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....
Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr...., depusă de..., cu sediul în..... nr...., camera... bl....., et...., ap...., sector..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, str.... nr...., et...., sector..., înregistrată la Registrul Comerţului sub nr...., având..., reprezentată legal prin..., privind procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect pentru proiectul "...", cod... Pachete software si sisteme informatice (Rev.2), de..., cu sediul în.....*nr...., sector..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:*

- admiterea contestației, așa cum a fost formulată;
- suspendarea aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, inclusiv a deciziei autorității contractante de a anula procedura în temeiul art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016;
- dispunerea măsurilor de remediere necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, respectiv:

a) anularea... procedurii nr...., precum și a tuturor actelor ulterioare ce decurg din acesta;

b) anularea comunicării nr.... privind rezultatul aplicării procedurii de atribuire, precum și a tuturor actelor ulterioare ce decurg din aceasta;

c) obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și refacerea... procedurii în sensul stabilirii ofertei sale drept conformă și admisibilă și pe cale de consecință câștigătoare a procedurii de atribuire, cu respectarea tuturor prevederilor legale și ale documentației de atribuire.

... nr...., Consiliul a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent... dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul... critică rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr..... și raportul procedurii nr...., solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei. Contestatoarea critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă și de anulare a procedurii.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul ”[...] Contestatie v2 .. semnat digital.pdf”, postat de autoritate în SEAP la..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr..... Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Consiliul apreciază că sintetizarea de mai sus nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la dispoziție spre vizualizare și descărcare, prin intermediul SEAP, întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Pe de altă parte, constrângerile ce țin de celeritatea soluționării cauzelor de către Consiliu (art. 24 din legea remediilor), pe fondul suprapunerii pe rol a mai multor dosare, inclusiv de complexitate notabilă, nu permit alocarea unei perioade nelimitate de timp pentru sintetizarea și redarea concisă în considerente a tuturor susținerilor părților, constrângeri de care inclusiv acestea trebuie să țină seama.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de..., solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În fapt, autoritatea arată că în cadrul procedurii în cauză a fost depusă o singură ofertă, respectiv....

În etapa de evaluare financiară, s-a constatat faptul că pentru produsul .. ofertat pentru "Suita pentru managementul serviciilor de Securitate", preţul solicitat de... a fost de....., lei fără TVA.

Autoritatea precizează că .. este un software de monitorizare, open source, care poate fi descărcat, în mod gratuit de pe platforma https: ....

Constatând un vădit dezechilibru între costul real al produsului şi preţul ofertat, comisia de evaluare a solicitat ofertantului clarificări în ceea ce priveşte fundamentarea economică a preţului.

De asemenea, autoritatea menționează că fundamentarea economică a preţului ofertat reprezintă o condiţie *sine qua non* oricărei oferte, indiferent dacă aceasta este în limitele preturilor pieţei, neobişnuit de scăzută sau neobişnuit de ridicată, iar nu o cerinţă nouă faţă de documentaţia de atribuire, cum susţine contestatoarea.

Solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare privind prezentarea fundamentării economice a preţurilor ofertate este perfect justificată în

oricare dintre situaţii, având rolul de a detalia şi lămuri o informaţie deja prezentată, respectiv preţul - element obligatoriu al ofertei.

Prin cele două solicitări de clarificare privind prezentarea fundamentării de preţ nr.... şi nr...., comisia de evaluare a solicitat, în fapt, detalierea informaţiilor deja prezentate în ofertă, iar nu elemente şi informaţii noi faţă de... contestatoarei.

Pe cale de consecinţă, consideră că nu poate li primit argumentul învederat de contestatoare conform căruia, dacă preţul nu este neobişnuit de scăzut şi se încadrează în valoarea estimată a achiziţiei... este admisibilă, fără posibilitatea comisiei de evaluare de a solicita clarificări suplimentare.

Ari. 210 din Legea nr. 98/2016, citat de petentă, stabileşte obligaţia de a solicita clarificări în cazul unui preţ neobişnuit de scăzut. Această obligaţie nu anulează dreptul comisiei de evaluare de a clarifica propunerea financiară, ori de câte ori comisia de evaluare consideră acest lucru necesar.

În ceea ce privește susţinerea contestatoarei că autoritatea contractantă nu a indicat existenţa vreunei situaţii prevăzute de lege care să justifice încadrarea ofertei sale în categoria ofertelor inacceptabile, achizitoarea precizează că este eronată, temeiul legal al respingerii ofertei..., indicat atât în raportul procedurii, cât şi în comunicare, este art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, respectiv răspunsurile la solicitările de clarificare înregistrate sub nr.... şi nr.... au fost considerate ca fiind neconcludente în raport cu solicitările.

Astfel, faţă de răspunsul la solicitarea nr...., comisia de evaluare a considerat că preţul ofertat pentru Suita manage*mentul serviciilor de Securitate nu este just*ificat în mod corespunzător, respectiv costurile incluse nu reflectă componentele de preţ ale produsului ofertat ..... În fapt, ofertantul a recunoscut că preţul nu include un cost direct cu licenţa de utilizare a ....acesta fiind un open-source software. Suma ele..., fără TVA, solicitată pentru un produs care poate fi accesat gratuit a fost justificată prin costuri indirecte cu instruirea, asigurarea suportului tehnic.

Răspunsul contestatoarei la solicitarea de clarificări nr.... a fost considerat neconcludent, deoarece nu a făcut referire la niciun element privind modul de formare al preţurilor solicitate.

Având în vedere cele mai sus menţionate, solicită respingerea contestaţiei formulate de... ca fiind nefondată.

Prin adresa nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatoarea a formulat răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației în format electronic, pe... DVD.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect . pentru proiectul "...", *cod... Pachete software si sisteme informatice (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr...., data limită de depunere a ofert*elor fiind stabilită pentru..., ora 15:...; valoarea estimată a contractului de furnizare fiind..., fără TVA.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr..... și Raportul pro*cedurii nr..... a depus contestația în* analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de..., conform art. 611 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr.... eliberată de..., la data de..., fiind înregistrată la Consiliu sub nr.....

... adresei nr..... de comunicare a rezultatului procedurii, achizitoare a adus la cunoștința ofertantei contestatoare... următoarele:

În cadrul procedurii de atribuire . pentru proiectul " OncoDigital -... „..... Al...." - un spital digital care salvează vieţi"... societăţii dvs. a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 215 alin 4 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art 134 alin 5 din HG nr. 395/2016 deoarece operatorul economic nu a răspuns în mod concludent la solicitările de clarificare ale comisiei de evaluare nr.... şi nr....:

- răspunsul operatorului economic la solicitarea de clarificări nr.... este neconcludent deoarece preţul ofertat pentru Suita managementul serviciilor de Securitate nu este justificat în mod corespunzător, respectiv costurile incluse nu reflectă componentele de preţ ale produsului ofertat .....

-răspunsul operatorului economic la solicitarea de clarificări nr.... este neconcludent deoarece operatorul economic nu răspunde la solicitarea de clarificări, respectiv nu oferă nicio informaţie privind modul de formare al preţurilor ofertate.

