



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

DECIZIE

Nr. 2206/C11/2359

Data: 20.09.2023

Prin contestația nr. 1990/21.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45491/21.08.2023, formulată de SRL, cu sediul social în, ..., județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin Director General ..., și convențional prin ..., cu sediul profesional în, ..., adresa solicitată pentru comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii de atribuire și deciziei autorității contractante de restricționare, în mod nelegal, a accesului la documente și informații din dosarul achiziției publice, emise de, cu sediul în,, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de Achiziție de servicii pentru implementarea unui sistem informatic pentru registrele de sănătate, ce va consta în servicii de livrare, instalare și punere în funcțiune echipamente hardware și infrastructură software, servicii de dezvoltare a aplicației informatice, precum și servicii de instruire a utilizatorilor, în cadrul proiectului „Sistem informatic pentru registrele de sănătate - RegInterMed, s-a solicitat:

I. în principal:

1. anularea adresei nr. 1616/10.08.2023, prin care i s-a restricționat de către achizitoare, în mod nelegal, accesul la documente și informații din oferta desemnată câștigătoare, care nu fuseseră probate ca fiind confidențiale;

2., a raportului procedurii de atribuire nr. 1600/09.08.2023 și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr.

1602/09.08.2023, în privința evaluării drept admisibile și câștigătoare a ofertei asocierii SA - SRL - SRL -SRL, precum și în privința mențiunilor legate de confidențialitatea informațiilor din oferta declarată câștigătoare,

3. anularea tuturor deciziilor și actelor incidente, anterioare sau subsecvente raportului procedurii, sub aspectele menționate mai sus,
4. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și a asocierii SA - SRL - SRL -SRL, refacerea raportului procedurii și stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu respectarea tuturor prevederilor legale și ale documentației de atribuire și
5. obligarea autorității contractante să respecte prevederile art. 157 alin. (4) și art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind asigurarea accesului neîngrădit al SRL la toate documentele și informațiile din oferta câștigătoare care nu au fost declarate și probate ca fiind confidențiale, respectiv la cele care nu puteau fi declarate confidențiale, prin natura lor, în vederea asigurării accesului la o cale de atac efectivă, în conformitate cu prevederile legale incidente și cu jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

II. în subsidiar, în măsura în care nu ar putea fi dispuse aceste măsuri corective, solicită anularea procedurii, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

III. în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicită accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu.

Prin adresa nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., SA, cu sediul în, ..,,, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de administrator ... și, convențional, de ..., cu sediul în, ..,, .., adresă unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, formulează cerere de intervenție, solicitând:

(i) în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, în interesul autorității contractante și admiterea acesteia;

(ii) în subsidiar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară în interes propriu și admiterea acesteia;

(iii) pe fondul cauzei, respingerea contestației formulate de către SRL, în principal, ca lipsită de interes și inadmisibilă, iar în subsidiar, drept nefondată și, implicit, menținerea actelor emise în vederea finalizării procedurii de atribuire, respectiv a raportului procedurii de atribuire nr. 1600/09.08.2023 și a tuturor actelor anterioare și subsecvente ale acestuia,

(iv) obligarea SRL la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL, în calitate de lider al asocierii SRL -, solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

1. La data de 09.08.2023, autoritatea contractantă i-a transmis adresa de comunicare a rezultatului proceduri nr. 1602/09.08.2023, informând-o că oferta sa a fost evaluată drept admisibilă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul secund, oferta câștigătoare fiind declarată cea depusă de asocieria SA - SRL - SRL -SRL. La aceeași dată, a avut acces și la raportul procedurii.

Însă, raportul procedurii și adresa de comunicare a rezultatului nu conțin nicio informație concretă cu privire la evaluarea ofertei câștigătoare, toate informațiile concrete regăsindu-se în procese-verbale menționate în raportul procedurii, dar neatașate acestuia, astfel că, în conformitate cu art. 217 alin. (6) din Legea 98/2016, la data de 09.08.2023, a formulat cerere de acces la dosarul achiziției.

Autoritatea contractantă i-a răspuns prin adresa nr 1616/ 10.08.2023, a invitat-o să studieze „documentul”, dar a informat-o că nu îi va da acces la majoritatea documentelor și informațiilor din oferta câștigătoare și din clarificări, deoarece acestea au fost „indicate și probate” ca fiind confidențiale de respectiva asocierie.

Precizează că a revenit imediat printr-o nouă adresă, nr. 583/ 10.08.2023, pentru a-i explica achizitoarei că accesul la anumite documente (e.g., experiență similară) nu poate fi restricționat conform legii, precum și că informațiile pretins confidențiale din propunerea tehnică și propunerea financiară trebuie să fi fost probate ca fiind confidențiale, simpla declarație nefiind suficientă.

Cu toate acestea, la data de 11.08.2023, la sediul autorității contractante, a avut acces doar la titlurile documentelor încărcate în SEAP de ofertantul câștigător în secțiunile „Documente de calificare” și „Documente de ofertă tehnică”, după cum rezultă din procesul verbal din 11.08.2023.

În plus, a avut acces și la declarația de confidențialitate transmisă de această asocierie, din care rezultă că ofertantul desemnat câștigător nu a probat în niciun fel pretinsa confidențialitate a ofertei sale, susținând că declarația de confidențialitate reprezintă în același timp dovada caracterului confidențial al ofertei sale.

A revenit cu o nouă solicitare de acces către autoritatea contractantă, în data de 14.08.2023, prin adresa nr. 586/14.08.2023, subliniind nelegalitatea restricționării accesului la dosar în lipsa unor dovezi efective care să probeze caracterul confidențial al ofertei asocierii în cauză, autoritatea contractantă nu i-a mai transmis niciun răspuns până la acest moment.

Cu toate acestea, cunoscând foarte bine piața de profil și având o înțelegere tehnică ridicată a cerințelor documentației de atribuire, cu ajutorul informațiilor publice accesibile pe paginile web ale furnizorilor unor componente esențiale ale contractului licitat, precum și ale societăților din

componenta asocierii, consideră că oferta asocierii câștigătoare este inacceptabilă și neconformă, aceasta trebuind să fie respinsă de autoritatea contractantă, iar nu să fie desemnată admisibilă și câștigătoare.

2. Referitor la restricționarea, în mod nelegal, a accesului la dosarul achiziției de către autoritatea contractantă, SRL susține următoarele:

2.1. Restricționarea accesului la informațiile pretins confidențiale:

După primirea rezultatului procedurii și în urma formulării cererii de acces la dosarul cauzei, autoritatea contractantă, prin raportare la evaluarea ofertei desemnate câștigătoare, i-a pus la dispoziție doar declarația de confidențialitate și titlurile documentelor încărcate în SEAP de ofertantul câștigător în secțiunile „Documente de calificare” și „Documente de ofertă tehnică”, după cum rezultă din procesul verbal din 11.08.2023.

Mai mult, autoritatea contractantă nu i-a permis să facă copii, xeroxuri sau pozeze niciun document, fiind nevoiți să copieze de mână puținele informații pe care a reușit să le acceseze.

Chiar și numai pentru acest lucru, se impune a se constata încălcarea obligației autorității contractante de a-i asigura acces neîngrădit la dosarul achiziției, conform art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

2.2. Declarația de confidențialitate a asocierii SA - SRL - SRL -SRL:

Din declarația de confidențialitate transmisă de asocierie, rezultă că ofertantul nu a furnizat nicio dovadă pentru susținerea caracterului confidențial al ofertei sale, neavând nicio anexă și nu există niciun alt document la dosarul achiziției care să susțină și să probeze pretinsa confidențialitate a tuturor documentelor declarate confidențiale de ofertantul câștigător.

Simpla declarare a unor informații drept confidențiale sau secrete comerciale, fără a furniza nicio explicație sau probă în acest sens, ci doar în baza unor afirmații generice, nu poate constitui, în sine, proba caracterului confidențial al informațiilor respective, cum pretinde ofertantul câștigător și autoritatea contractantă.

În ciuda acestor carențe evidente ale declarației de confidențialitate a asocierii, autoritatea contractantă și-a însușit caracterul pretins confidențial al tuturor informațiilor declarate confidențiale, atât prin faptul că nu i-a permis accesul la dosarul achiziției, cât și prin faptul că a redat în raportul procedurii, la pct. 2.4.8. toate informațiile declarate confidențiale de ofertantul câștigător (practic, întreaga ofertă), ca și când acestea ar fi fost și probate ca fiind confidențiale.

Autoritatea contractantă a procedat în acest fel, în condițiile în care, în alta procedură organizată de aceeași achizitoare, CN1050316/ 15.12.2022, în ciuda declarației de confidențialitate mult mai fundamentată, argumentată și însoțită de probe, achizitoarea a decis să considere că niciun element al

ofertei sale nu beneficiază de confidențialitate, menționând acest lucru în raportul acelei proceduri. Astfel, rezultă un evident dublu standard aplicat de autoritatea contractantă, în funcție de „beneficiarul” confidențialității.

2.3. Prevederile obligatorii ale documentației de atribuire și ale legii în privința confidențialității informațiilor din ofertă:

Potrivit fișei de date cap. IV.4.3 *Modul de prezentare a ofertei*, prevederilor art. 57, art. 217 din Legea nr. 98/2016, rezultă, cât se poate de clar, că nu este suficientă indicarea unor informații ca fiind confidențiale în ofertă, ci că ofertantul are obligația de a proba caracterul confidențial al acestora prin raportare la prevederile legale în vigoare.

Acceptând simpla declarație a ofertantului câștigător drept probă a confidențialității, autoritatea contractantă schimbă finalitatea normei și scutește în mod nelegal ofertantul de dovada cerută imperativ de lege, oferindu-i acestuia un tratament preferențial.

2.4. este invocată jurisprudența națională, care susține că îi confirmă interpretarea prevederilor legale, cum ar fi:

- Curtea de Ape Timișoara, Hotărâre nr. 1236/2022 din 14.12.2022;
- Curtea de Apel Alba Iulia, Hotărâre nr. 1122/2021, din 17.11.2021;
- Curtea de Apel Galați, încheiere de ședință din 01.02.2023;
- Curtea de Apel Constanța, Hotărâre nr. 158/2022 din 16.08.2022.

2.5. apreciază că autoritatea contractantă a restricționat accesul la informații care nu pot beneficia, nici măcar teoretic, de regimul de confidențialitate prevăzut de art. 57 și 217 din Legea 98/2016, precizând că autoritatea contractantă i-a restricționat accesul la documentele de calificare referitoare la oferta câștigătoare, de exemplu la documentele legate de experiența similară, astfel cum rezultă din adresa nr. 1616/10.08.2023 și din procesul verbal de vizionare, acestea neputând beneficia de protecția confidențialității conform art. 57 și 217 din Legea nr. 98/2016.

2.6. Restricționarea nelegală a accesului la dosarul achiziției a privat-o de o cale efectivă de atac împotriva evaluării, în conformitate cu dreptul unional și cu jurisprudența CJUE.

2.7. În consecință, solicită remedierea nelegalei restricționări a accesului la dosarul achiziției.

3. Oferta asocierii declarată câștigătoare trebuia respinsă ca inacceptabilă și neconformă:

În contextul încălcării flagrante de către autoritatea contractantă a obligațiilor legale de transparență care îi reveneau, detaliate mai sus, a fost într-o imposibilitate absolută și obiectivă, echivalentă cu forța majoră, de a procura toate mijloacele de probă necesare pentru susținerea motivelor de contestare din prezenta secțiune.

Astfel, precizează că își rezervă dreptul de a indica/furniza Consiliului, ulterior, probe suplimentare pentru susținerea motivelor de contestare din această secțiune, îndată ce va obține acces la ele, ca urmare a restabilirii ordinii de drept și asigurarea unui drept concret la apărare.

3.1. Oferta asocierii trebuia respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu a îndeplinit criteriul de calificare privind experiența similară:

Potrivit cap. III.1.3 al anunțului de participare și al fișei de date, ofertanții erau obligați să demonstreze experiență similară de natura prestări și ducerii la bun sfârșit în ultimii 3 ani, calculați de la data limită de depunere a ofertei, în cadrul a maximum 3 contracte.

După cum se poate observa, cerința este una extrem de precisă și de detaliată, presupunând cumularea la nivelul aceluiași contract a mai multor activități complexe care în majoritatea cazurilor sunt achiziționate separat, de la furnizori diferiți. Aceste servicii sunt specifice companiilor ce activează pe piața IT din România ca integratori, care dețin resursele (financiare, umane, experiența și cunoștințele) necesare pentru implementarea unui astfel de proiect. Companiile din asocierea declarată câștigătoare nu se regăsesc în aceasta categorie de integratori (fapt dovedit de documentele de experiență similară pe care nu le dețin).

Dezvoltarea și implementarea unui sistem informatic pentru care s-au parcurs minim etapele de analiză și proiectare, personalizare/configurare/instalare și servicii de testare reprezintă cumulul complet de activități care ar putea fi solicitate pentru crearea și livrarea, de la zero a unei soluții software, fiind un filtru pentru multe alte activități de sine stătătoare din acest domeniu (mentenanță, suport, implementare funcții suplimentare, refacere/extindere frontend, refacere/ extindere backend etc).

Solicitarea de a fi furnizat la nivelul aceluiași contract toate aceste servicii de dezvoltare, la „pachet” cu livrarea și instalarea de hardware și cu servicii de training, deși justificată prin raportare la obiectul contractului licitat, reduce foarte mult numărul contractelor din piața de profil care pot îndeplini cerința, mai ales prin raportare la valoarea ridicată, de 50.000.000 lei.

Asocierea nu a dovedit și nu avea cum să dovedească îndeplinirea acestei cerințe, nu a nominalizat terți susținători, astfel încât întreaga experiență trebuia dovedită la nivelul ofertanților asociați.

Or, societățile din această asociere nu au cum să dețină experiența solicitată, nici separat și nici împreună, deoarece:

a) SA a avut în ultimii 3 ani (relevanți pentru cerința privind experiența similară) o cifră de afaceri anuală medie de aproximativ 35 de milioane de lei, potrivit datelor publicate pe site-ul Ministerului Finanțelor Publice. Potrivit site-ului societății, aceasta furnizează servicii diverse, prezentate (separat) ca servicii de automatizare robotizată a proceselor, dezvoltare software, management de proces, plasare de forță de muncă, servicii suport IT, etc. Este astfel extrem de improbabil ca întreaga cifră de afaceri a acestei societăți (oricum insuficientă pentru atingerea nivelului cerinței) să fi fost realizată din contracte cu un obiect atât de precis și bine delimitat ca cel solicitat în cadrul cerinței de experiență similară.

b) SRL a avut în ultimii 3 ani (relevanți pentru cerința privind experiența similară) o cifră de afaceri anuală medie de aproximativ 12

milioane de lei, potrivit datelor publicare pe site-ul Ministerului Finanțelor Publice. Potrivit site-ului societății, aceasta furnizează servicii diverse, prezentate (separat) ca servicii de consultanță pentru proiectare sisteme integrate, management baze de date, migrare sisteme din generații vechi, automatizare robotizată a proceselor, servicii suport IT etc. Este astfel extrem de improbabil ca întreaga cifră de afaceri a acestei societăți (oricum insuficientă pentru atingerea nivelului cerinței) să fi fost realizată din contracte cu un obiect atât de precis și bine delimitat ca cel solicitat în cadrul cerinței de experiență similară. Acest lucru rezultă din lista de contracte publice câștigate în ultimii 3 ani de această societate, disponibilă în SEAP. Majoritatea acestor contracte (atât numeric, cât și valoric) constă în servicii de mentenanță și/sau, cel mult, extindere software (preexistent), obiect incompatibil cu cerința de experiență similară din prezenta procedură. Valoarea acestor contracte acoperă, într-o mare măsură, cifra de afaceri realizată de această societate, astfel încât este imposibil să fi executat alte contracte (atribuite în afara SEAP) cu obiect corect și valoare suficientă.

c)SRL a avut în ultimii 3 ani (relevanți pentru cerința privind experiența similară) o cifră de afaceri anuală medie de aproximativ 21 de milioane de lei, potrivit datelor publicate pe site-ul Ministerului Finanțelor Publice. Potrivit site-ului societății, aceasta furnizează servicii cybersecurity, prezentându-se ca o societate de consultanță în domeniu, securității informației, fără a menționa niciun fel de echipamente hardware sau servicii de instalare a acestora. Astfel, este extrem de improbabil ca această societate să aibă orice fel de experiență în realizarea la nivelul aceluiași contract a serviciilor solicitate prin cerința de experiență similară, cu atât mai puțin că întreaga cifră de afaceri a acestei societăți (oricum insuficientă pentru atingerea nivelului cerinței) să fi fost realizată din contracte cu un obiect atât de precis și bine delimitat. Serviciile specifice proiectelor de securitate nu pot fi asociate proiectelor de implementare sistem informatic integrat, precum cel solicitat în procedură. Proiectele ce presupun implementarea unui sistem informatic integrat implică în prima fază (cea de analiză și proiectare) colectarea cerințelor clientului referitoare la nevoile cu privire la infrastructura hardware, software de bază, de securitate, de interoperabilitate și a cerințelor de business. În etapele următoare ale proiectului (dezvoltare, testare, livrare infrastructură hardware și software, instalare configurare) prestatorul implementează un sistem informatic integrat pe baza cerințelor inițiale și pe baza cerințelor colectate în etapa de analiza. Un proiect ce presupune o soluție de securitate nu conține cerințe de business ce are impact asupra fluxului intern al organizației, nu presupune transformare digitală a modului de lucru și nici dezvoltarea și integrarea tuturor nevoilor de business ale clientuluiSRL ce are experiență doar în furnizarea de servicii de securitate (teste de securitate) și livrarea de soluții de securitate, nu și în implementarea unui sistem informatic integrat. Acest lucru rezultă și din lista de contracte publice câștigate în ultimii 3 ani de această societate, disponibilă în SEAP, din care rezultă că aceasta a furnizat către beneficiari publici doar licențe software pentru programele sale.

d) SRL a avut în ultimii 3 ani (relevanți pentru cerința privind experiența similară) o cifră de afaceri anuală medie de aproximativ 8 milioane de lei potrivit datelor publicate pe site-ul Ministerului finanțelor Publice. Potrivit site-ului societății, aceasta furnizează servicii în domeniul IT, dar este axată pe promovarea produselor software proprii (SW pentru case de marcat, SW administrare parc auto, SW optimizare rute, SW magazin online etc.), mai curând decât pe dezvoltarea unor soluții personalizate. Astfel, este astfel extrem de improbabil ca această societate să aibă experiență în realizarea la nivelului aceluiași contract a serviciilor solicitate prin cerința de experiență similară, cu atât mai puțin că întreaga cifră de afaceri a acestei societăți (oricum insuficientă pentru atingerea nivelului cerinței) să fi fost realizată din contracte cu un obiect atât de precis și bine delimitat. De altfel, rezultă și din lista de contracte publice câștigate în ultimii 3 ani de această societate, disponibilă în SEAP, că aceasta nu a executat contracte publice în valoare totală mai mare de 4 milioane de lei, în condițiile în care valoarea cerinței din procedură era de 50 de milioane de lei din maxim 3 contracte. Totodată, obiectul acestor contracte nu corespunde cu obiectul complex și precis cerut în procedură, fiind vorba de contracte de mentenanță, asistență tehnică, extindere sistem informatic, suport în exploatare, etc. Pe de altă parte, valorile cumulate ale contractelor publice câștigate de SRL acoperă, într-o mare măsură, cifra de afaceri realizată de această societate, conform datelor Ministerului Finanțelor, astfel încât este imposibil să fi executat alte contracte (atribuite în afara SEAP) cu obiect corect și valoare suficientă.

Astfel, invocă prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și, datorită faptului că asocierea nu a dovedit îndeplinirea cerinței privind experiența similară, autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta ca inacceptabilă.

3.2. În ceea ce privește neconformitatea ofertei depusă de asocierea câștigătoare, susține că aceasta a încălcat cerințele caietului de sarcini prin soluțiile ofertate pentru componentele software server web, server de aplicație și platformă bază de date.

Cerințele pentru aceste trei componente sunt detaliate în capitolele caietului de sarcini 3.6.1 Server web, 3.6.2 Componenta platforma pentru rularea aplicațiilor - server de aplicație și 3.6.3 Componenta SGBD (sistem de gestiune a bazelor de date).

Esențial, este că autoritatea contractantă a solicitat printr-o cerință minimă și obligatorie, în mod justificat prin raportare la obiectul contractului licitat, că *„Suportul oferit de producătorul serverului de aplicații trebuie să includă tot peisajul tehnologic software asociat, inclusiv serverul web și baza de date”*.

Această cerință presupune că producătorul serverului de aplicație să asigure suport tehnic și pentru componentele server web și baza de date.

Acest lucru este posibil doar în cazul în care toate cele 3 componente au același producător. Astfel, prin această cerință, autoritatea contractantă a legat cele 3 componente software între ele, fiind necesară ofertarea unor soluții compatibile nativ, furnizate de același producător pentru toate componentele. Autoritatea contractantă dorește obținerea unei infrastructuri software de bază (baza de date, server web și server de aplicație) unitare și 100% compatibile între ele (de aici nevoia ca soluțiile să aibă același producător) pentru funcționarea optimă a sistemului informatic integrat.

Această cerință, împreună cu cerințele funcționale minime și obligatorii pentru fiecare componentă au determinat că singurele produse conforme cu cerințele caietului de sarcini să fie soluțiile furnizate de producătorii ORACLE sau IBM.

Niciuna dintre societățile care intră în componența asocierii nu este partener ORACLE sau IBM, listele partenerilor acestor coloși în domeniul IT fiind publice. În consecință, niciuna dintre societățile asocierii nu putea oferta soluțiile acestor producători, fără acordul acestora.

