



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. 1517/C5/1347

Data: 27.08.2020

Prin contestația nr. 8391/07.07.2020, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 27214/08.07.2020, respectiv sub nr. 27334/08.07.2020, ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 50819/02.07.2020, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului 1, document emis în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Stații de lucru complete - 3 loturi”, respectiv lotul 1 – „Stații complete de lucru (unitate centrală, tastatură, mouse, monitor, sistem de operare și sistem de editare documente)”, inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în municipiul ..., având adresa pentru primirea corespondenței în municipiul ... și a solicitat „luarea în considerare a ofertei tehnice a firmei ... și continuarea procedurii de achiziție cu participarea firmei ...”.

... SRL, în calitate de ofertant clasat pe locul I, în cadrul lotului contestat, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de administrator ..., a formulat „cererea de intervenție accesorie în interes propriu” nr. 593/17.07.2020, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 28816/17.07.2020 și respectiv, sub nr. 28892/20.07.2020, în dosarul nr. 1347/2020, prin care a solicitat:

„(i) admiterea în principiu a cererii de intervenție;

(ii) respingerea contestației formulate de contestatoare ca fiind nefondată și neîntemeiată, ceea ce determină pe cale de consecință:

(iii) constatarea (...) legalității și temeinicei deciziei autorității contractante cu rezultat direct în menținerea raportului de atribuire a contractului aferent procedurii, a comunicării rezultatului procedurii, precum și a tuturor actelor subsecvente procedural izvorâte din aceste două documente emise de entitatea contractantă;

(iv) continuarea procedurii de atribuire, cu menținerea ca legală și temeinică a deciziei de atribuire a contractului către ... SRL”.

În subsidiar, în cazul considerării prezentei cereri ca fiind inadmisibilă, ... SRL a solicitat „recalificarea din oficiu a cererii ca fiind accesorie și circumscrisa interesului autorității contractante”.

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

În susținerea contestației, ... SRL a criticat respingerea ofertei sale, ca neconformă, motivat de faptul că nu corespunde cerințelor caietului de sarcini.

... SRL observă că entitatea contractantă susține că nu există dreptul de *downgrade* de la soluția *software* prezentată în oferta societății sale, respectiv „Microsoft Windows 10 Enterprise LTSB 2016”, față de soluția solicitată de entitatea contractantă „WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GentGenuine”.

Autoarea contestației susține că pentru demonstrarea faptului că acest *downgrade* este perfect legal, a anexat un fișier și a indicat un link unde se văd aceste drepturi de pe site-ul Microsoft.

... SRL a precizat că versiunea Windows 10 Enterprise distribuită prin canal comercial de volum a companiei Microsoft, oferă drept de *downgrade* specificat în documentul din atașament și link-ului indicat. Pe pagina 4, răspunsul numărul 5 este explicit menționat faptul că versiunea Enterprise oferă drept de *downgrade* către versiunea Windows 10 Professional.

... SRL consideră că denumirea menționată în ofertă (Full license upgr./basic bundle) reprezintă o licență de tip full care poate fi instalată și utilizată pe un calculator/unitate de hardware fără sistem de operare/licență de bază, deci pe o unitate de hardware nouă. Această opțiune/posibilitate acoperă cerința GetGenuine, întrucât GetGenuine și full license sunt parametri absolut echivalenți din punct de vedere tehnic și legal. Mai mult decât atât, ... SRL a precizat faptul că a livrat aceeași soluție către alți clienți, unde licențele livrate au trecut prin procedura de audit și au fost verificate de către reprezentanții Microsoft.

În finalul contestației sale, ... SRL a concluzionat că neacceptarea ofertei sale, ar însemna nu doar o defavorizare, întrucât a îndeplinit toate cerințele autorității contractante și a oferit produse echivalente/identice conform cerințelor aferente licitației publice, ci și încălcarea normelor de procesare a licitațiilor publice, întrucât principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a

organizării concursurilor de soluții sunt, printre altele, nediscriminarea și tratamentul egal precum și utilizarea eficientă a finanțelor publice către entitatea contractantă.