Procedura de atribuire . pentru proiectul " OncoDigital -... „..... Al...." - un spital digital care salvează vieţi" se anulează în temeiul art. 212 alin 1 lit. a) din Legea nr. 98/2016 deoarece nu a fost primită nicio ofertă admisibilă.

... proce*durii nr...., membrii comisiei de evaluar*e au adoptat decizia de anulare motivat de următoarele considerente:

... - ofertă inacceptabilă în temeiul art. 215 alin 4 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art 134 alin 5 din HG nr. 395/2016 deoarece operatorul economic nu a răspuns în mod concludent la solicitările de clarificare ale comisiei de evaluare nr.... şi nr....:

- răspunsul operatorului economic la solicitarea de clarificări nr.... este neconcludent deoarece preţul ofertat pentru Suita managementul serviciilor de Securitate nu este justificat în mod corespunzător, respectiv costurile incluse nu reflectă componentele de preţ ale produsului ofertat ....;

- răspunsul operatorului economic la solicitarea de clarificări nr.... este neconcludent deoarece operatorul economic nu răspunde la solicitarea de clarificări, respectiv nu oferă nicio informaţie privind modul de formare al preţurilor ofertate.

Membrii comisiei de evaluare propun anularea procedurii de atribuire a contractului . pentru proiectul " .... „..... ...." - un spital digital care salvează vieţi" în temeiul art. 212 alin 1 lit. a) din Legea nr. 98/2016 deoarece nu a fost primită nicio ofertă admisibilă.

... reclamă aspecte legate de nelegalitatea privind decizia autorității contractante de respingere a ofertei ca inacceptabilă, apreciind că decizia amintită:

- nu are temei în documentația de atribuire;
- se bazează pe o solicitare de clarificări excesivă și nejustificată;
- contravine principiilor fundamentale ale achizițiilor publice.

Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de faptul că în speță, autoritatea contractantă a respins... pentru neprezentarea unui anum*it nivel de detaliu al fundamentării prețului ofertat, de*și o asemenea cerință nu a fost prevăzută în documentația de atribuire și nici în formularele puse la dispoziția operatorilor economici pentru elaborarea propunerii financiare.

Se vor reține și susținerile achizitoarei în replică la cele reclamate, respectiv faptul că solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare privind prezentarea fundamentării economice a preţurilor ofertate este justificată în oricare dintre situaţii, având rolul de a detalia şi lamuri o informaţie deja prezentată respectiv preţul, element obligatoriu al ofertei.

Prin cele două solicitări de clarificare privind prezentarea fundamentării de preţ nr.... şi ar. 3728/..., comisia de evaluare a solicitat, în fapt, detalierea informaţiilor deja prezentate în ofertă, iar nu elemente şi informaţii noi faţă de... contestatarei.

Concluzia la care ajunge achiiztoarea este aceea că, răspunsul contestatarei la solicitarea de clarificări nr.... a fost considerat neconcludent deoarece... nu a făcut referire la niciun element privind modul de formare al preţurilor solicitate.

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă în favoarea argumentelor... cărora a apreciat neconcludența răspunsului furnizat de... și a decis anularea procedurii în temeiul art. 212 alin 1 lit. a) din Legea nr. 98/2016, nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele mai jos expuse.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de societatea contestatoare, Consiliul găseşte util expunerea câtorva elemente din cadrul documentaţiei de atribuire, menite să înlesnească înţelegerea ei, cât şi să îi circumstanţieze soluţionarea.

Obiectul contractului de furnizare supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie, astfel cum este descris la pct. I*I.... Descrierea succinta a contractului sau a achizitiei/achizitiilor:*

În cadrul contractului care va fi atribuit în cadrul procedurii de achiziție prin licitație deschisă se va realiza implementarea unei Platforme de Digitalizare în cadrul Institutului... „..... Al....” prin:

1. Furnizare de echipamente, în conformitate cu cerințele din caietul de sarcini.

2. Furnizarea de licențe software, în conformitate cu cerințele din caietul de sarcini.

3. Prestarea de servicii IT, constând în servicii pentru operaționalizarea Platformei de Digitalizare, în conformitate cu cerințele caietul de sarcini;

În cadrul caietului de sarcini s-au precizat următoarele:

Obiectivele proiectului

Obiectivul general al proiectului

Obiectivul investiţiei este reprezentat de dezvoltarea unui cadru sistemic de guvernanţă a datelor pentru a aborda calitatea datelor şi schimbul eficient al acestora in cadrul diferitelor Instituţii administrative, unităţi sanitare, furnizori de servicii, pacienţi.

Proiectul urmăreşte introducerea in portofoliul IT a unor module informatice noi care să deservească activitatea unităţilor sanitare prin:

- demararea unui proces de digitalizare, prin achiziţionarea şi instalarea echipamentelor necesare (echipamente IT, echipamente pentru comunicaţii, şi echipamente conexe, inclusiv licenţe);

- migrarea de date către noi sisteme şi infrastructuri;

- dezvoltarea de aplicaţii Informatice aferente;

- instruirea personalului tehnic.

...

Pe termen lung, extinderea digitalizarii la nivelul spitalului necesita ca datele prelucrate de sistemul informatic integrat sa fie operate in timp real si de alte aplicaţii. De asemenea, sistemul va trebui sa preia date de la alte sisteme/aplioatii pentru evitarea duplicării informaţiei si/sau a pierderii consistentei. întrucât digitalizarea se realizeaza in funcţie de oportunitatile financiare si tehnice, predictibilitatea pe termen mediu si lung este limitata.

Transferul informaţiilor IN/OUT ale sistemului se poate realiza tehnic exclusiv cu interventia producătorului, atat la nivel de cod sursa cat si la nivel de baza de date, ceea ce creează o dependenta indirecta de producători in implementarea de noi aplicaţii informatice necesare digitalizarii pe termen mediu si lung. Intervenţiile asupra sistemului, care sunt obligatorii la fiecare operaţiune tehnica in care sunt implicate datele din sistem, genereaza costuri si logististica dificil de controlat in estimarea efortului, duratei si a riscurilor aferente modificărilor cu o complexitate mare in cadrul proiectelor.

Datele speței pe scurt sunt următoarele:

- în etapa de evaluare financiară, comisia de evaluare a transmis ofertantei... solicitarea de clarificări nr.... prin care a cerut:

"În etapa de evaluare financiară, comisia de evaluare vă solicită să prezentaţi fundamentarea preţului ofertat pentru Suita pentru managementul serviciilor de Securitate, având în vedere caracterul de sofware open source."

- în ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări nr..... a transmis în data de... următorul răspuns:

Referitor la pretul ofertat pentru componenta "Suita pentru managementul serviciilor de Securitate" in cuantum de 73... fara TVA, acesta include urmatoarele:

- serviciile de instalare, configurare si punere in functiune ale solutiei ....ofertate, precum si serviciile de instruire a personalului, conform cerintelor din caietul de sarcini;

- garantia aferenta solutiei software si serviciile din perioada de garantie, conform cerintelor din caietul de sarcini;

- serviciile de... tehnic pentru o perioada de 5 ani, detaliate in cadrul ofertei tehnice depuse, conform cerintelor formulate in caietul de sarcini.

