soluției propuse, iar dacă ofertantul ar fi inclus în oferta sa și sisteme de operare și sistem de gestiune a bazelor de date și acestea ar fi trebuit prezentate în răspunsul său.

Contestatorul a demonstrat că a înțeles pe deplin solicitarea autorității contractante, în condițiile în care în răspunsul transmis de către acesta a indicat în mod clar cerința caietului de sarcini formulată la cap. 6.12.

La capitolul 9.4 Instruirea din caietul de sarcini s-a solicitat asigurarea de către prestator de cursuri, printre altele, pentru: administrare baze de date, administrare sistem (pentru sistemele de operare utilizate).

Contestatorul confirmă faptul că doar și-a asumat implementarea unui sistem funcțional „la cheie”, nicidecum nu dovedește la nivelul ofertei depuse faptul că soluția propusă este completă și funcțională, aceasta fiind lipsită de componente esențiale pentru a funcționa, respectiv sisteme de operare și sistem de gestiune a bazelor de date.

Totodată, contestatorul nu demonstrează în niciun fel cum sistemele de operare și sistemele de gestiune a bazelor de date fac parte integrantă din orice sistem de operare, ci se rezumă la o simplă afirmație.

Faptul că în motivarea respingerii ofertei ca fiind neconformă (deoarece soluția propusă este incompletă și nefuncțională), a fost menționat și că nici în contextul realizării instruirii conform cerințelor din documentația de atribuire contestatorul nu a menționat care sunt sistemele de operare incluse în ofertă, reprezintă o dovadă în plus a faptului că soluția propusă de către acesta este neconformă și nefuncțională, neincluzând toate componentele necesare, nicidecum o insinuare a faptului că strict aceasta ar fi cerința care impunea prezentarea de către ofertanți a detaliilor privind cele două componente software de bază.

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții, inclusiv contestatorul, și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina acestora, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016, conform cărora propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare

are obligația de a respinge ofertele neconforme, potrivit art. 137 alin. (1) din HG 395/2016.

Față de aspectele mai sus menționate, ... solicită Consiliului respingerea contestației depusă de ... ca fiind nefondată, precum și menținerea tuturor actelor efectuate în cadrul acestei proceduri.s

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. prezintă concluzii scrise, prin care reiterează aspectele precizate anterior în contestație, menținându-și, în totalitate, criticile formulate și solicitând înlăturarea apărărilor formulate prin punctul de vedere de către

Totodată, contestatorul arată că, potrivit procesului verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr. se poate constata faptul că autoritatea contractantă a acordat în mod eronat punctaj maxim pentru factorul de evaluare Experiența profesională deținută de expertul Analist de business, deoarece, conform informațiilor menționate de aceasta în cadrul documentului, ofertantul declarat câștigător a prezentat la nivelul ofertei documente suport care atestă îndeplinirea cerințelor pentru Analist de business în 5 proiecte. Or, cele 6 puncte aferente punctajului maxim se acordau pentru implementarea a 6 sau mai multe proiecte de către persoana propusă. Autoritatea contractantă a tratat cu subiectivism modul de evaluare al ofertei câștigătoare cu privire la aplicarea factorilor de evaluare, aspect care impune remedierea aspectelor semnalate în vederea repunerii în legalitate a procesului de achiziție. Autoritatea contractantă, pe lângă modul subiectiv de acordare al punctajului, a declarat câștigătoare o ofertă prin încălcarea unuia dintre principiile fundamentale ale achizițiilor publice, și anume principiul tratamentului egal. Prin intermediul solicitărilor de clarificări autoritatea contractantă a acceptat completarea ofertei depuse, cel puțin cu privire la cerințele prevăzute la 5.1.1a... 5.1.2h, creând un avantaj evident ofertantului, în condițiile în care acesta nu a prezentat informații necesare pentru îndeplinirea cerințelor minime la momentul depunerii ofertelor.

Față de cele menționate, contestatorul apreciază că se impune reevaluarea ofertei declarată câștigătoare cu respectarea legislației în materia achizițiilor publice.