Pe de altă parte, alte soluții software existente pe piață, mai ieftine, precum APACHE TOMCAT, RED HAT JBOSS WEB SERVER / EAP, POSTGRESQL sau ENTERPRISEDB, sau alte soluții open source, care probabil au fost folosite în oferta asocierii pentru a-și reduce costul, nu îndeplinesc cerințele caietului de sarcini. De asemenea, nici NEXGEN.AI BY, prezentată pe site-ul SA, nu îndeplinește cerințele procedurii.

Față de aceste aspecte, precizează că a detaliat în Anexă neconformitățile acestor soluții față de cerințele caietului de sarcini.

Totodată, menționează că soluțiile open source nu beneficiază de servicii de suport de la producător, deoarece comunitățile de dezvoltatori nu asigură servicii de suport și garanție pentru aceste produse, contrar cerinței din cap. 5.1 Garanția sistemului a caietului de sarcini.

Spre deosebire de asocierea declarată câștigătoare precizează că este partener ORACLE și a înțeles să respecte cerințele cap. 3.6 al caietului de sarcini, furnizând soluția ORACLE pentru componentele software, suportând astfel un cost suplimentar substanțial față de concurență, cost reflectat în propunerea financiară și care a făcut diferența pentru determinarea ofertei câștigătoare.

Astfel, oferta asocierii criticate trebuia respinsă ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

4. În subsidiar, în măsura în care nu ar putea fi dispuse măsurile corective menționate mai sus, solicită anularea procedurii, conform art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

5. În finalul contestației, solicită acces la dosarul cauzei, iar pe cale separată își rezervă dreptul de a obține cheltuieli de judecată.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

..... SA, prin adresa nr. 1969/29.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 47276/29.08.2023, a transmis Cerere prin care solicită Consiliului să asigure protecția strictă a informațiilor

confidențiale din cuprinsul dosarului de achiziție care face obiectul dosarului nr. 2359/2023, aducând argumente în consecință, iar prin adresa nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. /, a formulat cerere de intervenție, prin care solicită cel precizate în partea introductivă a deciziei.

În preambul, prezintă aspecte preliminare, respectiv necesitatea soluționării de urgență a contestației.

De altfel, susține că, demersul inițiat de SRL nu reprezintă altceva decât o încercare de a tergiversa și bloca semnarea contractului de achiziție publică, având în vedere că oferta declarată câștigătoare aparține unui competitor (asocierea SA - SRL - SRL - SRL).

Acest proiect face parte dintr-un program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene cunoscut sub denumirea „Programul Operațional Competitivitate - POC”, program valabil până la finalul anului 2023. În acest sens, subliniază că, potrivit anunțului de participare, prezentul contract de achiziție publică ar urma să se desfășoare pe o perioadă ce va acoperi durata implementării activităților prevăzute în caietul de sarcini, dar nu mai târziu de data de 31.12.2023

Prin urmare, pentru ca acest contract să poată fi executat, până la finalul acestui an (4 luni) este necesar: (a) să se soluționeze prezentul dosar de CNSC, respectiv de Curtea de Apel și (b) să se ducă la bun sfârșit contractul de achiziție publică.

Menționează că, în ipoteza în care procedura ar fi anulată, o reluare a achiziției ar fi imposibilă, finanțarea fiind condiționată de implementarea contractului până la data de 31.12.2023, aspect ce ar crea grave prejudicii atât autorității contractante, cât și societății în general.

În raport de aceste elemente, solicită soluționarea cât mai repede cu putință a contestației, astfel încât să permită executarea contractului de achiziție publică.

În continuarea, prezintă situația de fapt, respectiv modul de desfășurare a procedurii de atribuire în cauză, precizând că, după verificarea îndeplinirii tuturor condițiilor de participare, a evaluării documentului unic de achiziție european („DUAE”) și a propunerilor tehnice și financiare, comisia de evaluare a declarat ambele oferte (asocierea SRL - și asocierea SA - SRL - SRL - SRL) ca fiind admisibile. În urma aplicării criteriului de atribuire, prin raportul procedurii nr. 1600/09.08.2023, a fost declarată câștigătoare a procedurii de atribuire oferta asocierii SA - SRL - SRL - SRL, cu un punctaj de 100 de puncte și o valoare ofertată de 49.546.740 lei, fără TVA.

Oferta depusă de asocierea SRL -, cu subcontractanți SRL și a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, întrucât, ca urmare a aplicării criteriului de atribuire (cel mai

bun raport calitate-preț), aceasta s-a clasat pe locul al II-lea, având un punctaj total de 97,84 puncte și o valoare ofertată de 52.373.96 lei fără TVA.

Referitor la admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție, precizează că a formulat cererea de intervenție în baza prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, invocând, de asemenea, art. 61 alin (1) și urm. din C.pr.civ.

În promovarea cererii de intervenție, justifică un interes propriu, determinat, legitim, personal, născut și actual, întrucât oferta sa a fost declarată câștigătoare în cadrul procedurii de atribuire a contractului în cauză.

Consideră relevante reținerile Înaltei Curți de Casație și Justiție, care a hotărât că, deși natura juridică a intervenției accesorii este de apărare, terțul nu devine un simplu apărător al părții în favoarea căreia a intervenit, ci trebuie să își justifice interesul său propriu, legitim și actual în participarea la judecata procesului. Înalta Curte a statuat că interesul este legitim atunci când se urmărește afirmarea sau realizarea unui drept subiectiv recunoscut de lege, respectiv a unui interes ocrotit de lege și potrivit scopului economic și social pentru care a fost recunoscut.

Intervenienta susține că interesul său de a interveni în dosarul ce a fost constituit în vederea soluționării contestației formulate de SRL derivă din faptul că în cadrul contestației s-au formulat critici ce vizează oferta asocierii al cărei lider este, iar soluția ce va fi pronunțată de Consiliu o influențează în mod direct.

Prin urmare, scopul său este acela de a-și proteja interesul legitim în ceea ce privește legalitatea rezultatului procedurii de atribuire și implicit a deciziei de atribuire a contractului în favoarea asocierii sale, precum și prezentarea apărărilor și poziției împotriva criticilor aduse de către contestatoare asupra ofertei sale.

De asemenea, înțelege să susțină poziția procesuală a autorității contractante în cadrul dosarului constituit la Consiliu, interesul său urmărind menținerea actelor emise de autoritatea contractantă în procesul de evaluare a ofertelor, întrucât acestea o vizează în mod direct, deoarece oferta sa a fost declarată câștigătoare.

Pentru aceste considerente, solicită admiterea în principiu a prezentei cereri de intervenție și dispunerea introducerii acesteia în cauză, astfel încât să aibă calitatea de parte în dosar și să-și poată exercita dreptul la apărare.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a contestației referitor la capetele de cerere din contestație, respectiv anularea raportului procedurii și a actelor prin care autoritatea contractantă a declarat oferta depusă de asocierea al cărei lider este ca fiind câștigătoare și obligarea la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii, inclusiv a ofertei depuse de societatea contestatoare, precum și în ceea ce privește capătul subsidiar ce vizează anularea procedurii de achiziție, prezintă următoarele:

C.pr.civ. impune o condiție necesară pentru existența dreptului la acțiune și anume interesul, adică folosul practic, material sau moral, urmărit de către titularul acțiunii.

Potrivit art. 32 alin. (1) lit. d) din C.pr.civ., orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia justifică un interes, instanța trebuind să verifice dacă acesta este legitim, născut și actual, personal și determinat (art. 33 teza I C. proc. civ.).

Ceea ce caracterizează condiția de exercitare a dreptului la acțiune este principiul necesității practice a acțiunii, adică ideea că, dacă cel interesat n-ar recurge la oficiul organelor jurisdicționale, s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu inevitabil.

Totodată, contestația poate fi formulată de către orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său sau într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante. Potrivit art. 3 alin. (1) lit f) din Legea nr. 101/2016, o persoană care se consideră vătămată va fi acel operator economic care are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Interesul de a exercita acțiunea lipsește atunci când, chiar admitând că motivele ar fi întemeiate, anularea actului atacat pe baza acestor motive nu ar fi de natură să îi dea reclamantului câștig de cauză (Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 15 martie 1973, Marcato/Comisia, cauza 37/72). Interesul de a exercita acțiunea decurge din consecințele pe care anularea actului atacat le-ar putea avea asupra situației juridice a reclamantului (Hotărârea Curții din 24 iunie 1986, AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, 53/85, pct. 21, și Hotărârea Tribunalului Comunităților Europene din 25 martie 1999, Gencor/Comisia, T-102/96, pct. 40). Acest interes, care trebuie să fie născut și actual, nu există decât dacă acțiunea este susceptibilă, prin rezultatul său, să aducă un beneficiu părții care a formulat-o (Hotărârea Tribunalului din 4 iulie 2006, easyJet/Comisia, T177/04, pct. 40), ceea ce nu este cazul în prezenta speță.

Totodată, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, interesul de a exercita acțiunea trebuie să persiste până la pronunțarea hotărârii judecătorești, ceea ce ar presupune ca acțiunea să fie susceptibilă, prin rezultatul ei, să aducă un beneficiu părții care a formulat-o, sub sancțiunea nepronunțării asupra fondului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 28 mai 2013, Abdulrahim/Consiliul și Comisia, C-239/12 P, EU:C:2013:331, pct. 61, și Hotărârea din 24 martie 2011, Ferrero/OAPI, C-552/09 P, EU:C:2011:177, pct. 39 și jurisprudența citată).

Astfel, consideră contestația lipsită de interes.

Sub un prim aspect, supunând procesului analizei întregul demers al contestatoarei, consideră că aceasta nu demonstrează, prin contestația depusă, folosul practic urmărit și nu arată motivul pentru care oferta sa ar fi fost în mod greșit clasată pe locul II. În schimb, acțiunile sale denotă

rea - credință a acestuia care, aflându-se în situația în care oferta sa s-a situat pe locul II în urma aplicării criteriului de atribuire, dorește blocarea completă a procedurii de atribuire prin formularea acestei contestații, fără să justifice folosul ce i s-ar cuveni în urma acestui demers. Cu alte cuvinte, în cazul de față, nu există un act al autorității contractante care să claseze autoarea contestației la stadiul de persoană vătămată și care să îi producă acesteia riscul de a suferi un prejudiciu.

Astfel, în situația ipotetică în care contestația ar fi admisă, iar autoritatea contractantă ar proceda la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, acest demers nu ar schimba cu nimic situația contestatoarei, întrucât, în urma aplicării criteriului de atribuire, oferta depusă de acesta s-ar situa tot pe locul II în clasament.

În plus, criticile aduse de SRL în cuprinsul contestației sunt lipsite de o argumentație concretă, iar documentul conține doar paragrafe de ordin general, unele informații fiind chiar eronate. Practic, întreaga contestație se bazează exclusiv pe supoziții privind existența anumitor încălcări, scopul fiind, evident, de a duce în eroare CNSC, prin prezentarea de informații nefondate și de a tergiversa semnarea contractului de achiziție, împiedicând astfel respectarea termenului limită până la care obiectul contractului ar trebui să fie adus la îndeplinire (respectiv 31.12.2023), aspect de natură a prejudicia atât poziția subscrisei, cât și societatea în general.

În cuprinsul contestației, petenta solicită atât reevaluarea ofertei acesteia, cât și anularea procedurii, în condițiile în care oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare. Or, o astfel de atitudine denotă în mod clar lipsa unui interes legitim al acesteia, care nu urmărește apărarea propriei oferte, ci dorește mai degrabă fie anularea procedurii și împiedicarea atribuirii contractului de achiziție publică, fie să aibă acces la oferta depusă de asocieria SA - SRL - SRL -SRL.

În cauză, cercetarea existenței interesului trebuie să pornească de la obiectul contestației, iar îndeplinirea acestei condiții va trebui să se raporteze la finalitatea ipotezei admiterii fiecărui capăt de cerere, având în vedere și natura dreptului autorității contractante în legătură cu obiectul actelor juridice a căror nulitate se cere.

Or, în situația în care decizia atacată nu îi este defavorabilă contestatoarei, întrucât oferta depusă în cadrul procedurii de către SRL a fost declarată admisibilă, interesul acesteia nu este unul real și nu este în măsură să-i confere societății contestatoare calitatea de a acționa în justiție.

Argumentul prezentat mai sus este demonstrat de afirmațiile petentei prin intermediul cărora acesta solicită un nou termen de contestare sau repunerea acestuia în termenul de contestare, ceea ce reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 6, implicit art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Pe cale de consecință, prin depunerea acestei contestații, SRL nu urmărește un interes propriu, ci mai degrabă denotă un caracter tendențios față de oferta asocierii SA - SRL - SRL -SRL, scopul acesteia fiind de a tergiversa atribuirea contractului, inclusiv anularea procedurii.

Cu privire la inadmisibilitatea punctului II din contestație, susține că:

În ceea ce privește solicitarea de anulare a procedurii de achiziție publică, aceasta nu este doar lipsită de interes, ci și inadmisibilă în raport de prevederile Legii nr. 101/2016 și Legii nr. 98/2016.

În primul rând, art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 nu prevede posibilitatea anulării procedurii pe calea contestației formulate în temeiul articolului respectiv. Prin urmare, solicitarea respectivă este inadmisibilă.

În al doilea rând, cererea este inadmisibilă și în raport de temeiul invocat de contestatoare [art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016].

Sub un prim aspect, art. 212 din Legea nr. 98/2016 prevede exclusiv posibilitatea autorității contractante de anulare a contractului de achiziție publică, iar nu posibilitatea CNSC de a dispune o astfel de măsură ca urmare a soluționării contestației. De altfel, autoritatea contractantă nu a fost investită cu o astfel de solicitare din partea SRL anterior formulării prezentei contestații.

Prin urmare, art. 212 din Legea nr. 98/2016 nu poate fi invocat în susținerea prezentei contestații, iar cererea contestatoarei este inadmisibilă.

Sub un al doilea aspect, anularea procedurii întemeiată pe art. 212 lit. c) din Legea nr. 98/2016 presupune o situație excepțională, regula fiind încheierea contractului. Potrivit principiului de drept „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, nici autoritatea contractantă și nici CNSC nu ar putea adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Or, în cazul de față, aspectele invocate de contestatoare nu sunt în măsură să conducă la concluzia existenței unor „încălări ale prevederilor legale” care să afecteze procedura de atribuire. De altfel, nici SRL nu a fost în măsură să indice motivele pentru care pretinsele încălcări ar putea atrage anularea procedurii de atribuire.

În ceea ce privește caracterul nefondat al contestației, consideră că o primă critică a contestatoarei se referă la pretinsa interzicere a accesului SRL la documente și informații calificate drept confidențiale.

În continuare, analizează aspectele privind fondul contestației și arată că toate motivele invocate de contestatoare sunt neîntemeiate, bazate pe supoziții, interpretări proprii, informații eronate, și nu pot aduce atingere rezultatului procedurii de atribuire.

Astfel, criticile privind caracterul „nedovedit” al declarației de confidențialitate sunt neîntemeiate.

Intervenienta consideră că liberul acces la informații nu este un drept/o libertate absolută, iar ca orice drept, acesta comportă anumite limitări cum ar fi restricționarea accesului la informații confidențiale. De aceea, trebuie să se asigure un just echilibru între principiul transparenței și

confidențialitatea unor date sau informații sensibile, protejate în favoarea operatorului economic a cărui ofertă este declarată câștigătoare.

Dreptul de a declara anumite date sau informații drept confidențiale reprezintă un drept ce poate fi exercitat neîngrădit de ofertantul câștigător. Legea nu impune nicio limitare sub acest aspect, singura limitare fiind necesitatea probării declarației de confidențialitate (art. 57 alin. (4), art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016). Primind o declarație de confidențialitate, autoritatea contractantă evaluează și decide dacă aceasta este conformă, respectiv dacă, prin dezvăluirea informațiilor ce țin de datele cu caracter personal, secretele comerciale și tehnice și drepturile de autor, s-ar aduce atingere drepturilor și intereselor declarantului.

Invocând doctrina arată că legislația în domeniul achizițiilor publice nu reglementează tipul de documente ce justifică declararea confidențialității, clasificării sau protejării unor informații din cadrul propunerii tehnice/financiare pe care le analizează comisia de evaluare, autoritatea contractantă fiind cea care apreciază dacă documentele prezentate de ofertanți sunt suficiente și edificatoare, inclusiv prin raportare la legislația specifică incidență, cum este cea din domeniul datelor cu caracter personal, al secretului comercial sau al proprietății intelectuale.

Din coroborarea dispozițiilor art. 57 alin. (1) și alin. (4) cu cele ale art. 123 alin. (1) din Anexa la HG nr. 395/2016, se desprinde concluzia că informațiile din cuprinsul ofertelor care pot fi indicate de ofertanți ca fiind confidențiale sunt datele cu caracter personal, secretele tehnice/comerciale ori cele care sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, aceștia având în sarcină demonstrarea încadrării acestora în categoriile respective.

În consecință, consideră că Declarația sa de confidențialitate a fost justificată și dovedită, achizitoarea restricționând, în mod corect, accesul SRL la informațiile sale care au fost declarate confidențiale.

Cu privire la criticile referitoare la privarea SRL de o cale de atac efectivă, consideră că sunt neîntemeiate, deoarece nu i-a fost încălcat sub nicio formă dreptul de acces la o cale efectivă.

În primul rând, petenta a avut posibilitatea studierii documentelor în cadrul ședinței organizate în 11.08.2023, la sediul achizitoarei, ocazie cu care s-a încheiat și un proces-verbal de ședință. Împrejurarea că petenta nu a avut acces la toate documentele dosarului de atribuire, ci doar la cele neconfidențiale, nu constituie o încălcare a dreptului la o cale de atac efectivă.

De altfel, după cum se poate observa în cazul de față, contestatoarea a și formulat prezenta cale de atac, solicitând CNSC să îi permită accesul la dosarul de achiziție publică.

În ceea ce privește aspectul legat de refuzul nejustificat al autorității contractante de a permite acces la dosarul achiziției publice și la documentele declarate confidențiale din oferta depusă de SA, intervenienta arată că se poate constata faptul că achizitoarea a permis accesul la dosar, la sediul acesteia, în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, documentele care nu au fost puse la dispoziția contestatoarei fiind doar contractele de experiență similară, propunerea tehnică și financiară depusă de asocierea al cărui lider este.

Prin urmare, demersul autorității contractante a fost de natură a respecta reglementările mai sus menționate, care prevăd că accesul neîngrădit se poate acorda doar la informațiile care nu au fost declarate confidențiale.

Raportat la textul legal invocat și la documentele achiziției, intervenienta precizează că se poate constata faptul că autoritatea contractantă a verificat argumentele sale în susținerea caracterului confidențial al conținutului ofertei, concluzionând că acestea au fost arătate în cuprinsul declarației de confidențialitate. Dovezile în vederea susținerii confidențialității au fost prezentate în oferta depusă (extrase din contractele comerciale care atestă experiența similară încheiate cu beneficiari privați și care au clauză expresă de confidențialitate ORDA pentru soluția ofertată, argumente privind confidențialitatea ofertei financiare), astfel că decizia asumată de autoritatea contractantă de a nu permite accesul la informațiile confidențiale conținute în oferta este una legală, susținerile contestatoarei vis-a-vis de o presupusă încălcare a prevederilor legale fiind nefondate.

În al doilea rând, achizitoarea are dreptul să refuze accesul la documente confidențiale, pentru motive ce țin de protecția confidențialității. În acest sens, contestatoarea, fiind nemulțumită de răspunsul autorității contractante cu privire la accesul la dosarul achiziției, a înaintat o nouă solicitare de acces la dosar, cu nr. 586 din data de 14.08.2023, înregistrată la sediul beneficiarului cu nr. 1634 din 16.08.2023 (zilele de 14 și 15 fiind zile libere legale).

În urma acestei adrese și coroborat cu mențiunea sa din declarația de confidențialitate depusă în ofertă, autoritatea contractantă i-a solicitat, prin adresa nr. 1636/16.08.2023, acordul în vederea punerii la dispoziția SRL a documentelor transmise în susținerea DUAE, respectiv documentele transmise pentru dovedirea experienței similare depuse de subscrisa în cadrul procedurii de atribuire.

Așa cum a arătat, a răspuns solicitării autorității prin adresa cu nr. 3699/16.08.2023, comunicând temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind confidențiale, justificând această încadrare și demonstrând prin mijloace de probă caracterul confidențial al documentelor. În urma acestui răspuns, nefiind nicio modificare în decizia sa de a acorda acces la dosar, autoritatea contractantă nu i-a mai dat curs următoarei solicitări a contestatoarei privind accesul la dosar, neavând documente suplimentare la care sa acorde acces față de ce a pus la dispoziție la prima solicitare. Totodată, având în vedere faptul că SRL a solicitat Consiliului accesul la dosarul achiziției și ținând cont de faptul că a justificat și demonstrat confidențialitatea informațiilor din cadrul ofertei (contractele de experiență similară, oferta tehnică și elementele de formare a prețului), intervenienta solicită Consiliului să țină cont de prevederile art. 19 alin. (1) și (3) din cadrul Legii nr. 101/2016.

Astfel, intervenienta își argumentează cele menționate prin, invocând jurisprudența instanțelor naționale, respectiv decizia nr. 40/2017 din data de 17.01.2017 a Curții de Apel Brașov, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

În alte spețe, s-a apreciat în mod corect că principiul transparenței nu poate fi aplicat în mod absolut, acesta cunoscând limitări ce țin de protecția intereselor legitime ale operatorilor economici și necesității de a menține concurența loială:

- Decizia nr. 803/2021 din data de 24.09.2021 a Curții De Apel Galați, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal;
- Decizia civilă nr. 1371 din data de 08.03.2018¹² a Curții de Apel, Secția a VUI-a de Contencios Administrativ și Fiscal;
- Decizia civilă nr. 4263/2018 din data de 26.11.2018 a Curții de Apel Alba Iulia.

