



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.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 288/19.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31672/19.10.2016, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în, având CUI ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., în calitate de lider al Asocierii dintre SC ...SRL și SC ...SRL, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului etapei intermediare de evaluare tehnică nr. 3706/07.10.2016, emisă de către COMUNA ..., cu sediul în comuna ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect „Servicii de proiectare PT+DDE și asistență tehnică din partea proiectantului pentru Înființare sistem de alimentare cu apă potabilă și canalizare menajeră în comuna ..., județul ...”, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 3706/07.10.2016 și a actelor subsecvente acesteia;
- reluarea procedurii de la etapa de evaluare tehnică, cu respectarea cerințelor prevăzute în documentația de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ... SRL reclamă decizia autorității contractante de a declara oferta sa ca fiind inacceptabilă și neconformă.

În fapt, în data de 07.10.2016 i s-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă și neconformă prin prisma faptului că, prin răspunsul la solicitările de clarificări, societatea a modificat conținutul propunerii tehnice, învederându-i-se faptul că asocierea nu poate folosi

resursele software prezentate, deoarece s-ar încălca normele de protecție ale dreptului de autor.

Față de cele prezentate, petenta consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 134, deoarece nu a specificat, în mod clar, modificările aduse ofertei tehnice, clarificările fiind doar de confirmare, respectiv au fost depuse numai documente care atestă dovada faptului că asocierea poate dispune de acele resurse materiale, tehnice și umane în derularea proiectului.

Astfel, în propunerea tehnică au fost prezentate informații cu privire la personal, respectiv 3 personal cheie și 5 persoane non-cheie, pentru desfășurarea proiectului.

La solicitarea autorității contractante au fost depuse alte documente care atestă experiența și acordul acestora de a fi implicați în proiect, respectiv CV-urile și contract de colaborare. De asemenea, pentru resursele tehnice, respectiv 8 laptop-uri, 2 desktop, 3 multifuncționale, 1 ploter, soft proiectare CAD general și specializat, soft topografie, soft office, soft devize, 2 echipamente topografice GPS, stație totală, au fost prezentate documente de proveniență, precum și un contract de comodat care atestă dreptul de folosință al resurselor invocate.

Având în vedere că autoritatea nu a impus un anumit nivel al resurselor tehnice prezentate, contestatoarea consideră că nu putea descalifica oferta sa pentru acest motiv.

De asemenea, motivația autorității contractante, conform căreia asocierea nu ar putea folosi software-urile invocate, este apreciată ca fiind eronată, din următoarele considerente:

„Art. 75 Titularul dreptului de autor al unui program pentru calculator beneficiază în mod corespunzător de drepturile prevăzute de prezenta lege, în partea I a prezentului titlu, îndeosebi de dreptul exclusiv de a realiza și de a autoriza:

c) distribuirea și închirierea originalului sau ale copiilor, sub orice formă, ale unui program pentru calculator.

(2) Prima vânzare a copiei unui program pentru calculator pe piața internă de către titularul drepturilor sau cea făcută cu consimțământul acestuia epuizează dreptul exclusiv de autorizare a distribuirii acestei copii pe piața internă”.

Astfel, contestatoarea susține că asocierea deține dreptul legal de folosință pentru soft-urile menționate.

Având în vedere faptul că soft-urile au fost vândute și prezentându-se dovezi în acest sens, titularul licenței a epuizat dreptul exclusiv de distribuție a licențelor. Acest paragraf transpune în legislația românească Directiva Europeană „vânzarea copiei unui program pentru calculator prin descărcare de pe internet pe calculatorul primului dobânditor se epuizează dreptul de distribuție prevăzut la art. 4 alin. (2) din Directiva 2009/24 a Parlamentului și a Consiliului din 23 aprilie 2009 privind protecția juridică a programelor pentru calculator ("Directiva 2009/24") a Curții Europene de Justiție”.

În conformitate cu legislația internă și cea europeană, titularul licenței nu deține dreptul exclusiv de distribuție. Este normal, având în vedere faptul că încheierea unui contract de comodat pentru utilizarea unui soft nu este de natură a aduce atingere intereselor comerciale ale deținătorului licenței, deoarece acesta la prima vânzare a lui și-a primit contraprestația, respectiv prețul pentru utilizarea respectivei copii a programului, iar legislația națională și europeană, prin Directiva 2009/24, legiferează acest aspect.

