CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în județul ....., municipiul ....., str. ..... înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..... având CUI RO ....., reprezentată legal prin Cabinet Avocat ..... și procesual prin ..... cu sediul în ....., str. Oltarului, nr. 14, sector 2, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 716/29.03..... emisă de ..... cu sediul în ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect....., s-a solicitat:

- desființarea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei depusă;
- constatarea faptului că motivele de respingere reținute de autoritatea contractantă sunt nelegale și netemeinice;
- anularea în tot a raportului procedurii de atribuire și a adresei nr. ..... de comunicare a rezultatului procedurii, precum și a adresei nr. ..... de comunicare a răspunsului la notificarea prealabilă;
- considerarea ofertei depuse, ca fiind admisibilă și conformă, cu obligarea autorității contractante de a o lua în considerare la reevaluarea ofertelor;
- studierea dosarului achiziției.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul susține că autoritatea contractantă a inițiat, prin anunțul de participare simplificat nr. ...../ 20.12..... procedura de atribuire a contractului de achiziție publica având ca obiect „.....".

În cadrul prezentei proceduri de atribuire a fost depus în termenul legal un număr de 6 oferte, după cum urmează: oferta contestatorului, oferta .....

Contestatorul susține că, pe perioada de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat mai multe clarificări, la care a răspuns în termenul legal.

Ulterior răspunsului oferit de către contestator la ultima solicitare de clarificări nr. 515/15.03....., autoritatea contractantă i-a comunicat prin adresa nr. 716/29.03....., că în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, oferta depusă a fost considerată neconformă.

Având în vedere motivele invocate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 716/29.03..... cât și prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 783/05.04....., contestatorul consideră că decizia autorității contractante de declarare a ofertei ca neconformă este nelegală și netemeinică, iar oferta depusă este admisibilă și conformă cu documentația de atribuire.

Referitor la primul motiv de excludere, autoritatea contractantă a susținut: „Caietul de sarcini include, la secțiunea 8.12 legal și licențiere, următoarea cerință de conformitate: «Prestatorul va utiliza cele mai actuale și performante platforme COTS (Commercial Off-the-Shelf), Open Source și/sau FLOSS (Freely licensed Open Source .....), care au fost testate pe alte sisteme, cu o vechime de cel puțin 2 ani în care și-au dovedit eficiența». Prin răspunsul nr. 515/15.03..... la solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă, ofertantul a confirmat faptul că ONE ERP este un produs de tip COTS și a transmis în acest sens certificatul ORDA nr. 08612/24.05.2017. Raportat la data emiterii certificatului, rezultă că produsul ofertat nu are o vechime de cel puțin 2 ani în care și-a dovedit eficiența, prin urmare nu este respectată cerința obligatorie din caietul de sarcini".

Contestatorul menționează că, prin solicitarea de clarificări nr. 515/15.03....., autoritatea contractantă a solicitat doar confirmarea

de faptului că ONE ERP este un produs de tip COTS, cu transmiterea de dovezi în acest sens și nicidecum confirmarea, prin aceste „dovezi" vechimea de cel puțin 2 ani în care produsul și-a dovedit eficiența, solicitare ce a fost îndeplinită în mod neechivoc de către contestator prin răspunsul la clarificări și prin „dovada" transmisă, respectiv certificatul ORDA nr. 08612/24.05.2017.

Referitor la includerea autorității contractante a paragrafului, „plecând de la premisa că vechimea produsului declarată de ofertant în propunerea tehnică (..) corespunde realității și va fi susținută de documentele transmise prin răspunsul la solicitarea de clarificări", în răspunsul la notificarea prealabilă nr. 449/04.04..... înregistrat la autoritate sub nr. UMP 773/05.04....., contestatorul consideră că autoritatea contractantă încearcă să aducă completări la o solicitare pe care a înțeles să o redacteze într-o anumită manieră, apreciind că solicitările din cadrul respectivei adrese sunt suficiente pentru verificarea cerinței de calificare solicitată de la ofertanți, solicitare care, potrivit legislației aplicabile trebuie să fie: „clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare".

Prin urmare, contestatorul susține că este de acord cu autoritatea contractantă și anume, că solicitarea acesteia a fost redactată cu claritate și că nivelul de detaliere a fost respectat, întrucât, aceasta a fost interesată să obțină informații/confirmări numai asupra faptului că ONE ERP reprezintă o platformă/un produs de tip COTS (Commercial Off-the-Shelf) solicitând dovezi în acest sens, dovezi ce au fost prezentate de către contestator prin certificatul ORDA nr. 08612/24.05.2017.

Autoritatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă, susține că nu a înțeles să impună „*transmiterea unui anumit tip de document, ofertantul fiind cel care a optat pentru transmiterea certificatului ORDA nr. 08612/24.05.2017, emis în baza cererii nr. 3178/18.05.2017*".

Referitor la cerințele documentației de atribuire privind:

„a) Utilizarea de către prestator a celor mai actuale și performante platforme COTS (Commercial Off-the-Shelf), Open Source și/sau FLOSS (Freely Licensed Open Source .....),

b) Care au fost testate pe alte sisteme, cu o vechime de cel puțin 2 ani în care și-au dovedit eficiența", contestatorul consideră că le-a respectat și îndeplinit chiar în cuprinsul ofertei sale tehnice, la pagina 82, prin care a precizat că: „*Platforma ONE ERP este o soluție de tip COTS dezvoltată de compania noastră și este folosită de alte companii de mai bine de 4 ani în sisteme asemănătoare cu cel din prezentul caiet de sarcini".*

În ceea ce privește susținerile autorității contractante referitor la calculul vechimii, motivând că a acționat cu „bună-credință calculând vechimea produsului pornind de la data emiterii certificatului ORDA, document considerat de ofertant ca fiind dovada faptului că produsul este unul de tip COTS", contestatorul consideră că modalitatea de calcul

a termenului de 2 ani, este greșită iar dovada unei bune - credințe ar putea rezulta numai din calcularea termenului cu aplicarea corectă a dispozițiilor legale incidente și anume, în conformitate cu prevederile art. 1 alin. (1) din HG nr. 401/2006 cu modificările și completările ulterioare, ORDA fiind organ de specialitate al administrației publice centrale în subordinea Guvernului, cu personalitate juridică, fiind autoritate unică de reglementare, evidență prin registre naționale, supraveghere, autorizare, arbitraj și constatare tehnico-științifică în domeniul drepturilor de autor și al drepturilor conexe, care funcționează în temeiul Legii nr. 8/1996 cu modificările și completările ulterioare. Invocând art. 10 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu dispozițiile art. 24 din aceeași lege, contestatorul menționează că produsul prezentat în cadrul ofertei depuse aparține de drept SC ..... SRL (fostă SC .... SRL), din momentul în care acesta a început a fi creat, respectiv anul 2012, când aceasta a făcut uz de dreptul de recunoaștere a calității de autor asupra unei opere științifice.