Ca o concluzie preliminară, având în vedere specificul și complexitatea contractului supus procedurii în cauză, care a presupus întocmirea unor propuneri tehnice și financiare cuprinzând o multitudine de elemente particulare fiecărui ofertant, precizează că nu este abuzivă conduita autorității contractante de a nu pune la dispoziția SRL documentele declarate confidențiale din oferta declarată câștigătoare.

Totodată, ținând cont de cele precizate, o decizie din partea CNSC prin care ar acorda acces la documentele confidențiale ale asocierii sale ar crea un precedent cu privire la scopul pentru care unii operatorii economici ar promova calea contestației, de la scopul imediat - de a încerca eliminarea celorlalți participanți din procedură, prin efectuarea unei evaluări paralele - până la distorsionarea gravă a concurenței prin participarea la anumite proceduri și promovarea contestațiilor exclusiv pentru a afla anumite informații sau date confidențiale cu privire la concurenții de pe piață (ex. informații cu privire la experiența similară, resursele umane și/sau tehnice, informații privind managementul costurilor, furnizori, colaboratori, oferte și discount-uri, etc.).

În ceea ce privește criticile SRL referitor la reluarea procedurii, consideră că sunt neîntemeiate, deoarece reluarea procedurii nu se impune în cauză, întrucât nu s-a săvârșit nicio încălcare a normelor prevăzute de Legea nr. 98/2016 sau de Legea nr. 101/2016, precum și a tuturor celorlalte prevederi legale indicate în cuprinsul prezentei cereri.

Cu privire la criticile conform cărora oferta asocierii declarată câștigătoare trebuia respinsă ca inacceptabilă și neconformă, consideră că argumentele invocate sunt neîntemeiate, deoarece:

Prin contestația formulată, s-a invocat că asocierea „*nu a dovedit și nu avea cum să dovedească*” îndeplinirea cerinței privind experiența similară prevăzută la cap. III.1.3 al anunțului de participare privind Capacitatea tehnică și profesională.

Concret, potrivit acestei cerințe, ofertanții (membrii asocierii împreună) aveau obligația de a dovedi că au prestat și dus la bun sfârșit, în ultimii 3 ani calculați de la data limită de depunere a ofertei, în cadrul a maximum 3 contracte, servicii similare ca și complexitate și/sau anvergură în valoare cumulată de cel puțin 50.000.000 lei, care să includă: (i)

dezvoltare și implementare a unui sistem informatic; (ii) livrare și instalare de echipamente hardware, tip server, storage, de comunicații etc.; (iii) livrarea și instalarea de produse software și (iv) servicii de dezvoltare cunoștințe prin cursuri de formare.

Argumentul central în susținerea criticii SRL privind neîndeplinirea cerinței experienței similare este că era necesară prestarea cumulativă a tuturor categoriilor de servicii descrise în anunțul de participare, în cadrul fiecărui contract prezentat de ofertanți cu titlu de experiență similară. Cu alte cuvinte, contestatoarea susține că cele trei contracte prezentate cu titlu de experiență similară trebuiau să includă fiecare în parte cele 4 categorii de servicii.

În opinia acesteia, asocierea nu putea dovedi o astfel de experiență similară, întrucât această cerință „reduce foarte mult numărul contractelor din piața de profil care pot îndeplini cerința, mai ales prin raportare la valoarea ridicată, de 50.000.000 lei”. În acest sens, contestatoarea a procedat la o analiză superficială, speculativă și eronată a „cifrelor de afaceri” și a categoriilor de servicii prestate de membrii asocierii, potrivit „site-ului societății”.

Contestația se impune a fi respinsă ca neîntemeiată, fiind nu doar lipsită de probe, în condițiile în care petenta face simple presupuneri pe care le numește „indicii puternice și chiar și anumite probe”, ci prezentând totodată informații ce nu corespund realității, în contradicție flagrantă cu documentele de achiziție și cu probele existente la dosarul de achiziție.

Oferta depusă de asociere a fost elaborată în conformitate cu toate cerințele formulate de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, inclusiv cu luarea în considerare a răspunsurilor la clarificări ce fac parte din documentația de atribuire.

În primul rând, contestatoarea a redat informații trunchiate și false cu privire cerința menționată în secțiunea III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, referitoare la experiența similară, în ceea ce privește cerința prestării cumulative a tuturor celor 4 categorii de activități în fiecare dintre contractele prezentate de ofertanți.

Contestatoarea a omis să arate că această cerință, chiar dacă s-ar fi considerat că ar fi existat inițial, a fost eliminată în mod explicit prin intermediul răspunsului la clarificări consolidat publicat în SEAP la data de 14.02.2023.

Având în vedere că, după cum recunoaște chiar petenta, o astfel de cerință a caracterului cumulativ ar fi putut fi în măsură să restrângă în mod excesiv și nelegal sfera persoanelor care s-ar fi putut califica pentru participarea la licitație, autoritatea contractantă a procedat la remedierea acestui viciu.

Astfel, prin pct. 3 din răspunsul la clarificări consolidat din 14.02.2023, autoritatea contractantă a exclus în mod explicit cerința

caracterului cumulativ, stabilind că, în ce privește dovada experienței similare potrivit pct. III.1.3.a) din fișa de date, prin contractele similare ce trebuie prezentate de ofertanți vor trebui acoperite toate cele 4 activități fără să fie necesar ca operatorul economic să acopere toate cele 4 categorii de activități în cadrul aceluiași contract.

Din cadrul acestui răspuns reiese faptul că cerința de experiență similară putea fi îndeplinită prin prezentarea a 3 contracte care, cumulativ, să fi cuprins activitățile menționate de autoritatea contractantă în anunțul de participare, fără să fie necesar ca toate cele 4 categorii de activități să fie prestate în fiecare dintre cele 3 contracte. În consecință, susținerea contestatoarei conform căreia „cerința este una extrem de precisă și de detaliată, presupunând cumularea la nivelul aceluiași contract a mai multor activități complexe” încalcă precizările făcute de autoritate prin răspunsul la clarificări consolidat din 14.02.2023.

În acest context, se impun a fi respinse ca netemeinice și evident contrare documentației de atribuire toate argumentele contestatoarei privind neîndeplinirea presupusului caracter cumulativ al activităților specifice în ceea ce privește experiența similară. În aceeași măsură se impune a fi respins ca fiind neîntemeiat și argumentul privind faptul că această licitație ar fi fost deschisă numai „*companiilor care activează pe piața IT din România ca integratori*”.

În al doilea rând, dincolo de faptul că întreaga premisă pe care contestatoarea și-a construit criticile se dovedește a fi una eronată, consideră că trebuie arătat că toate celelalte argumente prezentate de aceasta în susținerea contestației sunt superficiale și nefondate.

Din cadrul argumentelor prezentate de contestatoare, se pot extrage două concluzii: (a) fie contestatoarea nu a analizat în detaliu toate documentele achiziției și nu cunoscut modalitatea concretă de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, fapt ce nu îi poate susține afirmațiile referitoare la oferta subscrisei, (b) fie aceasta dorește să inducă în eroare Consiliul, utilizând în mod abuziv toate mijloacele prevăzute de legislație pentru a întârzia finalizarea procedurii de atribuire prin închipuirea de motive ireale de inacceptabilitate și neconformitate a ofertei sale.

Sub un prim aspect, contestatoarea face o analiză a cifrei de afaceri a membrilor asocierii și conchide că „*membrii asocierii nu au cum să dețină experiența solicitată, nici separat și nici împreună*”, întrucât cifra de afaceri a acestora ar fi fost insuficientă pentru atingerea pragului valoric pentru experiența similară descris în documentația de achiziție.

În acest sens, contestatoarea a invocat următoarele valori medii anuale ale cifrei de afaceri a membrilor asocierii: (i) 35 milioane lei/an în cazul SA, (ii) 12 milioane lei/an în cazul SRL, (iii) 21 milioane lei/an în cazul SRL și (iv) 8 milioane lei/an în cazul SRL.

O analiză sumară a acestor cifre, completată de un exercițiu matematic simplu de adunare, arată că, potrivit datelor invocate chiar de contestatoare, cifra de afaceri medie anuală a membrilor asocierii este de 76 milioane lei. Cu alte cuvinte, chiar contestatoarea arată că suma cifrei de afaceri a membrilor asocierii în ultimii trei ani, este de 228 milioane lei,

cu mult peste valoarea experienței solicitate, dacă, ipotetic, experiența similară s-ar demonstra prin nivelul cifrei de afaceri.

Având în vedere că potrivit cap. III.1.3) din anunțul de participare, cerința de capacitate tehnică și profesională stabilită de autoritatea contractată este ca „membrii asocierii împreună” să fi prestat servicii similare în valoare cumulată de 50 milioane lei. În ultimii 3 ani, sunt evident eronate argumentele petentei privind pretinsa imposibilitate matematică a atingerii acestui prag valoric prin raportare la nivelul cumulativ al cifrei de afacerii din ultimii 3 ani al asocierii.

Susținerile contestatoarei sunt cu atât mai absurde cu cât acest prag valoric este depășit de două ori fie și numai prin cifra de afaceri realizată de SA, de una singură, care în ultimii 3 ani se situează la peste 105 milioane de lei.

Dincolo de aceste aspecte, notează că cifra de afaceri medie reprezintă venitul mediu obținut din vânzarea unui anumit produs sau serviciu prestat de către o societate și nu poate reflecta capacitatea tehnică solicitată de autoritatea contractantă, astfel cum în mod eronat susține contestatoarea. Este evident viciat și eronat raționamentul care stă la baza ipotezei lansate de către contestatoare, prin care afirmă că informațiile din spațiul public cu privire la media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani a membrilor consorțiului sunt de natură a demonstra neîndeplinirea experienței similare, în condițiile în care este evident că valoarea unui contract dus la bun sfârșit se reflectă în cifra de afaceri în anul financiar în care s-a implementat și încasat acest contract, și nu în media pe „n” ani. Astfel, expunerile contestatoarei privind reflectarea experienței similare a asocierii în media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani sunt total lipsite de temei.

Sub un al doilea aspect, invocând aceeași presupusă „înțelegere tehnică ridicată” și „cunoaștere a pieței de profil”, contestatoarea procedează la expunerea unor informații superficiale culese din diferite surse, nesusținute de dovezi concrete și întemeiate strict pe supoziții, în temeiul cărora argumentează că serviciile prestate de membrii asocierii nu ar fi în măsură să îndeplinească cerințele de capacitate tehnică și profesională din anunțul de participare.

Acele „indicii puternice” despre care face vorbire contestatoarea și pe care acesta le prezintă ca fiind „anumite probe” reprezintă în fapt informații pretins a fi extrase astfel de pe „site-ul societății”, informații care sunt eronate și care nu prezintă relevanță în prezenta cauză. Astfel, principala critică înaintată de contestatoare este că, pe baza informațiilor astfel extrase de pe „site-ul” membrilor asocierii SA - SRL - SRL - SRL, ar fi fost „extrem de improbabil” ca întreaga cifră de afaceri a membrilor asocierii, „să fi fost realizată din contracte cu un obiect atât de precis și bine delimitat ca cel solicitat în cadrul cerinței de experiență similară”.

Preliminar, cerința de experiență similară nu are, nici pe departe, un „obiect atât de precis și bine delimitat” pe cât încearcă să-l sublinieze contestatoarea. De fapt, după cum rezultă dintr-o analiză sumară, cerințele privind experiența similară vizează categorii mari de servicii din domeniul tehnologiei informației, care sunt specifice majorității societăților profesionale care activează în acest domeniu, respectiv: (i) dezvoltarea unui sistem informatic, (ii) instalarea de programe software, (iii) livrarea și punerea în funcțiune a echipamentelor hardware (echipamentul tehnologic suport pentru programele sau sistemele informatice) și, nu în ultimul rând, (iv) instruirea utilizatorilor finali.

Procesul care cuprinde acești pași este unul cât se poate de comun și răspândit în activitatea societăților din domeniul tehnologiei informației, iar la un nivel restrâns, poate fi comparat cu procesul de achiziționare a unui calculator, care presupune livrarea echipamentului hardware, instalarea sistemelor și programelor informatice, precum și instruirea utilizatorului final. Diferența notabilă este că, în cazul societăților profesionale cu experiență precum cele din cadrul, acestea au capacitatea de a dezvolta și pune în funcțiune sisteme informatice și programe software complexe personalizate și adaptate la nevoile clientului, în speță ale autorității contractante.

Dincolo de aceste aspecte, contrar argumentelor pur speculative și evident netemeinice înaintate de contestatoare, dovedirea capacității tehnice și profesionale nu se face pe baza informațiilor prezentate pe site-ul societăților care compun asocieria, ci pe baza datelor și documentelor concrete depuse de aceștia la autoritatea contractantă.

Consideră că asocieria sa a justificat pe deplin experiența similară și îndeplinirea cerințelor tehnice și profesionale, furnizând în acest sens autorității contractante mai multe probe concludente, așa cum am arătat anterior. Documentele depuse, respectiv contracte încheiate de membrii asocierii în ultimii trei ani, care privesc toate cele 4 categorii de activități descrise în documentația de atribuire, procese-verbale de recepție, facturi și alte documente relevante dovedesc cu prisosință îndeplinirea cerinței experienței similare, astfel cum a fost ea descrisă în anunțul de participare și răspunsul la clarificări publicat de autoritatea contractantă.

Cu toate acestea, având în vedere că referințele prezentate în vederea demonstrării experienței similare sunt contracte comerciale încheiate între beneficiari privați, care conțin secrete comerciale și sunt supuse unor obligații legale și contractuale de confidențialitate cu privire la întregul conținut al acestora, membrii asocierii au refuzat permiterea accesului la aceste secrete comerciale contestatoarei, cu atât mai mult cu cât aceasta este competitor direct al unuia sau mai multora dintre membrii asocierii.

În acest context, reamintește că refuzul permiterii accesului la informațiile confidențiale a fost reiterat prin adresa înregistrată de CNSC sub nr. 47276/29.08.2023.

În al treilea rând, caracterul netemeinic și pur speculativ al argumentelor contestatoarei este cu atât mai vădit în condițiile în care sursele prezentate de aceasta nu corespund realității. Cu titlu de exemplu, menționează că prin contestația formulată, SRL a procedat la

furnizarea unor informații și site-uri web care nu aparțin niciunuia dintre membrii asocierii sale. Evidențiază în acest sens, informațiile eronate prezentate de contestatoare pentru asociatul SRL, respectiv sursa acestora provine din site-ul web al altei companii (www.....ro) și nu a site-ului web al asociatului SA, respectiv SRL, având CUI 14914784 (<https://www.....com.ro>).

Se observă că, prin demersul său, contestatoarea încearcă toate mijloacele pentru a convinge Consiliul să adopte o decizie în favoarea sa, dar denaturarea adevărului nu poate constitui mijloc de probă în acest proces.

Cu privire la argumentele privind caracterul neconform al ofertei, susține că sunt netemeinice și se impun a fi respinse.

În continuare, prezintă noi informații trunchiate și care sunt bazate pe presupuneri ce nu pot ține loc de probe. Astfel, invocând propria gândire de elaborare a ofertei, contestatoarea înțelege să aducă în discuție o presupusă imposibilitate a SA de respectare a condițiilor prevăzute în documentația de atribuire.

Motivația invocată este aceea că „Niciuna dintre societățile care intră în componența Asocierii nu este partener ORACLE sau IBM”.

Cu privire la aceste mențiuni, dorește să aducă la cunoștință faptul că modul de întocmire a ofertei este o responsabilitate ce-i revine fiecărui ofertant și care se realizează în concordanță cu propria viziune și propriile cunoștințe în acest domeniu. În plus, însăși contestatoarea prezintă abordarea proprie cu privire la modul prin care a înțeles să-și elaboreze oferta, iar compararea situației acesteia prin raportare la oferta sa nu prezintă relevanță în speța de față, în condițiile în care petenta nu deține informații cu privire la soluția tehnică prezentată de subscrisa în cadrul ofertei.

Cât privește argumentul conform căruia doar partenerii care se regăsesc pe site-urile web ale celor doi producători ar putea oferta aceste produse, intervenienta subliniază că acestea sunt eronate și nu corespund realității, în condițiile în care pe piața de profil există și distribuitori/redistribuitori ai acestor produse.

Mai mult, precizează că nu doar cei doi producători menționați de contestatoare oferă suport pentru cele 3 componente solicitate de autoritatea contractantă. De altfel, luând în considerare că finanțarea achiziției contractului ce are ca obiect „*Sistem informatic pentru registrele de sănătate - ReglInterMed*” se realizează prin Programul Operațional Competitivitate - POC, iar valoarea estimată a fost prevăzută la 52.374.000 lei, rezultă că înainte de depunerea cererii de finanțare la autoritățile competente, precum și înainte de demararea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă a transmis către Comitetul Tehnico-Economic documentația aferentă acestei proceduri,

inclusiv Anexa 6 - Matricea de neutralitate, în conformitate cu dispozițiile art. 4 alin. (1) lit. b) din HOTĂRÂRE nr. 941 din 27 noiembrie 2013¹⁴ modificat prin HOTĂRÂRE nr. 222 din 18 martie 2020¹⁵ și cu respectarea principiilor privind neutralitatea din punct de vedere tehnologic (nu se favorizează o anumită marcă, soluție tehnologică, hardware sau software și oferă posibilitatea unei extinderi ulterioare). Completarea Anexei 6 - Matrice de neutralitate, presupune prezentarea de către achizitor a cel puțin 3 tehnologii comparabile cu privire la soluția tehnică, de la producători diferiți, numărul acestora nefiind însă limitat. Astfel, opinează că demersul de contestare nu se poate fundamenta exclusiv pe o suspiciune față de ofertanții concurenți care au prezentat oferta în concordanță cu cerințele autorității contractante ori pe prezumtiva recredință a autorității contractante. Existența unei astfel de suspiciuni nu poate duce la concluzia că ar fi depus o ofertă neconformă, iar autoritatea contractantă ar fi permis o încălcare a prevederilor legale în procesul de evaluare a ofertelor.

Totodată, așa cum Consiliul sau instanța nu se poate substitui în atribuții autorității contractante, același lucru este valabil și pentru un operator economic care contestă un act/o decizie a autorității contractante. Cu toate acestea, este evident faptul că, prin intermediul contestației depuse, SRL se erijează în comisie de evaluare a ofertelor și „evaluează” oferta SA în baza unor „indicii”, a unor „supoziții” și a unor informații care nu coincid cu realitatea.

În concluzie, SA consideră că se află într-un exemplu de contestare abuzivă a unei proceduri de achiziție publică, problemă de notorietate ce îngreunează investițiile în România. În prezenta speță, SRL, prin lipsa de argumente a contestației, nu face decât să „se răzbune” pe autoritatea contractantă, care se află în situația de a pierde finanțarea contractului.

În fața acestor argumente lipsite de temei ale SRL și care, în mod evident, sunt contrare realității, intervenienta solicită respingerea contestației ca fiind nefondată.

În consecință, rezultă că toate așa-zisele motive de inacceptabilitate și de neconformitate invocate de contestatoare sunt lipsite de temei legal și suport probatoriu, impunându-se respingerea acestora.

Față de cele arătate mai sus, solicită admiterea prezentei cereri de intervenție și respingerea contestației formulată de SRL ca nefondată, cu consecința menținerii raportului procedurii de atribuire ca temeinic și legal.

Totodată, intervenienta solicită accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu (evident, cu excepția acelor documente declarate ca fiind confidențiale de către SRL, dacă există).

De asemenea, precizează că, în măsura în care Consiliul va aprecia că este necesară audierea sa, SA menționează că se va conforma întocmai, pentru termenul stabilit în acest scop de către CNSC, pentru a asigura și menține celeritatea în soluționarea contestației.

Nu în ultimul rând, având în vedere că nu a avut acces la înscrisurile anexate de contestatoare, își rezervă dreptul de a completa susținerile de față după studierea înscrisurilor respective.

....., a transmis punctul de vedere nr. 1714/, a fost înregistrat la CNSC cu nr. 47880/....., iar dosarul achiziției a fost atașat acestuia.

Prin punctul de vedere, s-a solicitat respingerea contestației formulată de SRL ca nefondată și neîntemeiată și dispunerea menținerii tuturor actelor emise de autoritatea contractantă în cadrul acestei proceduri, pentru următoarele motive:

Cu privire la critica privind restricționarea accesului SRL la dosarul complet al achiziției, precizează că, în data de 09.08.2023, în SEAP, a fost publicat raportul procedurii precum și comunicările privind desemnarea ofertei declarata câștigătoare și desemnarea ofertelor declarate admisibile dar necâștigătoare.

Prin adresa nr. 1616/10.08.2023, ofertantul SRL, participant în procedura de achiziție, a solicitat, în temeiul art. 217 din Legea nr. 98/2016, accesul la dosarul achiziției inclusiv prin comunicarea acestuia de către autoritatea contractantă în format electronic, iar în data de 10.08.2023, prin adresa nr. 1616, acesta a fost invitat la sediul autorității contractante, în vederea studierii dosarului achiziției.

Menționează că, în cadrul invitației, operatorul SRL a fost informat clar cu privire la părțile din ofertă care au fost declarate ca fiind confidențiale de către ofertantul SA, câștigător al procedurii de achiziție.