În dovedirea contestației, ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

La data de 09.07.2020, Consiliul a înregistrat sub nr. 27562, Strategia de contractare transmisă prin mijloace electronice (e-mail) de entitatea contractantă.

Prin adresa nr. 27687/1347/C5/10.07.2020, Consiliul a solicitat contestatoarei ... SRL să transmită, în original, la dosarul cauzei, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii în quantum de 1.148,45 lei, modalitatea de constituire a cauțiunii urmând a se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC BANK SA sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Primirea adresei nr. 27687/1347/C5/10.07.2020 a fost confirmată de ... SRL, prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 27813/10.07.2020.

Prin adresa nr. 8394/14.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 28191/14.07.2020, ... SRL a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 206379067/1 eliberată la data de 13.07.2020, de CEC BANK – Unitatea Crângași, în sumă de 1.148,45 RON.

Prin adresele nr. 28525/1347/C5/16.07.2020 și nr. 28526/1347/C5/16.07.2020, Consiliul a pus în discuția părților, din oficiu, excepția tardivității contestației, având în vedere data luării la cunoștință a actului atacat, respectiv a adresei nr. 50819/02.07.2020 (publicată în SEAP la data de 02.07.2020) și data depunerii contestației (08.07.2020), în raport de dispozițiile art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, art. 8 alin. (1) lit. b) și art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Cu privire la această excepție, Consiliul a solicitat părților susțineri.

... SRL a transmis prin mijloace electronice (e-mail), confirmarea de primirea a adresei CNSC nr. 25525/1347/C5/ 16.07.2020 și a precizat, totodată, faptul că a constatat că apare o diferență de o oră între ora computerului și cea ce apare la computerul destinație. În dovedire, autoarea contestației a anexat un *print-screen*.

Entitatea contractantă a transmis prin mijloace electronice (e-mail) adresa nr. 55399/74/17.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 28763/17.07.2020, prin care a precizat faptul că a primit contestația formulată de ... SRL, în data de 07.07.2020 ora 11:53 PM prin e-mail, la momentul deschiderii e-mailului apărând menționată data „Wed 08-Jul-20 12:52 AM”, iar la momentul printării în vederea înregistrării documentelor atașate, apărând, din nou, data de 08.07.2020 ora 12:52 AM.

Entitatea contractantă a precizat că în data de 08.07.2020, ora 14:40, a înregistrat sub nr. 52611/08.07.2020 în aplicația informatică aceeași contestație prezentată pe suport de hârtie de către ... SA. În

urma verificării server-ului său de e-mail, mesajul de la adresa avlad@ascomputer.ro a sosit la ora 23:52 în data de 07.07.2020.

Față de cele arătate și ținând cont că la orele puse în discuție calculatorul pe care este instalată adresa de e-mail monica.mihai@cmteb.ro era închis, deoarece la ora 15:30 se termină programul său de lucru, entitatea contractantă consideră ca fiind tardivă contestația, conform art. 8 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

... SRL, prin adresa nr. 8399/16.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 28914/20.07.2020, a informat că a depus contestația nr. 8391/07.07.2020, transmisă prin mijloace electronice și înregistrată la CNSC sub nr. 27214/08.07.2020 în termen legal, până în ora 23:59 a zilei de 07.07.2020. În dovedirea susținerilor sale, autoarea contestației a depus copia email-ului transmis din serverul de e-mail de la google, google mail, în care reiese faptul că de la ... SRL data de plecare este ora 11:52 PM a zilei de 07.07.2020 și „sent items” din „outlook-ul” office@ascomputer.ro, unde se vede foarte clar data expediției și ora 23:52.

Prin adresa nr. 29405/1347/C5/22.07.2020, Consiliul a solicitat entității contractante să transmită la dosarul cauzei documentele necesare soluționării contestației.

Entitatea contractantă a transmis prin mijloace electronice (e-mail) punctul de vedere nr. 56693/22.07.2020, înregistrat la Consiliu sub nr. 29524/22.07.2020, prin care a precizat următoarele:

Tipul de licență Microsoft Windows Pro 10 SNGL OLP NL este destinat legalizării instalărilor Windows prin licențiere de volum (Get Genuine Windows Agreement - GGWA), gestionate prin Volume Licensing Service Center (VLSC). În cadrul companiilor mari, cu câteva sute de pc-uri, așa cum este și cazul ..., pentru instalarea/reinstalarea la nevoie a sistemului de operare, precum și pentru gestionarea cheii de activare a fiecărei stații de lucru dintre cele câteva sute, este imperios necesară folosirea tipului de licență Windows solicitat prin caietul de sarcini.