Contestatorul susține că a considerat oportun să facă uz de dreptul statuat la art. 10 lit. c) din Legea nr. 8/1996, înregistrând la ORDA modificarea/schimbării numelui deținătorului dreptului de autor - din SC .... SRL în SC ..... SRL asupra produsului ONE ERP, acest lucru neafectând cu nimic aplicabilitatea prevederilor instituite de legiuitor la art. 24 din cadrul aceluiași act normativ, și anume, momentul la care s-a născut dreptul de autor asupra produsului - anul 2012.

Referitor la susținerile autorității contractante „în ceea ce privește menționarea în notificarea prealabilă, a anului 2012, ca fiind anul în care produsul «a început a fi creat (...) fapt care poate fi demonstrat prin certificatul ORDA seria S5002245 nr. 05403/09.05.2012», comisia constată că aceste informații nu se regăsesc nici în propunerea tehnică inițială, nici în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 515/07.03....., or ofertantul avea obligația demonstrării încă de la momentul depunerii propunerii tehnice îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini”, contestatorul consideră că obligația sa de a îndeplini cerințele din caietul de sarcini raportat la momentul depunerii ofertei tehnice a fost pe deplin respectată și îndeplinită prin oferta tehnică depusă, întrucât, potrivit cerinței din caietului de sarcini: „Prestatorul va utiliza cele mai actuale și performante platforme COTS (Commercial Off-the-Shelf), Open Source

și/sau FLOSS(Freely Licensed Open Source .....), care au fost testate pe alte sisteme, cu o vechime de cel puțin 2 ani în care și-au dovedit eficiența", și având în vedere că prin utilizarea virgulei și a conjuncției „sau" autoritatea contractantă a înțeles să lase la aprecierea ofertantului ce tip de platformă va utiliza în cadrul proiectului și că acesta să demonstreze faptul că platforma a fost testată pe alte sisteme (cu o vechime de cel puțin 2 ani în care și-a dovedit eficiența).

Prin urmarea, contestatorul consideră că a demonstrat îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini, astfel cum acestea rezultau în mod clar și neechivoc, *„platforma ce va fi utilizată de către prestator să fie de tipul COTS (Commercial Off-the-Shelf, sau Open Source și/sau FLOSS (Freely Licensed Open Source .....)"*, contestatorul făcând dovada utilizării platformei ONE ERP conform certificatelor ORDA depuse, iar referitor la *„să fi fost testate pe alte sisteme (cu o vechime de cel puțin 2 ani în care și-a dovedit eficiența*", contestatorul consideră că din cuprinsul ofertei tehnice, la pagina 82, a specificat *„Platforma ONE ERP este o soluție de tip COTS dezvoltată de compania noastră și este folosită de alte companii de mai bine de 4 ani în sisteme asemănătoare cu cel din prezentul caiet de sarcini".*

Referitor la cel de al doilea motiv de excludere, respectiv: „Caietul de sarcini include, la secțiunea 13. cerințe minime, următoarea prevedere: ofertantul poate să prevadă în propunerea tehnică și alți experți (non-cheie), în funcție de metodologia propusă, fără să îi nominalizeze și fără să includă CV-urile sau declarațiile de disponibilitate ale acestora. În acest caz, în propunerea tehnică vor fi descrise profilurile și expertiza experților non-cheie", potrivit răspunsului la notificarea prealabilă depusă de către contestator, autoritatea contractantă menționează că în cadrul propunerii tehnice, contestatorul a nominalizat experți non-cheie, respectiv două persoane pentru poziția de „programator", însă nu au fost menționate profilul și expertiza pentru fiecare expert propus, fiind solicitate clarificări. Prin adresa nr. 515/15.03....., a precizat că persoanele nominalizate pentru poziția de „programator" reprezintă echipa de suport (experți non cheie) pentru personalul solicitat de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire. Având în vedere că pentru personalul non cheie nu s-a solicitat îndeplinirea unor criterii specifice, contestatorul nu a considerat necesar menționarea expertizei pentru fiecare expert propus. Pentru a veni în sprijinul neclarității autorității contractante, contestatorul a menționat că cei doi experți non cheie fac parte din echipa companiei cu atribuții de dezvoltare și configurare ....., suport tehnic și asistență beneficiari, aceștia participând atât la implementarea proiectelor interne, cât și la implementarea către diverși beneficiari.

Contestatorul susține că a confirmat, atât în răspunsul la solicitarea de clarificări, cât și în notificarea prealabilă, că persoanele nominalizate reprezintă experți non-cheie. Din temeiul legal invocat în notificarea prealabilă, rezultă că ofertantul nu a prezentat profilul și expertiza

acestora dintr-o omisiune care constituie o abatere tehnică minoră, pe care consideră că a remediat-o prin clarificările furnizate. Autoritatea contractantă a considerat că răspunsul oferit nu conține elementele necesare pentru conturarea profilului și expertizei aferente poziției de *„programator*" nefiind clarificat aspectul privind conformitatea ofertei.

Contestatorul consideră că prin răspunsul la clarificări, a îndeplinit solicitările autorității contractante, prin descrierea atât a profilului experților, „cei doi experți non cheie fac parte din echipa companiei noastre, cu atribuții de dezvoltare și configurare ....., suport tehnic și asistenta beneficiari" cât și expertiza celor doi experți „aceștia au participat atât la implementarea proiectelor interne, cât și la implementarea către diverși beneficiari" și pe cale de consecință, oferta depusă nu putea fi considerată neconformă în măsura în care, modificările operate de el în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în prevederile art. 134 alin. (7) din Legea nr. 395/2016.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a apreciat în mod eronat că: *„răspunsul oferit nu conține elementele necesare pentru conturarea profilului și expertizei aferente poziției de programator, nefiind clarificat aspectul privind conformitatea ofertei*", deși, chiar și în situația în care descrierea realizată de către el nu ar conține elementele necesare pentru redarea profilurilor și expertizei experților non-cheie, elemente ce nu i-au fost clar și neechivoc solicitate de către autoritatea contractantă prin cererea de clarificări (și în această situație fiind încălcate dispozițiile art. 134 alin. (4) din Legea nr. 395/2016, în conformitate cu cele prevăzute în caietul de sarcini, validarea experților non cheie se va face împreună cu autoritatea contractantă - anterior formării grupurilor de analiză, astfel încât o detaliere exhaustiva a acestora nu ar avea relevanță la momentul acesta, întrucât, până la momentul semnării contractului de achiziție publică, aceștia pot varia.