De asemenea, contestatoarea arată că în Regulamentul de licențiere EULA al Microsoft este specificat că este posibil transferul utilizării soft-ului respectiv cu condiția ca cel pentru care s-a făcut transferul să respecte aceleași reguli ca și primul dobânditor.

În susținerea celor precizate, contestatoarea invocă decizia CEJ nr. Cu 001E128/11 din 3 iulie 2012, referitor la litigiul dintre o companie din Germania - UsedSoft GmbH și Oracle, prin care s-a stabilit că un utilizator legal de software poate revinde software-ul pe care inițial l-a dobândit prin descărcare de pe internet, fără a încălca drepturile de distribuție ale autorului/titularului de drepturi, cu obligația, însă, de a șterge din propriul computer sau de a face inutilizabilă copia programului respectiv.

În esență, conform deciziei CEJ s-au stabilit următoarele:

1. Odată cu prima vânzare a copiei unui program pentru calculator, prin descărcare de pe internet pe calculatorul primului dobânditor, se epuizează dreptul de distribuție prevăzut la art. 4 alin. (2) din Directiva 2009/24 a Parlamentului și a Consiliului din 23 aprilie 2009 privind protecția juridică a programelor pentru calculator ("Directiva 2009/24"). Cu alte cuvinte, titularul drepturilor de autor asupra copiei programului respectiv nu poate interzice dobânditorului legal revânzarea copiei respective către terți. Acest aspect este valabil și pentru versiunile actualizate sau îmbunătățite ale respectivului program, puse la dispoziție ulterior de către titularul de drepturi.

Având în vedere prioritatea legislației europene față de cea națională, contestatoarea apreciază că, prin încheierea contractului de comodat între SC ...SRL și SC ...SRL, s-a respectat legislația și SC ...SRL poate folosi software-ul invocat pentru derularea contractului și nu cum, în mod eronat, a apreciat autoritatea contractantă.

De asemenea, și în Agreementul de licențiere EULA al Microsoft se specifică: „8. *TRANSFER CĂTRE TERȚI. Primul utilizator al produsului software îl poate transfera împreună cu acest acord direct unei terțe părți. Înainte de transfer, celălalt utilizator trebuie să accepte faptul că acest acord este valabil pentru transferul și utilizarea produsului software. Primul utilizator trebuie să dezinstaleze produsul software înainte de a-l transfera separat de pe dispozitiv. Primul utilizator nu are dreptul să păstreze nicio copie.*”

În argumentarea poziției sale, contestatoarea susține că a prezentat autorității contractante, în cadrul procedurii prealabile, o serie de contracte de comodat încheiate de autorități publice din România, după cum urmează:

- Hotărârea nr. 1451/2008 pentru atribuirea competenței Ministerului Comunicațiilor și Tehnologiei Informației de a semna Actul adițional nr. 4 la Contractul comercial de închiriere de licențe nr. OH5RO, încheiat la data de 15 aprilie 2004, pentru produsele Microsoft, între Guvernul României și Microsoft Ireland Operation Limited, care la art 3 prevede:

„Art. 3: (1) Ministerul Comunicațiilor și Tehnologiei Informației distribuie pe bază de contract de comodat instituțiilor și autorităților publice beneficiare, prevăzute în anexa nr. 2 la Actul adițional nr. 4, dreptul neexclusiv de a utiliza produsele software Microsoft închiriate și Riturile de instalare corespunzătoare.

(2) Instituțiile și autoritățile publice beneficiare care au înregistrat la nivelul anului 2007 și 2008 un excedent de licențe le vor transmite pe bază de contract de comodat unor alte instituții publice beneficiare, astfel cum este prevăzut în anexa nr. 2.