Prin adresa nr., autoritatea contractantă a transmis Răspuns, prin care a arătat față de susținerile contestatorului din cadrul concluziilor scrise, respectiv față de cele legate de evaluarea ofertei câștigătoare, că în ceea ce privește punctajul acordat expertului propus pentru poziția de Analist de business, de 6 puncte, s-a produs o eroare materială, punctajul convenit fiind de 5 puncte.

Cât privește aspectul legat de acceptarea completării ofertei câștigătoare prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă arată că ofertantul în discuție a răspuns făcând trimitere la documente

prezentate în cadrul ofertei depuse, respectiv documentele Cap. 5 – MATRICE DE CONFORMITATE_Anexa Formular Propunere tehnică.doc și ... – Anexa Tehnică.pdf, dar și la documentul transmis împreună cu referințele actualizate, aspectele neclare fiind clarificate.

... a constituit cautiunea în quantum

Din analiza documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului având ca obiect ..., prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Valoarea estimată totală a achiziției este de lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate preț*.

În cadrul procedurii au fost primite 6 oferte, în urma evaluării cărora a fost încheiat raportul procedurii nr. ..., prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de Asocieria ... SRL –, cu un punctaj total de 100 puncte, având o propunere financiară de ... lei, în timp ce oferta contestatorului a fost respinsă.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, despre care a fost încunoștințat prin adresa nr. ..., pentru motivele evocate în cele ce preced, ... a depus contestația de față, prin care critică, pe de o parte, evaluarea ofertei sale, iar, pe de altă parte, evaluarea ofertei desemnată câștigătoare, susținând că sunt nelegale.

Referitor la cererea de studiere a dosarului cauzei, formulată de contestatorul ..., se reține că, potrivit legislației în vigoare, accesul la dosarul constituit la Consiliu se face în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.

Având în vedere că Asocierea ... SRL – ... a depus *Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial*, prin care a declarat confidențiale:

- a) Propunerea tehnică în integralitate și răspunsurile la solicitările de clarificări;
- b) Propunerea financiară – Centralizatorul de prețuri și răspunsurile la clarificări;
- c) Documente suport DUAE – cele privitoare la experiența în proiecte similare,

Consiliul a solicitat acestuia să precizeze dacă permite studierea respectivelor documente, precum și să probeze și să prezinte justificarea caracterului confidențial al documentelor declarate astfel.

Prin răspunsul formulat, asocierea și-a exprimat refuzul de a permite accesul la documentele declarate confidențiale, prezentând o serie de argumente care, în opinia sa, demonstrează caracterul confidențial declarat.

Ca mijloace de probă, au fost menționate:

- Certificatul de înregistrare în ...
- Certificatul de înregistrare a mărcii
- Decizie internă.

În analiza caracterului confidențial al documentelor declarate ca atare în oferta câștigătoare, Consiliul reține următoarele:

Potrivit art. 57 din Legea nr. 98/2016, alin. (1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. **și alin. (4)** Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1).

Așadar, datele și informațiile ce pot fi indicate ca fiind confidențiale, de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire, sunt numai cele care se încadrează în una dintre categoriile enumerate de acest text legal, și anume date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau date/informații protejate de un drept de proprietate

intelectuală, același regim juridic avându-l fundamentările/justificările de preț/cost și, în toate cazurile, dreptul operatorilor economici de a le declara confidențiale trebuie să îndeplinească *dubla condiție expres prescrisă de legea internă*, anume condiția de a justifica caracterul confidențial, indicând categoria căreia îi aparțin datele/informațiile declarate confidențiale și condiția de a *dovedi* acest caracter.

Totodată, în situația în care se afirmă că documentele declarate confidențiale constituie secrete tehnice și/sau comerciale nu este suficientă o simplă declarație de confidențialitate dată în acest sens.