Contestatorul subliniază faptul că însăși autoritatea contractantă a precizat la nivelul caietului de sarcini faptul că *„ofertantul poate să prevadă în propunerea tehnică și alți experți (non-cheie), [...], fără să includă CV-urile sau declarațiile de disponibilitate ale acestora".*

Prin urmare contestatorul consideră că se impune desființarea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei de participare la procedura de atribuire, ca fiind neconformă potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016 lit. a) și să se dispună:

- anularea în tot a raportului procedurii de atribuire și a adresei nr. 716/29.03..... de comunicare a rezultatului procedurii, precum și a adresei nr. 783/05.04..... reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă.
- considerarea ofertei depuse, ca fiind conformă.
- dispunerea conform art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016: *„orice altă măsură necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire*".

Contestatorul consideră că a fost ignorată practica judiciară care s-a pronunțat în sensul caracterului abuziv al respingerii unei oferte din motive formale. În susținerea afirmațiilor sale exemplifică Decizia nr. 387/16.02.2010 a Curții de Apel Cluj, prin care s-a decis că *„Autoritatea trebuia să facă aplicarea principiului privind eficiența utilizării fondurilor publice și să nu declare ofertele neconforme în baza unui formalism excesiv și tendențios (...). Astfel, reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta (...)".*

Prin adresa nr. 14571/.....-...../12.04....., Consiliul solicită transmiterea dosarului achiziției și oferta depusă de SC ..... SRL; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 840/16.04....., înregistrată la Consiliu sub nr. 15356/17.04....., autoritatea contractantă trimite documentele solicitate.

Referitor la primul motiv de excludere, autoritatea contractantă invocă prevederile caietului de sarcini de la secțiunea 8.12 legal și licențiere *„Prestatorul va utiliza cele mai actuale și performante platforme COTS (Commercial Off-the-Shelf), Open Source și/sau FLOSS (Freely Ucensed Open Source .....), care au fost testate pe alte sisteme, cu o vechime de cel puțin 2 ani în care și-au dovedit eficiența"* și informațiile sumare și nesusținute de dovezi, furnizate de ofertant în propunerea tehnică *„Platforma ONE ERP este o soluție de tip COTS dezvoltată de compania noastră și este folosită de alte companii de mai bine de 4 ani în sisteme asemănătoare cu cel din prezentul caiet de sarcini"* și prin urmare a uzat de dreptul conferit prin art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 pentru a verifica dacă cerința de conformitate prevăzută în caietul de sarcini este îndeplinită.

Astfel, prin solicitarea de clarificări nr. 515/07.03....., s-a solicitat confirmarea faptului că „ONE ERP reprezintă o platformă/un produs de tip COTS (Commercial Off-the-Shelf)", precum și transmiterea de dovezi în acest sens. După cum s-a arătat și în răspunsul la notificarea prealabilă nr. 449/04.04....., autoritatea contractantă nu a

impus transmiterea unui anumit tip de document, ofertantul fiind cel care a optat pentru transmiterea certificatului ORDA nr. 08612/24.05.2017, emis în baza cererii nr. 3178/18.05.2017.

Pornind de la prevederile art. 17 coroborat cu art. 20 alin. (1) din OG nr. 25/2006 privind întărirea capacității administrative a Oficiului Român pentru Drepturile de Autor, conform cărora este obligatorie înscrierea în Registrul național al programelor pentru calculator, a programele pentru calculator produse în România și comercializate de către comercianți specializați înainte de introducerea acestora în circuitul comercial, autoritatea contractantă consideră că a acționat legal și cu bună credință, când a admis relevanța documentului în ceea ce privește calitatea de produs COTS a programului informatic ONE ERP și a calculat vechimea raportat la data emiterii certificatului.

Ca urmare a criticii formulate de contestator în notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a menționat în răspuns că și raportat la data depunerii cererii de înregistrare la ORDA (18.05.2017), cerința din caietul de sarcini nu este îndeplinită, motiv pentru care nu se impunea luarea unei măsuri de remediere.

Prin urmare, autoritatea contractantă, susține că a analizat exclusiv conținutul propunerii tehnice și al răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 515/07.03..... și documentele justificative transmise de ofertant, neavând nici posibilitatea, nici obligația de a consulta și alte documente/registre.

Autoritatea contractantă menționează că nu a fost considerată necesară o solicitare suplimentară legată de vechime, având în vedere prevederile art. 17 coroborat cu art. 20 alin. (1) din OG nr. 25/2006, conform cărora un program informatic poate fi comercializat în condiții de legalitate doar dacă este înscris în Registrul Național al Programelor pentru Calculator. Astfel, vechimea produsului putea fi calculată raportat la data documentului care atestă calitatea acestuia de produs de tip COTS.

Certitudinea cu privire la vechimea produsului este dată de documentul care atestă dobândirea calității de produs de tip COTS, în lipsa unei alte dovezi concludente. în cazul de fată, contestatorul a ales să facă dovada faptului că platforma/produsul ONE ERP este de tip COTS prin certificatul ORDA nr. 08612 emis din data de 24.05.2017, pe baza cererii nr. 3178/18.05.2017. Prin urmare, pe parcursul procesului de

evaluare a ofertei, autoritatea contractantă nu a deținut nicio altă informație dovedită cu privire la o vechime a produsului anterioară datei depunerii cererii nr. 3178/18.05.2017 la ORDA.

Prin urmare, neavând o vechime demonstrată de 2 ani, conform documentelor transmise de ofertant, produsul nu putea nici să-și dovedească eficiența prin testarea pe alte sisteme timp de cel puțin 2 ani.

Afirmația contestatorului conform căreia autoritatea contractantă *„încearcă să aducă completări la o solicitare pe care a înțeles să o redacteze într-o anumită manieră, apreciind că solicitările respectivei adrese sunt suficiente pentru verificarea cerinței de calificare solicitată de la ofertanți”* este pur speculativă și lipsită de fundament, deoarece prin răspunsul la notificarea prealabilă nu s-a adus o completare unei solicitări anterioare, ci a fost expus raționamentul modului de redactare a acestei solicitări de clarificări.

Referitor la precizarea contestatorului conform căruia anul 2012, a fost anul în care s-a născut dreptul de autor asupra produsului, autoritatea contractantă susține că acest lucru nu a fost menționat în propunerea tehnică, informația fiind adusă la cunoștință autorității contractante abia prin notificarea prealabilă nr. 449/04.04....., la care contestatorul a atașat certificatul ORDA seria S5002245 nr. 05403 din 09.05.2012.

Autoritatea contractantă menționează că deși contestatorul a înțeles să-și dovedească afirmațiile prin certificatul atașat la notificarea prealabilă, documentul transmis nu este complet, lipsind anexa 1, care cuprinde denumirea programelor/produselor ..... pentru care a fost emis certificatul. Prin urmare, documentul transmis nu este concludent pentru stabilirea vechimii produsului ONE ERP.