(3) Instituțiile și autoritățile publice beneficiare sunt responsabile de utilizarea produselor software Microsoft într-un număr corespunzător necesarului transmis Ministerului Comunicațiilor și Tehnologiei Informației”, Prin urmare, MCTI transmite pe bază de contract de comodat unor instituții publice licențele Microsoft, instituții care la rândul lor pot transmite pe bază de comodat programele de calculator către alte instituții.

- Hotărârea nr. 115/2016, emisă de UAT Odorheiu Secuiesc, prin care aceasta primește prin comodat programe de calculator.

- Hotărârea nr. 84/13.04.2016, emisă de Consiliul Județean Vaslui, prin care acesta transmite, prin comodat, bunuri mobile inclusiv software Windows, Office și antivirus, documente ce au viza de legalitate.

- Hotărârea nr. 136/19.05.2016, emisă de Consiliul Județean Dolj, prin care acesta transmite, prin comodat, bunuri mobile inclusiv software, documente ce au viza de legalitate.

Referitor la al doilea motiv de respingere a ofertei, prevăzut în adresa nr. 3706/07.10.2016, contestatoarea apreciază ca fiind nelegal, deoarece în cadrul propunerii tehnice nu a fost făcută nicio referire la situ-rile utilizate pentru prestarea serviciilor propuse ca experiență similară, iar autoritatea contractantă a ajuns la concluzii eronate, neavând toate informațiile la dispoziție.

De asemenea, consideră că evaluarea ofertei trebuia făcută în strânsă legătură cu cerințele din caietul de sarcini, modul de dovedire a îndeplinirii cerințelor fiind descris în documentația de atribuire, iar dacă acesta nu este precizat se prezumă că este la latitudinea ofertantului.

Prin adresa nr. 31845/2275-C4/20.10.2016, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către SC ...SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestație, copia dosarului achiziției, copiile documentelor de calificare și ale propunerii tehnice depuse de contestatoare, precum și corespondența purtată cu aceasta pe perioada de evaluare a ofertelor.

Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate și necesare în soluționarea prezentei contestații, atașate punctului de

vedere nr. 3811/20.10.2016, înregistrat la Consiliu cu nr. 31977 din 21.10.2016, prin care solicită dispunerea continuării procedurii de atribuire.

În perioada de evaluare a ofertelor, din cauza informațiilor insuficiente din propunerea tehnică, nerespectării clarificărilor din perioada de ofertare și discrepanțelor din DUAЕ, autoritatea contractantă a solicitat clarificări asocierii SC ...SRL - SC ...SRL, prin adresa nr. 3627/03.10.2016, prin care a cerut dovedirea deținerii resurselor invocate, documente relevante privind personalul propus și clarificarea erorilor din DUAЕ.

În urma răspunsul la clarificări nr. 236 din 06.10.2016, s-a modificat conținutul propunerii tehnice, încălcând astfel prevederile fișei de date, cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice. Prin răspunsul la clarificări, ofertantul a arătat că nu are resursele invocate în propunerea tehnică și faptul că își propune să împrumute atât echipamentele, cât și programele de calculator, fără a prezenta un document relevant prin care producătorii de programe sunt de acord cu împrumutul lor. Referitor la personalul propus, a declarat că sunt persoane fizice autorizate și că își vor desfășura activitatea în baza unor contracte de prestări servicii utilizând programele împrumutate (în contradicție cu punctul 3.2 lit. a) din contractul de comodat).

În concluzie, comisia de evaluare a comunicat ofertantului, prin adresa nr. 3706/07.10.2016, faptul că oferta a fost considerată inacceptabilă și neconformă în baza dispozițiilor alin. (5) și (6) ale art. 134 din HG nr. 395/2016, deoarece resursele invocate nu pot fi luate în considerare pentru executarea contractului, neexistând noțiunea de comodat în materie de proprietate intelectuală în relațiile dintre societăți.

Referitor la aprecierea petentei asupra faptului că răspunsul la clarificări a fost doar pentru confirmare, autoritatea contractantă menționează că, în documentația de atribuire acceptată, prin răspunsul la întrebarea nr. 8 din clarificări, s-a menționat faptul că experții externi sunt acceptați în baza unor contracte de colaborare și angajamente ferme și este obligatorie verificarea pentru confirmare a resurselor propuse de ofertant.