În cazul Microsoft Windows LTSC 2016 Full Version, se observă că acest tip de licență nu are nicio legătură cu licențierea de volum și este o denumire folosită pe site-uri online unde se comercializează software utilizat sau piratat care se tranzacționează la prețuri foarte mici față de licențele noi, originale ale producătorului, fiind comandate și livrate în afara canalelor oficiale și autorizate de distribuție. Conform cerințelor prezentate în caietul de sarcini, doar licențele de volum originale comandate pe canalul oficial de distribuție autorizat Microsoft pot fi livrate direct în contul existent Microsoft al, pe site-ul Microsoft de licențiere de volum.

Licența Microsoft Windows LTSC 2016 Full Version nu reprezintă necesitatea entității contractante și nici nu este compatibilă cu licența de volum cu cheie unică Microsoft Windows Pro 10 SNGL OLP NL gestionată prin Microsoft Volume Licensing Service Center (VLSC). Nu există nicio cale de upgrade sau de actualizare din versiunea Windows 10 Enterprise, necesitând instalarea Clean Instal pentru a instala Windows 10

Profesional, fapt ce conduce la alocarea unor resurse mari consumatoare de timp.

În finalul punctului său de vedere, entitatea contractantă a solicitat Consiliului să constate că oferta prezentată de ... SRL ca este neconformă, neputând, în mod evident, satisface necesitățile și cerințele entității contractante indicate în documentele achiziției, oferta nesatisfăcând corespunzător cerințele caietului de sarcini și, pe cale de consecință, să respingă contestația formulată de ... SRL, ca nefondată și neîntemeiată și să mențină ca legală și temeinică decizia entității contractante nr. 50819/02.07.2020 privind rezultatul procedurii.

Prin adresa internă nr. 83/C5/28.07.2020, Completul învestit cu soluționarea prezentei contestații a solicitat Biroului statistică și IT din cadrul CNSC, să precizeze dacă ceasul serverului de e-mail de la CNSC a fost corelat cu ora locală a României în datele de 07.07.2020 și 08.07.2020 și să remită documente probante din care să rezulte data și ora transmiterii contestației nr. 8391/07.07.2020 de către ... SRL, de la adresa de poștă electronică avlad@ascomputer.ro.

Biroul statistică și IT din cadrul CNSC a răspuns prin adresa nr. 84/28.07.2020, prin care a precizat că a analizat situația și a constatat, că transmiterea contestației s-a efectuat la ora 23:52, +02:00, data 07.07.2020, iar serverul CNSC l-a recepționat la ora 23:55, +03:00 (EEST - Eastern European Summer Time), ceea ce a dus la convertirea orei de primire în 00:52, 08.07.2020. Această diferență este datorată faptului că serverul CNSC de email folosește ca timp de referință UTC - Coordinated Universal Time +03:00, ca urmare a trecerii la ora de vară (EEST - Eastern European Summer Time), iar clientul de email al adresei avlad@ascomputer.ro, a rămas pe GMT +02:00.

Biroul statistică și IT a concluzionat că ora la care a fost transmisă contestația, prin email-ul din data de 07.07.2020, a fost de 23:55 și a atașat 4 figuri relevante.

Prin cererea de intervenție nr. 593/17.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 28816/17.07.2020, ... SRL, în preambul, a prezentat argumente referitoare la admisibilitatea cererii de intervenție și justificarea calificării acesteia ca fiind principală (în interes propriu).

Pe fondul cauzei, ... SRL a învederat, cu precădere, că oferta societății sale, așa cum reiese și din Raportul procedurii și din toate documentele probante aflate la dosarul procedurii, îndeplinește, fără echivoc, toate cerințele documentației de atribuire, licența ofertată *Microsoft Windows Pro 10 SNGL OLP NL Legalization GetGenuine*, fiind conformă cu toate cerințele caietului de sarcini referitoare la licențele solicitate în cadrul lotului 1, fapt care nu se poate susține în legătură cu oferta contestatoarei.