Autoritatea contractantă nu contestă faptul că dreptul de autor asupra unei opere literare, artistice sau științifice, în cazul de față un program pentru calculator, se naște din momentul creării operei, oricare ar fi modul sau forma concretă de exprimare, astfel cum prevede art. 24 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, însă această protecție juridică conferită autorului programului pentru calculator nu vine în contradicție cu inițiativa de verificare a vechimii produsului de către autoritatea contractantă, în vederea stabilirii conformității cu cerințele caietului de sarcini. Verificarea condiției este justificată și din perspectiva prevederilor art. 17 coroborat cu art. 20 alin. (1) din OG nr. 25/2006. Prin urmare, autoritatea contractantă susține că nu i se poate imputa faptul că nu a luat în considerare anul 2012 ca fiind anul creării programului ONE ERP în lipsa unor documente doveditoare din care să rezulte dreptul de comercializare în condiții de legalitate, atât timp cât din documentul transmis în urma solicitării de clarificări nr. 515/07.03..... rezultă că produsul a fost transmis spre înregistrare la ORDA în data de 18.05.2017 (data depunerii cererii), deci

practic abia din data de 18.05.2017 îndeplinea cerințele legale pentru comercializare pe piață.

Autoritatea contractantă susține ideea contestatorului cu privire la modificarea denumirii deținătorului dreptului de autor din SC .... SRL în SC ..... SRL, respectiv că aceasta nu afectează momentul la care s-a născut dreptul de autor, indicând și art. 10 lit. c) din Legea nr. 8/1996 „dreptul de a decide sub ce nume va fi adusă opera la cunoștința publică", neaducând obiecții cu privire la titularul drepturilor de autor, acționând în deplină legalitate, cu atât mai mult cu cât certificatul ORDA nr. 08612 din data de 24.05.2017 a fost emis pe numele SC .... SRL, același cu denumirea ofertantului la data depunerii ofertei.

Prin urmare, informațiile furnizate de contestator în propunerea tehnică și răspunsul la solicitarea de clarificări nu dovedesc, într-o manieră coerentă, concludentă și consistentă, îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini privind vechimea de 2 ani în care produsul de tip COTS să-și fi dovedit eficiența.

Referitor la cel de al doilea motiv de excludere, autoritatea contractantă invocă prevederile caietului de sarcini de la secțiunea 13. cerințe minime *„ofertantul poate să prevadă în propunerea tehnică și alți experți (non-cheie), în funcție de metodologia propusă, fără să îi nominalizeze și fără să includă CV-urile sau declarațiile de disponibilitate ale acestora. În acest caz, în propunerea tehnică vor fi descrise profilurile și expertiza experților non-cheie"* și lipsa unor informații concludente în propunerea tehnică privind profilul și expertiza experților non-cheie, contestatorul limitându-se exclusiv la nominalizarea unor persoane pentru poziția de „*Programator*", aceasta a uzat de dreptul conferit prin art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 pentru a verifica dacă cerința de conformitate prevăzută în caietul de sarcini este îndeplinită.

Astfel, prin nota de clarificări nr. 515/07.03....., s-a solicitat clarificarea lipsei mențiunilor cu privire la profilul și expertiza aferente poziției de „programator".

Prin răspunsul nr. 515/15.03....., contestatorul a precizat următoarele: „Persoanele nominalizate pentru poziția de programator reprezintă echipa de suport (experți non cheie) pentru personalul solicitat de autoritatea contractantă prin documentata de atribuire. Având în vedere că pentru personalul non cheie nu s-a solicitat îndeplinirea unor criterii specifice, ofertantul nu a considerat necesar menționarea expertizei pentru fiecare expert propus, însă, pentru a veni

în sprijinul neclarității autorității contractante, menționăm că cei doi experți non cheie fac parte din echipa companiei noastre, cu atribuții de dezvoltare și configurare ....., suport tehnic și asistență beneficiari. Aceștia au participat atât la implementarea proiectelor interne, cât și la implementarea către diverși beneficiari".

Analizând răspunsul primit, autoritatea contractantă a constatat că SC ..... SRL nu și-a asumat în mod corect prevederile caietului de sarcini, omițând să prezinte profilul și expertiza experților non-cheie, inclusiv în răspunsul transmis.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că prin răspunsul la clarificări rezultă fără echivoc că SC ..... SRL a ignorat ab initio cerințele caietului din sarcini privind necesitatea prezentării profilului și expertizei experților non-cheie, în pofida celor susținute de contestator, din modalitatea de redactare a caietului de sarcini rezultă fără echivoc că prezentarea acestor informații este obligatorie.

Reluând argumentația din notificarea prealabilă nr. 449/04.04....., contestatorul susține că dintr-o omisiune, pe care o califică drept abatere tehnică minoră în sensul art. 134 alin. (7) lit. b) din HG nr. 395/2016, nu a prezentat profilul și expertiza în propunerea tehnică, însă a suplinit această lipsă prin răspunsul nr. 515/15.03.....

Autoritatea contractantă consideră că SC ..... SRL dovedește o înțelegere greșită a termenilor „profil" și „expertiză", furnizând informații incomplete și neconcludente, după cum urmează:

- profil - *„cei doi experți non-cheie fac parte din echipa companiei noastre, cu atribuții de dezvoltare și configurare ....., suport tehnic și asistență beneficiari"*, contestatorul s-a limitat la enumerarea unor atribuții pe care experții nominalizați le îndeplinesc în cadrul activității curente a organizației, fără a evidenția profilul profesional și/sau educațional necesar pentru ocuparea poziției non-cheie de *„programator"*;
- expertiză - *„aceștia au participat atât la implementarea proiectelor interne, cât și la implementarea către diverși beneficiari"*, din afirmația contestatorului, nu pot fi extrase elemente relevante pentru conturarea expertizei specifice poziției non-cheie de *„programator"*, precum tipul proiectelor, atribuțiile deținute în cadrul acestora (ex. ar fi putut fi manageri de proiect, fără atribuții legate de programare), relevanța proiectelor pentru obiectul prezentului contract etc.

Pornind de la semnificația termenilor în limbajul comun, profilul și expertiza se referă la pregătirea profesională, profilul educațional sau experiența necesară pentru realizarea sarcinilor specifice poziției ocupate înțelesul termenilor era ușor de dedus inclusiv prin analogie cu cerințele minime impuse experților cheie prin caietul de sarcini. Conform caietului de sarcini, la momentul depunerii ofertei, nu era de interes nominalizarea unei persoane sau enumerarea atribuțiilor unor anumiți angajați ai ofertantului, ci stabilirea unor criterii minime pe care ar trebui

să le îndeplinească o persoană pentru ocuparea poziției non-cheie propuse de ofertant, în speță *„programator*”.