După cum rezultă din textele legale redate, *condiția probării caracterului confidențial este esențială pentru ca datele/informațiile având acest caracter să beneficieze de protecție*, legiuitorul vorbind expres despre dovezi privind caracterul confidențial al unor informații din cuprinsul ofertei, nicidecum despre motive/argumente/ susțineri/alegații/teoretizări. Astfel, pentru probarea caracterului confidențial al informațiilor indicate ca atare, nu este suficientă menționarea în cuprinsul ofertei a informațiilor cu caracter confidențial și a cauzei/motivelor/argumentelor/susținerilor/alegațiilor/teoretizărilor privind caracterul confidențial al acestora, ci, trebuie indicate dovezi privind acest caracter, nefiind suficientă nici măcar indicarea dovezilor privind acest caracter, ci, corelativ, indicării lor exprese în cuprinsul ofertei, dovezile anexate, ele devenind, astfel, anexe la ofertă.

Se mai reține că norma din dreptul intern enunțată asigură echilibrul ce trebuie menținut între interesul celui ce declară confidențialitatea unor date/informații din oferta depusă într-o procedură de atribuire precum cea din prezenta cauză și interesul public ce constituie fundamentul principiului transparenței a cărei funcționare trebuie asigurată în cadrul unei astfel de proceduri, astfel că este conformă și cu exigențele dreptului european, așa cum rezultă din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, sens în care trebuie citată Hotărârea din cauza C-927/19, prin care, în partea relevantă pentru cauză, s-a statuat astfel:

6) Articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, trebuie interpretate în sensul că instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante prin care se refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în documentația transmisă de concurentul căruia i-a fost atribuit contractul sau cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz *este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia*. În acest scop, instanța menționată, care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile accesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale,

pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate, trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative dacă acestea sunt nelegale și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.

Mai mult, se impune subliniat și faptul că pretinsa confidențialitate nu se poate întinde asupra întregii oferte – DUAЕ, documente de calificare, propunere tehnică și propunere financiară, răspunsuri la clarificări, ci doar asupra părților din cuprinsul acesteia care cuprind informații de natura celor probate, ca atare, a fi confidențiale.

De asemenea, pretinsa confidențialitate nu se poate întinde asupra actelor comisiei de evaluare din etapa de evaluarea a ofertelor. Nicăieri în conținutul art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 nu se precizează că în sfera confidențialității intră și documentele de evaluare.

Date fiind cele de mai sus, cu luarea în considerare a argumentelor și probatoriului prezentat de ofertantul câștigător, Consiliul a asigurat contestatorului acestuia accesul la dosarul achiziției publice în forma transmisă de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, mai puțin la documentele indicate de asocierea câștigătoare ca fiind confidențiale, în declarația depusă.

Modul de a proceda al Consiliului este în acord cu cele reținute la pct. 55 din Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE, a cărei acțiune principală a avut ca obiect dreptul la protecția informațiilor confidențiale, prin care Curtea a reținut că: (...) Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.

Cele de mai sus prezintă relevanță și din perspectiva criticilor contestatorului privitoare la refuzul autorității contractante de a-i permite accesul nelimitat la dosarul achiziției publice, care, astfel, sunt întemeiate. În consecință, sancțiunea impusă de art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 nu va putea fi invocată în speță pentru a împiedica o analiză a eventualelor critici noi formulate prin concluziile scrise depuse ulterior studiului de dosar, cu privire la părți ale dosarului achiziției publice vizualizate la Consiliu, câtă vreme contestatorul a fost împiedicat să prezinte în cadrul contestației toate aspectele de nelegalitate ale procedurii de comportamentul culpabil al autorității contractante.

