



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 323/C3/176

Data: 28.02.2020

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4868/10.02.2020, înaintată de SC SRL, cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentat legal de, administrator, cu adresa de corespondență și punct de lucru în, formulată împotriva raportului procedurii nr. 201033/18/ SAP/PEI din 05.02.2020 și rezultatului procedurii nr. 201033/20/SAP/PEI din 05.02.2020, pentru Lotul nr. 3, în procedura de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, organizată de, cu sediul în, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Aplicații software pentru dotarea structurilor de criminalitate informatică în cadrul Proiectului Investigarea infracționalității informatice și analiza probelor digitale, ROFSIP2016OS5A01P01”, inițiată prin anunțul de participare nr. CN1013980, publicat în SEAP la 10.08.2019, s-a solicitat Consiliului anularea actelor atacate și obligarea autorității contractante la reluarea procesului de evaluare tehnică a ofertelor, precum și reevaluarea ofertelor financiare și includerea ofertei sale în faza de licitație electronică.

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

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4868/10.02.2020, SC SRL atacă raportul procedurii și rezultatul procedurii de atribuire mai sus amintite, considerând că, în mod greșit, autoritatea contractantă i-a descalificat oferta sa, aferentă lotului 3 – „ Software destinat investigării artefactelor de internet”, întrucât la acest

lot nu i-au fost adresate întrebări de clarificări, prin intermediul platformei SEAP.

În fapt, contestatoarea susține că, în data de 6 noiembrie 2019, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări privind oferta depusă, prin adresa nr. 201033/11/SAP/PEI din 05.11.2019 și, deși cererea de clarificări a fost transmisă în SEAP doar pentru lotul 2, aceasta conținea și întrebări de clarificare referitoare la lotul 3 al procedurii.

Consideră contestatoarea că aceste solicitări nu pot fi luate în considerare, în procesul de evaluare, fiind afectate de un viciu de procedură/de fond, întrucât întrebările pentru lotul 3 nu i-au fost comunicate prin intermediul platformei SEAP la lotul 3, așa cum se specifică în art. 62 din HG nr. 395/2016, pe care îl citează.

De asemenea, contestatoarea susține că respingerea ofertei sale, la lotul 3, este nelegală și atrage atenția asupra acestui aspect, întrucât, în conformitate cu Legea nr. 101/2016, art. 26 alin. (1): „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”.

În continuare, contestatoarea susține că motivele de respingere a propunerii sale tehnice sunt eronate și neîntemeiate și pe fond.

Astfel, contestatoarea susține că, prin solicitarea de clarificări nr. 201033/11/SAP/PEI din 05.11.2019 (publicată în SEAP în data de 6 noiembrie 2019), autoritatea contractantă i-a solicitat să confirme aspecte tehnice din oferta sa, precum suportul pentru anumite tipuri de fișiere, suport pentru identificarea criptării pe medii de stocare etc., inclusiv prin prezentarea de documente de la producătorul softwareului oferat, iar prin răspunsul său din 7 noiembrie 2019 a detaliat toate aspectele semnalate, atașând și o adresă oficială a producătorului softwareului, ..., care confirma cele susținute prin oferta depusă și prin răspunsul la clarificări.

De asemenea, contestatoarea menționează că producătorul a făcut referire, în adresa transmisă, la denumirea curentă a softwareului, și anume, care a fost lansat între momentul depunerii ofertelor și momentul răspunsurilor de clarificări (respectiv în octombrie 2019).

Contestatoarea susține că, în mod eronat, autoritatea contractantă consideră că, prin adresa transmisă, care face referire la versiunea curentă de produs, din luna noiembrie 2019 -, a modificat oferta tehnică, oferind un produs diferit „....”, în locul produsului oferat inițial, „....”.

Contestatoarea consideră această abordare eronată, precizând că produsul oferat nu a fost schimbat (....), iar propunerea sa tehnică nu a fost modificată, în niciun fel, prin clarificările transmise. Așa cum este normal, pentru orice producător de software, în special pentru categoria particulară de software de tip forensic, care include update-uri tehnologice „continue”, versiunile se actualizează, în mod constant, o dată la câteva luni, uneori, și în fiecare lună. Faptul că o actualizare de produs a fost

lansată de producător într-un timp foarte scurt, după depunerea ofertelor, nu dovedește, în niciun fel, faptul că produsul în sine a fost schimbat. Pur și simplu, au fost adăugate noi facilități, suport pentru sisteme de operare noi, anumite buguri au fost fixate, și alte actualizări similare, însă produsul a rămas același, și anume

Prin urmare, contestatoarea susține că update-ul, de la la, nu reprezintă o schimbare, modificare a produsului, care rămâne același (și anume „.....”). Terminația „2019” sau „2020” este un indicativ comercial și de marketing, care reflectă nivelul de patch-uri și update-uri curent din aplicație. Aceasta nici măcar nu reprezintă versiunea produsului, care este identificat printr-un „v” (v.9.6, v.9.7, v.9.8 și v.9.9).