După cum se consemnează și în contestație, nu era necesară o detaliere exhaustivă la nivelul propunerii tehnice, dar aceasta nu exclude necesitatea furnizării unor informații minime, dar specifice și relevante, care să permită validarea experților non-cheie după semnarea contractului de achiziție, în baza CV-urilor transmise. De altfel, din caietul de sarcini rezultă fără echivoc că profilul și expertiza experților non-cheie reprezintă baza de validare a persoanelor nominalizate pentru ocuparea poziției de expert non-cheie în faza de derulare a contractului.

Referitor la critica contestatorului conform căreia informațiile privind redarea profilurilor și expertizei experților non-cheie *„nu au fost clar și neechivoc solicitate de către autoritatea contractantă prin cererea de clarificări”* este nefondată, deoarece autoritatea contractantă a acordat ofertantului posibilitatea de a clarifica lipsa informațiilor din propunerea tehnică și de a remedia eventualele erori, or nici în răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul nu a furnizat informațiile lipsă. Transmiterea de clarificări cu același obiect în mod repetat nu era justificată, deoarece o astfel de abordare ar fi creat în mod evident un avantaj contestatorului în raport cu ceilalți ofertanți, care au înțeles și au respectat întocmai această cerință din caietul de sarcini, fiind în contradicție cu prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că informațiile furnizate de ofertant nu conțin elementele necesare pentru conturarea profilului și expertizei aferente poziției de „*programator*”, ceea ce conduce la neconformitatea ofertei.

Referitor la solicitarea de anulare în tot a raportului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă consideră că această solicitare nu are temei, întrucât procedura de evaluare este în desfășurare, nefiind întocmit raportul procedurii până la data prezentei. Adresa nr. 716/29.03..... reprezintă o comunicare intermediară elaborată în baza art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la afirmațiile contestatorului referitoare la încălcarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice prin respingerea unei oferte din motive formale, autoritatea contractantă menționează faptul că afirmațiile contestatorului sunt nefondate. Contrar celor susținute de

contestator, autoritatea contractantă a dat deplină eficiență principiului eficienței utilizării fondurilor publice, solicitând clarificări ofertantului înainte de a lua decizia de respingere a ofertei.

Prin urmare, autoritatea contractantă susține că SC ..... SRL se află în eroare când afirmă, prin citarea jurisprudenței considerate relevante, că oferta a fost declarată neconformă „în baza unui formalism excesiv și tendențios (...) pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta”, din considerentele expuse anterior.

Pentru toate aceste motive, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constatate că derularea procedurii de achiziție s-a realizat cu deplina respectare a dispozițiilor legale și pe cale de consecință susținerile contestatorului sunt nefondate și nelegale, prin urmare să respingă contestația formulată de SC ..... SRL.

Prin adresa nr. 02/19.04....., înregistrată la Consiliu sub nr. 15964/20.04....., contestatorul depune concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă a considerat să facă uz de prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, solicitându-i prin adresa 515/07.03……. dovezi care să ateste faptul că ONE ERP reprezintă o platforma/un produs de tip COTS, nicidecum prezentarea unor dovezi care să ateste faptul că produsul și-a dovedit eficiența pe alte sisteme cu o vechime de cel puțin doi ani, aspect susținut de informațiile completate în DUAE de către ofertant. Pentru a respecta întocmai cerința autorității contractante și anume, demonstrarea faptului că ONE ERP este un produs Commercial Off-the-Shelf, ofertantul a considerat concludent depunerea certificatului ORDA prin care a înregistrat denumirea produsului.

Urmând raționamentul autorității contractante, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a evaluat eficiența produsului prin raportare la data emiterii certificatului privind denumirea acestuia.

Referitor la afirmațiile autorității contractante cu privire la faptul că neavând o vechime demonstrata prin certificatul ORDA de cel puțin 2 ani, produsul nu putea să își dovedească eficiența prin testarea pe alte sisteme timp de cel puțin doi ani, coroborat cu afirmația potrivit căreia susține că nu a avut obiecții privind modificarea denumirii titularul drepturilor de autor din SC .... SRL în SC ..... SRL, mai mult decât atât, precizând că este de acord cu acestea, făcând referire la art. 10 lit. c) din Legea nr. 8/1996, contestatorul consideră că prin prezentarea certificatului ORDA nr. 08612/ 24.05.2017 a răspuns punctual solicitării adresate prin clarificarea nr. 515/07.03.....

Referitor la modificarea denumirii titularului drepturilor de autor, apreciază că autoritatea contractantă interpretează în mod eronat principiile ilustrate în cuprinsul notificării prealabile, acestea nefăcând

referire la condițiile de formă, respectiv schimbarea denumirii societății din SC .... SRL în SC ..... SRL, ci efectiv la momentul la care societatea a început producerea „operei”. Contestatorul menționează în anul 2012, SC .... SRL s-a înregistrat în Registrul Național al Programelor pentru Calculator, în vederea recunoașterii dreptului acesteia de a desfășura activități de producere, comercializare și închiriere a programelor pentru calculator, dezvoltând în integralitate un program ..... pentru un beneficiar privat. Ca urmare a dinamicii solicitărilor de închiriere a programului, în anul 2017 contestatorul a decis comercializarea și revânzarea produsului către terți sub denumirea ONE ERP, moment la care a procedat la înscrierea denumirii produsului la ORDA. În concluzie, reiterează prevederile art. 24 din Legea nr. 8/1996 conform căruia „Dreptul de autor asupra unei opere literare, artistice sau științifice se naște din momentul creării operei, oricare ar fi modul sau forma concretă de exprimare” coroborat cu prevederile art. 10 din aceeași lege potrivit căruia „autorul unei opere are dreptul de a decide dacă, în ce mod și când va fi adusă opera la cunoștința publica; (...) și dreptul de a decide sub ce nume va fi adusă opera la cunoștința publica (...)”.

Referitor la observațiile autorității contractante legate de informațiile „*incomplete și neconcludente*” furnizate pentru a descrie profilul și expertiza celor doi programatori menționați în propunerea tehnică, contestatorul specifică că „*cei doi experți non-cheie fac parte din echipa companiei noastre, cu atribuții de dezvoltare și configurare ....., suport tehnic și asistență beneficiari*”.

Având în vedere că la nivelul documentației de atribuire nu sunt impuse niște cerințe specifice pentru personalul suport, profilul acestora rămânând la latitudinea ofertanților, contestatorul consideră că este irelevant profilul educațional (domeniul studiilor superioare etc.) al personalului suport. Această afirmație vine în contextul în care prin caietul de sarcini au fost solicitați o serie de experți cheie, care respecta întocmai criteriile impuse de autoritate, experții non cheie având doar rolul de a sprijini echipa de implementare solicitată prin caietul de sarcini, care, de altfel, așa cum însăși autoritatea contractanta precizează, nu era de interes a fi nominalizați.