Trecând la analiza fondului contestației, Consiliul va analiza în cele ce urmează criticile contestatorului privind evaluarea ofertei sale, ocazie cu care ia act că, potrivit raportului procedurii nr. ... și comunicării nr. ..., oferta contestatorului a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 127 alin. (1) lit. j) și art. 137 alin. (1) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu motivarea:

- **din răspunsul la clarificări rezultă fără echivoc faptul că ofertantul nu a inclus în soluția propusă sisteme de operare. În absența sistemelor de operare soluția propusă este nefuncțională, fiind imposibilă rularea celorlalte componente software oferite. Ofertantul a propus, așadar, o soluție incompletă și nefuncțională, astfel că oferta este neconformă.** În caietul de sarcini s-a solicitat inclusiv ca Prestatorul să asigure cursuri pentru „administrare sistem (pentru sistemele de operare utilizate)” și nici în contextul respectiv ofertantul nu a menționat faptul că a inclus în oferta sa care sunt sistemele de operare pentru care va asigura instruirea. De asemenea, **acesta nu a inclus în lista de licențe nici alte componente software de bază pentru sisteme de gestiune a bazelor de date, soluția fiind de asemenea nefuncțională în cazul absenței unei astfel de componente.**

Din parcurgerea acestei justificări în susținerea deciziei de respingere criticată, rezultă că ceea ce reproșează autoritatea contractantă contestatorului constă în ofertarea unei soluții tehnice nefuncționale din cauza lipsei unor componente software, respectiv sisteme de operare și sisteme de gestiune a bazelor de date, concluzie care s-ar impune fără echivoc față de răspunsul la clarificări formulat.

În analiza temeiniciei celor concluzionate de comisia de evaluare, Consiliul reține, văzând și susținerile părților, că răspunsul la care se face referire în motivarea enunțată este cel formulat cu privire la solicitarea de clarificări nr., prezintă conținutul:

(...) comisia de evaluare a decis să vă solicite ca până la data de 22.01.2025, să transmiteți răspunsul la următoarea clarificare:

1. În Matricea de conformitate fișier Anexa 1 –

a) în coloana „Detalii privind modul de îndeplinire a cerinței” să descrieți concret modul în care se va realiza cerința.

(...)

Prin răspunsul nr., ... a formulat următorul răspuns cu relevanță în cauză:

Răspuns nr. 1:

a) Referitor la solicitarea dumneavoastră de la punctul a. facem precizarea că subscrisa am descris în cuprinsul coloanei 2 – *Detalii privind modul de îndeplinire a cerinței*, modul concret de îndeplinire a cerinței tehnice și funcționale solicitate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, prin detalierea soluției propuse ..., platformă Low-code dezvoltată de grupul Connections.

Totodată, dorim să face precizarea că, informațiile furnizate de autoritatea contractantă care nu sunt cerințe tehnice sau funcționale ci doar prevederi ale caietului de sarcini precum și cerințele pentru care se personalizează soluția tehnică ofertată

(AexGen.AI) au fost însușite de subscrisa, ceea ce înseamnă că am luat la cunoștință de toate prevederile caietului de sarcini și ne asumăm îndeplinirea tuturor cerințelor acestuia.

Totuși, pentru o înțelegere corectă și completă a abordării noastre, retransmitem matricea de conformitate în cadrul căreia, în coloana 3 – Referința la documentația tehnică, concluzionăm modul prin care platforma ofertată îndeplinește cerința.

Analizând răspunsul enunțat prin prisma solicitării de clarificări adresată, Consiliul apreciază că acoperă întocmai informațiile cerute de organizatoarea achiziției, fiind pe măsura solicitării primite și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat suficient și credibil.

Autoritatea contractantă **nu** a solicitat nicăieri ofertantului să lămurească asupra includerii sistemelor de operare în cadrul soluției propuse ci doar, în Matricea de conformitate fișier Anexa 1 – în coloana „Detalii privind modul de îndeplinire a cerinței” să descrie concret modul în care se va realiza cerința, ceea ce ofertantul a făcut prin răspunsul său, la care a reanexat matricea de conformitate.

Dacă se considera nelămurită de răspunsul transmis, autorității contractante îi revenea sarcina să continue demersul de clarificare cu ofertantul, respectiv să solicite o confirmare în plus asupra includerii în soluția tehnică ofertată de acesta a sistemelor de operare/sistemelor de gestiune a bazelor de date.