De altfel, arată contestatoarea și produsul indicat de specificațiile caietului de sarcini, și anume, a avut o evoluție similară, trecând de la versiunea 3.6 din octombrie 2019 la versiunea 3.9 în ianuarie 2020 (link relevant - <https://.....>).

Același lucru poate fi observat și la alți producători de software forensic similar, care își actualizează în permanență versiunile produselor software, la intervale scurte de timp: s.

Contestatoarea consideră, astfel, că autoritatea contractantă judecă părtinitor ofertele depuse, cu măsuri diferite, descalificând oferta sa și creând un avantaj competitiv evident pentru oferta, deși ambele produse au avut evoluții similare, în ceea ce privește versiunile de produs.

De altfel, chiar autoritatea contractantă a prevăzut aceste evoluții și update-uri de produs, și chiar le-a solicitat expres, prin prevederile caietului de sarcini („Alte cerințe - garanție, update software gratuit, patch-uri, pentru o perioadă de 12 luni”). Faptul că software-ul oferat, ..., a primit un update chiar în perioada de evaluare a ofertelor, întărește cele solicitate și nu modifică, în niciun fel oferta sa.

Pentru toate motivele arătate, contestatoarea consideră că oferta sa nu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (6), întrucât conținutul propunerii tehnice și financiare nu se modifică, în niciun fel. De asemenea, niciuna dintre prevederile art. 134 alin. (9) nu este opozabilă ofertei sale, care nu se modifică, în niciun fel, prin clarificările transmise.

În concluzie, contestatoarea consideră că decizia de eliminare a ofertei sale, în faza de evaluare tehnică, este nelegală, deoarece:

1) printr-un viciu de formă, solicitările de clarificări nu au fost transmise pentru lotul 3, prin intermediul platformei SEAP, în secțiunea specifică lotului 3, și astfel acestea nu ar trebui să afecteze în niciun fel procesul de evaluare;

2) prin răspunsul pe care l-a furnizat, în cadrul lotului 2, inclusiv pentru întrebările specifice lotului 3, nu a modificat propunerea tehnică depusă și nici produsul oferat, acesta păstrându-se, în continuare, „.....”;

3) posibilitatea de actualizare a versiunii de produs software a fost prevăzută, și chiar solicitată, în mod specific, de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

În drept, contestatoarea invocă Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 2521864/1/SAP/PEI/17.02.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5912/17.02.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația promovată de către SC SRL, precum și copia documentelor din dosarul achiziției publice, aferent lotului 3.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată, „nesusținută și netemeinică”.

Autoritatea contractantă susține că evaluarea tehnică a fost consemnată în procesul-verbal nr. 201033/10/SAP/PEI din 05.11.2019, iar analiza tehnică a fost efectuată, strict, în baza următoarelor documente, transmise de către ofertant:

- oferta tehnică transmisă de către SC SRL la 20 septembrie 2019 (CN1013980-Oferta tehnica.pdf) și documentația tehnică transmisă și identificată în arhiva "Fise tehnice.zip", ce cuprinde, pentru LOTUL 3:

- a. 03_...._Evidence_Center_2019 Help.pdf;
- b. 03_...._Evidence_Center_2019_Technical_Specification (1).pdf;
- c. 03_...._Evidence_Center_2019_Technical_Specification (2).pdf;

- răspunsul de clarificare, transmis ca urmare a solicitării 201033-1 I-SAP-PEI/05.11.2019, care s-a întocmit în baza scrisorii emise de către producătorul în data de 6 noiembrie 2019.

În urma analizării documentelor, autoritatea contractantă a observat că soluția ofertată are denumirea modelului "...." și fiecare licență, în parte, va include la livrare următoarele: 1 dongle - acestea având menirea să realizeze conformitatea ofertei tehnice cu cerințele autorității contractante.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, din documentația tehnică, s-a observat că aceasta acoperă specificațiile tehnice ale v.9.5 și v.9.6, iar în urma parcurgerii acestora, în vederea evidențierii conformității ofertei cu cerințele din cadrul specificației tehnice "Software destinat investigării artefactelor de internet", întrucât unele specificații tehnice solicitate nu au putut fi regăsite (în documentația tehnică transmisă sau în alte materiale open source), s-au solicitat clarificări.