Prin urmare, contestatorul a considerat că prin descrierea atribuțiilor prestate zilnic din cadrul companiei, și anume „*dezvoltare și*

configurare ....., suport tehnic și asistență beneficiari" a conturat profilul profesional celor doi experți propuși. Având în vedere că în oferta tehnică a precizat că cei doi programatori sunt angajații companiei, coroborat cu atribuțiile precizate și totodată cu faptul că este o companie al cărei core business îl reprezintă dezvoltarea de ....., este lesne deductibil că cele două persoane nominalizate experți non cheie, au pregătirea și experiența tehnică necesară pentru poziția de *„programator*". Totodată, evidențiază faptul că în oferta tehnică, se putea limita la denumirea generică de *„experți non cheie*", însă prin poziția alocată acestora, și anume, *„programator*", se subînțelege că expertiza acestora este de ordin tehnic.

Referitor la mențiunea contestatorului conform căruia *„aceștia au participat atât la implementarea proiectelor interne, cât și la implementarea către diverși beneficiari*", autoritatea contractanta susține că nu pot fi extrase elemente relevante pentru conturarea expertizei specifice poziției non-cheie de programator, precum tipul proiectelor, atribuțiile deținute în cadrul acestora exemplificând faptul că aceștia ar fi putut fi manageri de proiect, fără atribuții de programare, sau relevanță proiectelor pentru obiectul prezentului contract.

Dat fiind faptul că cei doi sunt angajații companiei cu atribuții de dezvoltare și configurare ....., suport tehnic și asistență beneficiari, rezultă fără echivoc faptul că în cadrul societății prestează servicii specifice unui programator.

Referitor la precizarea autorității contractante potrivit căreia *„conform caietului de sarcini, la momentul depunerii ofertei nu era de interes nominalizarea unei persoane (...) ci stabilirea unor criterii minime pe care ar trebui să le îndeplinească o persoană pentru ocuparea poziției non-cheie (...)*", contestatorul consideră că scopul nominalizării unor experți non cheie la nivelul ofertei tehnice nu este acela de a stabili anumite criterii minime în baza cărora se vor valida experții după semnarea contractului. Contestatorul mai precizează că în cazul în care autoritatea considera necesar impunerea unor criterii de validare a personalului suport, acestea trebuiau impuse la nivelul documentației de atribuire.

Prin urmare, contestatorul își menține cele susținute prin contestație.

Întrucât în cadrul contestației, SC ..... SRL solicită accesul la dosarul cauzei, Consiliul i-a transmis în acest sens adresa nr. 17520/.....-...../20.05/20108, în care se menționează termenul limită de studiere, precum și de depunere de concluzii scrise.

În urma studierii dosarului cauzei, prin adresele înregistrate la CNSC sub nr. ....., SC ..... SRL a depus concluzii scrise.

Contestatorul, prin concluziile scrise, își menține susținerile formulate în cadrul contestației cu număr de înregistrare ...../..... solicitând admiterea acesteia astfel cum a fost formulată.

Referitor la susținerile autorității contractante, cu privire la primul motiv de excludere, contestatorul reiterează cele susținute prin contestație.

Prin răspunsul nr. 515/15.03..... la solicitarea de clarificări contestatorul a confirmat faptul că ONE ERP este un produs de tip COTS transmițând în acest sens certificatul ORDA nr. 08612/24.05.2017. Raportat la data emiterii certificatului, din care a reieșit că produsul ofertat nu are o vechime de cel puțin 2 ani în care si-a dovedit eficiența, contestatorul menționează că prin solicitarea de clarificări nr. 515/07.03....., autoritatea contractantă a solicitat numai confirmarea de către el a faptului că ONE ERP este un produs de tip COTS, cu transmiterea de dovezi in acest sens și nicidecum, confirmarea prin aceste „dovezi", a vechimii de cel puțin 2 ani în care produsul și-a dovedit eficiența, contestatorul considerând că aceasta cerință a fost îndeplinită prin certificatul ORDA nr. 08612/24.05.2017 depus.

Contestatorul mai susține că la pagina 82, a precizat că: „*Platforma ONE ERP este o soluție de tip COTS dezvoltată de compania noastră și este folosită de alte companii de mai bine de 4 ani în sisteme asemănătoare cu cel din prezentul caiet de sarcini*".

Acesta susține că nu este de acord cu modalitatea de calcul a termenului de 2 ani, realizată de autoritatea contractantă, iar dovada unei bune-credințe ar putea rezulta numai din calcularea termenului cu aplicarea corectă a dispozițiilor legale incidente și anume, în conformitate cu prevederile art. 1 alin. (1) din HG nr. 401/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Prin urmare produsul prezentat în cadrul ofertei depuse de către contestator aparține de drept companiei SC ..... SRL fosta SC .... SRL, din momentul în care acesta a început a fi creat, respectiv anul 2012, când aceasta a făcut uz de dreptul de recunoaștere a calității de autor asupra unei opere științifice.

Faptul că ulterior, contestatorul a considerat oportun să facă uz de dreptul statuat la art. 10 lit. c) din Legea nr. 8/1996, privind modificarea/ schimbarea numelui deținătorului dreptului de autor, din SC .... SRL în SC ..... SRL asupra produsului ONE ERP nu afectează cu nimic aplicabilitatea prevederilor instituite de legiuitor la art. 24 din cadrul aceluiași act normativ, și anume, momentul la care s-a născut dreptul de autor asupra produsului, respectiv anul 2012.

Referitor la susținerile autorității contractante „în ceea ce privește menționarea în notificarea prealabilă, a anului 2012, ca fiind anul în care produsul «a început a fi creat (...) fapt care poate fi demonstrat prin certificatul ORDA seria S5002245 nr. 05403/09.05.2012» Comisia constată că aceste informații nu se regăsesc nici în propunerea tehnică inițială, nici în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 515/07.03....., or ofertantul avea obligația demonstrării încă de la momentul depunerii propunerii tehnice îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini", contestatorul reiterează cele susținute în contestație.

Prin urmare, contestatorul consideră că obligația de a îndeplini cerințele din caietul de sarcini raportat la momentul depunerii ofertei tehnice a fost pe deplin respectată și îndeplinită prin oferta tehnică depusă.

Referitor la susținerile autorității contractante, cu privire la al doilea motiv de excludere, contestatorul consideră în raport de susținerile autorității contractante atât în adresa de evaluare ca neconformă a ofertei cât și în răspunsul la notificarea prealabilă, că respectând aceeași manieră de redactare a textelor din cadrul documentației de atribuire cât și în solicitările de clarificări, aceasta pune în vedere contestatorului să descrie profilurile și expertiza experților „*non-cheie*".