În data de 11.08.2023, reprezentanții SRL s-au prezentat la sediul său unde i-au fost puse la dispoziție documentele dosarului achiziției care nu au fost declarate confidențiale, cu precizarea că ofertantul să nu utilizeze dispozitive de fotocopiere a documentelor dosarului achiziției.

Potrivit celor mai sus menționate, contrar celor afirmate de SRL în cuprinsul contestației depuse, în sprijinul său, autoritatea contractantă a adus următoarele argumente:

Astfel, invocând art. 211 din Legea nr. 98/2016, precizează că, la momentul solicitării accesului la dosarul achiziției de către SRL, dosarul achiziției nu avea caracter de document public așa după cum afirmă ofertantul în adresa de solicitare de acces la dosarul achiziției, invocând dispozițiile art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Analizând in extenso prevederile articolul 217 alin. (5) și alin. (6) din Legea nr. 98/2016, concluzionează următoarele:

- prin alin. (4) al art. 217 din Legea nr. 98/2016, legiuitorul permite oricărei persoane interesate să obțină informații cu privire la o anumită procedură de achiziție publică derulată de către o autoritate contractantă, în condițiile

legiferae prin art. 6 alin. (1) din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes publică;

- în schimb prin alin. (5) al art. 217 din Legea nr. 98/2016, legiuitorul stabilește clar care sunt drepturile de care beneficiază numai operatorii economici participanți într-o anumită procedură de achiziție caz aplicabil în speță;

- contrar celor afirmate de SRL, acesta a avut acces neîngrădit la toate documentele dosarului achiziției care nu conțineau informații confidențiale;

- astfel, se înțelege că legiuitorul nu instituie niciunde în cuprinsul normei legale primare și a actelor subsecvente în materia achizițiilor publice obligația pentru autoritatea contractantă de a permite vreunui participant la procedura de achiziție, fotocopierea dosarului achiziției sau transmiterea acestuia în format electronic;

- mai mult, prin art. 148 lit. g) și h) din HG 395/2016, legiuitorul statuează foarte clar care sunt documentele care alcătuiesc dosarul achiziției. Precizează că Ordinele ministrului sănătății prin care sunt desemnate atât persoanele care elaborează caietul de sarcini, cât și cele care stabilesc componența comisiei de evaluare nu sunt publicate în Monitorul Oficial, deci nu sunt documente publice, asigurându-se astfel, restricționarea accesului anumitor terți care pot fi inclusiv operatori economici la aceste comisii.

Precizează că indicarea părților din oferta cu caracter confidențial are scopul de a nu prejudicia interesele legitime ale unui operator economic în ceea ce privește datele cu caracter personal, secretul tehnic și comercial și dreptul de proprietate intelectuală, având în vedere obligația autorității contractante prevăzută de legiuitor în cadrul art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, conform documentului emis de ANAP „îndrumare privind analiza confidențialității ofertelor” tipurile de aspecte care pot fi declarate confidențiale se referă în principal la datele cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale precum și proprietatea intelectuală.

Totodată, potrivit documentului menționat anterior, nu toate informațiile de confidențialitate ale unei oferte se regăsesc numai în propunerea tehnică sau propunerea financiară.

Deși operatorul economic SRL afirmă că SA nu a depus documente pentru a proba confidențialitatea ofertei, precizează că toate documentele de probațiune se află depuse și se regăsesc chiar în cadrul ofertei ofertantului declarat câștigător, astfel:

1. SC SRL a declarat confidențiale contractele și documentele suport (facturi, comenzi, procese verbale de predare primire, procese verbale de acceptanță) privind experiența similară. Contractele prezentate în vederea demonstrării experienței similare sunt contracte comerciale, încheiate între beneficiari privați, clauza de confidențialitate fiind inserată în cadrul contractelor sau existând acord de confidențialitate asupra unui contract. Clauza de confidențialitate este justificată ca o măsură de potențial pericol, datorită prejudiciului ce poate apărea prin divulgarea de informații din domeniul de activitate al semnatarilor (parteneri, furnizori, produse, tarife, etc). Precizează că, clauza de confidențialitate din cadrul contractelor

comerciale este reglementată prin prevederile art. 1.184 din noul cod de procedura civilă, intitulat „obligăția de confidențialitate”. Față de cele menționate anterior, rezultă că documentele prezentate de SC SRL pentru demonstrarea experienței similare se încadrează în elementele de confidențialitate privind secretul comercial întrucât conțin informații detaliate privind experiența similară deținută de operator, precum și informații comerciale confidențiale cum ar prețurile practicate pentru anumite produse și prestarea unor servicii sau activități specifice fiecărui contract în parte.

2. Propunerea tehnică și financiară conțin date cu caracter personal, secrete tehnice și comerciale și se supun dreptului de proprietate intelectuală. Astfel, soluția propusă de SRL pentru a fi implementată la nivelul autorității contractante este înregistrată la ORDA. Mai mult, în documentele propunerii tehnice este descrisă și prezentat în mod detaliat toată arhitectura soluției. Proprietatea intelectuală se referă la creațiile intelectuale utilizate în activități comerciale, autoritatea contractantă invocând prevederile art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 544/2001, precum și Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale ce reglementează în mod explicit protecția secretelor comerciale.

În consecință, precizează că propunerea tehnică și financiară depuse de SRL reprezintă rezultatul unei activități de concepție materializată într-un produs protejat de drepturi de proprietate intelectuală, iar diseminarea de către achizitoare a informațiilor din acestea ar putea cauza atingerea avantajelor competitive comerciale ale operatorului economic.

Subliniază faptul că documentele propunerii tehnice se încadrează în toate tipurile de elemente cu caracter confidențial așa după cum sunt prezentate în îndrumarea ANAP.

Așadar, consideră că atitudinea sa a fost una diligentă, o atitudine menită să protejeze un drept al operatorului economic, atitudine care de altfel ar fi fost apreciată de către contestator în cazul în care aceasta ar fi avut calitatea procesuală diametral opusă, de parte contestată. În concluzie, referitor la faptul că SRL nu a avut acces la documentele declarate confidențiale, consideră că acțiunea sa este justificată, a avut în vedere obligația sa de a proteja informațiile având caracter confidențial, astfel cum au fost ele justificate de către ofertant și probate cu documente suport, punând în balanță toate categoriile de interese implicate.

Pe cale de consecință, nu se poate reține că a îngrădit în vreun fel accesul SRL la dosarul achiziției, așa după cum în mod eronat și fără a interpreta prevederile legale, ofertantul afirmă în cuprinsul contestației, deci, nu a încălcat principiul transparenței.

Apreciază, astfel, că acuzațiile aduse de contestatoare cu privire la acest aspect sunt nefondate și solicită respingerea ca atare.

Cu privire la critica potrivit căreia oferta asocierii declarată câștigătoare trebuia respinsă ca inacceptabilă, susține următoarele:

Pentru început, precizează că SRL a invocat în vederea inducerii în eroare a Consiliului o stare de fapt care nu este în concordanță cu realitatea și pentru care nici măcar nu avea nevoie de acces la dosarul achiziției.

Citând cerințele documentației de atribuire, respectiv fișa de date, referitor la cerințele privind îndeplinirea experienței similare, publicate în arată că, ulterior, la solicitarea unui operator economic interesat care a reclamat faptul că cerința formulată în acest mod „este restrictivă și limitează participarea operatorilor economici cu experiență similară vastă și dovedită pe fiecare dintre cele 4 tipuri de activități”, a acceptat modificarea cerinței cu privire la semnificația serviciilor similare.

Precizează solicitarea de clarificări formulată de contestatoare cu privire la această cerință, solicitare de clarificări formulată fără a studia răspunsul consolidat publicat în SEAP în data de 14.02.2023, unde la punctul 3 a acceptat modificarea ei.

În accepțiunea sa, această atitudine a SRL nu reflectă decât o vădită lipsă de interes și o prezentare cu bună știință a situației eronate în fața Consiliului, ceea ce denotă o gravă încălcare a principiilor unei concurențe loiale.

Suștinerea contestatoarei legate de faptul că oferta declarată câștigătoare nu îndeplinește anumite cerințe minime din cadrul documentației de atribuire nu pot fi luate în considerare, întrucât acestea nu sunt întemeiate pe argumente solide, susținute și probate de petentă în vreun fel. De altfel, chiar acesta menționează că și-a întemeiat criticile în baza unor indicii și că aceste critici urmează a fi completate ulterior studierii dosarului achiziției la CNSC. Singurul argument al contestatoarei constând în faptul că nu a avut acces la dosarul achiziției publice și că, ulterior studiului, va completa contestația nu poate constitui motivarea în fapt și în drept a contestației.

În lipsa vreunui argument concret care să susțină neîndeplinirea vreunei cerințe minime impuse prin documentația de atribuire, în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare, solicită Consiliului să constate că SRL și-a formulat contestația în baza unor considerații de ordin general care nu depășesc nivelul unei simple bănuiele.

Critica prin care contestatoarea afirmă că „Ofertantul desemnat câștigător nu a îndeplinit criteriul de calificare privind experiența similară”, consideră că este una generală și vagă ce contravine categoric cu cele prezentate de ofertantul câștigător în cadrul ofertei, în sensul că documentele prezentate de acesta reflectă întocmai îndeplinirea cerinței privind experiența similară. Teoriile invocate de contestatoare în susținerea acestei critici nu sunt susținute de niciun mijloc de probă și nu sunt de natură a demonstra neconformitatea depusă de către ofertantul declarat câștigător.

Este evident faptul că în lipsa unor motive reale, ofertantul a procedat la crearea unei false premise conform căreia oferta concurentă nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, dovadă fiind informațiile

referitoare la modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similară ce sunt parțial prezentate în cadrul contestației.

Astfel, consideră că, prin omiterea unor informații relevante cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerințelor despre care contestatoarea susține că nu ar fi întrunite de către ofertantul concurent, contestația formulată de SRL este de natură a distorsiona realitatea cu scopul de a induce în eroare Consiliul. Prin omiterea cu rea credință a prezentării situației în ansamblul complet și real, contestatoarea a formulat critici, nefiind în măsură să convingă asupra temeiniciei acuzelor formulate. De altfel, așa cum se poate constata din cadrul proceselor - verbale de evaluare, ce fac parte din dosarul achiziției, oferta depusă de asocierea criticată întrunește în totalitate cerințele documentației de atribuire.

Prezentarea unor informații cu privire la cifra medie anuală a operatorilor economici ce fac parte din asocierea declarată câștigătoare nu constituie mijloace de probă, așa cum insinuează contestatoarea, cifra de afaceri nefiind un indicator în demonstrarea experienței similare și nefiind relevantă în evaluarea capacității tehnice a ofertantului.

Prin fișa de date a achiziției nu s-au formulat cerințe cu privire la demonstrarea unei cifre de afaceri într-un anumit domeniu, ci documente justificative în susținerea cerinței privind experiența similară, documente ce au fost prezentate de ofertantul declarat câștigător și sunt parte din dosarul achiziției.

Concluzionând, precizează că asocierea declarată câștigătoare a îndeplinit cerința privind experiența similară atât din punct de vedere al cuantumului solicitat, respectiv 50.000.0000 lei, fără TVA, acest prag fiind oricum depășit, cât și din punct de vedere al celor 4 tipuri de servicii similare prestate în cadrul celor 3 contracte prezentate de asociere.

Cu privire la critica potrivit căreia oferta asocierii trebuia respinsă ca neconformă, consideră contestația ca fiind calomnioasă, menită a induce în eroare, fără a indica în concret care sunt acele elemente ce ar putea conduce la concluzia că oferta depusă de către asocierea declarată câștigătoare ar fi neconformă, contestatoarea formulând următoarele critici:

„Ofertantul desemnat câștigător a încălcat cerințele caietului de sarcini prin soluțiile oferite pentru componentele software server web. server de aplicație și platformă bază de date.”

Această afirmație, se bazează pe o presupunere a contestatoarei, potrivit căreia cerința caietului de sarcini, respectiv

„Suportul oferit de producătorul serverului de aplicații trebuie să includă tot peisajul tehnologic software asociat, inclusiv serverul web și baza de date”,

contestatoarea limitându-se la susțineri generice, bazate pe propria interpretare a cerințelor documentației de atribuire și raportându-se la propria ofertă.

Cu privire la această presupunere a contestatoarei, menționează că în cadrul ofertei, operatorul economic câștigător a declarat că soluția ofertată

propune suport pentru serverul web, serverul de aplicații precum și baza de date, această afirmație fiind susținută de informațiile și documentele prezentate la momentul depunerii ofertei.

Așa cum a arătat, SRL nu are niciun motiv de a contesta rezultatul procedurii de atribuire, ci doar face presupuneri nedovedite și neargumentate, folosind exprimări generale, situație care este echivalentă cu nemotivarea contestației și implicit incidența dispozițiilor art. 11 din Legea nr. 101/2016, sancțiunea fiind aceea de anulare a contestației.

Cu privire la excepția nemotivării contestației, precum și a inadmisibilității oricăror motive/argumente care ar putea fi invocate de către contestatoare ulterior termenului de 10 zile reglementat de art. 8 din Legea nr. 101/2006, invocă prevederile art. 10 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016. Obligația de a motiva cererea este expres prevăzută de legea specială (art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016), dar și de dreptul comun, respectiv de Codul de procedură civilă la art. 194. În contestația formulată de SRL sunt reproduse cerințele din documentația de atribuire și se invocă nerespectarea lor de către ofertantul câștigător, ceea ce dovedește că nu este o contestație motivată în concret. O contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate - motivele pe care se bazează calea de atac, iar nu să fie o formă fără fond, motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice.

Referitor la criticile de la punctul 4 al contestației care se regăsesc în capătul de cerere subsidiar prin care contestatoarea solicită anularea procedurii, precizează următoarele:

Cu privire la capătul de cerere subsidiar privind anularea procedurii, opinează faptul că o decizie în sensul acesta s-ar situa în afara prevederilor legale.

Potrivit art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2015, poate anula procedura de atribuire, pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se neacordarea accesului la documentele confidențiale din cadrul ofertei concurente.

În cazul de față se constată că niciuna dintre situațiile prevăzute în acest articol nu este aplicabilă, mai cu seamă situația sugerată de contestatoare, întrucât în cadrul alin. (2) al aceluiași articol legiuitorul a stabilit că prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

În ceea ce privește legalitatea și temeinicia deciziei comisiei de evaluare de a declara admisibile toate ofertele, solicită Consiliului să observe că aceasta a fost emisă în deplină concordanță cu dispozițiile legale, principiile transparenței și egalității de tratament, toate acestea fiind în mod judicios respectate. Deci, se poate constata caracterul nefondat al contestației depuse de SRL, astfel că, solicită respingerea acesteia în totalitate ca neîntemeiată și menținerea tuturor actelor emise în cadrul acestei proceduri.

..... SA, prin adresa nr. 1985/07.09.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 49135/07.09.2023, a transmis concluzii scrise, prin care solicită, admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată și, pe cale de consecință:

i. în principal, respingerea contestației SRL ca fiind lipsită de interes sau inadmisibilă,

ii. în subsidiar, respingerea contestației SRL ca nefondată, cu consecința menținerii în totalitate a actelor emise în cadrul procedurii de atribuire finalizată prin emiterea raportului procedurii de atribuire nr. 1600/09.08.2023 și a tuturor actelor anterioare și subsecvente ale acestuia.

Totodată, solicită obligarea SRL la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației, pentru următoarelor motive:

I. Aspecte esențiale pentru justa soluționare a cauzei:

A. Poziția Ministerului Sănătății confirmă în totalitate apărările sale din cererea de intervenție:

În urma studierii dosarului nr. 2359/2023 la sediul CNSC, în data de 06.09.2023, a luat act de punctul de vedere nr. 1714/..... al autorității contractante. În acest sens, subliniază următoarele precizări ale acesteia:

- încă de la început, arată, contrar motivelor din contestație, că dreptul SRL de a avea acces la documentele din dosarul de achiziție care nu au fost declarate și probate confidențiale nu a fost restricționat de autoritatea contractantă;

- achizițtoarea reconfirmă în totalitate apărările sale subsumate caracterului confidențial al datelor și informațiilor care vizează experiența similară și propunerea tehnică și financiară. Interzicerea accesului la acestea nu constituie un abuz de drept din partea intervenientei (sau al autorității contractante), ci prerogativa exercitării de către intervenientă a unor drepturi conferite legal prin dispozițiile art. 57 alin. (1) și (4) și art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016;

- achizițtoarea confirmă argumentele sale conform cărora dreptul de acces la informații ce au fost declarate confidențiale nu este un drept absolut, ci unul limitat la necesitatea asigurării unui just echilibru între principiul transparenței și protecția confidențialității și a secretelor comerciale. Această limitare se impune având în vedere riscul major la care se expune un operator economic în măsura în care astfel de informații ar fi dezvăluite unui concurent, în special atunci când discutăm despre programe/metode informatice care, în lipsa protejării lor, ar fi copiate de ceilalți ofertanți, fapt ce ar conduce la pierderea avantajului concurențial (pentru dezvoltări, facem trimitere la apărările din secțiunea B din cererea de intervenție).

- arată motivele pentru care oferta sa a îndeplinit toate cerințele din documentația de atribuire, inclusiv cele referitoare la experiența similară sau de conformitate.

Astfel, intervenienta susține că confirmă în totalitate apărările sale din cererea de intervenție.

B. SRL este de rea-credință în formularea acestui demers în fața CNSC:

Pe lângă aspectele deja invocate în cuprinsul cererii de intervenție, intervenienta consideră atitudine de rea-credință a petentei fiind dovedită prin următoarele:

- sub un prim aspect, din studiul dosarului nr. 2359/2023 la CNSC, a observat că petenta a formulat propria sa declarație de confidențialitate prin care a solicitat interzicerea accesului terților la informațiile din propunerea tehnică și propunerea financiară și la documentele ce alcătuiesc experiența similară (a se vedea Decizia nr. 358/08.05.2023);

- în dovedirea caracterului confidențial, contestatoarea atunci când a formulat propria declarație de confidențialitate folosește argumente identice celor din declarația pe care o critică, pe care le exemplifică. În ceea ce privește experiența similară, SRL face referire la „toate informațiile referitoare la experiența similară prezentate, constând în: date de identificare ale diverșilor beneficiari (...), părți relevante din contracte, acceptanțe, procese-verbale, facturi, documente de plată, extrase bancare, scrisori de recomandare etc.” și consideră că „prin dezvăluirea acestor informații către terțe persoane s-ar putea obține un avantaj competitiv față de subscrisa”.

Deci, autoritatea contractantă a respectat declarația de confidențialitate a asocierii SRL, așa cum a respectat și declarația de confidențialitate a asocierii criticate.

Prin urmare, contrar celor afirmate în contestație, nu există niciun motiv pentru care autoritatea contractantă sau CNSC, confruntate cu situații identice (în care cei doi ofertanți la procedura de achiziție formulează declarații de confidențialitate), ar trebui să dea soluții diferite. Nu se poate accepta că anumite informații sunt confidențiale doar în ceea ce privește asocierea având ca lider contestatoarea, dar nu sunt confidențiale în ceea ce privește asocierea declarată câștigătoare. În caz contrar, s-ar naște premisele unei discriminări ale celor doi ofertanți, doar pe criteriul că una din cele două oferte a fost declarată câștigătoare, iar cealaltă nu.

Astfel, potrivit pct. II.2.13 din anunțul de participare, acest proiect face parte dintr-un program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene cunoscut sub denumirea „Programul Operațional Competitivitate - POC”, valabil până la finalul anului 2023 (în mai puțin de 4 luni). Or, prin introducerea contestației, vădit neîntemeiate, petenta urmărește tergiversarea procesului de obținere a fondurilor respective și, finalmente, blocarea semnării contractului de achiziție publică.

II. DISPOZIȚIILE LEGALE INCIDENTE:

La soluționarea cererii de intervenție, solicită Consiliului să aibă în vedere următoarele norme și dispoziții legale care interzic accesul

SRL la documentele confidențiale, respectiv art. 19 din Legea nr. 101/2016, precum și art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016, art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precum și toate celelalte dispoziții invocate în cuprinsul cererii de intervenție.

III. ADMISIBILITATEA CERERII DE INTERVENȚIE:

Întrucât atât a urmărit aceeași finalitate ca și autoritatea contractantă, respectiv respingerea contestației și păstrarea rezultatului procedurii de achiziții finalizate prin raportul procedurii nr. 1600/09.08.2023, cererea de intervenție este admisibilă în principiu.

În cauză, sunt îndeplinite toate condițiile interesului conform art. 33 C.pr.civ., acesta fiind determinat, legitim, personal, născut și actual. Intervenienta precizează că este câștigătoarea procedurii de achiziții publice, în baza criteriului „Cel mai bun raport calitate-preț”, fiind direct interesată în menținerea raportului procedurii nr. 1600/09.08.2023 și a tuturor actelor subsecvente.

IV. PE CALE DE EXCEPȚIE, SE IMPUNE RESPINGEREA CONTESTAȚIEI ÎN PRINCIPAL CA LIPSITĂ DE INTERES, IAR ÎN SUBSIDIAR CA INADMISIBILĂ:

A. Excepția lipsei de interes a capetelor de la punctul I din contestație, precum și a capătului de cerere subsidiar II:

Prin aceste concluzii scrise, își menține integral apărările din cererea de intervenție subsumate excepției lipsei de interes.