Solutia tehnica propusa are la baza un produs software open-source, ceea ce inseamna ca nu implica plata unor licente de utilizare. Cu toate acestea, obiectul procedurii de achizitie nu vizeaza simpla furnizare a unui produs software, ci implementarea completa a unei solutii functionale, adaptate cerintelor autoritatii contractante, precum si asigurarea suportului tehnic pe o perioada de 5 ani.

Prin urmare, pretul ofertat reflecta exclusiv serviciile profesionale specializate necesare pentru realizarea acestor obligatii contractuale, si nu costuri de licentiere.

Valoarea propunerii financiare este determinata de urmatoarele componente esentiale:

- Implementarea si configurarea solutiei, care include urmatoarele activitati: instalarea si configurarea in mediul de productie; integrarea directa cu ..; testarea, validarea si punerea in functiune a solutiei. Aceste activitati presupun alocarea de personal calificat, pe intreaga durata a proiectului.

- Instruirea personalului Autoritatii Contractante - serviciile de instruire includ: pregatirea materialelor de instruire, sesiuni de instruire dedicate utilizatorilor si administratorilor, precum si transfer de cunostinte.

- Serviciile din perioada de garantie - in perioada de garantie, ofertantul a asumat, fara costuri suplimentare fata de pretul ofertat: remedierea oricaror neconformitati sau disfunctionalitati identificate ulterior receptiei; corectarea gratuita, a oricaror erori, defecte si neconformitati constatate, cu exceptia cazurilor in care defectele se datoreaza in mod exclusiv utilizarii inadecvate / necorespunzatoare de catre personalul Achizitorului. Astfel, perioada de garantie presupune disponibilitatea echipei tehnice dedicate, precum si interventii in caz de incident. Costurile aferente garantiei sunt incluse in pretul total ofertat si reflecta obligatia ofertantului de a asigura conformitatea si stabilitatea solutiei dupa punerea in functiune.

-... tehnic pentru solutia software pe durata a 5 ani - aceasta componenta reprezinta o parte semnificativa a valorii ofertate, deoarece suportul tehnic reprezinta un angajament contractual ferm pe termen lung si include: diagnosticarea problemei si remedierea acestia; accesul la patch-urile, update-urile care duc la fixarea unor probleme pentru produsele livrate, inclusiv la acoperirea vulnerabilitatilor; include acces gratuit la pachetele de actualizare a firmware-ului si a software-urilor si la documentatia necesara aplicarii actualizarilor respectiv: remedieri in cazul problemelor de functionalitate (bug fix), actualizari in cazul problemelor de securitate ale produsului in sine (security updates), actualizari de functionalitate; corectie erori;... pentru administratorii beneficiarului. Este asigurata diagnosticarea unui incident pentru determinarea problemei de baza. Ofertantul a asumat in cadrul ofertei tehnice depuse, ca va efectua toate activitatile necesare pentru remedierea problemelor constate ca urmare a raportarii de catre Beneficiar a incidentelor. Totodata este asumata monitorizarea in permanenta a incidentului pana la inchiderea acestuia. Pe durata celor 5 ani, ofertantul isi asuma responsabilitatea functionarii sistemului in parametri optimi, ceea ce implica alocarea continua de personal calificat in vederea asigurarii capacitatii de interventie conform cerintelor din caietul de sarcini.

Avand in vedere precizarile din randurile de mai sus, pretul ofertat este:

• fundamentat pe estimarea realista a volumului de munca;

• corelat cu complexitatea cerintelor tehnice;

• proportional cu durata de... tehnic de 5 ani;

• rezultat al unei evaluari economice interne bazate pe costuri reale cu personalul, infrastructura de... si responsabilitatile asumate.

Subliniem faptul ca utilizarea unei solutii software open-source elimina exclusiv componenta de licentiere, insa nu elimina costurile asociate implementarii, configurarii, instruirii, expertizei tehnice necesare si a serviciilor aferente garantiei si suportului tehnic.

In raport cu obiectul contractului si cu obligatiile asumate, apreciem ca pretul ofertat este pe deplin justificat, real si sustenabil pe intreaga perioada de... tehnic de 5 ani.

... noastra reflecta costurile necesare pentru:

• implementarea completa a solutiei;

• transferul de cunostinte;

• asigurarea suportului tehnic continuu in perioada de 5 ani;

• garantarea functionarii sistemului in conditiile de siguranta si performanta solicitate.

Ne mentinem propunerea financiara ca fiind fundamentata economic, proportionala cu cerintele Autoritatii Contractante si in deplina concordanta cu obligatiile contractuale asumate.

Mentionam faptul ca, prin raspunsul de mai sus, nu modificam... depusa, ci doar clarificam aspectele la care Autoritatea Contractanta a facut referire in solicitare.

Va stam la dispozitie, pentru orice informatie suplimentara necesara in vederea evaluarii ofertei noastre.

- ulterior tot în etapa de evaluare financiară, comisia de evaluare a transmis ofertantei... solicitarea de clarificări nr.... prin care a solicitat prezentarea fundamentării prețului ofertat pentru fiecare componentă a contractului, cu evidențierea separată a unor categorii de costuri:

"În etapa de evaluare financiară, comisia de evaluare vă solicită să prezentaţi fundamentarea preţului ofertat pentru fiecare dintre componentele incluse în procedură cu evidenţierea separată, pentru fiecare componentă, a preţului de achiziţie produs, servicii conexe (instruire, mentenanţa), cheltuieli directe, indirecte, etc."

- referitor la răspunsul la solicitarea de clarificări nr..... a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări în termenul stabilit, în data de... prin care a precizat următoarele:

"Referitor la solicitarea dumneavoastra de clarificari privind fundamentarea detaliata a pretului ofertat pentru fiecare componenta inclusa in..., va transmitem urmatoarele:

... depusa de societatea noastra respecta in totalitate cerintele documentatiei de atribuire, formularele impuse au fost completate corespunzator, iar pretul ofertat de... fara TVA (reprezentand...% din valoarea estimata) se incadreaza in valoarea estimata a contractului de... fara TVA.

IV.... Modul de prezentare al propunerii financiare

Ofertantul va prezenta propunerea financiară în corelație cu elementele Caietului de sarcini. Prețul se va posta în SEAP în Lei fără TVA. Se va completa-... financiară - Formular nr.... care va fi însoțit de Centralizatorul de prețuri - Formular nr...., inclus în Documentația de Atribuire. Propunerea financiară are caracter ferm și obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate a ofertei de 4 luni de zile. În temeiul art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, ofertanții vor indica şi motiva în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică și/sau financiară sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de

proprietate intelectuală. Informațiile indicate de ofertanți ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1) al art. 57 din aceeași lege.

Totodata, **pretul ofertat nu se incadreaza in situatia unui pret aparent neobisnuit de scazut**, astfel cum este reglementat de art. 210 din Legea nr. 98/2016. Conform art. 136 alin. (4) din HG 395/2016: "(4) În sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Lege, o ofertă prezintă un preţ aparent neobişnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când preţul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puţin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv."

