

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

DECIZIE

Nr. / C.... / ... , ...

Data:

I. Prin contestația nr. 1254/10.10.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 49710/10.10.2022 (dosar nr. .../2022), formulată de SC ... SRL, cu sediul în satul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., C.U.I. ..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva raportului procedurii nr. 30887/27.09.2022, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Consumabile medicale*”, pentru lotul nr. 42 „*Mănuși examinare*”, s-a solicitat:

- anularea, în parte, a raportului procedurii, precum și a actelor subsecvente, exclusiv pentru lotul nr. 42 - Mănuși examinare;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor tehnice depuse, în concordanță cu prezenta contestație și reținerile Consiliului;
- obligarea autorității contractante să permită accesul SC ... SRL și a celorlalți ofertanți la oferta tehnică (sau cel puțin la fișa tehnică) transmisă de SC ... SRL, pentru lotul 42, având în vedere că aceasta nu îndeplinește condițiile de confidențialitate prevăzute de lege;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, după reevaluarea ofertelor tehnice depuse pentru lotul 42;
- obligarea autorității contractante să procedeze la reevaluarea documentelor puse la dispoziție de SC ... SRL pentru justificarea prețului foarte scăzut și solicitarea unor documente relevante în acest sens, precum și solicitarea de mostre în ambalajul original;
- în cazul în care nu se pot lua măsurile de remediere după reevaluarea propunerilor tehnice și financiare, anularea procedurii pentru lotul nr. 42.

Prin cererea de intervenție voluntară, în sprijinul și în favoarea autorității contractante, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO18035010, reprezentată legal prin administrator ..., s-a solicitat

respingerea contestației depusă de SC ... SRL ca fiind netemeinică și nefondată.

II. Prin contestația nr. 1330/10.10.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 49731/10.10.2022 (dosar nr. .../2022), formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin ..., împotriva rezultatului procedurii cuprins în raportul procedurii nr. 30887/29.09.2022, emis de către ..., în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, pentru loturile nr. 13 - „*Trusă perfuzor cu filtru și ac plastic, cu LUER - LOCK, steril, ambalat indivizibil*” și nr. 14 - „*Trusă de transfuzie sânge cu filtru și ac de plastic, cu LUER - LOCK, sterilă, ambalat indivizibil*”, s-a solicitat:

- Anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 30940/27.09.2022;

- Anularea raportului procedurii nr. 30887/27.09.2022, a procesului-verbal privind evaluarea tehnică, a procesului-verbal privind evaluarea financiară și a procesului-verbal de evaluare DUAЕ, ce stau la baza întocmirii acestuia, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora referitoare la loturile 13 și 14;

- Anularea deciziilor prin care ofertele formulate de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL au fost desemnate admisibile pentru lotul 13, ca fiind netemeinice și nelegale.

- Anularea deciziilor prin care ofertele formulate de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL au fost desemnate admisibile pentru lot 14, ca fiind netemeinice și nelegale.

- Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor pentru loturile 13 și 14, cu respectarea documentației de atribuire și a prevederilor legale.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. .../2022 și .../2022 au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire.

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

I. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația formulată de SC ... SRL, împotriva raportului procedurii nr.

30887/27.09.2022, în ceea ce privește lotul nr. 42 - „Mănuși examinare”, prin care solicită luarea măsurilor de remediere precizate mai sus.

Preliminar, contestatoarea arată că prin raportul procedurii nr. 30887/27.09.2022, oferta SC ... SRL a declarat admisibilă, conformă și clasată pe locul 1, iar oferta SC ... SRL a fost clasată pe locul 2.

Aceasta învederează că, potrivit caietului de sarcini, pentru lotul 42, mănușile de examinare trebuiau să îndeplinească următoarele specificații tehnice (între altele):

„Mănuși examinare din latex pudrate nesterile:

- rezistență la rupere 9N în perioada de valabilitate;
- lungimea minim 250 mm;
- să fie conforme cu standardele EN 455-1,2,3,4

Mănuși examinare din nitril, nepudrate, nesterile:

- rezistență la rupere 9N în perioada de valabilitate;
- lungimea minim 250 mm;
- să fie conforme cu standardele EN 455-1,2,3,4;

- protecție la minim 5 substanțe citostatice - raport de testare conform ASTM D6978.