... SRL observă că nu se specifică nicăieri că motivul de neconformitate este lipsa dreptului de downgrade de la soluția ofertată de contestatoare, Windows 10 Enterprise LTSB 2016 la soluția solicitată de entitatea contractantă WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GetGenuine, cu cheie unică de administrare licențe, posibilitate de downgrade, securitate și update-uri unificate, neconformitatea constând

în nerespectarea de către licența ofertată a cerințelor din documentația de atribuire.

... SRL a precizat că licența ofertată de contestatoare nu a existat și nu există în sine „Full Version (Upgr./Basis-Bundle) în lista de produse a producătorului Microsoft”, această denumire fiind folosită de site-uri online obscure unde se comercializează software utilizate sau piratate.

Din punctul de vedere al modalității de livrare a acestui software Microsoft Windows 10 Enterprise LTSC 2016 Full Version (Upgr./Basis-Bundle) „second-hand”, nu este respectată cerința caietului de sarcini care în cadrul Cap. 5. Livrare, ambalare, etichetare, transport și asigurare pe durata transportului, menționează în mod clar, faptul că „Livrarea cheilor de activare se face de către ofertant direct în contul existent Microsoft CMTEB”.

Conform acestei cerințe doar licențele de volum originale, comandate pe canalul oficial de distribuție autorizat Microsoft, pot fi livrate în contul existent Microsoft al autorității contractante, pe site-ul Microsoft de licențiere de volum.

... SRL a învederat faptul că versiunea curentă a produsului Windows 10 Enterprise LTSC, singura care este disponibilă în listele de prețuri ale producătorului Microsoft la momentul depunerii ofertelor este doar Windows 10 Enterprise LTSC 2019 Upgrade. Astfel, oferta depusă de contestatoare este neconformă pentru că nu respectă cerința caietului de sarcini de la cap.5, prin care se solicită ca inclusiv produsele software să fie noi și să nu fi fost „declerate de către producătorii acestora ca fiind: End Of Sale (EOS), End-Of-Life (EOL), End Of Availability (EOA) sau Last Order Date (LOD)”.

... SRL a învederat faptul că Windows 10 Enterprise LTSC 2016 nu mai poate fi comandat din listele producătorului Microsoft la momentul depunerii ofertelor, fiind End Of Sale (EOS).

Fără a intra în vaste demonstrații de ordin tehnic, ... SRL a menționat că particula din denumirea tipului de sistem de operare „LTSC” (Long-Term Servicing Channel), este noua denumire a tipului de sistem de operare „LTSC” (Long-Term Servicing Branch). Windows 10 Enterprise LTSC 2016 a fost lansat în anul 2016 (versiune 1607), de atunci fiind lansate mai multe versiuni-OS build-uri ale Windows 10, inclusiv Windows 10 Enterprise.

Licențele de tip sistem de operare Windows Desktop Enterprise Edition, inclusiv versiunea Windows 10 Enterprise, sunt doar licențe de upgrade de la o ediție de bază Professional pe care beneficiarul o are deja licențiată.

O ediție Windows 10 Enterprise nu poate licenția „de la zero” utilizarea sistemului de operare Windows 10 pe un pc nou sau existent. Singura licență de volum care poate licenția „de la zero”, adică fără să fie necesară existența unei licențe anterioare de sistem de operare Windows Desktop achiziționată într-o versiune curentă sau versiune anterioară de Windows Professional este licența de volum WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GetGenuine.

Prin urmare, procedura de achiziție fiind pentru pc-uri noi, neavând licențe anterioare de sistem de operare, nu se pot circumscrie în licențierea de volum decât prin licența solicitată în caietul de sarcini „WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GetGenuine”, licență care a fost oferată de către ... SRL.

... SRL a precizat că sistemul de operare propus de către contestatoare nu este compatibil cu suita Office 2019 Standard solicitată de către entitatea contractantă și a menționat că produsul WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GetGenuine face parte din categoria Windows 10 SAC (Semi-Annual Channel). Doar versiunile vechi de Office Standard 2016 și Office Standard 2013 pot rula pe soluția de sistem de operare Windows 10 Enterprise LTSB 2016.