... art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, procedura de atribuire trebuie sa se desfasoare cu respectarea principiilor nediscriminarii, tratamentului egal, recunoasterii reciproce, transparentei, proportionalitatii si asumarea raspunderii. De asemenea, asa cum este prevazut expres in cadrul art. 209 din Legea nr. 98/2016, Autoritatea Contractanta nu are dreptul ca prin clarificarile/completarile solicitate sa aduca atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achizitie publica reglementate la art. 2 alin. (2) din lege. Prin urmare, solicitarile de clarificari trebuie sa fie strict necesare pentru evaluarea ofertei si nu pot conduce la modificarea acesteia sau la introducerea unor cerinte suplimentare fata de cele stabilite prin documentatia de atribuire. Mai mult chiar, art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016 stipulează "(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare... dispoziţiilor alin. (1) conţinutul propunerii tehnice sau propunerii financiare... va fi considerată inacceptabilă.".

Documentatia de atribuire nu a prevazut obligatia prezentarii unei defalcari detaliate a costurilor pe componente, respectiv nu a prevazut obligatia privind "fundamentarea preţului ofertat pentru fiecare dintre componentele incluse în procedură cu evidenţierea separată, pentru fiecare componentă, a preţului de achiziţie produs, servicii conexe (instruire, mentenanţa), cheltuieli directe, indirecte, etc". **In lipsa unui temei legal expres sau a identificarii unor neconcordante concrete in..., solicitarea unei asemenea fundamentari detaliate depaseste limitele cadrului legal aplicabil si poate echivala cu modificarea implicita a regulilor procedurii ulterior depunerii ofertelor.**

Totodata, precizam in mod expres ca informatiile solicitate precum preturile de achizitie de la furnizori, conditiile comerciale negociate, structura detaliata a costurilor (cheltuieli directe, indirecte etc.), marjele comerciale si elementele ce tin de politica interna de formare a pretului, reprezinta expresia directa a know-how-ului privind structurarea ofertei, aceste informatii fiind esentiale pentru pozitionarea concurentiala a societatii noastre.

Prin urmare, aceste informatii pot fi puse la dispozitia Autoritatii Contractante in situatia in care se precizeaza temeiul legal expres, clar si proportional care sta la baza unei astfel de solicitari, avand in vedere faptul ca... noastra respecta integral cerintele formulate in cadrul documentatiei de atribuire si nu se afla in situatia unui pret neobisnuit de scazut conform reglementarilor legale.

In practica constanta a Consiliul National de Solutionare a Contestatiilor si a instantelor de contencios administrativ s-a retinut ca Autoritatea Contractanta nu poate evalua ofertele prin raportare la cerinte neprevazute in documentatia de atribuire si nici nu poate solicita documente sau justificari suplimentare care nu au fost stabilite anterior, cu exceptia situatiilor expres reglementate de lege."

Contrar celor reținute de membrii comisiei de evaluare în decizia de stabilire a neconcludenței răspunsului nr.... furnizat... cărora răspunsul operatorului economic la solicitarea de clarificări nr.... este neconcludent deoarece operatorul economic nu răspunde la solicitarea de clarificări, respectiv nu oferă nicio informaţie privind modul de formare al preţurilor ofertate din economia răspunsului furnizate de autoarea contestației, Consiliul reține faptul că ofertanta a oferit

explicaţii privind componenţa preţului ofertat pentru soluţia ...., menţionând că soluţia ....ofertată nu implică costuri de licenţiere, preţul ofertat reflectând exclusiv serviciile profesionale specializate necesare funcţionării soluţiei ofertate, în configuraţia solicitată şi integrând componentele software şi hardware solicitate prin documentaţia de atribuire, inclusiv suportul tehnic pentru o perioadă de... luni (5 ani).

Referitor la răspunsul formulat de către..., autoritatea Contractantă a apreciat că "preţul ofertat pentru Suita managementul serviciilor de Securitate nu este justificat în mod corespunzător, respectiv costurile incluse nu reflectă componentele de preţ ale produsului ofertat ....."

Prin urmare, așa cum a susținut și contestatoarea autoritatea contractantă nu indică *în mod concret deficienţe*, nu demonstrează lipsa de concludenţă şi formulează o apreciere pur formală.

Față de cele mai sus reținute, Consiliul determină că... a răspuns suficient de clar și temeinic solicitării de clarificare privind fundamentarea economică pentru componenta .. ofertată, precizând structura costurilor, lipsa costurilor de licenţiere şi includerea serviciilor profesionale conform cerinţelor formulate în caietul de sarcini.

Răspunsul furnizat de... tratează exact obiectul solicitării transmise de autoritate. Cu alte cuvinte, el este punctual şi concludent, putând fi valorificat de autoritatea contractantă, iar un astfel de răspuns nu poate constitui motiv pentru sancţionarea ofertantei cu respingerea ofertei depuse. Prin urmare, în contextul înfăţişat, pledoaria autorităţii contractante nu poate constitui un argument valid pentru respingerea ofertei contestatoarei.

Răspunsul acoperă obiectul solicitării şi se situează în limitele exigenţelor de legalitate şi temeinicie pentru a fi considerat şi credibil.

Aceeași concluzie de netemeinicie va fi reținută de Consiliu și în ceea ce privește pretinsa neconcludență a răspunsului operatorului economic la solicitarea de clarificări nr.... pe considerentul că operatorul economic nu răspunde la solicitarea de clarificări, respectiv nu oferă nicio informaţie privind modul de formare al preţurilor ofertate.

În stabilirea acestei finalități Consiliul apreciază că ulterior răspunsului privind fundamentarea economică pentru componenta ....ofertată, autoritatea contractantă solicită fundamentarea economică pentru toate componentele ofertei, neindicând un temei legal sau neconformitate a ofertei privind o cerinţă din documentaţia de atribuire, transformând solicitarea de clarificări într-o cerinţă nouă de ofertare, astfel cum a susținut și contestatoarea.

Se are în vedere faptul că în cadrul documentatiei de atribuire nu se regăsește nicio restricție în privința ofertării unei soluții software

open source pentru vreuna dintre componentele solicitate în caietul de sarcini.

Deopotrivă de valide sunt apărările aduse de autoarea contestației care a argumentat următoarele în favoarea faptului că a oferit explicaţii privind componenţa preţului ofertat pentru soluţia ..., menţionând că soluţia ....ofertată nu implică costuri de licenţiere, preţul ofertat reflectând exclusiv serviciile profesionale specializate necesare funcţionării soluţiei ofertate, în configuraţia solicitată şi integrând componentele software şi hardware solicitate prin documentaţia de atribuire, inclusiv suportul tehnic pentru o perioadă de... luni (5 ani), respectiv:

Autoritatea Contractantă îşi întemeiază decizia pe faptul că soluţia software ..., componentă a soluţiei de digitalizare ofertate, este un produs software care poate fi descărcat/accesat gratuit.

Subliniem faptul că în procedura de atribuire având ca obiect "...", achiziţia vizează atât componente hardware şi software, cât şi prestarea serviciilor aferente acestor componente, respectiv implementarea, configurarea sistemului, instruirea personalului, servicii aferente perioadei de garanţie precum şi... tehnic pentru o perioadă de 2 ani pentru produsele hardware şi 5 ani pentru produsele software, conform cerinţelor din caietul de sarcini. Prin urmare, nu este vorba despre furnizarea unor produse hardware şi software, ci despre o soluţie completă, respectiv implementarea completă a unei soluţii funcţionale, adaptate cerinţelor Autorităţii Contractante, precum şi asigurarea ulterioară a serviciilor în perioada de garanţie şi prestarea serviciilor de... tehnic pentru o perioadă de 2 ani pentru produsele hardware şi 5 ani pentru produsele software.