Prin răspunsul la clarificări, contestatorul consideră că a îndeplinit solicitările autorității contractante, prin descrierea atât a profilului experților „*cei doi experți non cheie fac parte din echipa companiei noastre, cu atribuții de dezvoltare și configurare ....., suport tehnic și asistență beneficiari*", cât și expertiza celor doi experți: „*aceștia au participat atât la implementarea proiectelor interne, cât și la implementarea către diverși beneficiari*" și pe cale de consecință, oferta depusă neputând fi considerată neconformă în măsura în care, modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în prevederile art. 134 alin. (7) din Legea nr. 395/2016.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă apreciază în mod eronat că: „*răspunsul oferit nu conține elementele necesare pentru conturarea profilului și expertizei aferente poziției de «programator», nefiind clarificat aspectul privind conformitatea ofertei*", deși, chiar și în situația în care descrierea realizată de către el nu ar conține elementele necesare pentru redarea profilurilor și expertizei experților non- cheie, elemente ce nu au fost clar și neechivoc solicitate de către autoritatea contractantă prin cererea de clarificări, fiind încălcate dispozițiile art. 134 alin. (4) din Legea nr. 395/2016, în conformitate cu cele prevăzute in caietul de sarcini, validarea experților non cheie se va face împreună cu autoritatea contractantă, anterior formării grupurilor de analiză.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului de

achiziție publică, având ca obiect: „..... prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...../20.12....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „cel mai bun raport calitate preț", iar valoarea estimată a contractului este .....RON.

Având în vedere criticile contestatorului privind respingerea ofertei sale ca neconformă datorită neîndeplinirii specificațiilor din caietul de sarcini, Consiliul va reține că la secțiunea IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice din fișa de date, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte: „*Ofertantul va elabora propunerea tehnică în conformitate cu cerințele prevăzute în prezentul caiet de sarcini. Propunerea tehnică (model Formular 7) va fi întocmită astfel încât în procesul de evaluare, informațiile din aceasta să permită identificarea corespondenței cu cerințele tehnice, funcționale și nefuncționale, solicitate în caietul de sarcini. Neîndeplinirea oricărei cerințe din documentația de atribuire, inclusiv din Caietul de sarcini aferent, constituie motiv pentru respingerea ofertei ca inacceptabilă/ neconformă, după caz.*

Ofertantul va prezenta o declarație pe proprie răspundere privind faptul că la elaborarea ofertei a ținut cont de obligațiile relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă pe toată durata de îndeplinire a contractului de servicii, în conformitate cu prevederile art. 51 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (model Formularul 6).

(...)

Propunerea tehnică se va posta în SEAP. Lipsa propunerii tehnice din ofertă conduce la descalificarea acesteia ca fiind inacceptabilă.

Propunerea tehnica va corespunde cu cerințele prevăzute în prezentul Caiet de Sarcini și va fi corelată cu propunerea financiară, sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016".

Potrivit capitolului 2. Necesitate din caietul de sarcini, *„(...) Autoritatea Contractantă dorește să achiziționeze servicii de dezvoltare a unui sistem de management electronic care va asigura derularea, în mod eficient și optim, a tuturor fazelor: • Depunere a cererilor de finanțare, • Evaluare a cererilor de finanțare, • Aprobare/respingere a cererilor de finanțare, • Contractare a cererilor de finanțare, • Monitorizare a progresului în realizarea rezultatelor proiectelor contractate, • Verificare financiară a cheltuielilor realizate în cadrul proiectelor, • Generarea de rapoarte privind finanțările acordate prin Program*".

În acest sens, autoritatea contractantă a formulat la capitolul 13 Cerințe minime din caietul de sarcini (pag. 73-74 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), următoarele specificații tehnice:

„Ofertantul va asigura personal competent, cu experiență relevantă pentru realizarea activităților prezentate anterior, la un nivel de calitate corespunzător.

Personalul implicat în derularea contractului ce urmează a fi atribuit trebuie să fie în măsură să îndeplinească cerințele impuse de Autoritatea Contractantă prin caietul de sarcini.

Cerințele impuse în prezentul caiet de sarcini vor fi considerate ca minimale.

Cerințe specifice privind prestarea serviciilor

Ofertantul trebuie să asigure o echipă minimă de experți cheie alcătuită cel puțin din următorii experți:

1. Manager de proiect – cerințe minime: studii superioare absolvite cu diplomă de licență, diplomă de absolvire sau echivalent, experiență în minim 1 proiect similar în cadrul căruia a deținut o poziție similară. Acest expert va avea rol de coordonare a echipei care va asigura prestarea serviciilor ce fac obiectul achiziției.

3. Arhitect de sistem – cerințe minime: studii superioare absolvite cu diplomă de licență, diplomă de absolvire sau echivalent, experiență în minim 1 proiect similar în cadrul căruia a deținut o poziție similară (arhitect de sistem). Arhitectul de sistem va avea rolul de a defini arhitectura sistemului informatic (inclusiv a bazei de date) solicitat.

4. Analist-programator cu rol de coordonator al echipei de programatori – cerințe minime: studii superioare absolvite cu diplomă de licență, diplomă de absolvire sau echivalent, experiență în minim 1 proiect similar în cadrul căruia a deținut o poziție similară. Analistul-programator va avea rolul de a coordona echipa de programatori care vor elabora și testa modulele ..... ce alcătuiesc sistemului informatic solicitat.

5. Consultant implementare și suport tehnic - studii superioare absolvite cu diplomă de licență, diplomă de absolvire sau echivalent, experiență în minim 1 proiect similar în cadrul căruia a deținut o poziție similară. Acest expert va asigura integrarea modulelor sistemului, repectarea cerințelor privind securitatea datelor și mentenanța sistemului pe parcursul derulării contractului, precum și instruirea utilizatorilor sistemului informatic din cadrul Autorității Contractante.

Pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor privind calificările și abilitățile experților cheie solicitați în caietul de sarcini ofertantul va prezenta următoarele documente:

- *CV-urile însoțite de documente justificative (copii după diplome, contracte / recomandări / certificate constatatoare / procese-verbale de recepție, etc) care să ateste îndeplinirea cerințelor solicitate;*
- *declarație de disponibilitate pentru fiecare expert solicitat – Formularul 3 din documentația de atribuire.*

Notă: prin proiect similar se înțelege un contract de servicii de dezvoltare a unui sistem de management electronic, contract în care să fi îndeplinit aceleași atribuții ca cele aferente prezentei poziții.

<u>Ofertantul poate să prevadă în propunerea tehnică și alți experți (non-cheie), în funcție de metodologia propusă, fără să îi nominalizeze și fără sa includă CV-urile sau declarațiile de disponibilitate ale acestora. În acest caz, în propunerea tehnică vor fi descrise profilurile și expertiza experților non-cheie. Anterior formării grupurilor de lucru din etapa de analiză, în vedere validării experților non-cheie la care a făcut referire în cadrul propunerii tehnice, Prestatorul îi va propune nominal Autorității Contractante și va prezenta CV-urile și declarațiile de disponibilitate</u>".