Prin modalitatea de livrare a update-urilor, sistemul de operare tip LTSB propus de contestatoare, nu este superior și nici măcar echivalent cu sistemul de operare solicitat în caietul de sarcini „WinPro 10 SNGL QLP NL Legalization CetCenuine cu cheie unica de administrare licențe, posibilitate de downgrade, securitate și update-uri unificate”.

Modalitatea LTSB/LTSC de livrare a update-urilor nu este recomandată de către producătorul Microsoft a fi folosită pentru pc-uri care se doresc a fi utilizate ca stații de lucru de birou, cu suita office instalată.

În continuarea susținerilor sale, ... SRL a precizat că sistemul de operare solicitat în caietul de sarcini de către entitatea contractantă este din categoria Semi-Annual Channel, la care update-urile se realizează la fiecare 6 luni. Sistemul de operare propus de către contestatoare este din categoria Long Term Servicing Channel (LTSC), noua denumire a Long-Term Servicing Branch (LTSB) care este utilizabil pe echipamente specializate (care nu rulează suita office), cum ar fi echipamentele dedicate - medicale, ATM-uri etc. și care primesc update-uri la fiecare 2 sau 3 ani.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 29372/22.07.2020, ... SRL a făcut dovada înaintării către entitatea contractantă și contestatoare a cererii de intervenție.

Prin adresa nr. 30703/1347/C5/30.07.2020, Consiliul a solicitat contestatoarei ... SRL susțineri cu privire la cererea de intervenție formulată de ... SRL.

Entitatea contractantă a formulat, în cadrul punctului de vedere nr. 56693/22.07.2020, înregistrat la Consiliu sub nr. 29524/22.07.2020, referiri inclusiv la cererea de intervenție pe care o susține.

Contestatoarea ... SRL, a transmis prin mijloace electronice (e-mail), adresa nr. 8406/31.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 31114/03.08.2020, prin care a formulat concluzii scrise.

... SRL a concluzionat că licența oferată de către societatea sa, Windows 10 Enterprise LTSB 2016 Full Version (Upgr./Basis-Bundle) există și transferul dreptului de utilizare îndeplinește toate cerințele legale inclusiv cele ale producătorului Microsoft (articolul 4 alineatul (2) din Directiva 2009/24/CE), iar downgrade-ul la versiunea finală solicitată de către entitatea contractantă, Windows Professional 10 SNGL OLP NL

Legalization GetGenuine este bazată pe dreptul de downgrade oferit de către compania Microsoft.

Versiunea Windows 10 Enterprise LTSB 2016 este disponibilă spre achiziție legală pe piața liberă europeană, în momentul în care toate cerințele legale și ale producătorului Microsoft sunt îndeplinite.

Licențe de tip sistem de operare Windows Desktop Enterprise Edition nu sunt doar de tip Upgrade.

Sistemul de operare propus de către ... SRL, Windows 10 Enterprise LTSB 2016 nu este compatibil direct cu suita Office 2019 Standard, însă permite, în baza dreptului de downgrade (downgrade right), utilizarea legală a produsului solicitat Windows 10 Professional. Sistemul de Operare Windows 10 Professional este compatibil 100% cu aplicația Office 2019 Standard.

... SRL a solicitat admiterea contestației sale, constatarea nelegalității evaluării ofertei sale ca neconformă și, pe cale de consecință, anularea deciziei autorității contractante nr. 50819/02.07.2020, în sensul declarării ofertei ca neconformă și, implicit, anularea tuturor actelor entității contractante care au stat la baza emiterii raportului, precum și a actelor subsecvente cu obligarea autorității contractante la reevaluarea propunerii tehnice a societății sale, observând faptul că aceasta este conformă și continuarea procedurii cu participarea societății sale. Totodată, ... SRL a solicitat respingerea ca nefondată a cererii de intervenție formulată de ... SRL.

Prin adresa nr. 712/06.08.2020, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată sub nr. 32331/07.08.2020, ... SRL a formulat concluzii scrise.