În ceea ce priveşte componenta ....ofertată, după cum am menţionat şi îri cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări primită din partea Autorităţii Contractante, preţul ofertat reflectă exclusiv serviciile profesionale specializate necesare pentru realizarea obligaţiilor contractuale, şi nu costuri de licenţiere. Această abordare este conformă cu obiectul contractului, este justificată economic, fiind în concordanţă cu practica pieţei. Cu toate că în cazul soluţiei ...., software-ul nu include costuri de licenţiere, serviciile aferente sunt contra cost. Prin urmare, chiar dacă în cazul acestei componente a soluţiei nu sunt incluse costuri de licenţiere, sunt incluse serviciile profesionale specializate necesare pentru realizarea obligaţiilor contractuale solicitate în caietul de sarcini, respectiv: implementarea şi configurarea personalizată a soluţiei, integrând componentele hardware şi software specifice ofertate, instruirea personalului Autorităţii Contractante, serviciile din perioada de garanţie precum şi... tehnic pentru soluţia software pe durata a 5 ani - aceasta din urmă reprezentând o parte semnificativă a valorii ofertate, deoarece suportul tehnic reprezintă un angajament contractual ferm pe termen lung.

Autoritatea Contractantă îşi fundamentează decizia pe faptul că ....este disponibil pentru a fi descărcat/accesat gratuit. Astfel, Autoritatea Contractantă face o confuzie între un produs software descărcat de pe internet, neconfigurat (în stare implicită), şi o soluţie software personalizată, care integrează componente hardware şi software specifice ofertate, conform solicitărilor din caietul de sarcini. Autoritatea Contractantă ignoră faptul că obiectyl contractului include şi serviciile aferente componentelor solicitate, respectiv în cazul soluţiilor software cum este ....: implementare, configurare, integrare, instruire şi... tehnic pe o perioadă de 5 ani. Prin urmare, achiziţia vizează o soluţie completă, nu un produs software izolat, neconfigurat (în stare implicită).

După cum am precizat şi în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări, serviciile aferente acestei componente sunt contra cost. Autoritatea Contractantă ignoră această realitate şi formulează o concluzie eronată din punct de vedere economic. Autoritatea Contractantă confundă lipsa costurilor de licenţiere cu costul total al soluţiei. Inclusiv pe site-ul producătorului .., menţionat de către Autoritatea Contractantă în cadrul punctului de vedere se precizează faptul că pentru serviciile de... tehnic necesare se solicită o cotaţie de preţ (... din cadrul informaţiilor disponibile pe site-ul producătorului ....reieşind in clar faptul că atât serviciile de instalare şi configurare, serviciile de instruire, de integrare etc., precum şi serviciile de... tehnic pentru ....sunt contra cost, nefiind gratuite.

Este un fapt notoriu că, inclusiv în cazul soluţiilor open-source (precum ….) software-ul poate fi descărcat gratuit, însă serviciile asociate (instalare, configurare…, consultanţă) sunt în mod uzual, contra cost. Serviciile aferente soluţiei ….implică resurse' umane specializate si costuri reale. Această realitate este confirmată chiar de modelul comercial al producătorului, care oferă servicii profesionale plătite. Prin urmare, includerea acestor servicii în preţul ofertat este justificată economic, este conformă cu obiectul contractului şi riu poate constitui un motiv de respingere a ofertei.

Cu titlu jurisprudențial Consiliul reține că aceeași abordare a îmbrățișat și... Mureș, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, cu ocazia pronunțării Deciziei nr.... din..., prin care a invalidat Decizia nr....438/C9/2...1/... /... re*ținând următoarele considerente:*

Curtea reţine că procedura de atribuire analizată în prezenta cauză are ca obiect furnizarea unei soluţii software existente, de tip... . destinată implementării unui... de Management al Documentelor la nivelul .

Achiziţia se înscrie în categoria contractelor de furnizare de produse software, astfel cum este în Fişa de date a achiziţiei, şi nu într-o achiziţie de servicii sau într-un contract de dezvoltare software. Documentaţia de atribuire a stabilit că soluţia solicitată trebuie să fie preexistentă, matură, utilizată anterior şi disponibilă pe piaţă, nefiind admise soluţii dezvoltate special pentru această procedură.

Curtea observă că ofertantul... a precizat următoarele aspecte în cadrul formularului de propunere tehnică:

- Sistemul propus este construit pe o arhitectura modulară, scalabila şi integrată, având ca nucleu componenta... de Management al Documentelor - implementată în cadrul platformei.... Arhitectura respectă principiile de tip service-oriented arhitecture (SOA) şi cloud-ready design, permiţând atât rularea on- permises, cât şi în medii hibride sau cloud (...).

- ... este o platformă ERP (...) de tip COTS (Commercial off- the-shelf), low-code, dezvoltata de... şi foloseşte tehnologii... (.....) împreună cu sistemul de nodularitate OSGi.

Din perspectiva conţinutului propunerii financiare, documentaţia de atribuire solicită ofertanţilor prezentarea:

- preţului total ofertat, exprimat în lei, fară TVA, ferm şi nemodificabil;

- detalierea valorii ofertei conform formularelor puse la dispoziţie de autoritatea

contractantă;

- includerea în preţ a tuturor activităţilor necesare furnizării şi punerii în funcţiune a

soluţiei solicitate.

Curtea reţine că documentaţia de atribuire nu conţine niciuna dintre cerinţele care au determinat autoritatea contractantă şi în cele din urmă Consiliul să considere neconformitatea ofertei.

Astfel, nu exista vreo obligaţiei ca în... financiară să existe o defalcare a preţului pe componente interne ale produsului software, să fie indicat unui „preţ distinct al licenţei" sau al aplicaţiei, să se prezinte valoarea istorică de dezvoltare a soluţiei software, sau să se justifice valoarea comercială a produsului ca bun distinct de activităţile de implementare.

în considerarea documentaţiei de atribuire, Curtea reţine că neindicarea unui preţ distinct al aplicaţiei de management al documentelor nu poate constitui un motiv de neconformitate a ofertei, deoarece în acest caz autoritatea contractantă creează reguli care nu au existat la momentul declanşării procedurii de achiziţiei publică şi nici nu au fost aduse la cunoştinţa contractantului.

De altfel, chiar analizând Adresa nr....., prin care autoritatea contractantă a solicitat transmiterea de dovezi concludente cu privire la preţurile propuse în... financiară, se observă că acestea se referă:

- fundamentarea economică a modului de formare a preţului, prin raportare la procesul de producţie;

- soluţiile tehnice adoptate şi-sau orice condiţii deosebite de favorabile de care beneficiaţi pentru furnizarea produsului care face obiectul prezentei proceduri de achiziţie publică;

- originalitatea produselor propuse;

- respectarea obligaţiilor prevăzute de art.... alin. (1) din Legea nr. 98/2016;

- eventualele ajutoare de stat de care beneficiaţi,

în niciuna dintre aceste solicitări nu cuprinde o obligaţiei a ofertantului de a indica separat preţul soluţiei digitate, motivul de fapt care a determinat găsirea ofertei ca neconformă.