Autoritatea contractantă apreciază că, de reținut, sunt următoarele aspecte:

- specificațiile declarate conforme, la acea dată, luau în considerare faptul că, parte însemnată din acestea, erau valabile, ca urmare a includerii în ofertă a modulelor adiționale, menționate pentru fiecare licență;

- din ambele documentații tehnice rezultă faptul că există o configurație de bază, peste care pot fi achiziționate module adiționale (care aparțin ... sau partenerilor acestora).

În urma răspunsului de clarificare, transmis ca urmare a solicitării nr. 201033-11-SAP- PEI/05.11.2019, care s-a concretizat în baza scrisorii emise de către producătorul, în data de 6 noiembrie 2019, a celor menționate, cât și având în vedere *NOTA* din cadrul specificației tehnice "Software destinat investigării artefactelor de internet": "Oferta va cuprinde posibilitatea verificării corespondenței dintre aceasta și specificația tehnică, prin anexarea fișei tehnice a produsului oferat, împreună cu alte materiale din această categorie sau trimiteri (ex :URL) către paragrafele de unde rezultă îndeplinirea cerințelor tehnice", autoritatea contractantă susține că nu s-a regăsit conformitatea ofertei cu cerințele din cadrul specificațiilor tehnice solicitate.

Autoritatea contractantă menționează că aceasta situație de fapt nu face ca soluția ce a fost oferată inițial să devină conformă, soluția neîndeplinind, în totalitate, configurația și parametrii tehnici minimi din cadrul specificației tehnice "Software destinat investigării artefactelor de internet", la momentul și în forma în care a fost depusă oferta tehnică.

Din punct de vedere tehnic, autoritatea contractantă arată că s-a considerat modificare de ofertă faptul că, inițial, a fost oferat, dar în răspunsurile la clarificările solicitate ofertantul face trimitere la, din următoarele considerente:

- modulele ce pot fi anexate versiunii de bază „.....”, așa cum sunt evidențiate în documentația tehnică, sunt:

- accesând adresa siteului, furnizată de producător în 06.11.2019 (<https://.....com/ec>), s-a observat că versiunea soft-ului ce poate fi achiziționată din secțiunea "..", în prezent, este

- modulele ce pot fi anexate versiunii de bază „.....”, ce se regăsesc în categoria ". pe siteul producătorului, sunt:

- versiunea indicată în etapa de clarificări "...." nu are ca modul adițional "..", oferat în 20 septembrie 2019 împreună cu "....", ceea ce a condus la concluzia că cele două versiuni sunt diferite.

Detaliind, autoritatea contractantă susține că, din documentația tehnică, rezultă că (...) are posibilitatea de detectare a fișierelor și volumelor criptate, în timp ce modulul de decriptare din oferta tehnică „....., alocă posibilitatea soft-ului .. să efectueze decriptarea propriu-zisă, având inclus pentru acest modul o licență, partener, neavând listat acest modul pentru achiziție. Luând în considerare și scrisoarea emisă de către producătorul, rezultă concluzia că ar îndeplini funcționalitățile solicitate în alt mod decât prin adăugarea modulului partenerului . . .

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Aplicații software pentru dotarea structurilor de criminalitate informatică în cadrul

Proiectului Investigarea infracționalității informatice și analiza probelor digitale, ROFSIP2016OS5A01P01”, inițiată prin anunțul de participare nr. CN1013980, publicat în SEAP la 10.08.2019.

Împotriva respingerii ofertei sale, SC SRL a formulat contestația de față, susținând că propunerea sa tehnică, la lotul 3, nu a fost modificată, în niciun fel, prin clarificările transmise.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a transmis la CNSC recipisa de consemnare a cauțiunii aferente contestației, în valoare de 10.663,86 lei, emisă de CEC Bank–Sucursala Victoria, în data de 07.02.2020, sub nr. 206082386/1.

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 201033/20/SAP/PEI din 05.02.2020, Consiliul reține că oferta contestatoarei a fost respinsă, ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, întrucât „prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 201033/11/SAP/PEI din 05.11.2019, ați modificat propunerea tehnică, ofertând față de ofertat inițial”.