În vederea respectării principiului contradictorialității, stipulat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, concluziile scrise au fost însoțite de dovada comunicării acestora către părțile din dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 32535/1347/C5/10.08.2020, Consiliul a solicitat contestatoarei ... SRL să transmită la dosarul cauzei, în termen de 1 zi de la primirea prezentei, traducerea în limba română a broșurii Microsoft anexată contestației (mijloc de probă invocat în susținerea contestației)/traducerea paragrafelor pe care le consideră relevante în soluționarea contestației.

... SRL a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), adresa nr. 8415/11.08.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 33174/12.08.2020, reprezentând traducerea în limba română a unor paragrafe din broșura Microsoft.

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

..., în calitate de entitate contractantă, a organizat, procedura de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Stații de lucru complete - 3 loturi”, respectiv lotul 1 – „Stații complete de lucru (unitate centrală, tastatură, mouse, monitor, sistem de operare și sistem de editare documente)”, cod CPV 30213300-8 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr.

SCN1068454/20.05.2020, stabilind „termen limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” la 04.06.2020 ora 00⁰⁰, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 1.222.245,17 RON.

Procedura de atribuire a fost divizată în 3 loturi, iar ... SRL a contestat rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului nr. 1 - „Stații complete de lucru (unitate centrală, tastatură, mouse, monitor, sistem de operare și sistem de editare documente)”, având o valoare estimată, fără TVA, de 1.148.443,36 RON.

Trecând la soluționarea excepției tardivității depunerii contestației, de către ... S.R.L., invocată din oficiu, Consiliul o va respinge ca nefondată, deoarece actul atacat îl constituie adresa nr. 50819 din 02.07.2020, publicată în SICAP la data de 02.07.2020, contestația fiind transmisă, atât la Consiliu, cât și la entitatea contractantă, la data de 07.07.2020, orele 23:55, prin mijloace electronice, cu respectarea termenului legal de 5 zile, stabilit la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, pentru depunerea unei contestații, atunci când valoarea estimată a procedurii este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016. Așadar, termenul procedural de contestare a rezultatului prezentei proceduri de atribuire, respectiv, a adresei nr. 50819 din 02.07.2020, a început să curgă de la data de 03.07.2020 și era de 5 zile, raportat la modalitatea de calcul al termenului, reglementat de textul art. 5 din lege.

În soluționarea excepției, Consiliul reține ca relevantă adresa nr. 84/28.07.2020 întocmită de Biroul de Statistică și IT al CNSC și documentele anexate acesteia.

Excepția tardivității fiind respinsă, Consiliul trece la soluționarea pe fond a contestației.

Potrivit Procesului-verbal nr. 42049/09.06.2020 al ședinței de vizualizare a ofertelor, până la termenul limită au depus oferte un număr de 5 operatori economici pentru lotul 1. În urma evaluării ofertelor, comisia de evaluare a respins oferta depusă de ... S.R.L., aceasta fiind declarată neconformă, deoarece nu corespunde cerințelor caietului de sarcini, fiind declarat câștigător ... S.R.L., toate aceste aspecte fiind consemnate în Raportul procedurii nr. 50477 din 01.07.2020.

În calitate de participant la procedură, ... S.R.L. a primit adresa privind comunicarea rezultatului procedurii, înregistrată sub nr. 50819 din 02.07.2020, în care entitatea contractantă a menționat că oferta acestuia a fost declarată neconformă, deoarece:

„aceasta nu corespunde cerințelor caietului de sarcini, în sensul că în propunerea tehnică prezentată, ați ofertat sistem de operare cu licența de volum Microsoft Windows 10 Enterprise LTSB 2016 Full Version (Upgr./ Basis- Bundle) - echivalent/superior WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GentGenuine față de cerința din caietul de sarcini sistem de operare cu licența de volum tip WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GetGenuine cu cheie unică de administrare licențe, posibilitate de downgrade, securitate și update-uri unificate. Conform prevederilor H.G.

nr. 394/2016 Art. 143 alin. (3) lit. a), oferta prezentată de dvs., a fost declarată neconformă.

Oferta declarată câștigătoare este cea situată pe locul I, respectiv Societatea ... S.R.L., având valoarea propunerii financiare de 1.011.840 lei fără T.V.A.”