De altfel... secţiunii... din Ghidul realizat la iniţiativa... de către Asociaţia Patronală a Industriei de Software şi Servicii (ANIS), Pentru diferenţierea ofertelor în funcţie de cheltuielile pe care le implică achiziţia de soluţii software complexe, autorităţile contractante au dreptul de a utiliza ca şi criterii de atribuire, cel mai bun raport calitate-preţ, sau cel mai bun raport calitate-cost. Criteriile "preţul cel mai scăzut" şi "costul cel mai scăzut" sunt aplicabile doar pentru achiziţia produselor cu un grad ridicat de standardizare (ex: echipamente hardware uzuale, software standard tip COTS).

... secţiunii....1, Elemente de cost pentru stabilirea costului total, se pot lua în considerare, ca punct de pornire, următoarele aspecte:

- Actualizări software

- Licenţe software necesare

- Costuri de administrare şi operare

- Costuri de extensie şi modificare

- Hardware servere

- Hardware client

- Costuri de găzduire (cloud)

- Costuri de networking şi comunicaţii

- Costuri cu infrastructura de reţea şi comunicaţii.

- Costurile de instruire suportate de instituţie pe durata de viaţă

- Efort propriu

- Riscuri.

Se observă astfel că... acestui ghid, în cazul soluţiilor unde este prioritar criteriul criteriului costul cel mai scăzut, nu este necesar ca la fundamentarea elementelor de cost să se regăsească distinct un preţ al soluţiei software care face obiectul contractului.

Faţă de aceste aspecte, care privesc în principal lipsa unei obligaţii a ofertantului de a preciza în mod independent valoarea distinctă a soluţiei software, Curtea reţine că nu i se poate reproşa ofertantului lipsa precizării acestui preţ, astfel cum a reţinut autoritatea contractantă.

În plus, argumentele acesteia, ca de altfel şi ale intervenientului sunt irelevante faţă de obiectul contractului. Astfel..., prin... trimisă, pentru suma de..., plus TVA, a arătat că a examinat tot conţinutul documentatei de atribuire, are o înţelegere completă a acesteia, se declară mulţumiţi de calitatea şi gradul de detaliere a acesteia, aceste documente au fost suficiente pentru pregătirea unei oferte exacte şi sunt de acord şi acceptă în totalitate responsabilitatea din punct de vedere tehnic şi comercial asociată documentelor achiziţiei.

Practic, din modul de formulare a acestei oferte financiare, rezultă cu claritate că ofertantul este dispus să semneze contractul de achiziţie publică exact în maniera şi cu toate drepturile şi obligaţiile impuse de autoritatea contractantă prin documentele achiziţiei, inclusiv în ceea ce priveşte drepturile asupra soluţiei software.

În condiţiile în care prin... depusă... se arată dispus să semneze contractul în maniera în care doreşte autoritatea contractantă, fără să facă nicio rezervă cu privire la conţinutul acestui contract (inclusiv din perspectiva îngrijorării autorităţii contractante manifestată în prezentul dosar şi care se referă în esenţă la drepturile de proprietate intelectuală asupra soluţiei software), nu există niciun motiv temeinic ca această ofertă să fie respinsă pe considerentul că nu cuprinde un preţ al acestei soluţii.

Deoarece motivele care se referă la <u>lipsa preţului distinct al soluţiei software</u> nu pot fundamenta respingerea ofertei, instanţa va analiza în continuare dacă ne aflăm în prezenţa unui preţ neobişnuit de scăzut, astfel cum a decis autoritatea contractantă.

Din această perspectivă, curtea reţine că... art. 136 din HG 395/2016:

(1) In situaţia în care comisia de evaluare constată că elemente de preţ ale unei oferte sunt aparent neobişnuit de scăzute, prin raportare la preţurile pieţei, utilizându-se ca referinţa în acest sens informaţii cum ar fi buletine statistice, sau cotaţii ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus... în cauză explicaţii cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire.

(2) Explicaţiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoţite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum şi, după caz, documente privind preţurile ce pot fi obţinute de la furnizori, situaţia stocurilor de materii prime şi materiale, modul de organizare şi metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanţele şi costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) în cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informaţiile şi/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al preţului sau al costurilor propuse... va fi considerată neconformă.

(4) în sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Lege, o ofertă prezintă un preţ aparent neobişnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când preţul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puţin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv.

Din analiza acestui articol se observă că simpla existenţă a unui preţ aparent neobişnuit de scăzut nu constituie prin el însuşi un motiv de respingere a ofertei ca neconformă, ci este necesar ca acest preţ să nu fie justificat în mod corespunzător.

Curtea reţine că prin răspunsul la clarificări, ofertantul a justificat în mod suficient de ce a oferit un preţ scăzut. Astfel, acesta a arătat că modul în care a format preţul (compus în special în cheltuielile personalului care va implementa soluţia software şi va asigura garanţia acestuia pentru perioada ofertată). Ţinând cont că în speţă este vorba despre o soluţie comercială deja existentă, este în atribuţia ofertantului să stabilească modul în care formează preţul, şi de altfel nici Legea nr. 98/2016, nici HG nr. 395/2016 nu impun ca preţul ofertat să reflecte valoarea de piaţă a produsului sau valoarea bunului transferat, astfel cum invocă autoritatea contractantă.

În consecinţă. Curtea reţine că deşi se poate admite că... a oferit un preţ aparent neobişnuit de scăzut, dacă se ia în considerare specificul dezvoltării programelor de calculator, împrejurarea că în domeniul producţiei de soft cele mai mari costuri sunt cele de personal (dezvoltatorii) şi faptul că acest soft (nefiind vorba de o licenţă exclusivă) poate fi exploatat continuu (inclusiv după acoperirea cheltuielilor de dezvoltare, când se merge exclusiv pe profit), preţul devine justificat şi nu există niciun impediment pentru neacceptarea ofertei astfel cum a fost formulată.

Faţă de aceste considerente, ţinând cont că... trebuia considerată conformă chiar în lipsa unui preţ separat al soluţiei software şi în condiţiile unui preţ scăzut, se impune admiterea prezentei cereri.

Pe cale de consecinţă, deoarece plângerea trebuia admisă, cererea de intervenţie devine neîntemeiată.

Recapitulând ansamblul considerentelor anterior expuse, în etapa de evaluare financiară, autoritatea contractantă a solicitat o structură detaliată a fundamentării prețului ofertat, cu evidențierea distinctă a unor categorii de costuri (preț de achiziție produse, servicii conexe, cheltuieli directe, indirecte etc.), cerință care nu rezultă din documentația de atribuire și nu a fost prevăzută ca obligație de prezentare a ofertei financiare.

Așa cum a susținut și contestatoarea Autoritatea Contractantă nu poate condiționa acceptarea unei oferte de prezentarea unor informații detaliate privind:

- costurile de achiziție ale produselor;

- nivelul cheltuielilor indirecte;

- marja comercială aplicată de operatorul economic.