Lipsa de interes poate fi explicată astfel: contestatoarea solicită în cuprinsul aceleiași acțiuni atât reevaluarea ofertelor, cât și anularea procedurii, în condițiile în care oferta sa nu a fost respinsă, ci declarată admisibilă, dar necâștigătoare. Or, o astfel de atitudine denotă în mod clar lipsa unui interes legitim al contestatoarei, care nu urmărește apărarea propriei oferte, ci mai degrabă împiedicarea atribuirii contractului de achiziții publice subscrisei și accesarea unor date și informații confidențiale din oferta contestatoarei, cu scopul de a folosi respectivele informații în interes propriu, în dauna sa.

Astfel, își menține integral apărările din cererea de intervenție, astfel cum acestea au fost formulate.

B. Excepția inadmisibilității capătului de cerere II din contestație:

Capătul de cerere subsidiar prin care se solicită anularea procedurii în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 este inadmisibil. În acest sens, trebuie să se aibă în vedere că, în atribuțiile Consiliului, nu intră și prerogativa de a „anula” procedura de atribuire, o asemenea măsură putând fi luată numai de către autoritatea contractantă și numai în cazurile și condițiile expres prevăzute de lege la art. 212 din Legea nr. 98/2016. Or, în cauză, Consiliul nu poate proceda în maniera indicată de contestatoare, pretențiile sale fiind inadmisibile.

V. ÎN CAUZĂ SE IMPUNE RESPINGEREA CONTESTAȚIEI CA NEÎNTEMEIATĂ:

În combaterea criticilor privind restricționarea nelegală a accesului petentei la dosarul achiziției (subsumate punctului 2 din cererea introductivă), în cuprinsul cererii de intervenție, intervenienta a demonstrat pe larg următoarele:

A. Aspecte ce țin de declararea caracterului confidențial al ofertei asocierii declarate câștigătoare:

În primul rând, declarația de confidențialitate respectă în tot dispozițiile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) HG nr. 395/2016.

În al doilea rând, nu există nicio încălcare a dreptului de acces la o cale efectivă, întrucât:

(i) posibilitatea studierii documentelor, mai puțin a acelor declarate confidențiale, a fost asigurat de autoritatea contractantă în data de 11.08.2023, sens în care s-a încheiat procesul-verbal al ședinței la sediul acesteia;

(ii) refuzul autorității contractante de a pune la dispoziția petentei documentele confidențiale este unul justificat, ce ține de asigurarea protecției confidențialității și respectării secretelor comerciale;

(iii) normele din materia domeniului concurenței se opun ca secretele de afaceri sau comerciale să fie dezvăluite terților, fără acordul acestora .

Aceste apărări sunt confirmate expres și de achizitoare prin punctul său de vedere.

În al treilea rând, principiul transparenței a fost respectat în cauză, restricționarea accesului la datele și informațiile confidențiale fiind făcut în mod legal, în acord cu jurisprudența obligatorie a CJUE invocată prin cererea de intervenție și în acord cu deciziile naționale pe care intervenienta le-a invocat ca practica judiciară.

B. Invocă jurisprudența CJUE și a instanțelor naționale în ceea ce privește protecția informațiilor confidențiale.

C. În respectarea criteriului „cel mai bun raport calitate-preț”, oferta asocierii pe care o reprezintă este singura care ar fi putut fi declarată câștigătoare:

În primul rând, în dovedirea cerinței privind experiența similară, consideră că este îndeplinită, deoarece a depus 3 contracte în valoare cumulată de cel puțin 50.000.000 lei, care includ:

(i) dezvoltare și implementare a unui sistem informatic;

(ii) livrare și instalare de echipamente hardware, tip server, storage, de comunicații etc.;

(iii) livrarea și instalarea de produse software și

(iv) servicii de dezvoltare cunoștințe prin cursuri de formare.

În al doilea rând, contrar alegațiilor petentei, cifra de afaceri medie a asocierii sau a membrilor acesteia nu prezintă relevanță sub aspectul capacității tehnice sau financiare.

În al treilea rând, argumentul contestatoarei conform căruia numai entități partenere „Oracle” sau „IBM” (care se regăsesc pe site-ul acestora), ar fi putut fi cooptate pentru aducerea la îndeplinire a contractului de achiziții nu este fondat. În acest sens, subliniază două argumente principale:

Sub un prim aspect, argumentul invocat ține exclusiv de soluția tehnică avută în vedere de asocierea al cărei lider este. Modul de întocmire a ofertei este o responsabilitate ce revine fiecărui ofertant și care se realizează în concordanță cu propriile cunoștințe și capacități. Faptul că asocierea având ca lider contestatoarea a ales o anumită soluție tehnică (soluție care, potrivit susținerilor sale, implică o colaborare cu producătorii Oracle sau IBM) nu înseamnă că, la rândul său, și asocierea al cărei lider este trebuia să aleagă o soluție sau o colaborare similară.

În acest sens, precizează că achizițtoarea a susținut în punctul de vedere că soluția tehnică avută în vedere de asocierea a cărei ofertă este criticată este conformă.

Mai mult, în urma studierii documentelor aflate la dosarul achiziției pus de dispoziție de către CNSC, se constată faptul că evaluarea tehnică a fost realizată de personal specializat din cadrul Serviciului de Telecomunicații Speciale („STS”), în calitate de experți cooptați în procesul de evaluare a propunerilor tehnice. Interesul experților cooptați de la STS de a evalua corect soluțiile oferite este cu atât mai mare cu cât componentele hardware și de comunicații pentru nodul principal vor fi localizate la sediul STS, conform caietului de sarcini.

Astfel, consideră că evaluarea propunerilor tehnice a fost realizată într-un mod responsabil de către persoane care dețin cunoștințele necesare în vederea analizei soluțiilor tehnice oferite, în baza documentelor prezentate în cadrul ofertelor, pe când analiza contestatoarei asupra presupuselor soluții oferite și detaliată în contestație este bazată pe simple supoziții.

Singura structură cu putere de decizie asupra conformității unei oferte este strict comisia de evaluare desemnată de autoritatea contractantă, sprijinită de recomandările experților cooptați din cadrul STS.

Pe cale de consecință, argumentele invocate de SRL, conform cărora oferta având ca lider pe SA este neconformă, nu pot fi luate în considerare de către CNSC, întrucât contestatoarea nu se poate erija în comisie de evaluare.

Sub un al doilea aspect, în realitate, nu doar partenerii care se regăsesc pe site-urile celor doi producători pot fi avuți în vedere, atât timp cât pe piața de profil există și distribuitori/redistribuitori ai acestor produse.

Mai mult, nu doar cei doi producători menționați oferă suport pentru cele 3 componente solicitate de autoritatea contractantă (așa cum s-a afirmat de contestatoare). Înainte de depunerea cererii de finanțare la autoritățile competente, precum și înainte de demararea procedurii de achiziții publice, autoritatea contractantă a transmis Comitetului Tehnico-Economic, printre altele, și Anexa nr. 6 - Matricea de neutralitate, în conformitate cu HG nr. 941/2013 și cu respectarea principiilor privind neutralitatea din punct de vedere tehnologic (în sensul că nu se favorizează

o anumită marcă, soluție tehnologică, hardware sau software și oferă posibilitatea unei extinderi ulterioare). Completarea Anexei 6 - Matrice de neutralitate presupune prezentarea de către achizitor a cel puțin 3 tehnologii comparabile cu privire la soluția tehnică, de la producători diferiți, numărul acestora nefiind însă limitat.

Pentru toate aceste motive, solicită admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată și motivată.

..... SRL, prin adresa nr. 2102/07.09.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 49281/08./09.2023, a transmis Note scrise, precizând următoarele:

Procese verbale de evaluare ale autorității cu privire la propunerea tehnică a asocierii SA - SRL - SRL - SRL și documentele depuse de acest ofertant în susținerea DUAE confirmă susținerile sale din contestație referitoare la inacceptabilitatea și neconformitatea ofertei desemnate câștigătoare.

Consideră că apărările autorității contractante din punctul său de vedere demonstrează caracterul părținitor al evaluării ofertei SA, iar intervenienta confirmă, involuntar, toate susținerile sale referitoare la caracterul nedovedit al declarației sale de confidențialitate din ofertă și la tratamentul părținitor de care a beneficiat din partea autorității, dezvăluind că autoritatea i-a permis să-și motiveze și să-și probeze declarația de confidențialitate prin adresa nr. 3699/16.08.2023, după finalizarea evaluării și desemnarea ofertei câștigătoare, și respectiv după ce autoritatea i-a refuzat societății sale accesul neîngrădit la documentele dosarului achiziției conform art. 217 alin. (6) din Legea 98/2016, tocmai sub pretextul caracterului pretins justificat și dovedit confidențial al ofertei SA.

Atât autoritatea contractantă, cât și intervenienta formulează doar apărări generale, fără să dovedească, în concret netemeinicia contestației formulată de SRL.

I. Excepția lipsei de interes

Intervenienta a invocat excepția lipsei de interes prin raportare la capetele de cerere de la punctul I al contestației, precum și în ceea ce privește punctul II din contestație, susținând că nu ar fi demonstrat „folosul practic urmărit”.

Susține că excepția este neîntemeiată, folosul practic urmărit fiind refacerea legalității și transparenței în procedură, asigurarea accesului său la o cale de atac efectivă, respingerea ofertei SA și câștigarea contractului.

Observă că excepția se raportează strict la capetele de cerere de la punctul I, precum și la punctul II din contestație. Or, a indicat în cadrul capătului de cerere 1.2 raportul procedurii nr. 1600/09.08.2023 ca act al autorității care o „clasează la stadiul de persoană vătămată” și care îi creează prejudicii, atât prin desemnarea admisibilă și câștigătoare a ofertei SA, cât și prin reținerea caracterului pretins confidențial al informațiilor legate de această ofertă, la care ia fost restricționat accesul în mod nelegal.

De aceea a solicitat anularea raportului procedurii, a tuturor deciziilor și actelor incidente, anterioare sau subsecvente, precum și reevaluarea ofertei intervenientei și a ofertei sale.

Admiterea acestor capete de cerere poate conduce la respingerea ofertei SA și la desemnarea câștigătoare a ofertei sale, un folos practic evident pe care intervenienta pretinde că nu îl distinge.

Totodată, prin capătul de cerere subsidiar II, privind anularea procedurii, în măsura în care nu ar mai fi posibilă remedierea încălcărilor din evaluare, consideră salvagardarea drepturilor și intereselor sale legitime, ca soluție ultimă, pentru a nu-i permite autorității să se prevaleze de propria culpă și pentru a îi conserva posibilitatea de a participa într-o eventuală reofertare a contractului, ulterioară anulării, jurisprudența confirmând în mod constant interesul legitim al unui asemenea capăt de cerere subsidiar.

II. Excepția inadmisibilității punctului II din contestație:

Intervenienta susține că ar fi inadmisibil capătul de cerere subsidiar privind anularea procedurii, pretinzând că prevederile legale (art. 8 din Legea 101/2016, art. 212 din Legea 98/2016) nu i-ar permite Consiliului să anuleze procedura în baza solicitării sale.

În realitate, potrivit art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, Consiliul poate dispune anularea procedurii de atribuire în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

Or, tocmai aceasta este ipoteza invocată în cuprinsul capătului de cerere pretins inadmisibil.

Intervenienta mai pretinde că o contestație formulată în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea 101/2016 nu poate conduce la anularea procedurii de către Consiliu, deoarece textul art. 8 nu ar menționa această posibilitate.

Prevederile Legii nr. 101/2016 trebuie interpretate coroborat, sistematic și astfel încât să poată produce efecte: art. 26 alin. (2) lit. c) privind anularea procedurii de către Consiliu nu ar putea deveni incident decât în contextul unei contestații formulate în temeiul art. 8.

Consiliul nu ar putea pronunța o asemenea soluție, prevăzută de lege, decât dacă, înainte de verificarea condiției privind imposibilitatea remedierii actului atacat, ar fi investit cu soluționarea unei contestații de către un operator economic, în temeiul art. 8 din Legea 101/2016.

Nu în ultimul rând, faptul că art. 212 din Legea 98/2016 se referă la obligația autorității de a anula procedura, iar nu a Consiliului, nu prezintă relevanță, Consiliul putând obliga autoritatea la emiterea unui act, în acest caz actul de anulare a Procedurii.

Excepția inadmisibilității capătului II de cerere este astfel neîntemeiată și se impune a fi respinsă ca atare.

III. Restricționarea nelegală a accesului SRL la dosarul achiziției:

(i) Accesul acordat de Consiliu nu acoperă nelegalitatea actelor contestate ale autorității:

Consideră că autoritatea contractantă avea obligația de a-i acorda acces neîngrădit, în termen de o zi lucrătoare de la data primirii cererii, la documentele redactate în cursul evaluării, la documentele privind experiența similară SA (care nu reprezintă, în mod evident, informații din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost) și la informațiile care nu au fost declarate și probate ca fiind confidențiale (chiar din propunerea tehnică/financiară SA).

Numai prin respectarea art. 57 alin. (1) și (4) și art. 217 alin. (5) și (6) din Legea 98/2016 poate fi asigurat accesul la o cale de atac efectivă și dreptul la apărare, conform Legii 101/2016 și Directivei 89/665/CEE.

În lipsa accesului la informațiile din dosarul achiziției, dreptul la o cale de atac este golit de conținut, devenind o formă fără fond, iar transparența procedurii de atribuire este complet anihilată.

În data de 06.09.2023 Consiliul a dat curs solicitării sale de acces la dosar în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea 101/2016, punându-i la dispoziție o parte din documentele pe care le-a solicitat și la care autoritatea contractantă i-a restricționat nelegal accesul, inclusiv procesele verbale de evaluare ale achizitoarei.

Accesul acordat de Consiliu în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea 101/2016 nu este în măsură să acopere nelegalitatea actelor contestate ale autorității prin care aceasta și-a încălcat obligațiile ce îi reveneau conform art. 57 alin. (1) și (4) și art. 217 alin. (5) și (6) din Legea 98/2016.

Nelegalitatea adresei autorității nr. 1616/10.08.2023, prin care aceasta i-a restricționat în mod nelegal accesul la documente și informații din oferta desemnată câștigătoare, care nu fuseseră (sau care nu puteau să fie) declarate și probate ca fiind confidențiale, nelegalitatea raportului procedurii nr. 1600/09.08.2023 care la pct. 2.4.8 confirmă pretinsa confidențialitate a tuturor informațiilor declarate confidențiale de ofertantul câștigător (practic, întreaga ofertă), ca și când acestea ar fi fost și probate ca fiind confidențiale, și respectiv nelegalitatea refuzului autorității de a soluționa în termenul legal cererile noastre de acces, trebuie analizate prin raportare la conduita Autorității și la prevederile legale aplicabile acesteia la data emiterii acestor acte, iar nu prin raportare la modalitatea în care Consiliul a aplicat o altă prevedere legală, la o dată ulterioară actelor contestate și prejudiciilor provocate de acestea.

Accesul acordat de Consiliu la data de 06.09.2023, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea 101/2016, nu poate restabili transparența procedurii de atribuire și nici nu poate asigura dreptul său la o cale de atac eficace, mai ales în condițiile în care Consiliul i-a pus la dispoziție peste 1000 de pagini de documente, oferindu-i numai o zi lucrătoare pentru formularea concluziilor scrise (07.09.2023).

Mai mult, nu a primit acces decât parțial la documentele solicitate, oferta SA și clarificările acesteia nefiind puse la dispoziția sa, probabil în vederea evitării unei posibile antepuneri prin raportare la capetele de cerere ale contestației.

(ii) Justificarea declarației de confidențialitate ulterior finalizării evaluării, prin intermediul solicitării transmise de autoritate după cererea de acces la dosar, este nelegală:

Argumentele intervenientei în ceea ce privește dovedirea declarației de confidențialitate sunt contradictorii și relevă faptul că aceasta nu și-a justificat declarația de confidențialitate în condițiile prevăzute de art. 57 alin. (4) din Legea 98/2016.

În concret, cu toate că aceasta afirmă că a probat declarația de confidențialitate prin documente depuse la dosarul achiziției, recunoaște, în același timp, că autoritatea contractantă a fost nevoită să îi transmită acesteia o solicitare în vederea justificării și probării caracterului confidențial al informațiilor, ca reacție la cea de a doua cerere de acces la dosar formulată prin adresa înregistrată la achizitoare cu nr. 1634/16.08.2023.

Intervenienta declară în cererea de intervenție că prin răspunsul transmis (ulterior finalizării evaluării) i-a comunicat autorității contractante *„detalii suplimentare pentru încadrarea tuturor înscrisurilor menționate ca fiind confidențiale, justificând (din nou) această încadrare și demonstrând (din nou) prin mijloace de probă caracterul confidențial al documentelor.”*

Consideră că o asemenea solicitare implică, în mod evident, faptul că documentele disponibile la dosarul achiziției nu erau suficiente pentru a justifica și proba caracterul confidențial al informațiilor vizate, contrar susținerilor intervenientei.

Or, prevederile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 stabilesc foarte clar momentul în care operatorii trebuie să facă dovada confidențialității, precum și sancțiunea care intervine atunci, acesta nu este respectat.

Deci, intervenienta nu avea niciun drept să își motiveze declarația de confidențialitate ulterior finalizării raportului procedurii, când ofertele (inclusiv declarațiile de confidențialitate) au fost deja evaluate de autoritatea contractantă.

Mai mult decât atât, această suplimentare tardivă este incompatibilă cu prevederile art. 217 alin. (6) care prevăd un termen extrem de scurt în care achizitoarea este obligată să permită accesul la informație operatorilor, tocmai pentru că evaluarea cu privire la declarațiile de confidențialitate și dovezile furnizate în acest sens trebuie să fi fost realizată deja la acel moment.

Autoritatea contractantă avea deci obligația să verifice suficiența justificărilor odată cu analiza ofertelor și nu ulterior, când procesul de evaluare a acestora a luat sfârșit.

În contextul nelegalității a comportamentului achizitoarei, Consiliul nu ar trebui să ia în considerare justificările tardive aduse de către

(iii) Informațiile prezente la dosarul achiziției nu au reprezentat dovezi suficiente pentru a justifica declarația de confidențialitate SA.

Menționează că, principala apărare formulată atât de autoritatea contractantă, cât și de intervenientă este că informațiile prezente la dosarul achiziției au reprezentat dovezi suficiente pentru a justifica declarația de confidențialitate.

Pe lângă evidenta contradicție dintre cele două apărări, fiind imposibil ca informațiile depuse la dosar să fie suficiente în contextul în care autoritatea a solicitat suplimentarea lor, petenta consideră că apărările formulate sunt extrem de generale și superficiale. Majoritatea dintre acestea se referă, într-o manieră generală, la numeroasele documente depuse de intervenientă în dovedirea declarației, fără să le identifice sau să explice relevanța acestora.

Puținele documente care sunt identificate concret de către intervenientă sau de către autoritate relevă faptul că acesteia nu i-au fost puse la dispoziție decât simple declarații, nu adevărate justificări.

Mai mult, faptul invocat că intervenienta ar fi depus la dosarul achiziției contracte în susținerea experienței similare care conțin clauze de confidențialitate este infirmat de procesul verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, nr. 1587/08.08.2023, în care autoritatea contractantă enumeră documentele justificative depuse de SA în susținerea experienței sale similare, fiind vorba de facturi, procese-verbale de acceptanță și comenzi, nicidecum de contractele efective.

Chiar și dacă ar fi depus asemenea contracte, nu înseamnă automat că aceasta și-a justificat declarația. Intervenienta avea obligația să arate cum exact s-ar aplica aceste clauze de confidențialitate și de ce este necesară o confidențializare integrală a contractelor și chiar a întregii oferte (cum a interpretat autoritatea) pentru a evita încălcarea acestor pretinse clauze.

Mai mult decât atât, chiar dacă aceste clauze ar justifica confidențializarea contractelor propriu-zise depuse ca dovadă a experienței similare, nu consideră că acestea ar justifica și confidențializarea informațiilor din evaluarea autorității care rezumă experiența similară a ofertantului, având în vedere că nu poate fi considerat confidențial simplul fapt că acesta a desfășurat, la un moment dat, relații contractuale cu un alt operator economic.

De altfel, această interpretare, conform căreia informațiile privind experiența similară nu pot fi confidențializate în totalitate este confirmată de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

Similar, în cazul certificatului ORDA, operatorul avea obligația să arate relevanța acestuia, indicând, de exemplu, ce parte a propunerii tehnice intră în sfera sa de protecție, fiind greu de imaginat că o soluție tehnică personalizată pentru autoritatea contractantă ar fi în integralitate vizată de acest certificat.

Dar, SA nu a depus certificatul ORDA în ofertă și nici pentru justificarea confidențialității ofertei sale, ci abia prin adresa nr. 3673/17.07.2023, înregistrată cu nr. 1467/18.07.2023, în contextul clarificării modalității de licențiere a unei componente a ofertei. Acest lucru este confirmat de procesul-verbal final privind evaluarea conformității

propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, nr. 1516/24.07.2023.

De altfel, rezultă din procesul-verbal de evaluare tehnică că certificatul ORDA se referă doar la autorizarea de producere și comercializare pentru aplicația utilitară NexGen.AI, o mică componentă a ofertei, nicidecum la întregul obiect al propunerii tehnice.

..... SA a considerat, în mod eronat, că era în sarcina autorității contractante să găsească justificări și probe pentru confidențialitatea ofertei sale, astfel încât din ele să rezulte argumentele în favoarea confidențializării, de vreme ce nu a transmis asemenea justificări și probe prin declarația sa de confidențialitate, odată cu oferta, astfel cum avea obligația conform legii și documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă și-a asumat această sarcină, care nu îi revine potrivit legii, procedând la a „căuta” argumente în favoarea SA printre informațiile disponibile la dosarul achiziției. Însă, în încercarea de a fundamenta declarația de confidențialitate în locul SA, autoritatea contractantă ajunge să facă afirmații absurde.