De asemenea pentru îndeplinirea criteriilor de atribuire privind personalul solicitat, nu s-a depus inițial niciun document care să ateste studiile, experiența și legătura cu ofertantul, pentru calcularea punctajului tehnic.

Autoritatea contractantă precizează că, din documentele atașate răspunsului la clarificări, nu reiese faptul că petenta deține resursele necesare pentru execuția contractului, având în vedere faptul că programele de calculator beneficiază de protecția Legii nr. 8/1996, conform art. 7 alin. (2), iar prin dispozițiile art. 75 alin. (1) lit. b) se interzice transmiterea unei alte persoane a dreptului de utilizare a programelor de calculator fără acceptul titularului. De asemenea, prin

resursele propuse se încalcă și prevederile contractului de comodat prin faptul că societatea împrumută programele pentru a fi utilizate de experți externi (persoane fizice autorizate, punctul 3.2 lit. a) din contractul de comodat).

Prin adresa 3779 din 14.10.2016, contestatoarea a fost înștiințată și de faptul că a modificat propunerea tehnică prin completarea ei cu documentele personalului solicitat și a schimbat modul de deținere a resurselor invocate pentru execuția contractului.

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

Pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect „Servicii de proiectare PT+DDE și asistență tehnică din partea proiectantului pentru Înființare sistem de alimentare cu apă potabilă și canalizare menajeră în comuna ..., județul ...”, COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. 391543 din 07.09.2016, odată cu care a postat și documentația de atribuire. La data de 23.09.2016 stabilită pentru depunerea ofertelor au fost postate în SEAP 3 oferte, rezultatul evaluării lor fiind consemnat în raportul procedurii nr. 3719 din 10.10.2016. Nemulțumită de rezultatul etapei intermediare de evaluare tehnică (ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 3706 din 07.10.2016), SC ...SRL a formulat prezenta contestație, solicitând:

- anularea adresei nr. 3706/07.10.2016 și a actelor subsecvente acesteia;

- reluarea procedurii de la etapa de evaluare tehnică, cu respectarea cerințelor prevăzute în documentația de atribuire.

În stabilirea legalității respingerii ofertei contestatoarei, Consiliul este ținut de a analiza motivele avute în vedere de autoritatea contractantă. Astfel, prin adresa nr. 3706 din 07.10.2016, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă pentru următoarele considerente:

Având în vedere faptul că programele de calculator beneficiază de protecția legii nr. 8/1996 conform alin. (2) al art. 7 și faptul că prin dispozițiile literei b) a alin. (1) al art. 75 se interzice transmiterea unei alte persoane dreptul de utilizare a programelor de calculator fără acceptul titularului (conform art. 73 din legea 8) vă informăm că resursele (programele de calculator) invocate nu pot fi utilizate pentru execuția contractului.

Nerespectarea legislației privind drepturile de autor în ce privește utilizarea software-ului reprezintă infracțiuni din sfera pirateriei software, prevăzute ca atare de legislația în vigoare (www.orda.ro) având în vedere contractele executate anterior propuse ca experiență similară.

În conformitate cu prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt

confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.

Prin fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.1) „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, autoritatea contractantă a precizat:

Propunerea tehnica va cuprinde:

1) abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea serviciilor;

2) resurse (personal și instalații/echipamente),

3) programul de execuție (diagrama Gantt) pe zile calendaristice, la nivel de categorie de servicii, care sa ilustreze succesiunea tehnologică de realizare a serviciilor, ordinea și derularea în timp a activităților pe care ofertantul propune să le îndeplinească pentru realizarea serviciilor, în special:

- secvențierea, derularea în timp și durata testelor, cu evidențierea clară a activităților incluse în procesele de asigurare, respectiv de control al calității, conform legislației specifice corespunzătoare obiectului contractului;

- denumirea activităților și subactivităților aferente, durata acestora, cu evidențierea punctelor cheie (jaloanele) în execuția contractului;

- drumul critic clar identificat în planificarea activităților.