Contestatoarea subliniază că a menționat doar o parte din caracteristicile solicitate în caietul de sarcini, întrucât, pe lângă faptul că sunt contradictorii, impun o tehnologie specială și un consum mai mare de materiale și, implicit, un cost de producție mai mare.

Aceasta învederează că respectiva contradicție apare din solicitarea ca produsele să fie conforme cu standardele EN 455-1/2/3/4, care prevăd o lungime de 240 mm, respectiv o rezistență la rupere de 6 N.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă face totuși o solicitare (neargumentată și fără a preciza ce fel de necesități ale personalului medical ar impune o astfel de cerință) ca lungimea mănușilor să fie de 250 mm, iar rezistența la rupere să fie de 9N.

Contestatoarea susține că a transmis o solicitare de clarificări prin care a sesizat această contradicție, dar solicitarea a fost respinsă, fără a se oferi nicio explicație, prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 17280/23.06.2022, fiind respinsă și solicitarea unui alt ofertant privind rezistența la rupere, care excede prevederile standardului.

Din aceste considerente reiese că autoritatea contractantă și-a asumat cerințele pentru mănuși cu performanțe superioare standardelor și, implicit, costuri suplimentare, valorile estimate pentru lotul 42, fiind mult superioare celor ofertate în cadrul procedurilor de achiziție publică la data publicării caietului de sarcini (și chiar la data întocmirii acestuia), respectiv 0,10-0,12 lei/buc pentru mănușile din latex pudrate și 0,12-0,14 lei/buc. pentru mănușile din nitril.

Conform raportului procedurii nr. 30887/27.09.2002, au depus oferte 13 potențiali furnizori, toate ofertele fiind declarate admisibile, însă singurul ofertant care și-a declarat oferta confidențială a fost SC ... SRL, mod de lucru practicat uzual de către acest ofertant, sub pretextul existenței unor așa zise contracte cu furnizorii săi care îi interzic să divulge diverse informații, sub sancțiunea unor penalități.

În opinia petentei, singurul motiv pentru care acest ofertant își declară oferta tehnică drept confidențială este acela de a ascunde „modificările” pe care le efectuează în fișele tehnice pentru a fi conforme cu solicitările din caietele de sarcini, aspect pe care susține că l-a demonstrat în cel puțin două cazuri, confirmat de deciziile CNSC nr. ... din 12.01.2022 în cazul Spitalului Județean de Urgență ... și nr. ... din 14.04.2022 în cazul Spitalului Clinic Municipal de Urgență ..., apreciind că a procedat similar în cel puțin 3 alte proceduri (Spitalul Județean de Urgență ..., Spitalul ..., UM ...Minsiterul Apărării Naționale).

Având în vedere aspectele mai sus menționate, contestatoarea susține că a solicitat autorității contractante accesul la dosarul procedurii, în baza art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, precum și la informațiile privind dovezile furnizate de ofertantul SC ... SRL, în conformitate cu prevederile art. 57 alin. (1) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 31438/30.09.2022, autoritatea contractantă a permis accesul la dosarul procedurii, iar în urma consultării acestuia, petenta susține că a constatat următoarele:

- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:

- conform fișei tehnice, lungimea este de minim 240 mm, forța la rupere înainte și după îmbătrânire este de minim 6 N, deși în caietul de sarcini s-au solicitat ca acestea să fie de minim 250 mm și respectiv minim 9N;
- nu a fost prezentat raportul de testare conform prevederii din caietul de sarcini pentru mănușile din nitril.

- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:

- conform fișei tehnice, lungimea este de minim 240 mm, forța la rupere înainte și după îmbătrânire este de minim 6 N, deși în caietul de sarcini s-au solicitat ca acestea să fie de minim 250 mm și respectiv minim 9N;

• nu a fost prezentat raportul de testare conform prevederii din caietul de sarcini pentru mănușile din nitril.

- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:

- conform fișei tehnice, lungimea este de minim 250 mm, forța la rupere înainte și după îmbătrânire este de minim 9 N, dar există dubii serioase în privința autenticității acesteia;
- nu a fost prezentat raportul de testare conform prevederii din caietul de sarcini pentru mănușile din nitril.

- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:

- conform fișei tehnice, lungimea este de minim 240 mm, forța la rupere înainte și după îmbătrânire este de minim 6 N;
- nu a fost prezentat raportul de testare pentru mănușile din nitril.
- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:
 - conform fișei tehnice, lungimea este de minim 240 mm, forța la rupere, înainte și după îmbătrânire este de minim 6 N;
 - nu a fost prezentat raportul de testare pentru mănușile din nitril.
- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:
 - conform fișei tehnice, lungimea este de minim 240 mm, forța la rupere înainte și după îmbătrânire este de minim 6 N;
 - nu a fost prezentat raportul de testare pentru mănușile din nitril.
- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:
 - conform fișei tehnice, lungimea este de minim 240 mm, forța la rupere înainte și după îmbătrânire este de minim 6 N;
 - nu a fost prezentat raportul de testare pentru mănușile din nitril.
- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:
 - conform fișei tehnice, lungimea este minim 245 mm, forța la rupere, înainte și după îmbătrânire minim 6 N;
 - nu a fost prezentat raportul de testare pentru mănușile din nitril.
- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:
 - conform fișei tehnice, lungimea este de minim 240 mm, forța la rupere înainte și după îmbătrânire este de minim 6 N;
 - nu a fost prezentat raportul de testare pentru mănușile din nitril.
- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:
 - conform fișei tehnice, lungimea este de minim 240 mm, forța la rupere înainte și după îmbătrânire este de minim 6 N;
 - nu a fost prezentat raportul de testare pentru mănușile din nitril.
- în cazul ofertei depuse de SC ... SRL:
 - conform fișei tehnice, lungimea este de minim 240 mm, forța la rupere, înainte de îmbătrânire este de minim 6N și după îmbătrânire este de minim 7 N;
 - nu a fost prezentat raportul de testare pentru mănușile din nitril.

Contestatoarea consideră că toate aceste oferte trebuiau declarate neconforme, în baza prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea mai susține și că autoritatea contractantă a refuzat să îi prezinte dovezile prezentate de SC ... SRL în susținerea declarației

de confidențialitate, în conformitate cu prevederile art. 57 alin. (1) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016, deși acestea nu făceau obiectul acestei declarații transmise la data limită de depunere a ofertelor.

Aceasta învederează că prin interzicerea accesului la informațiile solicitate se încalcă în mod grav principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv tratamentul egal și transparența prevăzute la art. 2 alin. (2) precum și prevederile art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, arată că autoritatea contractantă a refuzat accesul la propunerea tehnică transmisă de SC ... SRL, invocând declarația de confidențialitate, declarație ce nu trebuia luată în considerare, întrucât nu respectă prevederile legale din următoarele considerente:

- conform raportului procedurii, SC ... SRL a depus în cadrul ofertei sale o declarație de confidențialitate fără să furnizeze dovezi în susținerea caracterului confidențial, deși, în conformitate cu prevederile imperative din art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016, sub sancțiunea nulității absolute, ofertanții trebuie să depună dovezi în susținerea declarației de confidențialitate simultan cu transmiterea acesteia. Nu există nicio prevedere legală care să permită autorității contractante să solicite clarificări în acest sens, ofertantul cunoștea obligația de a dovedi susținerile sale și consecințele neîndeplinirii acestei obligații.

Așadar, informațiile indicate ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovadă, în caz contrar nefiind admis caracterul confidențial, nu se poate lăsa la latitudinea autorităților contractante interpretarea subiectivă a acestui articol, întrucât în acest mod se încalcă principiile tratamentului egal, în unele cazuri se vor cere clarificări, iar în altele nu, funcție de opiniile fiecărei autorități contractante.

În plus, chiar în situația în care se admite că dovezile pot fi furnizate ulterior, prevederile legale impun precizarea informațiilor și elementelor din cadrul ofertei care sunt declarate confidențiale, întrucât nu se poate declara propunerea tehnică drept confidențială în integralitatea sa. Astfel, datele din fișa tehnică nu sunt confidențiale, sunt disponibile online, conțin doar parametri măsurabili, iar valorile acestora sunt menționate în mare parte și pe ambalajele produselor. Toate informațiile sunt incluse în cataloage și pliante promoționale și este în interesul producătorilor să sublinieze parametrii de performanță fizici și chimici.

Contestatoarea solicită Consiliului să studieze fișele tehnice depuse de SC ... și să stabilească dacă există măcar o singură informație care să facă obiectul unui secret de fabricație sau a unui drept de proprietate intelectuală.