Aceste elemente țin exclusiv de organizarea internă și strategia comercială a ofertantului, iar verificarea lor în lipsa încadrării în situațiile legale expres reglementate, depășește cadrul legal al evaluării ofertelor.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, operatorii economici beneficiază de libertate comercială în stabilirea strategiei de preț, inclusiv în ceea ce privește structura internă a costurilor și marja comercială aplicată.

În considerarea celor antemenționate contestatoarea a formulat apărări punctuale apreciate de Consiliu ca fiind credibile și concludente:

În speță, Autoritatea Contractantă a respins... subscrisei pentru neprezentarea unui anumit nivel de detaliu al fundamentării prețului ofertat, deși o asemenea cerință nu a fost prevăzută în documentația de atribuire și nici în formularele puse la dispoziția operatorilor economici pentru elaborarea propunerii financiare.

Prin introducerea în etapa de evaluare a unor exigențe suplimentare privind structura internă a costurilor ofertantului, Autoritatea Contractantă a creat o situație în care operatorii economici ar fi fost obligați să îndeplinească condiții diferite de cele comunicate inițial prin documentația de atribuire, afectând astfel caracterul egal și nediscriminatoriu al procedurii.

• Principiul tratamentului egal

Principiul tratamentului egal presupune ca toți operatorii economici să fie evaluați exclusiv în raport cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, fără introducerea unor criterii sau standarde suplimentare în etapa de evaluare.

În situația de față, Autoritatea Contractantă a respins... subscrisei pentru neprezentarea unui anumit nivel de detaliu al fundamentării prețului, deși acest nivel de detaliu nu a fost prevăzut ca cerință obligatorie în documentația de atribuire.

Prin urmare, Autoritatea Contractantă a evaluat... subscrisei în raport cu cerințe care nu existau la momentul elaborării ofertei, ceea ce echivalează cu aplicarea unor reguli noi în etapa de evaluare.

•Principiul transparenței

Principiul transparenței presupune ca toate cerințele și regulile aplicabile procedurii de atribuire să fie stabilite în mod clar și complet prin documentația de atribuire, astfel încât operatorii economici să își poată elabora... în cunoștință de cauză.

În speță, documentația de atribuire a stabilit în mod expres modalitatea de prezentare a propunerii financiare, inclusiv formularele care trebuiau completate de ofertanți. Subscrisa a respectat întocmai aceste cerințe.

Cu toate acestea, în etapa de evaluare financiară, Autoritatea Contractantă a solicitat o structură detaliată a fundamentării prețului ofertat, cu evidențierea distinctă a unor categorii de costuri (preț de achiziție produse, servicii conexe, cheltuieli directe, indirecte etc.), cerință care nu rezultă din documentația de atribuire și nu a fost prevăzută ca obligație de prezentare a ofertei financiare. Prin această abordare, Autoritatea Contractantă a modificat practic ex post nivelul de detaliu solicitat pentru propunerea financiară, încălcând principiul transparenței, întrucât operatorii economici nu au fost informați anterior asupra unei asemenea exigențe.

Autoritatea Contractantă nu poate introduce, în etapa de evaluare, cerințe suplimentare față de cele stabilite prin documentația de atribuire, întrucât o asemenea conduită afectează previzibilitatea procedurii. Conform art. 20 alin. (2) din HG 395/2016: "(2) Documentaţia de atribuire conţine orice cerinţă, criteriu, regulă şi alte informaţii necesare pentru a asigura

ofertantului/candidatului o informare completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”.

•Principiul proporționalității

Principiul proporționalității impune ca măsurile adoptate de Autoritatea Contractantă în cadrul evaluării ofertelor să fie adecvate și necesare scopului urmărit, fără a impune sarcini excesive operatorilor economici.

În speță... subscrisei reprezintă...% din valoarea estimată a contractului, situație care exclude existența unui preț aparent neobișnuit de scăzut, în sensul legislației în materia achizițiilor publice. În aceste condiții, solicitarea unei fundamentări detaliate a structurii interne a prețului ofertat pentru fiecare componentă a contractului apare ca fiind disproporționată în raport cu scopul evaluării financiare.

Mai mult, respingerea ofertei ca inacceptabilă pentru pretinsa lipsă de caracter concludent a răspunsului la o astfel de solicitare excesivă reprezintă o sancțiune vădit disproporționată, în contextul în care... financiară a fost depusă în deplină conformitate cu cerințele documentației de atribuire.

•Principiul asumării răspunderii

Principiul asumării răspunderii presupune că deciziile adoptate de Autoritatea Contractantă în cadrul procedurii de atribuire trebuie să fie temeinic motivate și fundamentate, astfel încât să permită verificarea legalității și temeiniciei acestora.

În speță, Autoritatea Contractantă nu a indicat existența vreunei situații prevăzute de lege care să justifice încadrarea ofertei subscrisei în categoria ofertelor inacceptabile.

Respingerea ofertei se întemeiază exclusiv pe aprecierea că răspunsul la solicitarea de clarificări nu ar fi fost „concludent”, fără a se demonstra în mod concret:

- existența unor neconformități ale ofertei;

- nerespectarea cerințelor documentației de atribuire;

- imposibilitatea evaluării propunerii financiare.

În lipsa unor astfel de elemente, calificarea ofertei ca inacceptabilă este nelegală și nejustificată.

O astfel de motivare formală nu permite verificarea reală a temeiniciei deciziei adoptate și contravine obligației Autorității Contractante de a fundamenta în mod riguros actele emise în cadrul procedurii de atribuire. Prin urmare, decizia de respingere a ofertei subscrisei apare ca fiind arbitrară și lipsită de o justificare obiectivă, ceea ce contravine principiului asumării răspunderii consacrat de legislația în materia achizițiilor publice.

Solicitările de clarificări au rolul exclusiv de a clarifica elemente ale ofertei deja prezentate, fără a permite modificarea sau completarea substanțială a acesteia.

Solicitările de clarificări nu pot conduce la:

- impunerea unor cerințe noi de ofertare;

- solicitarea unor documente sau informații care nu au fost prevăzute în documentația de atribuire;

- restructurarea propunerii financiare.

În speță, Autoritatea Contractantă a solicitat o structură detaliată a fundamentării prețului, structură care nu a fost prevăzută în documentația de atribuire. Prin urmare,

solicitarea transmisă subscrisei depășește scopul procedurii de clarificare și echivalează cu introducerea unor cerințe suplimentare în etapa de evaluare.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, operatorii economici beneficiază de libertate comercială în stabilirea strategiei de preț, inclusiv în ceea ce privește structura internă a costurilor și marja comercială aplicată.

Autoritatea Contractantă are competența de a verifica conformitatea ofertei cu cerințele documentației de atribuire, precum și realismul prețului ofertat exclusiv în ipoteza existenței unui preț aparent neobișnuit de scăzut, în condițiile prevăzute de Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și de HG nr. 395/2016. În lipsa unei asemenea situații, Autoritatea Contractantă nu poate proceda la analiza detaliată a structurii interne a costurilor ofertantului, întrucât o asemenea verificare ar echivala cu o ingerință nejustificată în politica comercială a operatorului economic.

De asemenea, Autoritatea Contractantă nu poate condiționa acceptarea unei oferte de prezentarea unor informații detaliate privind:

- costurile de achiziție ale produselor;

- nivelul cheltuielilor indirecte;

- marja comercială aplicată de operatorul economic.