Solicitările de clarificări ca și cea de față intră sub incidența dispozițiilor imperative ale art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 – Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare., iar sancțiunea prevăzută la alin. (5) a aceluiași act normativ, aceea de respingere pentru răspuns neconcludent, este în legătură directă cu răspunsul formulat. Or, în cazul în speță, legătura menționată este doar aparentă câtă vreme oferta contestatorului a fost respinsă dintr-un alt considerent decât cel vizat prin solicitarea de clarificări, anume pe o presupunere a comisiei de evaluare pe margine răspunsului la clarificări.

Este știut că legislația achizițiilor publice operează cu certitudini și nu cu presupuneri, fiind de datoria autorității contractante în virtutea atribuțiilor sale de verificare din etapa de evaluare a ofertelor, să înlăture orice echivoc cu privire la oferta asupra căreia acesta planează. Altfel spus, comisia de evaluare trebuie să solicite clarificări contestatorului până la stabilirea clară a situației reale a unei oferte acestuia, scop, de altfel, al instrumentului solicitării de clarificări pus la dispoziție de legiuitor și de care autoritatea contractantă nu a uzat pe deplin.

Fără a se putea considera până la lămurirea deplină cu contestatorul că aceasta este și situația sa, Consiliul reține întemeiate afirmațiile acestuia conform cărora soluțiile low-code de generație nouă tind tot mai

mult să fie proiectate ca platforme unificate, tocmai pentru a elimina fragmentarea arhitecturală și a simplifica procesul de dezvoltare, implementare și întreținere a aplicațiilor. O atare aplicație oferă o licențiere unică sau modulară, evitând necesitatea achiziției și gestionării separate a licențelor pentru fiecare subcomponentă (ex: sistem de operare, sistem de gestiune baze de date, middleware), aceasta putând fi posibilă explicație a nelămuririi autorității contractante.

În lipsa continuării demersului de clarificare, autoritatea contractantă și-a încălcat atribuția de verificare a propunerilor tehnice prin raportare la cerințele caietului de sarcini, prevăzută de art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, adoptând decizia de respingere a ofertei contestatorului fără a fi în posesia tuturor informațiilor necesare spre a stabili situația reală a ofertei acesteia.

Este adevărat că autoritatea contractantă a procedat la transmiterea de solicitări de clarificări, însă, după cum s-a arătat, aceasta a fost adresată într-un mod care nu a condus la obținerea de informații concludente.

Evaluarea ofertelor este un proces complex care trebuie efectuat în baza unor informații certe, iar nu insuficiente, deduse de autoritatea contractantă și care nu sunt apte a justifica pe deplin adoptarea unei decizii, mai cu seamă de respingere a ofertei cum este cea de față.

Cu alte cuvinte, echivocul în privința ofertei contestatorului putea fi lesne lămurit și trebuia lămurit înainte de adoptarea unei decizii de respingere a ofertei.

Persistența anumitor nelămuriri nu poate avea drept consecință sancționarea contestatorului cu excluderea din procedură, ci clarificarea îndoielilor care persistă, astfel că stabilirea caracterului acceptabil sau nu al ofertei contestatorului urmează a se determina ulterior primirii de explicații relevante, iar nu la acest moment.

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară a achizițiilor publice, respectiv Hotărârea Tribunalului T-211/2002 în cauza *Tideland Signal vs. Comisia*, principiul proporționalității impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, **să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei.**

De asemenea, în Hotărârea din 12 martie 2015, *eVigilo Ltd împotriva Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie*

Vidaus reikalų ministerijos, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, punctul 42,

se arată că autorităților contractante le este atribuit un rol activ în aplicarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții publice.

Nu se poate reține nici că transmiterea unei noi solicitări de clarificări ar avantaja în vreun fel contestatorul, ci dobândirea acelor informații ce nu au putut fi extrase din răspunsurile depuse inițial, situație care, însă, nu îi poate fi imputată ofertantului.