În susținerea acestei solicitări, reiterează că din 13 ofertanți, 12 (92%) nu au considerat că fișele tehnice sunt confidențiale, ci doar SC ... SRL are o altă opinie.

În opinia petentei, invocarea unui contract a cărui autenticitate nu poate fi verificată și care prevede obligații asumate de către ofertant nu poate adăuga la lege, fiind foarte clar enumerate situațiile pentru care se justifică confidențialitatea: *date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau care sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală*. Parametrii tehnici măsurabili prezenți în fișa tehnică nu sunt asimilabili niciunei categorii și nu poate fi invocat secretul comercial, întrucât parametrii sus-menționați nu constituie elemente de strategie comercială, termene de plată sau condiții de livrare ori de preț. În cazul în care ofertantul acceptă astfel de condiții contractuale în relația cu furnizorii săi, poate să nu participe la proceduri de achiziție publică, care sunt, în esența lor, transparente.

Totodată, consideră că niciun furnizor serios nu ar aplica astfel de penalități clienților săi pentru transmiterea unor date care sunt în mod normal publice. Astfel, se face o confuzie între valorile unor parametri și tehnologiile și rețelele de fabricație care sunt într-adevăr confidențiale.

Pentru o mai bună înțelegere, petenta exemplifică cazul autoturismelor, unde prin specificațiile tehnice care sunt publice se dau dimensiunile de gabarit, capacitatea motorului, consumul de combustibil, puterea motorului etc., dar nu și detalii privind modul în care sunt produse motoarele, cutiile de viteză etc.

În mod similar, și în cazul mânușilor parametri vizibili și obligatoriu de prezentat (inclusiv pe ambalaje) sunt lungimea, lățimea și grosimea, AQL, conformitatea cu EN 455, EN 374, EN 420, marajul CE care indică organismul de notificare, termenul de valabilitate etc. Toate aceste date pot fi măsurate, iar certificatele CE sunt publice pe site-ul organismului de notificare, astfel că nu se justifică de ce fișa tehnică este confidențială.

Mai mult, contestatoarea învederează că în raportul procedurii se specifică că în răspunsul la solicitarea de clarificări ofertantul SC ... SRL a susținut și a furnizat dovezi privind declarația de confidențialitate doar pentru lotul 13, nu și pentru lotul 42, situație în care propunerea tehnică pentru acest lot nu este confidențială. De asemenea, arată că se face referire la un contract pentru un Brand OEM, în limbaj popular „marca proprie”, caz în care drepturile de proprietate intelectuală sunt ale celui care deține marca proprie și nu ale producătorului, iar conform Regulamentului UE 2017/745 privind dispozitivele medicale deținătorul mărcii proprii este asimilat producătorului și emite fișa tehnică. Așadar, nu poate fi penalizat de producătorul efectiv pentru publicarea unui document care nu îi aparține.

Contestatoarea admite că atât legislația în vigoare, cât și jurisprudența CNSC și a Instanțelor Uniunii Europene prevede că accesul la informații nu este absolut și trebuie să asigure protecția unor date confidențiale, dar și restricționarea abuzivă a accesului la dosarul procedurii prin invocarea confidențialității pentru documente care fie sunt

deja publice, fie nu conțin date care ar putea prejudicia ofertantul, încalcă în mod grav obligația de transparență a unei proceduri de achiziție publică.

Drept urmare, petenta consideră că a furnizat suficiente argumente pentru a i se permite accesul cel puțin la fișa tehnică a produselor oferite de SC ... SRL (pot rămâne confidențiale rapoartele de testare, contractele și orice alte date care sunt într-adevăr susceptibile a prejudicia ofertantul).

În continuare, contestatoarea arată că, urmare a evaluării ofertelor financiare, a fost desemnată câștigătoare oferta SC ... SRL, cu o valoare totală de 384.000 lei, reprezentând 37% din valoarea estimată a procedurii pentru lotul 42, fiind oferite mănuși din latex pudrate la prețul de 0,11 lei/buc., respectiv mănuși din nitril la prețul de 0,10 lei/buc. În opinia sa, ambele prețuri sunt sub cele practice în ofertele pentru procedurile de achiziție publică și suspecte având în vedere că prețul mănușilor de nitril oferit a fost sub prețul mănușilor din latex pudrate care sunt în mod uzual cele mai ieftine.