Prin propunerea tehnică prezentată în procedură, contestatoarea (Asocierea dintre SC ...SRL ȘI SC ...SRL) a precizat că dispune de următoarele echipamente:

- laptop procesor I5, HDD 1TB Ram 8gb – 4 buc.;
- laptop Quad Core/Dual Core 4 Gb RAM HDD 320-1 TB – 4 buc.;
- calculator Desktop I3 și Quad Core – 2 buc.;
- multifuncțional (printer+scanner+copiator) KONIKA Min...a C280/C360/C252 – 3 buc.;
- Plotter HP Design Jet 800 format A0+ - 1 buc.;
- echipament GPS South S82 V RTK – 2 buc.;
- stație totală Leica TC 407 – 1 buc.;
- soft proiectare Progecad Profesional – 2 buc.;
- licențe Office – 1 buc.;
- soft proiectare apă Hydra – 1 buc.;
- soft proiectare canalizare Canalis – 1 buc.;
- soft topografie Topo Lt – 1 buc.;
- soft devize E-devize – 1 buc.

Prin adresa nr. 3627/03.10.2016, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei, în conformitate cu prevederile alin. (3) al art. 189 din Lege, pentru demonstrarea conformității ofertei și a graficului de execuție propus vă solicităm să faceți dovada deținerii echipamentelor și softurilor menționate în propunerea tehnică și a autoturismelor necesare desfășurării activității.

Contestatoarea a răspuns cu adresa nr. 236/06.10.2016 prin care a precizat:

Nr. Crt.	Denumire echipament	Nr. Buc	Tip	Documente doveditoare
1	Laptop procesor 15, HDD 1TB Ram 8gb	4	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact nr 866937/09.10.2015 Corsar Online Fact nr 21575/02.09.2016 Server Config SRL
2	Laptop Quad Core /Dual Core 4 Gb RAM HDD 320-1 TB	4	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact nr 918845/26.11.2015 Corsar Online Fact nr 1187460/06.09.2016
3	Calulator Desktop 13 si Quad Core	2	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact nr 1187460/06.09.2016
4	Multifunctional (printer +scanner+copiator) Konika Min...a C280/C360 /C252	3	Proprietate Konika min...a C360 închiriat Konika Min...a C280/252 Comodat ontract nr 178/15.09.2016	Fact nr 07490/18.08.2016 Gia Sistem SRL Fact nr 21381/15.10.2015 LynX Copiers Trading Fact 1436/05.11.2016 ATC Solution
5	Plotter HP Design Jet 800 format A0+	1	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact nr 10015664/18.02.2016 S.C. Re-tel SRL
6	Echipamente GPS South S82 V RTK	2	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact 6255/23.10.2015 /Syscad Solution Sri
7	Statie totala Leica TC 407	1	Proprietate	Fact nr 702/07.04.2015 Topo Cad Vest SRL
8	Soft proiectare Progecad Profesional	2	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact nr 6351/25.11.2015 si 6352/25.11.2015 Syscad Solution SRL
9	Licența Office	1	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact nr 492069/25.11.2015
10	Soft proiectare apa Hydra	1	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact nr 2016108/29.08.2016
11	Soft proiectare canalizare Canalis	1	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact nr 2016108/29.08.2016
12	Soft topografie Topo Lt	1	Comodat contract nr 178/15.09.2016	Fact nr 3424/26.11.2015 Topo Cad Vest
13	Soft devize E-devize	1		Gratuit www.edevize.ro
14	Autoturisme	3	Comodat Ford Mondeo DJ 11 UTO Ford Focus DJ 12 GKO WV Passat DJ 07 YNU	Contract comodat nr 2/27.11/2014 Contract comodat nr 3/27.11/2014 Contract de comodat din data de 20.10.2015

În susținere a anexat următoarele documente:

- contract de comodat nr. 178/15.09.2016 încheiat între SC ...SRL și SC ...SRL ce are ca obiect darea spre folosință către SC ...SRL a

următoarelor dotări, inclusiv software corespunzătoare utilizării acestora: Laptop I5 – 4 buc.; laptop – 4 buc.; Desktop - 2buc.; Echipament GPS – bază + rover – 2 buc.; Multifuncțional Konika Min...a C280 – 1 buc.; Multifuncțional Konika Min...a C252 – 1 buc.; ploter HP Design Jet 800 format A0+; Software aferente Ms-Office, Progecad, Soft proiectare alimentare cu apă Hydra, Soft proiectare canalizare Canalis, soft topografie Lt.