În concret, aceasta afirmă că SA este autorul ofertei depuse, care este o operă în înțelesul și interpretarea Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe. Potrivit acestei logici, orice ofertant, în orice procedură, ar avea, automat, dreptul la confidențializarea ofertei sale, aceasta fiind, prin natura sa, o operă protejată de drepturi de autor.

În mod evident, această interpretare lipsește de orice finalitate prevederile art. 57 alin. (4), precum și ale art. 271 alin. (6) care impun ca operatorii să facă dovada informațiilor confidențiale.

În consecință, justificările intervenientei și ale autorității contractante nu pot fi luate în considerare de Consiliu, fiind insuficiente pentru a dovedi legitimitatea restrângerii accesului Subscrisei la dosarul achiziției.

IV. Oferta asocierii SA - SRL - SRL - SRL, consideră că trebuia respinsă ca inacceptabilă:

Potrivit procesului verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, nr. 1587/08.08.2023, asocierea SA - SRL - SRL - SRL a invocat în DUAE 3 contracte pentru a-și justifica experiența similară:

(i) contract nr. 3313.1/04.08.2022, încheiat între ofertantul unic SA și beneficiarul SRL, având ca obiect achiziția de produse și servicii aferente unei soluții informatice pentru asigurarea unei infrastructuri hardware de tip Data Center Activ-Pasiv plus Back-up și Disaster Recovery, în valoare de 2.403.028,93 lei („Contractul Data Center Activ- Pasiv plus Back-up și Disaster Recovery”),

(ii) contractul de subcontractare nr. MMS347/2649/29.09.2021, încheiat între subcontractantul SA și contractantul principal SA, având ca obiect realizarea și implementarea unei platforme online de schimbare a

furnizorului de energie electrică și gaze naturale la nivel național, în valoare de 5.847.168 lei („Contractul de realizare platformă online”),
(iii) contractul nr. 16/30.08.2021, încheiat între ofertantul unic SRL și SRL, având ca obiect furnizarea de produse - soluție software destinată evaluării securității cibernetice și soluție software OSINT, în valoare de 46.135.989,8 lei („Contractul de furnizare soluție software OSINT”).

Autoritatea contractantă i-a cerut acestei asocierii prin solicitarea de clarificări nr. 1526/25.07.2023 să transmită *„documente justificative în susținerea experienței similare, așa după cum au fost acestea declarate în DUAE, respectiv copii după contracte și procese-verbale de recepție/facturi din care să reiasă (...)”*.

Prin răspunsul de clarificare, această asocierea nu a furnizat niciun contract în susținerea experienței similare, ci doar facturi, procese-verbale de primire și comenzi.

Prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă încearcă să devieze atenția Consiliului de la inexistența experienței similare a ofertantului desemnat câștigător prin invocarea unei clarificări la documentație care ar fi eliminat obligația cumulării la nivelul fiecăruia dintre cele maxim 3 contracte acceptate, pentru scopul demonstrării experienței, a tuturor celor 4 categorii de activități solicitate.

Raționamentul autorității este matematic incorect: 4 categorii de activități nu pot fi demonstrate prin maxim 3 contracte decât dacă cel puțin 2 categorii de activități sunt cumulate, integrate la nivelul unui singur contract.

Mai important, contrar susținerilor autorității și intervenientei, chiar dacă nu era necesară cumularea tuturor celor 4 activități la nivelul fiecăruia dintre cele 3 contracte prezentate, ofertanții aveau în continuare obligația de a-și justifica experiența numai prin contracte de furnizare atât hardware, cât și software, după cum rezultă din textul cerinței, astfel cum a fost modificat prin clarificare.

Așadar, nu era suficientă demonstrarea realizării unor servicii „similare” - noțiune redefinită prin clarificarea la documentație, ci și ca serviciile „similare” să fi inclus și furnizare de echipamente hardware și software, în valoare cumulată de cel puțin 50.000.000 lei.

Or, solicită Consiliului să observe că principalul contract (prin valoare) invocat de asociere, respectiv Contractul de furnizare soluție software OSINT, nu a inclus și furnizarea de echipamente hardware, astfel încât acesta nu putea fi luat în considerare pentru îndeplinirea cerinței.

Prin celelalte două contracte rămase, în valoare de 2.403.028,93 lei și respectiv 5.847.168 lei, asocierea nu atinge pragul minim de 50.000.000 lei, conform cerinței documentației.

Mai mult, informațiile declarate de intervenientă în ofertă și în clarificare cu privire la Contractul Data Center Activ-Pasiv plus Back-up și Disaster Recovery sunt incorecte, contrare realității și informațiilor publice.

Deși intervenienta a declarat că a fost ofertant unic pentru realizarea acestui contract, și că beneficiar a fost SRL, rezultă chiar din comunicatul de presă SA că datele reale sunt diferite.

Această informație este confirmată de raportul nr. 3286 transmis de SA către Bursa de Valori, în conformitate cu Legea nr. 24/2017, prin care anunță încheierea unui contract semnificativ: „..... SA anunță semnarea, în parteneriat cu SC SRL, a contractului cu Regia Autonomă "Monitorului Oficial" pentru livrarea unei soluții integrate de tip Data Center Activ - Pasiv plus Back-Up și Disaster Recovery. Suma totală a activităților și echipamentelor livrate de SA este de 1,032,402 EUR plus TVA, iar marja așteptată este de 9%. Soluția va fi livrată până la sfârșitul acestui an calendaristic."

Nu în ultimul rând, a remarcat că ofertantul desemnat câștigător nu a dovedit nici realizarea altor activități solicitate în cadrul cerinței, spre exemplu: *Serviciile de dezvoltare cunoștințe prin cursuri de formare nu pot fi echivalate cu „suportul tehnic aferent produselor furnizate”,* în cadrul contractului de furnizare soluție software OSINT.

Autoritatea nu a făcut nicio verificare în acest sens și nu a solicitat nicio clarificare cu privire la experiența similară SA.

De altfel, apărările autorității privind pretinsa irelevanță a cifrelor de afaceri ale societăților asocierii criticate sunt diversioniste și neîntemeiate.

Nicăieri că nu a specificat că cifra de afaceri ar fi o cerință de calificare în procedură, cum sugerează autoritatea, dar cerința privind experiența similară presupunea demonstrarea realizării unor servicii de o valoare cumulată minimă considerabilă (50.000.000 lei), sarcină imposibilă pentru societăți precum cele ce formează asocierea, ale căror cifre de afaceri anuale totale sunt inferioare nivelului cerinței.

Acest lucru se confirmă, de altfel, prin informațiile din procesul verbal de evaluare, care demonstrează că oferta desemnată câștigătoare nu a îndeplinit cerința de experiență similară, astfel cum aceasta a fost modificată prin clarificare.

În consecință, oferta intervenientei se impunea să fie respinsă ca inacceptabilă pentru nedovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, astfel cum am susținut și în contestație.

V. Apărările privind faptul că oferta asocierii SA - SRL - SRL - SRL trebuia respinsă ca neconformă:

Menționează că față de criticile din contestației sunt confirmate și de procesele verbale de evaluare tehnică privind oferta SA.

Mai exact, deși nu a primit acces la propunerea tehnică SA, din conținutul clarificărilor adresate de autoritate ofertantului câștigător, precum și din procesul-verbal final privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, și, după caz, factorii de evaluare, nr. 1516/24.07.2023, reiese că soluția tehnică ofertată de către intervenientă este NexGen.AI by, astfel cum a anticipat și în contestație.

Contrar afirmațiilor autorității contractante și ale intervenientei, această soluție tehnică nu îndeplinește condițiile impuse în caietul de sarcini, cum ar fi:

(i) Cerințele prevăzute în caietul de sarcini cu privire la baza de date nu sunt îndeplinite;

(ii) Cerințele prevăzute în caietul de sarcini, cu privire la serverul de aplicație nu sunt îndeplinite de propunerea tehnică ofertată.

Pentru toate aceste motive, cât și pentru cele detaliate în contestație, se impune admiterea contestației.

..... SA, prin adresa nr. 2012/18.09.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 51002/19.09.2023, a transmis punct de vedere în referire la notele scrise nr. 2102/07.09.2023 formulate de SRL, prin care a solicitat:

i. respingerea ca inadmisibile motivele noi de contestație prezentate și următoarele din note, referitoare la pretinsa neconformitate a ofertei asocierii SA - SRL - SRL - SRL;

ii. respingerea contestației SRL ca neîntemeiată, precum și obligarea SRL la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

În acest sens prezintă următoarele:

I. INADMISIBILITATEA MOTIVELOR NOI DE CONTESTARE:

În Notele scrise depuse la data de 08.09.2023, SRL a invocat pe calea concluziilor scrise motive de noi de contestare în raport de cele prezentate în cuprinsul contestației inițiale, ceea ce este inadmisibil, invocând dispozițiile art. 21 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016.

Prin notele scrise, SRL a încălcat aceste prevederi legale, prin prezentarea unor motive noi de contestare în raport de cele prezentate în cuprinsul contestației inițiale. Orice modificare a cererii, prin adiționarea unor motive noi de contestație, nu se poate face ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

Mai precis, analizând criticile subsumate secțiunii nr. III din cererea introductivă se observă că, inițial, contestatoarea s-a prevalat de motive ce țin de neîndeplinirea experienței similare solicitate prin raportare la: (i) pretinsa neîndeplinire a cerinței privind realizarea cifrei de afaceri și (ii) neconformitatea cerințelor funcționale minimale și obligatorii pentru fiecare componentă în parte, care ar fi putut fi demonstrată numai în parteneriat cu societăți furnizoare de tip IBM sau Oracle. Toate aceste critici au fost combătute pe larg, prin cererea de intervenție.

Prin notele scrise, aceasta nu mai reia aceleași pretenții, ci dezvoltă pentru prima dată alte critici de neconformitate, reprezentând: (a) pe de o parte, aspecte noi legate de contractele indicate potrivit procesului-verbal nr. 1587/08.08.2023 și (b) pe de altă parte, aspecte noi de pretinsă neconformitate a soluției tehnice ofertate conNexGen.AI by

Având în vedere că aceste argumente puteau fi invocate pe calea contestației, constată că se încalcă limitele prevăzute de art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, consecința fiind că motivele noi invocate de SRL sunt inadmisibile.

II. CARACTERUL NEFONDAT AL SUSȚINERILOR SRL:

..... SRL afirmă pe calea notelor scrise, în mod cu totul nefundamentat că:

1. Probarea confidențialității ofertei s-ar fi făcut numai după ce autoritatea contractant ar fi refuzat accesul SRL la documentele dosarului achiziției;
2. Documentele suport depusă în dovedirea experienței similare nu ar fi conforme pentru a face dovada capacității tehnice și financiare în realizarea obiectului contractului de achiziții privind „Sistemul informatic pentru registrele de sănătate - RegInterMed”;
3. Soluția tehnică propusă NexGen.AI by nu ar îndeplini condițiile impuse de caietul de sarcini.

Contrar afirmațiilor din notele scrise, susține că aspectele confidențiale ale ofertei asocierii al cărei lider este, atât sub aspectul propunerii tehnice și a propunerii financiare, cât și al experienței similare indicate în DUAЕ, au fost indicate, justificate și dovedite încă de la depunerea declarației de confidențialitate, iar nu ca reacție a restricționării accesului SRL la documentele achiziției conform art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016. De altfel, reiterează argumentele prezentate cu privire la informațiile din Declarația de confidențialitate.

Pe cale de consecință, susținerile SRL sunt nu doar lipsite de interes, ci și neîntemeiate.

Deci, restricționarea accesului la date și informații confidențiale s-a făcut în mod legal, cu respectarea art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016, art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

De altfel, în evaluarea ofertelor (și implicit a experienței similare) au fost implicați și membri din cadrul Serviciului de Telecomunicații Speciale („STS”), care au certificat că sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute în anunțul de participare la licitație și în caietul de sarcini.

Contrar argumentelor din notele scrise, cele 3 contracte enumerate (Contractul nr. 3313.1/04.08.2022 încheiat între SA și SRL, Contractul de subcontractare nr. MMS347/2649/29.09.2021 încheiat între SA și SA și Contractul nr. 16/30.08.2021 încheiat între SRL și SRL) au fost evaluate și declarate admisibile și conforme de către specialiștii din cadrul comisiilor de evaluare a ofertelor, pentru dovedirea experienței similare.

Cu titlu prealabil, subliniază că aceste argumente reprezintă motive de noi de contestație, care sunt inadmisibile, pe de o parte, dar și eronate, pe de altă parte, înțelege să argumenteze astfel:

Contrar raționamentului contestatoarei expus în notele scrise, nu există nicio limitare sub aspectul numărului de activități pe care ar fi trebuit să îl prevadă fiecare contract. Altfel spus, este posibil ca un contract să

prevadă două sau mai multe categorii de activități, ce dovedesc experiența similară, fără ca aceasta să constituie în sine o încălcare a procedurii de atribuire.

Acest aspect este confirmat explicit prin Răspunsul Consolidat publicat de autoritatea contractantă în SEAP în data de 14.02.2023, pe care contestatoarea omite cu rea-credință să îl menționeze.

De altfel, contrar principiului „Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, contestatoarea adaugă în mod nepermis o condiție la lege, fiind astfel încălcate normele și principiile generale ale legislației privind achizițiile publice.

Sub un prim aspect, consideră că nivelul de experiență similară nu trebuia dovedită „numai prin contracte de furnizare atât hardware, cât și software”, așa cum se arată în notele scrise, ci putea fi dovedită și tipul de contracte prezentat.

Prezintă în susținere exprimarea prezentă în procesul-verbal privind evaluarea documentelor suport depuse de ofertanți pentru demonstrarea informațiilor DUAЕ 1587/08.08.2023, la capitolul III (Cerințe privind capacitatea).

Sub un al doilea aspect, cerința experienței similare este demonstrată prin cele 3 contracte, atât din punct de vedere valoric (de cel puțin 50.000.000 lei), cât și din punct de vedere al activităților solicitate. Acest aspect este consemnat expres prin procesul-verbal privind evaluarea documentelor suport depuse de ofertanți pentru demonstrarea informațiilor DUAЕ 1587/08.08.2023.

Pe de-o parte, valoarea cumulată a celor 3 contracte depășește pragul de 50.000.000 lei. Pe de altă parte, prin prestarea serviciilor similare, se înțelege furnizarea următoarelor categorii de activități: (i) servicii de dezvoltare și implementare sistem informatic; (ii) livrarea și instalarea de echipamente hardware de tip server, storage, switch, de comunicații etc.; (iii) livrarea și instalarea de produse software; (iv) servicii de dezvoltare cunoștințe prin cursuri de formare.

În concret, aceste categorii de activități se regăsesc în cele 3 contracte ce atestă experiența similară:

(i) conform Contractului de subcontractare - SA, încheiat în vederea realizării și implementării unei platforme online de schimbare a furnizorului de energie electrică și gaze naturale, cu nr. MMS347/2649 din 28.09.2021, Anexa 1 - centralizator de preț, reies următoarele categorii de activități subcontractate către SA: (i) soluție de bază de date SQL (inclusiv analiză); (ii) soluție arhivă electronică; (iii) soluție Management API; (iv) alte produse software/livrabile; (v) servicii de dezvoltare software; (vi) servicii de suport tehnic; (vii) servicii de instruire; (viii) pachet alte servicii (management proiect, analiză, etc.). Activitățile ce au făcut obiectul contractului de subcontractare redată mai sus, și care au fost în sarcina SA, au fost duse la bun sfârșit astfel cum se confirmă prin procesul-verbal de acceptanță nr. 156565 din 28.09.2022 și prin factura fiscală seria CONNI nr. 2080 din 28.09.2022, documente aflate la dosarul achiziției. Realizarea obiectului acestui contract corespunde prevederilor din Caietul de Sarcini din prezentă speță și acoperă gama activităților solicitate

ca experiență similară, reprezentând servicii ce țin de dezvoltarea și implementarea sistemului informatic, livrarea și instalarea produselor software, precum și serviciile de instruire (servicii de dezvoltare cunoștințe prin cursuri de formare).

(ii) conform Contractului de vânzare-cumpărare nr. 16/30.08.2021 încheiat între asociatul SRL și SRL, acesta prevedea, printre altele, vânzarea produselor și asigurarea suportului necesar pentru implementarea unei soluții software destinată evaluării securității cibernetice, dar care a presupus și livrare de hardware. Contractul a fost executat integral, așa cum rezultă din procesele-verbale de predare-primire din 23.11.2021 și 02.12.2021 (documente puse la dispoziția autorității contractante). Realizarea obiectului acestui contract corespunde prevederilor din Caietul de Sarcini din prezentă speță și acoperă gama activităților solicitate ca experiență similară, activități ce țin de livrarea și instalarea de produse software și hardware.

(iii) conform Contractului de furnizare produse și servicii nr. 3313.1 din 04.08.2022 încheiat între SA și, părțile au prevăzut, la art. 1.1., ca Furnizorul (în speță, SA) să presteze în favoarea Beneficiarului servicii aferente unei soluții informatice pentru asigurarea unei Infrastructuri hardware de tip Data Center Activ - Pasiv plus Back-up și Disaster Recovery. La finalizarea acestui contract, SA a emis factura fiscală nr. CONNN număr 001/04.10.2022 aferentă serviciilor prestate și echipamentelor livrate, în cuprinsul căreia se poate regăsi atât furnizare de hardware (ex. servere, switch-uri) cât și livrare, instalare și configurare produse software. Factura fiscală corespunde prețului contractului, prevăzut de art. IV și nu ar fi putut fi emisă mai înainte de realizarea contractului, în conformitate cu următoarea clauză: „Prețul integral, la care se adaugă TVA aferent, astfel cum a fost stabilit la art IV.1. de mai sus, în termen de maxim 30 zile lucrătoare de la data emiterii facturii finale de către Beneficiar. Factura finală va fi emisă de Furnizor la livrare”.

Realizarea obiectului acestui contract corespunde prevederilor din caietul de sarcini din prezentă speță și acoperă gama activităților solicitate ca experiență similară, activități ce țin de livrarea și instalarea echipamentelor hardware, precum și livrarea și instalarea produselor software.

În concluzi, contrar expunerii contestatoarei, intervenienta susține că:

- a) cele 4 categorii de activități prevăzute în caietul de sarcini au fost asumate de asocierea SA prin contracte similare ca anvergură și efecte;
- b) numărul activităților și serviciilor similare din cuprinsul fiecărui contract este irelevant, atât timp cât autoritatea contractantă nu a impus o astfel de limitare și nici documentele achiziției nu demonstrează contrariul;

c) documentele justificative prezentate au fost expertizate de specialiștii comisiei de evaluare, fiind declarate admisibile și conforme.

Mai subliniază și că, asemenea unei practici constante a Consiliului, rolul acestuia nu este acela de a face o reevaluare din punct de vedere tehnic a ofertelor, aceasta fiind atribuția exclusivă a autorității contractante. Potrivit art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul analizează numai legalitatea și temeinicia actului atacat, fără a avea atribuții în sfera tehnică a ofertelor.

Sub un al treilea aspect criticile contestatoarei din notele scrise, nu invalidează apărările din cererea de intervenție.

Mai întâi, solicită decăderea din dreptul de a mai administra probe pe calea notelor scrise. Anexele nr. 1 și 2 reprezintă înscrisuri noi, pe care contestatoarea nu le-ar fi putut anexa contestației inițiale.

Apoi, Contractul de furnizare produse și servicii nr. 3313.1 din 04.08.2022 a fost încheiat strict între (în calitate de Beneficiar) și SA (în calitate de Furnizor), fiind stabilit, în temeiul principiului autonomiei de voință, modalitatea prin care se va implementa soluția informatică pentru asigurarea unei Infrastructuri hardware de tip Data Center Activ- Pasiv plus Back-Up și Disaster Recovery. Este irelevant că beneficiarul final al proiectului este Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, cât timp înnodata și SA sunt membrii asocierii care și-au asumat implementarea acestui proiect.

În al patrulea rând, oferta SA a îndeplinit cerințele de conformitate, aspect consemnat în raportul 1600/09.08.2023, precum și în procesul-verbal privind evaluarea conformității tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr. 1516/24.07.2023.

Cu titlu prealabil, subliniază că aceste argumente reprezintă motive noi de contestație, care, așa cum a arătat mai sus, sunt inadmisibile. Cu toate acestea, întrucât argumentele noi invocate nu sunt doar inadmisibile, ci și eronate, înțelege să expună următoarele apărări:

- clarificările tehnice ale soluției ofertate NexGen.AI by au fost prezentate de către SA prin adresa nr. 3673/17.07.2023, înregistrată la sub numărul 1467/18.07.2023, deci în perioada de evaluare a ofertelor; își menține în totalitate argumentele prezentate cu acea ocazie;

- evaluarea propunerilor tehnice a fost realizată într-un mod responsabil de către persoane care dețin cunoștințele necesare în vederea analizei soluțiilor tehnice ofertate, în baza documentelor prezentate în cadrul ofertelor, iar singura structură cu putere de decizie asupra conformității unei oferte este strict comisia de evaluare desemnată de autoritatea contractantă, sprijinită de recomandările experților cooptați din cadrul STS;

- atrage atenția Consiliului că SRL face afirmații scoase din context, bazate pe căutări pe internet și informații eronate, fără a fi capabilă să dovedească aceste afirmații, încercând să discrediteze și să dezinformeze Consiliul;

- deși noile motive de contestare ale SRL au același grad de absurditate, prezintă argumentele bazate pe oferta tehnică, ce dovedesc

faptul că aceasta a fost prezentată în conformitate cu cerințele prevăzute în documentația de atribuire.