Fiind nemulțumit de această decizie a autorității contractante, S.C. ... S.R.L. a formulat prezenta contestație.

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că autoarea contestației a respectat dispozițiile art. 61¹ alin. (1) și alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus, la dosarul cauzei, în original, prin adresa nr. 8394/14.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 28191/14.07.2020, Recipisa de consemnare nr. 206379067/1 eliberată la data de 13.07.2020, de CEC BANK – Unitatea Crângași, în sumă de 1.148,45 RON.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Cu privire la cererea de intervenție formulată de ... SRL, transmisă, atât prin mijloace electronice (e-mail) cât și prin poștă, în data de 17.07.2020, fiind înregistrată la CNSC sub nr. 28816/17.07.2020, respectiv sub nr. 28892/20.07.2020, Consiliu constată că a fost depusă cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 *[„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.”]*, în condițiile în care entitatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 08.07.2020, contestația formulată de ... SRL, astfel că termenul limită de depunere a unor astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 20.07.2020, în condițiile în care 18 și 19 iulie au fost sâmbătă și duminică – zile nelucrătoare. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

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

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ... SRL are calitatea de ofertant

câștigător, iar cererea sa privește respingerea contestației formulată în legătură cu acest rezultat, deci implicit menținerea deciziei autorității contractante de a declara oferta sa câștigătoare, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție astfel cum a fost calificată.

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

Având a verifica temeinicia deciziei autorității contractante de a respinge, ca neconformă, oferta depusă de către ... S.R.L., Consiliul constată următoarele:

Prin caietul de sarcini, entitatea contractantă a solicitat:

„CARACTERISTICI TEHNICE MINIMALE (...)

Software

Sistem de operare cu licență de volum

Tip WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GetGenuine cu cheie unică de administrare licențe, posibilitate de downgrade, securitate și update-uri unificate”.

Analizând propunerea tehnică a ofertantului contestator, Consiliul constată că acesta a oferat „Microsoft Windows 10 Enterprise LTSB 2016 Full Version (Upgr./Basis-Bundle) – echivalent/superior WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GetGenuine”, entitatea contractantă considerând că acest produs nu îndeplinește cerințele caietului de sarcini.

În susținerea caracterului „echivalent/superior”, contestatorul a anexat la contestație, în limba română și engleză, o broșură de la Microsoft (Downgrade), document care nu a făcut obiectul analizei comisiei de evaluare, în care se menționează:

„5. La ce pot face downgrade dacă am Windows 10 Enterprise?

Drepturile de downgrade din contractele de licență comercială vă oferă dreptul de a face downgrade la orice versiune anterioară a aceluiași produs. Puteți face downgrade Windows 10 Enterprise la Windows 8/8.1 Enterprise, Windows 7 Enterprise sau Windows Vista Enterprise. Clienții licențiați pentru utilizarea Windows 10 Enterprise sunt, în general, licențiați pentru Windows 10 Pro, care poate fi downgrade-at la Windows 8/8.1 Pro, Windows 7 Professional, Windows Vista Business, Windows XP Professional, Windows 2000 Professional, Windows NT 4.0, Windows NT 3.51, Windows 98 sau sistemul de operare Windows 95.”

Contestatorul consideră că având dreptul de downgrade de la soluția software prezentată în oferta sa (Microsoft Windows 10 Enterprise LTSB 2016) la soluția solicitată de entitatea contractantă (WinPro 10 SNGL OLP NL Legalization GetGenuine) face ca produsul său să fie cel puțin echivalent cu cel solicitat de entitatea contractantă.

Referitor la aceste aspecte, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare nu au manifestat un rol activ în procedură, nesolicitând contestatoarei clarificări conform dispozițiilor legale în vigoare.

În această situație, Consiliul apreciază că în ipoteza în care entitatea contractantă avea nelămuriri cu privire la produsul oferat de către contestator, legea îi conferea pârghiile legale de a verifica toate

aspectele prin solicitarea de precizări suplimentare, punctual și concret indicate.