- factura 866937/09.10.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat laptop Dell – 1buc, laptop Lenovo – 2 buc.;

- factura 21575/02.09.2016 prin care SC ...SRL a achiziționat laptop 1 buc,

- factura 918845 din 26.11.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat laptop Asus – 1 buc, laptop Lenovo 1- buc.

- factura 1187460 din 06.09.2016 prin care SC ...SRL a achiziționat 2 laptop-uri lenovo și 2 Desktop Lenovo.

- factura 07490 din 18.08.2016 prin care SC ...SRL a achiziționat 1 copiator Konica Min...a C360,

- factura 21381/15.10.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat 1 copiator Min...a BH C252,

- factura 1436/05.11.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat i copiator KM C280,

- factura 10015664/18.02.2016 prin care SC ...SRL a achiziționat ploter A0 HP Design Jet 800,

- factura 6255/23.10.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat Echipamente GPS South S82 V RTK,

- factura 702/07.04.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat stație totală Leica TC 407,

- factura 6351/25.11.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat licență Progecad Profesional,

- factura 6352/25.11.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat licență progecad standard,

- factura 492069/25.11.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat licențe office,

- factura 2016108/29.08.2016 prin care SC ...SRL a achiziționat licență Urbano 9.0 Canalis & Hydra.

- factura 3424/26.11.2015 prin care SC ...SRL a achiziționat soft procesare date Topo LT,

- contracte de comodat pentru autoturisme.

Autoritatea contractantă invocă în susținerea respingerii ofertei contestatoarei faptul că aceasta nu deține programele de calculator, ci le folosește pe ale altui operator economic, în baza unui contract de comodat, care, în opinia sa, nu este valabil în cazul programelor de calculator, care sunt protejate de un drept de autor și nu pot fi utilizate fără acordul titularului dreptului de autor.

În conformitate cu prevederile art. 2146 din codul civil, *Împrumutul de folosință este contractul cu titlu gratuit prin care o parte,*

numită comodant, remite un bun mobil sau imobil celeilalte părți, numite comodatari, pentru a se folosi de acest bun, cu obligația de a-l restitui după un anumit timp.

De asemenea, conform art. 14¹ din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, (1) Prin distribuire, în sensul prezentei legi, se înțelege vânzarea sau orice alt mod de transmitere, cu titlu oneros ori gratuit, a originalului sau a copiilor unei opere, precum și oferirea publică a acestora.

(2) Dreptul de distribuire se epuizează o dată cu prima vânzare sau cu primul transfer de drept de proprietate asupra originalului ori a copiilor unei opere, pe piața internă, de către titularul de drepturi sau cu consimțământul acestuia.

Art. 73 din Legea nr. 8/1996 prevede: Titularul dreptului de autor al unui program pentru calculator beneficiază în mod corespunzător de drepturile prevăzute de prezenta lege, în partea I a prezentului titlu, îndeosebi de dreptul exclusiv de a realiza și de a autoriza:

a) reproducerea permanentă sau temporară a unui program, integral sau parțial, prin orice mijloc și sub orice formă, inclusiv în cazul în care reproducerea este determinată de instalarea, stocarea, rularea sau executarea, afișarea sau transmiterea în rețea;

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

c) distribuirea și închirierea originalului sau ale copiilor, sub orice formă, ale unui program pentru calculator.

(2) Prima vânzare a copiei unui program pentru calculator pe piața internă de către titularul drepturilor sau cea făcută cu consimțământul acestuia epuizează dreptul exclusiv de autorizare a distribuirii acestei copii pe piața internă.

Conform dispozițiilor art. 4 alin. (2) din DIRECTIVA 2009/24/CE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 23 aprilie 2009 privind protecția juridică a programelor pentru calculator, Prima vânzare a copiei unui program pentru calculator în cadrul Comunității de către titularul dreptului sau cu consimțământul acestuia epuizează dreptul de distribuție a acestei copii în Comunitate, cu excepția dreptului de a controla închirierile ulterioare ale programului pentru calculator sau ale unei copii a acestuia.