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va reține că, în prezenta procedură de atribuire, SC ..... SRL a depus propunerea tehnică în care, la pag. 96 din propunerea tehnică (pag. 283 din dosarul achiziției, parte a vol. 2 al dosarului cauzei) un număr de 2 experți non-cheie, pentru care a completat următoarele informații:

- Numele și prenumele;
- Rol: Programator;
- Modul de integrare în structura organizatorică: Contract de muncă;
- Experiență similară (nr. proiecte): n/a.

Cei doi experți non-cheie nominalizați mai sus se regăsesc și în organigrama echipei de la pag. 95 din propunerea tehnică (pag. 282 din dosarul achiziției, aflată în vol. 2 al dosarului cauzei), din care rezultă subordonarea față de expertul cheie analist-programator cu rol de coordonator al echipei de programatori solicitat la punctul 4 de la secțiunea 13 din caietul de sarcini și față de managerul de proiect.

Constatând discrepanța dintre prevederile caietului de sarcini în care s-a solicitat să fie descrise profilurile și expertiza experților non-cheie și oferta contestatorului în care au fost nominalizați 2 experți non-cheie fără descrierea profilurilor și expertizei acestora, autoritatea contractantă a cerut contestatorului prin adresa nr. 515/07.03..... (pag. 175-176 din dosarul achiziției, parte a vol. 1 al dosarului cauzei) următoarele clarificări: „10. Pentru persoanele nominalizate pentru poziția de programator, nu au fost menționare profilul și expertiza pentru fiecare expert propus. Clarificați aceste aspecte".

SC ..... SRL a răspuns autorității contractante prin adresa aflată la pag. 178-209 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei astfel: „Persoanele nominalizate pentru poziția de programator reprezintă echipa de suport (experți non-cheie) pentru personalul solicitat de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire. Având în vedere că pentru personalul non-cheie nu s-a solicitat îndeplinirea unor criterii specifice, ofertantul nu a considerat necesar menționarea expertizei pentru fiecare expert propus.

Însă, pentru a veni în sprijinul neclarității autorității contractante, menționăm că cei doi experți non cheie fac parte din echipa companiei noastre, cu atribuții de dezvoltare și configurare ....., suport tehnic și asistență beneficiari. Aceștia au participat atât la implementarea proiectelor interne, cât și la implementarea către diverși beneficiari".

Ulterior, autoritatea contractantă a respins ca neconformă oferta depusă de SC ..... SRL, aspect consemnat în procesul verbal intermediar nr. 5 al ședinței de evaluare a ofertelor nr. 672/23.03..... (pag. 210-243) astfel: „ofertantul a confirmat în mod explicit că persoanele nominalizate reprezintă experți non-cheie, menționând totodată că autoritatea contractantă nu a solicitat îndeplinirea unor criterii specifice. Astfel, ofertantul a ignorat faptul că în cazul nominalizării unor experți non-cheie, avea obligația de a descrie profilul și expertiza acestora în propunerea tehnică. În fapt, ofertantul nu a respectat cerința din caietul de sarcini menționată anterior, iar atribuțiile descrise în răspuns nu conțin elementele necesare pentru conturarea profilului și expertizei aferente poziției de Programator. Prezentarea acestor informații este esențială și din perspectiva respectării cerințelor caietului de sarcini privind înlocuirea personalului de specialitate".

Verificând, la rândul său, propunerea tehnică și clarificările transmise ulterior de SC ..... SRL comisiei de evaluare, Consiliul reține că, deși acest ofertant a considerat necesar să includă în oferta sa 2 experți non-cheie cu rolul de programatori, în propunerea sa tehnică nu se regăsesc niciun fel de informații care să poată fi considerate descriere a profilurilor și expertizei celor 2 experți non-cheie.

În soluționare, Consiliul va reține faptul că cerințele din fișa de date a achiziției și caietul de sarcini referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice și cu privire la serviciile ce fac obiectul prezentei

proceduri de atribuire sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, contestatorul nu a formulat obiecții cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-a însușit atât:

- obligația de a descrie profilurile și expertiza experților non-cheie pe care el însuși i-a considerat necesari pentru prestarea serviciilor ofertate, cât și
- riscurile ce decurg din neincluderea acestor informații în propunerea tehnică, parte a ofertei depusă în SEAP.

Verificând, la rândul său, propunerea tehnică și clarificările transmise de SC ..... SRL, raportat la necesitatea autorității contractante astfel cum a fost precizată în documentația de atribuire, Consiliul constată că, deși autoritatea contractantă a acordat contestatorului o reală șansă să-și completeze oferta prin descrierea profilurilor și precizarea expertizei celor doi programatori experți non-cheie, acesta nu a transmis autorității contractante nici prin răspunsul său la adresa nr. 515/07.03..... respectivele informații, limitându-se la formularea unor susțineri generice de forma „cei doi experți non cheie fac parte din echipa companiei noastre, cu atribuții de dezvoltare și configurare ....., suport tehnic și asistență beneficiari. Aceștia au participat atât la implementarea proiectelor interne, cât și la implementarea către diverși beneficiari”.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii în cadrul ofertei sale a informațiilor minimale solicitate de către autoritatea contractată pentru experții non-cheie potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care sunt serviciile care îi sunt necesare și informațiile care trebuie incluse în propunerea tehnică iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice.

În cazul în care documentația de atribuire sau solicitarea de clarificări nr. 515/07.03....., transmisă de autoritatea contractantă

contestatorului erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, contestatorul avea dreptul de a notifica și ulterior contesta respectivele clarificări, potrivit prevederilor legale.

În cauza C-131/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca ..... depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul nici să reitereze solicitarea de completare a ofertei contestatorului cu informațiile referitoare la experții non-cheie care lipsesc din oferta sa (profilurile și expertiza celor doi programatori necesari prestării serviciilor de dezvoltare .....), având în vedere că un astfel de demers ar fi constituit avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, în speță transformarea unei oferte neelaborată corespunzător documentației de atribuire (sancționată de legiuitor cu respingerea ca neconformă), într-una conformă.

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv fișa de date și caietul de sarcini) devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Prin depunerea ofertelor, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date a achiziției și al caietului de sarcini, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Mai mult, astfel cum în mod corect a reținut autoritatea contractantă în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de

atribuire, detalierea profilurilor și expertizei celor doi programatori necesari prestării serviciilor de dezvoltare ..... conform metodologiei din oferta contestatorului, este esențială din perspectiva corectei aplicări a cerințelor din caietul de sarcini privind înlocuirea personalului de specialitate, conform capitolului *16 Cerințe cu privire la modul de prezentare a ofertei*, paragraful *„înlocuirea personalului de specialitate*" .

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

În ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la modalitatea pretins nelegală de evaluare a ofertei sale, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat caracterul de neconformitate a ofertei depusă de SC ..... SRL, rezultatul fiind același.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 22 (douăzecișidouă) pagini.