În altă ordine de idei trebuie adăugat că exigența respectării principiului transparenței obligă comisia de evaluare la a verifica îndeplinirea doar a prevederilor pe care singură le-a stabilit la nivelul documentației de atribuire, iar nu a unora străine de aceasta, principiul menționat fiind transpus și la nivelul dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016 potrivit cu care: Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

Relevante speței sunt și considerentele expuse în cauza Pippo Pizzo, în care CJUE a arătat că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, **obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

Astfel fiind, motivul de respingere analizat este neîntemeiat, drept care va fi înlăturat cu consecința reevaluării ofertei contestatorului în considerarea celor ce preced.

Procedând la analiza temeiniciei criticilor cu privire la evaluarea ofertei desemnată câștigătoare, formulate pe calea concluziilor scrise ulterioare studiului dosarului cauzei, în contextul în care acestea nu sunt afectate de sancțiunea prevăzută la art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 din considerentul arătat mai sus, Consiliul constată că prima dintre acestea este constituită de susținerea contestatorului conform căreia punctajul maxim de 6 puncte acordat ofertei în discuție la factorul de evaluare *Experiența profesională deținută de expertul Analist de business* este nelegal.

În soluționare, Consiliul observă că, așa cum corect susține contestatorul, prin răspunsul consolidat nr. ..., autoritatea contractantă a modificat algoritmului de calcul al punctajului, în sensul în care, pentru factorul de evaluare *Experiența profesională deținută de expertul Analist de business* prezentarea a 5 proiecte cum apare consemnat în procesul-

verbal nr. că ar fi prezentat ofertantul câștigător pentru expertul în discuție, îndreptățește la acordarea a 5 puncte și nu a punctajului maxim de 6 puncte. Punctajul maxim de 6 puncte avea a fi acordat, conform algoritmului de calcul, pentru implementarea a 6 sau a mai multor proiecte.

Având în vedere că autoritatea contractantă confirmă situația relevată de contestator susținând că este vorba despre o eroare materială, punctajul convenit ofertantului câștigător pentru expertul în discuție fiind de 5 puncte și nu de 6 cât au fost acordate, Consiliul va admite critica contestatorului stabilind că se impune o revizuire a punctajului acordat ofertei câștigătoare în considerarea celor de mai sus.

În ceea ce privește critica legată de completarea ofertei câștigătoare prin intermediul răspunsului la clarificări, în referire la cerințele prevăzute la 5.11.a ... 5.1.2h, Consiliul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să procedeze la efectuarea unei reverificări câtă vreme în Cap. 5 – MATRICE DE CONFORMITATE_Anexa Formular Propunere tehnică.doc nu se identifică pct. 5.1.2c, după cum, în răspunsul transmis, ofertantul nu face trimiterea la ... – *Anexa Tehnică pdf.* cum se apără autoritatea contractantă. Apare, într-adevăr, trimiterea menționată în Matricea de conformitate din propunerea tehnică dar în referire la cerințele 5.1.22 b, d, e și f, lit. c lipsind așa cum s-a arătat.

Pornind, așadar, de la regula conformării întrutotul cerințelor documentației de atribuire, statuată de dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare va verifica răspunsul cu privire la cerința menționată, cu luarea în considerare a prevederilor aplicabile din materia achizițiilor publice referitoare la obligația de transmitere a unui răspuns concludent de către ofertantul interpelat și a prevederilor referitoare la cazurile în care modificarea propunerii tehnice este permisă, cu asigurarea respectării principiului tratamentului egal.

Date fiind cele de mai sus, Consiliul va înlătura decizia de desemnare a ofertei câștigătoare care apare nelegală la acest moment.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va anula raportul procedurii nr. ..., în ceea ce privește evaluarea ofertelor ... și Asocierii ... SRL – ... precum și actele subsecvente acestuia, autoritatea contractantă urmând să continue procedura cu reevaluarea ofertelor menționate, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii nr. ..., în ceea ce privește evaluarea ofertelor ... și Asocierii ... SRL – ... precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă să continue procedura cu reevaluarea ofertelor menționate, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Obligatorie.

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.