Cu privire la acest aspect, Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-128/11 UsedSoft GmbH/Oracle International Corp a hotărât:

Oracle dezvoltă și distribuie, în special prin descărcare de pe internet, programe pentru calculator de tip „client/server”. Clientul descarcă o copie a programului în calculatorul său direct de pe pagina de internet a Oracle. Dreptul de utilizare asupra unui astfel de program, acordat printr-un contract de licență, cuprinde dreptul de a stoca în mod permanent copia programului respectiv pe un server și de a oferi acces la aceasta unui număr de până la 25 de utilizatori prin

încărcarea în memoria centrală a stațiilor de lucru ale acestora. Potrivit contractele de licență, clientul dobândește un drept de utilizare pe durată nedeterminată, netransmisibil și rezervat unui uz profesional intern. În cadrul unui contract de mentenanță, pot fi descărcate, de asemenea, de pe pagina de internet a Oracle, versiunile actualizate ale programului respectiv („update-uri”) și programe destinate remedierii erorilor („patch-uri”).

UsedSoft este o întreprindere germană care comercializează licențe cumpărate de la clienții Oracle. Clienții UsedSoft, care nu se află încă în posesia programului, îl descarcă direct, după achiziționarea unei licențe „de ocazie” de pe pagina de internet a Oracle. Clienții care dețin deja acest program pot achiziționa, în mod complementar, o licență sau o parte a licenței pentru utilizatori suplimentari. În acest caz, clienții descarcă programul în memoria centrală a stațiilor de lucru ale acestor alți utilizatori.

Oracle a introdus o acțiune în justiție în fața instanțelor germane împotriva UsedSoft pentru a i se interzice această practică. Bundesgerichtshof (Curtea Supremă Federală, Germania), competentă pentru soluționarea acestui litigiu în ultimă instanță, a sesizat Curtea de Justiție cu scopul de a interpreta, în acest context, Directiva privind protecția juridică a programelor pentru calculator¹.

Potrivit acestei directive, prima vânzare a copiei unui program pentru calculator în cadrul Uniunii de către titularul dreptului de autor sau cu consimțământul acestuia epuizează dreptul de distribuție a acestei copii în Uniune. Astfel, titularul dreptului care a comercializat o copie pe teritoriul unui stat membru al Uniunii pierde posibilitatea de a invoca monopolul său de exploatare pentru a se opune revânzării acestei copii. În speță, Oracle susține că principiul epuizării prevăzut de directivă nu se aplică licențelor de utilizare de programe de calculator descărcate de pe internet.

Prin hotărârea pronunțată astăzi, Curtea precizează că principiul epuizării dreptului de distribuție se aplică nu numai atunci când titularul dreptului de autor comercializează copiile programelor sale pentru calculator pe un suport material (CD-ROM sau DVD), ci și atunci când le distribuie prin descărcare de pe pagina sa de internet.

Astfel, atunci când titularul dreptului de autor pune la dispoziția clientului său o copie – fie materială, fie imaterială – și încheie în același timp, în schimbul plății unui preț, un contract de licență care acordă clientului dreptul de a utiliza această copie pentru o durată nelimitată, acest titular vinde această copie clientului și epuizează astfel dreptul său de distribuție exclusiv. Ca atare, o asemenea tranzacție implică transferul dreptului de proprietate asupra acestei copii. Prin urmare, deși contractul de licență interzice o transmitere ulterioară, titularul dreptului nu se mai poate opune la revânzarea acestei copii.

Curtea subliniază, printre altele, că a limita aplicarea principiului epuizării dreptului de distribuție la copiile programelor pentru calculator vândute pe un suport material ar permite titularului dreptului de autor să controleze revânzarea copiilor care au fost descărcate de pe internet și să solicite, la fiecare revânzare, o nouă remunerație, deși prima vânzare a copiei în discuție i-ar fi permis deja titularului respectiv să obțină o remunerație corespunzătoare. O astfel de restricție privind revânzarea copiilor programelor pentru calculator descărcate de pe internet ar depăși

ceea ce este necesar pentru a menține obiectul specific al proprietății intelectuale în cauză.