În aceste condiții, înainte de a lua decizia de respingere a ofertei contestatoarei pentru motivul ofertării unui produs care, în opinia entității contractante, nu respectă cerința impusă prin caietul de sarcini, comisia de evaluare trebuia să aibă un rol activ și să uzeze de dreptul conferit de art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, solicitând ofertantei contestatoare clarificări cu privire la acest produs și numai după examinarea răspunsurilor primite să ia decizia de a accepta produsul propus sau de a respinge ca neconformă oferta prezentată.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul consideră că entitatea contractantă trebuie să clarifice cu ofertantul contestator caracterul echivalent/superior al sistemului software ofertat de acesta, solicitându-i depunerea tuturor documentelor pe care ofertantul le consideră relevante.

Analizând decizia entității contractante de a aprecia oferta contestatoarei ca fiind neconformă, în baza art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 „nu satisface cerințele caietului de sarcini”, Consiliul o apreciază ca fiind eronată pentru următoarele considerente:

Potrivit prevederilor art. 221 din Legea nr. 99/2016:

„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.”

În acest sens sunt relevante și prevederile art. 140 din HG nr. 394/2016:

„(1) Comisia de evaluare va stabili termenul- limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum o zi lucrătoare.

(2) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită la nivel de zile lucrătoare și în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte.

(3) 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.”

În evaluarea ofertei contestatorului, entitatea contractantă trebuie să țină seama și de prevederile art. 166 din Legea nr. 99/2016, respectiv:

«(1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități: (...)

b) prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricăra dintre acestea, la standarde naționale, la acorduri tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent";

(4) În cazul în care entitatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. b), aceasta nu respinge o ofertă pe motiv că lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificațiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice.»

Potrivit art. 139 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016:

„(1) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv”.

Consiliul apreciază că, în raport de dispozițiile actelor normative de mai sus, entitatea contractantă trebuie să solicite clarificări ofertantului contestator.

Legiuitorul a menționat că în procesul de evaluare a ofertelor, este de datoria achizitoare să se asigure că ofertanții participanți la procedură dovedesc/demonstrează că pot duce la îndeplinire, în mod legal, contractul supus procedurii de atribuire.

În vederea promovării concurenței, comisia de evaluare are obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea aspectelor rezultate din analiza ofertelor.

Această obligație legală de clarificare a fost încălcată în speță de entitatea contractantă în condițiile în care nu a întreprins demersul minimal de a solicita clarificări ofertantului contestator cu privire la aspectele constatate.

În concluzie, se constată că evaluarea realizată de entitate a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care se impune clarificarea cu ofertantul amintit a aspectelor în referință, pentru a permite realizarea unei evaluări obiective a ofertei, sub aspectele reclamate.

Jurisprudența Consiliului este constantă în sensul că orice decizie a entității contractante privind admiterea/respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, entitatea contractantă trebuind să acorde ofertanților efectiv dreptul de a-și demonstra cu claritate conformitatea ofertei.

Comisia de evaluare trebuie să realizeze o reevaluare în tot a ofertei contestatorului, având în vedere și aspectele sesizate de intervenient.

Ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice depuse de către ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare a ofertei contestatorului, în ceea ce privește propunerea tehnică, nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica autoarei contestației, privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, este întemeiată, urmând a fi admisă.

În ceea ce privește broșura de la Microsoft, anexată contestației, Consiliul constată că acest document nu a fost supus analizei comisiei de evaluare, iar Consiliul nu se poate substitui acesteia.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă. Va anula, în parte, raportul procedurii nr. 50477/01.07.2020 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de contestatoare în cadrul lotului 1 și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire pentru lotul contestat și va obliga entitatea contractantă, ca în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta depusă de contestator în cadrul lotului 1, cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivare.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de ... SRL.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția invocată din oficiu privind tardivitatea contestației.

Admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu entitatea contractantă

Anulează, în parte, raportul procedurii nr. 50477/01.07.2020 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de contestatoare în cadrul lotului 1 și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire pentru lotul contestat și obligă entitatea contractantă, ca în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta depusă de contestator, în cadrul lotului 1, cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivare.

Respinge cererea de intervenție formulată de ... SRL.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei,

...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 15 pagini.