Aceste elemente țin exclusiv de organizarea internă și strategia comercială a ofertantului, iar verificarea lor în lipsa încadrării în situațiile legale expres reglementate, depășește cadrul legal al evaluării ofertelor.

În consecință, solicitarea unei astfel de fundamentări detaliate și utilizarea acesteia ca temei pentru respingerea ofertei reprezintă o extindere nejustificată a atribuțiilor Autorității Contractante în etapa de evaluare financiară.

Sunt adevărate susținerile achizitoarei vizavi de faptul că Art. 210 din Legea nr. 98/2016, citat de contestatară, stabileşte obligaţia de a solicita clarificări în cazul unui preţ neobişnuit de scăzut. Aeestă obligaţie nu anulează dreptul comisiei de evaluare de a clarifica propunerea financiară ori de cate ori comisia, de evaluare considera acest lucru necesar.

Însă la fel de adevărate sunt și argumentele aduse de autoarea contestației... cărora în cadrul documentatiei de atribuire nu se regăsește nicio restricție în privința ofertării unei soluții software open source pentru vreuna dintre componentele solicitate în caietul de sarcini și faptul că Documen**tatia de atribuire nu a prevazut obligatia prezentarii unei defalcari detaliate a costurilor pe componente, respec**tiv nu a prevazut obligatia privind "fundamentarea preţului ofertat pentru fiecare dintre componentele incluse în procedură cu evidenţierea separată, pentru fiecare componentă, a preţului de achiziţie produs, servicii conexe (instruire, mentenanţa), cheltuieli directe, indirecte, etc".

Așadar Consiliul achiesează la concluziile la care a ajuns contestatoarea și susține că **In lipsa unui temei legal expres sau a identificarii unor neconcordante concrete in..., solicitarea unei asemenea fundamentari detaliate depaseste limitele cadrului legal aplicabil. Doc**Umentaţia de atribuire nu a prevăzut obligaţia detalierii costurilor interne Oreţ de achiziţie, cheltuieli directe, indirecte etc.), nu a impus fundamentarea economică a preţului şi a fost respectată integral de Contestatar.

În soluţionare, Consiliul se va raporta la următoarele prevederi legale incidente în cauză respectiv:

-dispozițiile art. 146 din HG nr. 395/2016:

”Art. 146. - (1) În situaţia în care autoritatea contractantă anulează procedura de atribuire, în condiţiile art. 212 sau... din Lege, aceasta are obligaţia de a comunica în scris tuturor participanţilor la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile de la data anulării, motivul care a determinat decizia de anulare, precum şi încetarea obligaţiilor asumate de ofertanţi prin depunerea ofertelor sau a solicitărilor de participare.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanţe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege.”

- dispozițiile art. 211 și 212 din Legea nr. 98/2016

Art. 211. - Procedura de atribuire se finalizează prin:

a) încheierea contractului de achiziţie publică/acordului- cadru; sau

b) anularea procedurii de atribuire.

Art. 212. - (1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;

b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluţiilor tehnice şi/ori financiare;

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

d) Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sau instanţa de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificaţii tehnice/cerinţe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziţiei, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achiziţiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2); ".

e) dacă contractul/acordul-cadru nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câştigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situaţie de forţă majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul/acordul-cadru şi nu există o ofertă clasată pe locul următor admisibilă.

(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înţelege situaţia 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).

Procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016 care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/24/UE au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții publice.

Numai în mod excepțional, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire prin încheierea unui contract.

Prin urmare... art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este

posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care statuează regula conform căreia „autorit*atea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”.*

Din interpretarea textelor legale mai sus indicate, Consiliul reține că autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire, pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege.

Reținându-se faptul că autoritatea Contractantă nu a impus în documentaţia de atribuire nicio restricţie privind utilizarea soluţiilor open-source şi nicio obligaţie privind existenţa unor costuri de licenţiere, în aceste condiţii ofertarea unei soluţii bazate pe software open-source este pe deplin conformă şi nu poate fi sancţionată ulterior printr-o interpretare restrictivă, introdusă în etapa de evaluare a ofertelor.

Prin raportare la cadrul juridic anterior fixat, din economia textelor legale invocate, rezultă că numai existenţa unor împrejurări total independente de voinţa autorităţii contractante poate justifica anularea procedurii de achiziţie în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, deoarece actul normativ vorbeşte de o imposibilitate.

Niciunul dintre argumentele autorităţii nu constituie un motiv concret şi, din această perspectivă, nu legitimează anularea procedurii în baza art. 212 alin. (1) lit.a) din Legea nr. 98/2016. După cum s-a reținut mai sus, art. 146 din H.G. nr. 395/2016 interzice adoptarea de către autoritate a vreunei măsuri cu scopul de a crea circumstanţe artificiale de anulare a procedurii. Urmând aceeaşi optică, în Decizia sa nr. 1 din 8 ianuarie..., Curtea Constituţională a statuat că autoritatea publică contractantă nu poate invoca propria culpă, ori de câte ori doreşte, pentru a anula procedura de atribuire a unui contract de achiziţie publică.

În concluzie, Consiliul consideră că din cuprinsul comunicării deciziei de anulare a procedurii, nu rezultă un motiv întemeiat pentru anularea procedurii, cele invocate de către autoritatea contractantă nefiind temeinice şi legale și va dispune ca măsură de remediere, desfiinţarea deciziei de anulare a procedurii.

În concluzie, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor formulate de..., referitoare la nelegalitatea deciziei autorităţii contractante de anulare a procedurii de atribuire, contestația fiind întemeiată.

În raport de cele mai sus reținute Consiliul constată temeinicia criticilor formulate de contestatoare, motiv pentru care obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, de la etapa evaluării propunerilor financiare, în condițiile stabilite prin documentele procedurii de achiziție

publică, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin... nr.... statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic/financiar. Astfel, revine comisiei de evaluare responsabilitatea pentru admiterea şi declararea câştigătoare a unei oferte.

În raport de cele anterior reținute, Consiliul va respinge ca inadmisibil petitul din contestaţia formulată de... referitoare la Obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei... și refacerea... Procedurii în sensul stabilirii ofertei... drept conformă și admisibilă și pe cale de consecință câștigătoare a procedurii de atribuire, cu respectarea tuturor prevederilor legale și ale documentației de atribuire, întrucât raportat la competenţele Consiliului conferite de legistaţia în vigoare în materia achiziţiilor publice, stabilirea ofertelor admisibile (și respectiv desemnarea operatorului economic câştigător) constituie atributul exclusiv al autorităţii contractante, Consiliul fiind competent să examineze, din punct de vedere al legalităţii şi temeiniciei, actele atacate.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 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 şi concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru

considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de..., în contradictoriu cu....

... proce*durii nr...., în partea care a vizat deci*zia de anulare a procedurii de atribuire și actele subsecvente, respectiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, de la etapa evaluării propunerii financiare, în condițiile stabilite prin documentele procedurii de achiziție publică, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 respinge, ca inadmisibil capătul de cerere din contestație privind stabilirea ofertei... drept confor*mă și admisibilă și pe cale de consecință câștigătoare a procedurii de atribuire.*

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei... dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii 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 4 exemplare originale, conține 18 pagini.