Pe de altă parte, epuizarea dreptului de distribuție se extinde asupra copiei programului pentru calculator vândute, astfel cum a fost corectată și actualizată de către titularul dreptului de autor. Astfel, chiar în ipoteza în care contractul de mentenanță are o durată determinată, attributele corectate, modificate sau adăugate pe baza unui astfel de contract fac parte integrantă din copia descărcată inițial și pot fi utilizate de către client fără limitarea duratei.

Cu toate acestea, Curtea subliniază că, dacă licența dobândită de primul cumpărător vizează un număr de utilizatori care depășește propriile sale necesități, acest dobânditor nu este autorizat totuși, prin efectul epuizării dreptului de distribuție, să fragmenteze licența respectivă și să o revândă în parte.

În plus, Curtea precizează că **dobânditorul inițial** al unei copii materiale sau imateriale a unui program pentru calculator, cu privire la care dreptul de distribuție al titularului dreptului de autor este epuizat, **trebuie să facă inutilizabilă copia descărcată pe calculatorul său în momentul revânzării acesteia. Astfel, dacă ar continua să o utilizeze, ar încălca dreptul exclusiv al titularului dreptului de autor de reproducere a programului său pentru calculator.** Spre deosebire de dreptul exclusiv de distribuție, dreptul exclusiv de reproducere nu se epuizează prin prima vânzare. Directiva autorizează, totuși, orice reproducere necesară pentru a permite dobânditorului legal să utilizeze programul pentru calculator conform destinației sale. Astfel de reproduceri nu pot fi interzise prin contract.

În acest context, Curtea răspunde că orice dobânditor ulterior al unei copii, cu privire la care dreptul de distribuție al titularului dreptului de autor este epuizat, constituie un dobânditor legal în acest sens. Acesta poate, prin urmare, să descarce pe calculatorul său copia care i-a fost vândută de către primul dobânditor. O astfel de descărcare trebuie interpretată ca fiind o reproducere necesară a unui program pentru calculator, pentru a permite acestui nou dobânditor să utilizeze programul respectiv conform destinației sale.

Astfel, noul dobânditor al licenței de utilizare, cum este un client al UsedSoft, poate, ca dobânditor legal al copiei corectate și actualizate a respectivului program pentru calculator, să descarce această copie de pe pagina de internet a titularului dreptului de autor.

Cum la dosarul cauzei există documente ce dovedesc achiziția de către SC ...SRL a programelor de calculator, iar acesta a pus la dispoziția SC ...SRL atât calculatoarele, cât și programele și licențele, este certă valabilitatea contractului de comodat dintre SC ...SRL și SC ...SRL.

Având în vedere cele prezentate, Consiliul consideră că ofertantul a făcut dovada deținerii dotării tehnice necesare executării contractului. Mai mult, Consiliul constată că niciunde în documentația de atribuire nu se precizează că operatorii economici trebuie să facă dovada că dețin echipamentele necesare executării contractelor, ci doar trebuiau să precizeze prin propunerea tehnică care sunt echipamentele necesare realizării contractului. Contractul de comodat este o formă legală de

intrare în posesie, iar autoritatea contractantă nu justifică de ce această formă de folosire a programelor de calculator nu este legală.

Referirile autorității contractante la punctul 8 din răspunsul la clarificarea nr. 1 postată în SEAP la 14.09.2016, sunt considerate de Consiliu eronate. Punctul 8 din clarificarea nr. 1 se referă la experții solicitați prin fișa de date a achiziției ca factori de evaluare în cadrul criteriului de atribuire experiența personalului și nu la cerința din caietul de sarcini ca în propunerea tehnică să se precizeze personalul și echipamentele implicate în realizarea contractului.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu COMUNA

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu COMUNA ... și anulează raportul procedurii nr. 3719/10.10.2016, în partea ce privește oferta SC ...SRL și adresele de comunicare a rezultatului evaluării.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei prezentate de SC ...SRL, în termen de 15 zile de la primirea deciziei cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în patru exemplare, conține 13 pagini.