În privința modului de transmitere a întrebărilor de clarificare, Consiliul consideră lipsită de relevanță, la acest moment, faptul că autoritatea contractantă a utilizat câmpul dedicat, similar, al corespondenței pentru lotul 2. Această utilizare incorectă nu a afectat rezultatul evaluării.

Consiliul constată că, pe parcursul evaluării, următoarele aspecte au făcut obiectul clarificărilor, respectiv, prin adresa nr. 201033/11/SAP/PEI din 05.11.2019, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei să clarifice următoarele aspecte: „pentru lotul 2 (...) pentru **lotul nr. 3 – software destinat investigării artefactelor de internet – 25 buc:**

- detaliați cum îndepliniți cerința ca soluția propusă să suporte următoarele formaturi de imagini/clone – E01 (...) dmg;
- clarificați modalitatea de îndeplinire a cerinței nr. 14 (...);
- confirmați dacă funcționalitățile enumerate în ofertă la cerința 21 (...);
- clarificați modalitatea de îndeplinire a cerinței nr. 24 (...);
- clarificați modalitatea de îndeplinire a cerinței nr. 27 (...).”

La această solicitare, contestatoarea a prezentat următorul răspuns: „(...) **ref. lot 3 – formate fișiere:** soluția ofertată are suport pentru formatele de fișiere solicitate. Atașăm la prezenta scrisoare emisă de către producătorul, prin care sunt confirmate formatele de fișiere solicitate astfel: (...)” și a atașat scrisoarea producătorului cu referire la echipamentul

Analizând răspunsul contestatoarei, Consiliul reține că prezentarea aplicației, actualizată, ..., nu reprezintă o modificare a propunerii tehnice, în care a fost indicată aplicația Or, lipsa unor elemente care să conducă la varianta că nu ar corespunde în integralitate cerințelor caietului de sarcini, nu poate conduce la acceptarea deciziei de modificare a propunerii tehnice.

Potrivit art. 134 din HG nr. 395/2016, care prevăd: „(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia (...) (6) **În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.** (7) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

- a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau
- b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire”.

Așadar, după cum se poate observa, din condițiile stabilite de legiuitor, chiar modificarea nesubstanțială a unei oferte, ca urmare a răspunsului la o solicitare de clarificare, nu poate conduce, în mod automat, la respingerea ofertei, legea stabilind că o astfel de modificare poate fi acceptată, în limitele prevăzute la art. 134.

Or, din actele emise de autoritatea contractantă, nu rezultă analiza pe care aceasta a realizat-o, cu privire la problematica ce a constituit motiv de respingere a ofertei, prin prisma aplicării integrale a dispozițiilor legale ce reglementează instituția clarificării ofertei.

Astfel, răspunsul contestatoarei, de propunere a aceluiași produs (....), dar de generație nouă/avansată (2020), al aceluiași producător, reprezintă mai puțin decât modificările permise de lege.

Așadar, răspunsul cu produsul de generație 2020 nu poate fi apreciat ca fiind o modificare a ofertei, din moment ce ofertantul nu a propus o aplicație diferită de cea inițială ori care nu corespunde cerințelor caietului de sarcini.

Mai mult, modificarea propunerii tehnice inițiale, apreciată de autoritatea contractantă, eronat, ca motiv de respingere, nu reprezintă transformarea unei oferte din neconformă în conformă, ci acceptarea unei oferte conforme (de la momentul depunerii inclusiv prin răspunsul la clarificări).

Concluzionând, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă nu a realizat o evaluare a ofertei în condițiile și limitele legii, iar situației prezentate nu îi sunt incidente dispozițiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Totodată, Consiliul nu poate reține în sarcina contestatoarei vreo culpă în ceea ce privește întocmirea propunerii tehnice și răspunsul la solicitarea

de clarificări având în vedere că ofertantul a răspuns cerințelor documentației de atribuire, respectând art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 din HG nr. 395/2016, care prevăd: „Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, însoțită de documentele sau de documentul unic de achiziție european, în conformitate cu dispozițiile art. 193-197, după caz, care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare stabilite de autoritatea contractantă”.

Luând în considerare aspectele prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, și va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare, în partea ce privește respingerea ofertei contestatoarei, la lotul 3 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei, cu luarea în considerare a echipamentului, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

Admite contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, și anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare, în partea ce privește respingerea ofertei contestatoarei, la lotul 3.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei, cu luarea în considerare a echipamentului, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, conform cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

....

MEMBRU,

..

.....