Cu referire la baza de date unică, precizează că, având în vedere faptul că arhitectura sistemului propus este confidențială și cuprinsă în oferta tehnică transmisă către autoritatea contractantă și care se află la dosarul achiziției, își rezervă dreptul de a nu divulga informații cu privire la modul de elaborare al acesteia.

Pentru claritate, susține că sistemul care va fi implementat va stoca datele într-o bază de date unică, relațională, a cărei arhitectură este prezentată în ofertă și acceptată de autoritatea contractantă ca fiind conformă cu cerințele din documentație. Arhitectura soluției Bazei de Date ține de secretul comercial și a fost proiectată pentru a răspunde cerințelor caietului de sarcini referitoare la disponibilitate, flexibilitate, fiabilitate, număr de utilizatori concurenți, timp de răspuns, etc.

Cu referire la sistemul de licențiere, intervenienta arată că, produsele oferite au suport de la producător, așa cum reiese din conținutul ofertei, condițiile de licențiere și detaliile tehnice fiind incluse în proiectul de arhitectură depus.

Cu referire la serverul de aplicații, precizează că, produsele oferite (Serverul web, serverul de aplicații și baza de date) au suport de la producător și sunt produse de același producător, așa cum reiese din conținutul ofertei, condițiile de licențiere și detaliile tehnice fiind incluse în proiectul de arhitectură depus.

Cu referire la componenta produselor oferite, menționează că, suita de produse este una Enterprise care, pentru a răspunde nevoilor complexe din această zonă, are în componența o gamă largă de tehnologii recunoscute la nivel mondial și pentru care producătorul s-a angajat să furnizeze o variantă comercială cu suport tehnic, variantă ce a fost oferită în cadrul acestei licitații.

Varianta de produse oferită, face parte din suita Enterprise 2.3, ceea ce arată că producătorul o menține actualizată pe piață și o dezvoltă în continuare.

Referitor la compatibilitatea serverului de aplicații cu anumite standarde, intervenienta menționează că Serverul de aplicații este compatibil cu toate cerințele din documentația de atribuire, detaliile specifice fiind prezentate în oferta tehnică și în răspunsurile la clarificări transmise în cadrul procedurii de atribuire.

Referitor la presupusa neconformitate prezentată în Anexa 2 la Notele scrise, SA precizează că, Platforma NexgenAi V2.3, cu toate modulele componente, este dezvoltată de către arhitecți și specialiști cu experiență în domeniul lor de activitate, iar oferta depusă nu se bazează pe speculații ci pe o propunere de arhitectură concepută special pe nevoile autorității contractante. Astfel, constată că argumentele SRL se

bazează pe afirmații de genul „simpla căutare pe google”, argumente care în mod evident sunt emise cu scopul de a găsi neconformități și inadvertențe ale propunerii tehnice depuse de SA, prin utilizarea unor informații scoase din context de către persoane care nu dețin experiență în domeniu care nu sunt capabile să înțeleagă întregul proiect tehnic propus.

Pentru aceste motive, respingerea argumentelor de neconformitate privind oferta SA, ca nefondate, întrucât SRL nu se poate erija în comisie de evaluare, precum și obligarea SRL la plata cheltuielilor de judecată în cuantum de 22.267,13 lei, conform dovezilor anexate prezentului răspuns.

..... SRL a constituit cauțiunea în sumă de 1.047.480,00 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209432783/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala Victoria, la data de 23.08.2023, fiind transmisă, în original, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 46376/24.08.2023.

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

..... a organizat o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de Achiziție de servicii pentru implementarea unui sistem informatic pentru registrele de sănătate, ce va consta în servicii de livrare, instalare și punere în funcțiune echipamente hardware și infrastructură software, servicii de dezvoltare a aplicației informatice, precum și servicii de instruire a utilizatorilor, în cadrul proiectului „Sistem informatic pentru registrele de sănătate - RegInterMed, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1051306/21.01.2023. Valoarea estimată a contractului de servicii este de 52.374.000,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire și deciziei autorității contractante de restricționare, în mod nelegal, a accesului la documente și informații din dosarul achiziției publice, SRL, lider al asocierii SRL -, a înaintat Consiliului contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, urmare a formulării contestației, SA, lider al asocierii SA - SRL - SRL, a formulat cerere de intervenție, pe care Consiliul o încuviințează în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de membru al asocierii declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

În acest sens, Consiliul a avut în vedere dispozițiile art. 61 alin. (2) din Codul de procedură civilă, potrivit cărora intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Din acest motiv intervenția

principală, conform art. 62 alin. (1) din Codul de procedură civilă, este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată, îndreptându-se, în acest caz, împotriva ambelor părți din proces, respectiv autoritate contractantă și contestatoare.

Prin urmare, dat fiind că oferta asocierii SA - SRL - SRL - SRL a fost declarată câștigătoare și urmărește să își prezeve dreptul câștigat, contrar cererii principale a intervenientei, în fața Consiliului, aceasta nu poate uza decât de calea unei intervenții accesorii, în favoarea autorității contractante, în condițiile art. 61 alin. (3) din cod. Obiectul cererii de intervenție în situația de față este identic cu cel al autorității contractante din punctul de vedere la contestație, respectiv menținerea rezultatului stabilit de aceasta, motiv pentru care se poate concluziona că intervenția este în sprijinul acesteia și nu pentru realizarea unei pretenții proprii. Neexistând o pretenție proprie, ofertantului nu îi poate reveni decât calitatea de intervenient accesoriu, în favoarea autorității contractante.

Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea lor având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Fiind ținut, potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 (Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei), la a verifica cu întâietate excepțiile invocate, Consiliul va analiza cu precădere excepția invocată de SA prin cererea sa de intervenție, respectiv respingerea contestației formulate de SRL, ca lipsită de interes, îndeosebi în ceea ce privește capetele de cerere de anulare a documentelor realizate pe parcursul evaluării ofertelor prin care a fost stabilită admisibilitatea ofertelor și rezultatul procedurii de atribuire, a mențiunilor legate de confidențialitatea informațiilor din oferta declarată câștigătoare, și de obligare a autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și a asocierii declarate câștigătoare, respectiv capătul de cerere subsidiar, de anulare a procedurii de atribuire.

Consiliul va analiza, în prealabil, excepția lipsei de interes a contestației vizavi de solicitările contestatoarei cu privire la aceste aspecte.

Astfel, Consiliul are în vedere faptul că, prin demersul său, autoarea contestației formulează critici împotriva ofertei declarate câștigătoare și a modului de stabilire a admisibilității acestei oferte, de realizare a evaluării acestei oferte de către autoritatea contractantă, considerând că, în fapt, această ofertă ar fi trebuit să fie respinsă ca inacceptabilă și neconformă.

Prin contestație, este atacat rezultatul procedurii de atribuire stabilit de către autoritatea contractantă, apreciat ca nelegal, rezultat considerat vătămător de către petentă, astfel că demersul în fața Consiliului este legal, realizat în temeiul art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

“Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”,

următorii termeni având definiția regăsită la art. 3 alin. (1) din lege, astfel:

“act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.

Drept urmare, constatând faptul că autoarea contestației înțelege să critice și urmărește ca, prin contestația înaintată Consiliului, să anuleze deciziile autorității contractante de a considera admisibilă oferta asocierii declarată câștigătoare, este evident că interesul acesteia este acela de a înlătura din competiție acest ofertant și, astfel, să câștige contractul de achiziție publică. În consecință, sub nicio condiție, nu se poate afirma că demersul contestatoarei, de invalidare a deciziilor autorității contractante cu privire la oferta asocierii având ca lider autoarea cererii de intervenție, este lipsit de interes.

Pentru aceste motive, interesul său în a contesta oferta declarată câștigătoare este determinat, legitim, născut și actual conform prevederilor art. 33 din Codul de procedură civilă.

Totodată, solicitarea de reevaluare a propriei oferte formulată de contestatoare este derivată din faptul că, eventuala admitere a contestației și înlăturarea din competiție a ofertei asocierii având ca lider pe SA, ar determina reluarea aplicării criteriului de atribuire și reconsiderarea punctajului obținut de asocierea având ca lider petenta.

De asemenea, legat de capătul de cerere subsidiar, de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul reține că a fost formulat sub rezerva imposibilității dispunerii măsurilor corective solicitate, având interes ca, în caz de reluare a ei, să participe și să depună o nouă ofertă în scopul adjudecării contractului.

În considerarea celor prezentate, Consiliul respinge ca nefondată excepția lipsei de interes invocată de autoarea cererii de intervenție.

Pentru aceleași motive anterior reținute va respinge ca nefondată și excepția inadmisibilității capătului de cerere privind anularea procedurii de atribuire.

În această apreciere, suplimentar, Consiliul a avut în vedere că solicitarea autoarei contestației a fost formulată prin raportare la dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, din prisma imposibilității dispunerii de către Consiliu a unor măsuri corective care să-i permită autorității contractante remedierea situației, fără a se încălca principiile care guvernează achizițiile publice.

Or, chiar dacă aceste dispoziții stabilesc situațiile în care autoritatea contractantă are dreptul de a-și anula procedura de atribuire, consecința firească a identificării unei astfel de imposibilități de către Consiliu atrage după sine incidența dispozițiilor art. 26 alin. (2) lit. c) și (7) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora:

" (2) Cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate:

c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

(7) În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire".

Pe fondul contestației, din analiza acesteia, Consiliul reține că acest demers a fost determinat de declararea câștigătoare a ofertei asocierii SA - SRL - SRL -SRL, în timp ce oferta asocierii SRL - , având ca lider petenta, a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul II în clasamentul ofertelor admisibile.

Astfel, un prim set de critici este formulat de contestatoare cu privire la caracterul confidențial al ofertei asocierii SA - SRL - SRL -SRL și limitare accesului său la oferta acestei asocieri, solicitându-se anularea adresei nr. 1616/10.08.2023 prin care i s-a restricționat accesul la documentele și informațiile din această ofertă și obligarea autorității contractante la asigurarea accesului neîngrădit la toate documentele și informațiile din ofertă care nu au fost declarate și probate ca fiind confidențiale, respectiv la cele care nu puteau fi declarate confidențiale.

În acest sens, contestatoarea precizează că în data de 09.08.2023, cu adresa nr. 580/09.08.2023, a solicitat accesul la dosarul achiziției, iar prin adresa nr. 1616/10.08.2023, i s-a acordat accesul la acele documente care nu au fost declarate confidențiale, respectiv la datele personale ale reprezentanților legali și persoanelor împuternicite, experiența similară, propunerea tehnică și propunerea financiară și anexele acesteia cu excepția valorii totale.

Consiliul reține că petenta a revenit asupra acestei solicitări cu adresa nr. 583/10.08.2023, cerând autorității contractante permiterea accesului neîngrădit la documentele dosarului achiziției cu respectarea dispozițiilor art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016.

Cu toate acestea, susține petenta, la data de 11.08.2023, a avut acces doar la titlurile documentelor încărcate în SEAP ale asocierii în

secțiunile "Documente de calificare" și "Documente de ofertă tehnică", la declarația de confidențialitate.

Drept urmare, a adresat o nouă solicitare de clarificări, nr. 586/14.08.2023, criticând conținutul declarației de confidențialitate, apreciind că nu este de natură a determina restricționarea accesului său la documentele ofertei, solicitare la care afirmă că nu a primit răspuns, iar între documentele transmise de achizitoare nu poate fi identificat un astfel de răspuns.

Conform procesului-verbal pus la dispoziție atașat contestației de autoarea acesteia, rezultă că nu au fost puse la dispoziție documentele declarate ca fiind confidențiale de asociere în baza declarației de confidențialitate depuse de aceasta și nici documentele întocmite de autoritatea contractantă pe parcursul evaluării ofertelor ori răspunsurile asocierii la solicitările de clarificări, ci doar extras din SEAP privind documentele aferente ofertei (enumerarea lor), respectiv titlurile documentelor încărcate în secțiunea "Documente de calificare" și "Documente de ofertă tehnică".

În privința acestui aspect, prezintă relevanță Hotărârea Curții Europene de Justiție în cauza Varec, C-450/06, prin care s-au stabilit următoarele:

34 Obiectivul principal al normelor comunitare în materie de contracte de achiziții publice constă în deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C- 26/03, Rec., p. I- 1, punctul 44).

35 Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare.

36 În plus, atât prin natura acestora, cât și potrivit sistemului reglementării comunitare în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Aceștia din urmă trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi.

37 Pentru aceste motive, articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 prevede că autoritățile contractante au obligația de a respecta caracterul confidențial al tuturor informațiilor puse la dispoziție de acești furnizori.

38 În cadrul specific al comunicării către un candidat sau un ofertant respins a motivelor respingerii candidaturii sau a ofertei acestuia, precum și în cel al publicării anunțului de atribuire a unui contract, articolul 7 alineatul (1) și articolul 9 alineatul (3) din respectiva directivă recunosc autorităților contractante posibilitatea de a nu comunica anumite informații, în cazul în care divulgarea acestora ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale întreprinderilor publice sau private sau ar aduce atingere concurenței loiale dintre furnizori.

De asemenea, în Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14, s-au reținut următoarele:

46 În cazul în care instituția vizată decide să refuze accesul la un document a cărui comunicare îi este cerută, acesteia îi revine, în principiu, obligația de a furniza explicații cu privire la modul în care accesul la acel document ar putea să aducă atingere concret și efectiv interesului protejat de o excepție prevăzută la articolul 4 din Regulamentul nr. 1049/2001 pe care această instituție o invocă. În plus, riscul unei astfel de atingeri trebuie să fie previzibil în mod rezonabil, iar nu pur ipotetic. Cu toate acestea, este permis instituției în cauză să se întemeieze în această privință pe prezumții generale care se aplică anumitor categorii de documente, considerații de ordin general similare fiind susceptibile să se aplice unor cereri de divulgare cu privire la documente de aceeași

natură (Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 90).

47 Rezultă din jurisprudență că ofertele depuse de ofertanți în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă pot intra în domeniul de aplicare al excepției referitoare la protecția intereselor comerciale, în special datorită elementelor economice și tehnice cuprinse în oferte (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 95).

48 Pe de altă parte, protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este prevăzută de dispozițiile relevante din Regulamentul financiar și în special la articolul 113 alineatul (2) din acesta, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute. Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele Uniunii în materie de contracte de achiziții publice, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare (Hotărârea din 29 ianuarie 2013,

Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 100).

49 Având în vedere cele ce precedă, jurisprudența a stabilit existența unei prezumții generale potrivit căreia accesul la ofertele ofertanților aduce, în principiu, atingere protecției intereselor

comerciale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și

T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 101).

50 Trebuie subliniat însă că prezumția generală menționată la punctul 49 de mai sus nu exclude posibilitatea de a demonstra că un anumit document a cărui divulgare este solicitată nu face obiectul acestei prezumții sau că există un interes public superior care justifică divulgarea

(Hotărârea din 28 iunie 2012, Comisia/Éditions Odile Jacob, C- 404/10 P, EU:C:2012:393, punctul 126).

51 Prezenta cauză trebuie examinată în lumina acestor principii.

52 În primul rând, trebuie arătat că, în speță, reclamantei i- a fost refuzat accesul la oferta

depusă de ofertantul reținut, din care fac parte borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ. În plus, anexa I.A la contract, la care Comisia a refuzat de asemenea accesul în întregime, cuprinde și borderoul de prețuri al ofertei ofertantului reținut. În ceea ce privește anexa

II la contract, la care a fost refuzat de asemenea accesul, aceasta conține oferta ofertantului reținut. Prin urmare, este vorba despre exact același tip de documente ca cele avute în vedere de

Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA (T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38). Contrar

celor susținute de reclamantă, nu se poate deduce din această hotărâre că privește numai o cerere de acces la ansamblul ofertelor ofertanților, iar nu o cerere de acces doar la oferta ofertantului reținut.

53 Astfel, este evident că documentele avute în vedere de prezenta cerere de acces, prin natura lor, pot conține elemente tehnice și economice confidențiale ale ofertantului reținut, printre care și

informații cu privire la competențele și la metodele de lucru ale acestuia, la know-how-ul său, la

organizarea sa internă, la costurile sale și la prețurile propuse.

54 În aceste împrejurări, comisia a statuat în mod întemeiat, în deciziile atacate, că oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri, anexa I.A la contract, care conține borderoul de prețuri, și anexa II la contract, care conține oferta ofertantului reținut, erau acoperite de o prezumție generală potrivit căreia divulgarea lor ar aduce atingere, în principiu, protecției intereselor comerciale.

55 Pe de altă parte, trebuie subliniat că, tocmai în scopul de a menține confidențialitatea acestor informații comerciale sensibile, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu prevede comunicarea ofertei ofertantului reținut către ofertanții respinși și stabilește chiar că este posibilă omiterea comunicării anumitor elemente dacă aceasta ar aduce atingere intereselor comerciale legitime sau ar putea denatura concurența loială.

56 În al doilea rând, trebuie să se constate că, în nicio etapă a procedurii, reclamanta nu a prezentat nici cel mai slab argument care să permită să se demonstreze că documentele solicitate nu erau acoperite de prezumția menționată mai sus.

57 În ceea ce privește borderoul de prețuri în ansamblul său, reclamanta susține că divulgarea acestui document nu ar putea aduce atingere intereselor comerciale ale ofertantului reținut, întrucât anunțul de atribuire indica nivelul prețurilor din oferta acestuia. Acest argument nu poate fi reținut, întrucât borderoul de prețuri este un document mult mai detaliat care indică, la fiecare rubrică, prețul serviciilor propuse, în timp ce anunțul de atribuire se limitează să indice în mod global valoarea contractului atribuit.

58 Situația este aceeași în cazul borderoului de prețuri recapitulativ care figurează în anexa la ofertă. Trebuie să se constate că acest document conține de asemenea informații referitoare la prețul serviciilor propuse, care sunt mai detaliate decât informația divulgată prin anunțul de atribuire. Prin urmare, borderoul recapitulativ intră de asemenea în domeniul de aplicare al prezumției menționate mai sus.

59 În consecință, Comisia era îndreptățită să considere că documentele în discuție, și anume oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ, și anexele I.A și II la contract erau acoperite de excepția referitoare la protecția intereselor comerciale, fără a proceda la examinarea lor concretă și individuală, după cum pretinde reclamanta.

60 În ceea ce privește argumentele reclamantei referitoare la existența unui presupus interes public superior care justifică divulgarea, acestea vor fi examinate mai jos, în cadrul celui de al patrulea aspect.

61 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul reclamantei potrivit căruia informațiile care i-au fost

furnizate de Comisie cu privire la prețul ofertei reținute nu îndeplinesc cerințele articolului 113 din

Regulamentul financiar, chiar dacă s-ar presupune că sunt admisibile, este necesar să se constate

că, contrar celor sugerate de reclamantă, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu impune obligația de a comunica ofertantului respins, cu titlu de caracteristici și de avantaje ale ofertei reținute, informații detaliate privind prețurile.

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 (*Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.*), se consideră că achizitoarea avea dreptul de a restricționa accesul la documentele declarate confidențiale aferente propunerii tehnice și financiare, mai puțin la propriile documente întocmite pe parcursul evaluării ofertelor și la celelalte documente care nu sunt prevăzute de aceste dispoziții legale.

Prin raportare la cele cuprinse în declarația depusă de asocieria SA - SRL - SRL -SRL, prin lider SA (care a formulat justificări în sprijinul dovedirii caracterului confidențial al documentelor), Consiliul, la data de 11.04.2023, la rândul său, nu a permis accesul contestatoarei la propunerea financiară și tehnică a asocierii declarate câștigătoare, în temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

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

Astfel, Consiliul a ținut seama de rigorile la care este supus, prin regulile precitate, conform art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații realizându-se cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Consiliul apreciază că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale, dreptul său la apărare nefiind mai presus de dreptul celorlalți ofertanți de a-și proteja propriile oferte, în limitele stabilite de legiuitor.

Prin urmare, Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei și a intervenientei, doar acele documente care nu au fost declarate confidențiale, inclusiv cele emise de autoritatea contractantă pe parcursul evaluării și clarificările aduse ofertelor, conform art. 19 din Legea nr. 101/2016, luând act de existența și conținutul declarațiilor depuse de ofertanți. În consecință, solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la permiterea accesului la toate documentele și informațiile din oferta câștigătoare va fi respinsă ca nefondată, iar aceeași cerere vizând accesul la celelalte acte emise în derularea procedurii, rămâne fără obiect, ca urmare a faptului că autoarea contestației le-a studiat la sediul Consiliului, ca probe în dosarul cauzei.

În aceste condiții, Consiliul arată că autoritatea contractantă a procedat conform propriilor aprecieri cu privire la obligațiile ce îi revin în privința accesului la oferta declarată câștigătoare și documentele emise de achizitoare pe parcursul evaluării, prin raportare la dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016. Prin urmare, Consiliul va respinge ca nefondată solicitarea de anulare a adresei nr. 1616/10.08.2023 în ceea ce privește accesul la toate documentele și informațiile din oferta câștigătoare, și ca rămasă fără obiect cererea de anulare a adresei nr. 1616/10.08.2023 în partea referitoare la accesul la celelalte acte emise în derularea procedurii.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei cu privire la repunere sa în termenul de contestare, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Lege nr. 101/2016:

"1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;"

Prin urmare, termenul de 10 zile stabilit de legiuitor se calculează de la data luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

Astfel, solicitarea autoarei contestației de repunere a acesteia în termenul de contestare după studierea dosarului achiziției la autoritatea contractantă este considerată nefondată, aceasta având acces, cu respectarea prevederilor legale, la dosarul achiziției la sediul Consiliului, dată de la care avea posibilitatea depunerii unei noi contestații.

Cât privește forma în care poate fi atacat actul autorității contractante considerat nelegal, ulterior depunerii unei contestații, Consiliul consideră că aceasta trebuie să îmbrace forma tot a unei contestații, cu îndeplinirea tuturor obligațiilor prevăzute în acest sens, dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, stabilind că este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale, ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

În cazul de față nu se poate considera că au fost formulate critici noi, suplimentare celor din contestație, pe calea notelor scrise fiind dezvoltate argumentele din contestație, iar până la acest moment nu a fost depusă o nouă contestație.

Următorul set de critici formulat de contestatoare, se reține a fi în legătură cu admisibilitatea ofertei asocierii SA - SRL - SRL -SRL, autoarea contestației apreciind că această ofertă trebuia respinsă ca inacceptabilă și neconformă și nu declarată admisibilă și câștigătoare.

În acest sens, contestatoarea susține că oferta asocierii trebuia respinsă ca inacceptabilă deoarece nu a îndeplinit cerința privind experiența similară.

În sprijinul acestei afirmații autoarea contestației face aprecieri legate de cifra de afaceri medie pe ultimii 3 ani pentru fiecare dintre membrii asocierii, considerând că aceasta ar fi insuficientă pentru a-i permite asocierii să acopere limita impusă de achiziitoare prin fișa de date pentru dovedirea experienței similare deținute.

În privința experienței similare, Consiliul reține că, în fișa de date a achiziției, cap. III.1.3.a) *Capacitatea tehnica si/sau profesionala, Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate*, autoritatea contractantă a stabilit următoarele:

"Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat

Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii împreună) va demonstra că a prestat și dus la bun sfârșit*, în ultimii 3 ani, calculați de la data limită de depunere a ofertei, în cadrul a maximum 3 contracte, servicii similare ca și complexitate și/sau anvergură în domeniul dezvoltare și/sau implementare a unei soluții și/ sau sistem informatic care să fi inclus și furnizare de echipamente hardware și software, în valoare cumulată de cel puțin 50.000.000 lei. În cazul în care oferta depusă a fost alta decât oferta individuală, valoarea minimă solicitată se referă numai la partea executată efectiv de către operatorul economic.

Prin servicii similare se înțelege prestarea cumulativă în cadrul fiecărui contract a următoarelor activități:

1. Servicii de dezvoltare și implementare sistem informatic pentru care s-au parcurs minim următoarele etape: analiză și proiectare, personalizare/ configurare/instalare și servicii de testare.
2. Livrarea și instalarea de echipamente hardware de tip server, storage, switch, de comunicații, de securitate etc.
3. Livrarea și instalarea de produse software.
4. Servicii de dezvoltare cunoștințe prin cursuri de formare.

Pentru echivalență se va avea în vedere cursul mediu anual comunicat de BNR.

Se va însoți de certificate de bună execuție pentru activitățile de mai sus.

*Notă: prin „a prestat și dus la bun sfârșit” se înțelege: „servicii recepționate parțial, cu condiția ca specificul contractului/activităților ce reprezintă experiența similară să permită elaborarea unui livrabil care să poată fi utilizat de beneficiar ca rezultat independent”.

Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE.

Documentele justificative solicitate în susținerea cerinței se vor prezenta, doar la solicitarea autorității contractante, de către operatorul economic clasat pe primul loc în clasamentul alcătuit la finalizarea evaluării ofertelor.

Procese verbale de recepție / documente Constatatoare / recomandări / alte documente echivalente), din care să rezulte că au realizat activități similare obiectului contractului.

Respectivele documente vor trebui să indice:

- a. obiectul contractului astfel încât să fie furnizate toate informațiile solicitate și necesare pentru a se verifica îndeplinirea cerinței privind experiența similară;
- b. beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați;
- c. valoarea - în lei fără TVA;
- d. perioada, mai exact intervalul periodic (data de început și data de finalizare) în care s-a executat contractul;
- e. calitatea ofertantului în derularea contractului prezentat ca experiență similară.

Operatorii economici nerezidenți (străini) vor prezenta copii după orice documente prin care se confirmă prestarea serviciilor similare, însoțite de traducerea acestora în limba română (efectuată de un traducător autorizat).

DUAЕ completat de ofertant în care se vor include informațiile cu privire la existența unei susțineri de terță parte, inclusiv măsurile avute în vedere de acesta pentru a accesa în orice moment resursele necesare. Odată cu depunerea DUAЕ se va prezenta angajamentul terțului susținător împreună cu documentele anexate acestui angajament, transmise acestora de către terț/terții susținători din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora, iar documentele justificative care probează cele asumate în angajament/e vor fi prezentate doar de ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, la solicitarea autorității contractante.

Terț/terții susținători vor completa DUAЕ cu informații privind nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător susținerii acordate.

Prin angajamentul ferm, terț/terții confirmă faptul că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret, pentru a duce la îndeplinire respectivele activități pentru care a acordat susținerea, fie prin indicarea resurselor tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru).

Autoritatea contractantă respinge terțul susținător propus dacă acesta nu îndeplinește cerințele de calificare privind capacitatea sau se încadrează printre motivele de excludere și solicită candidatului/ofertantului o singură dată - înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt terț, cu respectarea principiului tratamentului egal.

La solicitarea autorității contractante, doar ofertantul clasat pe primul loc după finalizarea evaluării ofertelor va prezenta documente justificative care probează îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și profesională."

Prin răspunsul consolidat publicat în SEAP la data de 14.02.2023, cu privire la această cerință, autoritatea contractantă a precizat că:

Se acceptă. Punctul III.1.3.a) din fișa de date va avea următorul cuprins:

"III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala

Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:

Pentru contractele de achizitie de servicii: executarea de servicii de tipul specificat.

Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii împreună) va demonstra că a prestat și dus la bun sfârșit, în ultimii 3 ani, calculați de la data limită de depunere a ofertei, în cadrul a maximum 3 contracte, servicii similare ca și complexitate și/sau anvergură în domeniul dezvoltare și/sau implementare a unei soluții și/sau sistem informatic care să fi inclus și furnizare de echipamente hardware și software, în valoare cumulată de cel puțin 50.000.000 lei. În cazul în care oferta depusă a fost alta decât oferta individuală, valoarea minimă solicitată se referă numai la partea executată efectiv de către operatorul economic.*

Prin servicii similare se înțelege prestarea următoarelor activități:

1. Servicii de dezvoltare și implementare sistem informatic pentru care s-au parcurs minim următoarele etape: analiză și proiectare, personalizare / configurare / instalare și servicii de testare.

2. Livrarea și instalarea de echipamente hardware de tip server, storage, switch, de comunicații, de securitate etc.

3. Livrarea și instalarea de produse software.

4. Servicii de dezvoltare cunoștințe prin cursuri de formare.

Nota: Prin contractele similare vor fi acoperite toate cele 4 activități dar nu se va intelege ca operatorul economic trebuie sa acopere toate categoriile detaliate mai sus în cadrul aceluiași contract."

Verificând modul de îndeplinire a acestei cerințe de către asocierea având ca lider SA, Consiliul constată din DUAЕ depus pentru membrii asocierii că au fost indicate următoarele contracte:

- de către SA:

- Contractul de subcontractare nr. MMS347/28.09.2021/2649/28.09.2021 + Act adițional nr. 1, având ca obiect Platforma online de schimbare a furnizorului de energie electrică și gaze naturale la nivel național (POSF), în valoare de 5.847.168 lei, beneficiar SA, având ca beneficiar final ANRE;

- Contract de furnizare produse și servicii nr. 3313.1/04.08.2022, având ca obiect: achiziția de produse și servicii aferente unei soluții informatice pentru asigurarea unei infrastructuri hardware de tip Data Center Activ-Pasiv plus Back-up și Disaster Recovery, în valoare de 2.403.028,93 lei, beneficiar SRL;

- de cătreSRL:

- Contractul de vânzare cumpărare nr. 16/30.08.2021, având ca obiect: vânzare produse (soluție software destinată evaluării securității cibernetice și soluție software OSINT, bazată pe platforma PATERVA MALTEGO&DEEP LINKS și suport tehnic aferent produselor, în valoare de 46.135.989,8 lei, beneficiar SRL.

În aprecierea acestor contracte este considerată relevantă modificarea/ precizarea adusă de autoritatea contractantă cerinței privind experiența similară, potrivit căreia experiența similară trebuie să privească toate cele 4 activități descrise ca fiind necesar a fi îndeplinite, dar nu este obligatoriu ca aceste 4 activități să se regăsească în cadrul fiecăruia dintre contractele prezentate.

Verificând documentele depuse de asociere pentru demonstrarea îndeplinirii acestei cerințe, Consiliul constată că au fost depuse următoarele documente:

- contract de furnizare produse și servicii nr. 3313.1 din 04.08.2022, încheiat între SA (furnizor) și SRL (beneficiar), având ca obiect furnizarea de produse și servicii aferente unei soluții informatice pentru asigurarea unei Infrastructuri hardware de tip Data Center Activ- Pasiv plus Back-up și Disaster Recovery, valoarea contractului fiind de 2.403.028,93 lei;

- Anexa nr. 1 la contractul nr. 3313.1 din 04.08.2022 (Formular de comandă);

- Anexa nr. 2 la contractul nr. 3313.1 din 04.08.2022 (Acord privind prelucrarea datelor cu caracter personal);

- Facturi;

- Proces-verbal de predare-primire nr. 1/04.10.2022;

- acord de confidențialitate;

- contract de subcontractare încheiat între SA și SA nr. MMS347 din 28.09.2021/2649 din data de 28.09.2021, având ca obiect Platformă

online de schimbare a furnizorului de energie electrică și gaze naturale la nivel național (POFS), servicii aferente procesului de dezvoltare software, furnizare de licențe, instalare și configurare, suport tehnic și servicii de mentenanță, cu o valoare de 5.847.168,00 lei;

- anexa 1 – Centralizator prețuri;
- factura aferentă contractului în valoare de 6.958.129,92 lei (TVA inclus);
- proces-verbal de acceptanță finală nr. 156565/28.09.2022, încheiat între SA și Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei – ANRE, cu menționarea calității de subcontractant a SA;
- contract nr. 16/30.08.2021, încheiat întreSRL și SRL, având ca obiect vânzare și suport aferente, descrise în Anexa 1 (soluție software destinată securității cibernetice și soluție software OSINT bazată pe platforma Paterva Maltego & DEEP LINKS, în valoare de 46.135.989,80 lei, fără TVA;
- comanda nr. 190 și nr. 195;
- proces-verbal de predare-primire din 23.11.2021 și 02.12.2021.

Conform procesului-verbal întocmit în urma analizării acestor documente nr. 1587/08.05.2023, cerința privind experiența similară a fost considerată îndeplinită.

Verificând toate aceste informații, Consiliul constată că valoarea cumulată a activităților stabilite de autoritatea contractantă ca fiind relevante pentru dovedirea experienței similare din cadrul celor 3 contracte îndeplinește condiția minimă impusă de autoritatea contractantă.

De asemenea, în privința realizării în cadrul acestor 3 contracte a celor 4 activități considerate ca privind servicii similare, aprecierea autorității contractante apare ca fiind întemeiată.

Astfel, contrar afirmațiilor contestatoarei, se constată că au fost depuse contractele solicitate de autoritatea contractantă, iar cerința existentă în fișa de date în discuție, astfel cum a fost aceasta clarificată, nu a stabilit, așa cum susține contestatoarea, ca fiecare contract să aibă ca obiect atât furnizarea de software, cât și furnizarea de hardware.

Ofertanții, conform cerinței, trebuiau să demonstreze că au prestat și dus la bun sfârșit, în ultimii 3 ani, calculați de la data limită de depunere a ofertei, în cadrul a maximum 3 contracte, servicii similare ca și complexitate și/sau anvergură în domeniul dezvoltare și/sau implementare a unei soluții și/sau sistem informatic care să fi inclus și furnizare de echipamente hardware și software, în valoare cumulată de cel puțin 50.000.000 lei, fără a fi impuse condiționalități suplimentare cu privire la tipurile de activități, cu clarificarea expresă a faptului că toate aceste activități nu trebuie să se regăsească în cadrul fiecărui dintre contracte.

De asemenea, Consiliul reține faptul că evaluarea autorității contractante s-a bazat pe informațiile existente în documentele depuse de asociere, informațiile invocate de petentă fiind irelevante în acest context, tocmai pentru că nu au la bază documentele depuse de ofertant, ci alte tipuri de informații.

De asemenea, contrar susținerii contestatoarei în DUAE depus de SA nu este indicată calitatea de ofertant unic, ci calitatea sa de

prestator în relația cu SRL, beneficiar, obiectul și valoarea serviciilor necesar a fi prestate.

Din documentele depuse rezultă prestarea serviciilor pentru SRL, neputând fi identificate informații legate de prestarea de servicii în asociere de către cei doi operatori economici către Regia Autonomă "Monitorul Oficial", inclusiv predarea de produse/servicii având loc între SA și SRL, conform procesului-verbal depus.

În aceeași linie se înscriu și susținerile contestatoarei referitoare la contractul de subcontractare încheiat între SA și SA nr. MMS347 din 28.09.2021/2649, susținerile contestatoarei nefiind de natură a demonstra existența vreunui motiv pentru care autoritatea contractantă ar fi trebuit să nu ia în considerare acest contract sau a celorlalte două contracte.

Cât privește lipsa în cadrul activităților aferente contractelor prezentate a serviciilor de dezvoltare cunoștințe prin cursuri de formare, referitor la care contestatoarea susține că nu ar putea fi îndeplinite prin asigurarea suportului tehnic, Consiliul are în vedere că în cadrul contractului încheiat cu SA, printre obligațiile prestatorului s-a numărat și aceea de instruire a personalului pentru utilizarea sistemului software livrat în baza acestui contract. Dat fiind obiectul celor două contracte, cel supus achiziției și cel prezentat în dovedirea experienței similare, este evident, contrar susținerii contestatoarei, că aprecierea autorității contractante este corectă, în mod întemeiat fiind considerată îndeplinită și această condiție.

Prin urmare, raportat la cele invocate de autoarea contestației, în lipsa altor argumente și susțineri, criticile contestatoarei fiind formulate contextual, prin raportare la cifra medie de afacere a membrilor asocierii în ultimii 3 ani și pe informații diferite, altele decât cele analizate de autoritatea contractantă, Consiliul consideră că decizia autorității contractante de a considera îndeplinită cerința privind experiența similară este îndreptățită, motivele invocate de achizitoare nefiind de natură a pune la îndoială legalitatea deciziei achizitoarei.

În ceea ce privește ultimul set de critici formulate de autoarea contestației, Consiliul reține că este în legătură cu neconformitatea ofertei asocierii SA - SRL - SRL - SRL, considerându-se nelegală decizia autorității contractante de a declara conformă această ofertă.

În acest sens, autoarea contestației invocă prevederile caietului de sarcini de la pag. 162, potrivit cărora:

"3.6.2 (...) Suportul oferit de producătorul serverului de aplicații trebuie să includă tot peisajul tehnologic software asociat, inclusiv serverul web și baza de date."

Legat de această cerință, prin răspunsul consolidat publicat de achizitoare în SEAP în data de 14.02.2023, aceasta a fost de acord cu solicitarea de la pct. 115:

"Referitor la următoarea cerință din caietul de sarcini: "Suportul oferit de producătorul serverului de aplicații trebuie să includă tot peisajul tehnologic software asociat, inclusiv serverul web și baza

de date.", va rugam sa confirmati ca suportul oferit de producătorul serverului de aplicații trebuie să includă numai serverul web și baza de date si nu tot peisajul tehnologic software care este compus inclusiv din solutia software de backup si componenta geospatiale (GIS) care evident nu pot fi de la acelasi producator."

Verificând documentele întocmite pe parcursul evaluării ofertelor, cu privire la acest aspect, Consiliul constată că în Raportul intermediar de evaluare tehnică al experților cooptați din STS, au fost reținute informațiile existente în cadrul propunerii tehnice de către asociere, fără a se identifica motivele pentru care s-a apreciat că este îndeplinită cerința în discuție, fiind doar menționat "Cerință minimă îndeplinită".

Ulterior, în cadrul procesului-verbal nr. 1403/06.07.2023, autoritatea contractantă a constatat că este necesară adresarea de clarificări, printre altele, și cu privire la cap. 3.6 Componentele software, subcap. 3.6.1 Server web, 3.6.2 Componenta platformă pentru rularea aplicațiilor – server de aplicație și 3.6.3 Componenta SGBD.

Astfel, prin adresa nr. 1404/06.07.2023, autoritatea contractantă a solicitat clarificări asupra acestor componente, iar asocierea a răspuns cu adresa nr. 3673/2023.

Conform raportului întocmit de experții cooptați din 20.07.2023, se constată existența mențiunii "Cerință minimă îndeplinită", fără nicio altă precizare, pentru fiecare dintre cele 3 componente.

De asemenea, în cadrul procesului-verbal final privind evaluarea propunerilor tehnice nr. 1516/24.07.2023, autoritatea contractantă a consemnat cerințele aferente acestor componente (alături de toate celelalte cerințe), conținutul propunerii tehnice, solicitările de clarificări adresate și răspunsurile primite (doar referințele prezentate) și concluzia "Cerință minimă îndeplinită".

În aceste condiții, Consiliul observă că lipsește prezentarea motivelor pentru care a fost considerată îndeplinită cerința în discuție, lipsind orice analiză ori referire la modul concret în care este îndeplinită cerința. Este de reținut că pentru aceste componente, pentru fiecare dintre ele, autoritatea contractantă a stabilit o serie de cerințe, printre care și cea în discuție, iar constatarea membrilor comisiei s-a rezumat la o singură mențiune că cerința minimă este îndeplinită, fără a se indica motivele pentru care a și făcut această apreciere.

Consiliul nu poate face această analiză în locul autorității contractante, fiind atributul exclusiv al acesteia, conform dispozițiilor art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În aceste condiții, Consiliul nu se poate pronunța, anterior acestei analize a autorității contractante, cu privire la temeinicia deciziei de considerare ca fiind îndeplinită cerința în discuție. Nici măcar prin punctul de vedere la contestație autoritatea contractantă nu a adus mai multe argumente prin care să arate motivele pentru care a considerat îndeplinită această cerință.

Chiar dacă aprecierea contestatoarei este una generală, aceasta făcând referire la producătorii ORACLE și IBM ca fiind singurii care ar asigura îndeplinirea ei, suplimentar, în susținerea acestei afirmații, analizând diverse platforme posibil a fi fost utilizate de către asociere în întocmirea propunerii tehnice, din documentele produse de achizitoare în

evaluare nu se desprind decât concluzii, fără alte informații care au determinat aceste concluzii precum cea amintită (cerință minimă îndeplinită), astfel încât să fie permisă verificarea de către Consiliu sau orice entitate abilitată în acest sens a legalității rezultatului procedurii stabilit de autoritatea contractantă.

Pe cale de consecință, Consiliul constată necesitatea reluării procesului de evaluare a ofertei câștigătoare din acest punct de vedere, considerând incompletă evaluarea realizată de autoritatea contractantă pentru lipsa precizării modului în care a stabilit că este îndeplinită cerința criticată.

Din aceste motive nu vor fi analizate susținerile contestatoarei existente în contestație cu privire la acest aspect și dezvoltate în Anexa 9 a contestației și, ulterior, prin concluziile scrise depuse, în privința soluțiilor presupuse a fi fost utilizate de asociere.

Pe cale de consecință, fiind posibilă dispunerea de măsuri care pot permite autorității contractante să remedieze deficiențele constatate, capătul subsidiar de cerere de anulare a procedurii de achiziție va fi respins ca nefondat, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016

Prin urmare, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 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, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația depusă de SRL și să anuleze actele autorității contractante privind desemnarea admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de asocierea SA - SRL - SRL -SRL, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește oferta asocierii SA - SRL - SRL -SRL, să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, va respinge ca nefondate capetele de cerere privind anularea procedurii de atribuire, respectiv de obligare a autorității contractante la permiterea accesului la toate documentele și informațiile din oferta câștigătoare și de anulare a adresei nr. 1616/10.08.2023 în ceea ce privește accesul la toate documentele și informațiile din oferta câștigătoare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, va respinge ca rămase fără obiect capetele de cerere privind obligarea autorității

contractante la permiterea accesului la actele emise în derularea procedurii și de anulare a adresei nr. 1616/10.08.2023 în partea referitoare la accesul la actele emise în derularea procedurii.

Contestația urmând a fi admisă, Consiliul încuviințând în principiu cererea de intervenție depusă de SA în ceea ce privește contestația formulată SRL, o va respinge.

În baza dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge cererea SA de obligare a SRL la plata cheltuielilor de judecată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația depusă de SRL în contradictoriu cu

Anulează actele autorității contractante privind desemnarea admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de asocierea SA - SRL - SRL - SRL, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește oferta asocierii SA - SRL - SRL - SRL, să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

Respinge ca nefondate capetele de cerere privind anularea procedurii de atribuire, respectiv de obligare a autorității contractante la permiterea accesului la toate documentele și informațiile din oferta câștigătoare și de anulare a adresei nr. 1616/10.08.2023 în ceea ce privește accesul la toate documentele și informațiile din oferta câștigătoare.

Respinge ca rămase fără obiect capetele de cerere privind obligarea autorității contractante la permiterea accesului la actele emise în derularea procedurii și de anulare a adresei nr. 1616/10.08.2023 în partea referitoare la accesul la actele emise în derularea procedurii.

Încuviințează în principiu și respinge cererea de intervenție înaintată de SA.

Respinge cererea SA de obligare a SRL la plata cheltuielilor de judecată.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 62 pagini.
Redactată practicaua deciziei ...