Aceasta reiterează că prețurile uzuale oferite de furnizorii de mănuși cu astfel de caracteristici sunt aproximativ 0,11-0,13 lei pentru mănușile din latex și 0,14-0,16 pentru cele din nitril.

Contestatoarea susține că nu a avut acces la documentele prin care ofertantul SC ... SRL a justificat valoarea neobișnuit de scăzută a ofertei sale, dar consideră că pentru eliminarea oricărui dubiu ar trebui furnizate declarația vamală de import și factura externă cu ștampila autorității vamale, acestea fiind singurele documente care pot fi verificate independent în cazul falsificării acestora.

De asemenea, arată că autoritatea contractantă nu a solicitat mostre ofertantului desemnat câștigător, mai ales că riscul ca după semnarea contractului să se livreze alte produse este foarte mare.

Aceasta reiterează că peste 95% din mănușile existente pe piață satisfac doar cerințele specificate în standardele EN 455 - 1, 2, 3, 4 respectiv, lungimea 240 mm iar rezistența la rupere 6 N. Mai mult, sunt producători care sub aceeași denumire comercială furnizează atât mănuși cu caracteristici conform standardelor, cât și cele superioare calitativ, cu caracteristicile solicitate în caietul de sarcini, așa cum este și cazul său, respectiv produsele care se comercializează sub denumirea *Sempercare* atât mănuși de 6N, cât și de 9N.

Contestatoarea apreciază că din argumentele prezentate reiese clar că procedura de achiziție pentru lotul 42 a fost grav prejudiciată, începând cu modul defectuos de întocmire a caietului de sarcini, dar mai ales cu modul neprofesionist și superficial în care s-a procedat la evaluarea corespondenței între solicitările din caietul de sarcini și parametrii specificați în propunerile tehnice, motiv pentru care consideră că se impune anularea procedurii, conform art. 212 alin. (1) lit. c) și d), respectiv alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cu adresa nr. 33163/13.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 50600/14.10.2022, ... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de SC ... SRL, solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată și nelegală.

Autoritatea contractantă arată că îndeplinind cerințele cumulative ale caietului de sarcini, oferta depusă de SC ... SRL a fost declarată admisibilă, conformă și clasată pe locul 1, iar oferta SC ... SRL s-a fost clasat pe locul 2, pentru lotul 42, conform raportului procedurii nr. 30887/27.09.2022.

În ceea ce privește contestația depusă, autoritatea contractantă apreciază că interpretările contestatoarei sunt subiective, exced unor considerente pertinente care să conducă la admiterea contestației împotriva elementelor din oferta câștigătoare, declarate confidențiale.

În opinia sa, accesul la dosarul achiziție publice la sediul autorității contractante a respectat dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea confirmând că nu i-a fost îngădit acest drept.

Declararea câștigătorului că oferta sa tehnică este confidențială, prin invocarea unui temei contractual, respectiv acorduri cu societăți comerciale/companii și un temei legal din Legea nr. 11/1991, privind secretul comercial, nu creează o prezumție că respectiva ofertă ar avea lipsuri sau nereguli, așa cum susține contestatorul. Autoritatea contractantă apreciază ca fiind rea credință afirmația că societatea câștigătoare este „încurajată de diverse autorități contractante”, datorită unor *"modificări pe care le efectuează în fișele tehnice pentru a fi conforme cu solicitările din caietele de sarcini"*.

Raportat la legislația în vigoare incidentă, subliniază că ofertanții indică și motivează în cuprinsul ofertelor care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, conform dispozițiilor art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, în timp ce în fața Consiliului acești ofertanți trebuie să demonstreze prin mijloace de probă caracterul confidențial, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și se anexează dovada acestor mijloace de probă.

În consecință, autoritatea contractantă a apreciat ca fiind îndeplinită condiția confidențialității, conform prevederilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, propunerea tehnică reprezentând o creație proprie, iar informațiile declarate ca fiind confidențiale au caracter de secrete comerciale, existând motive obiective pentru care dezvăluirea de informații către competitori ar produce prejudicii.

Aceasta arată că, din punct de vedere doctrinal și jurisprudențial, se prevalează de următoarele:

- liberul acces la informațiile de interes public este garantat, fără a fi însă un drept/o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la informații de interes public comportă limitări.

- autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor.
- autoritatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care acestea le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.
- autoritatea contractantă are obligația de a asigura protejarea integrității datelor, a confidențialității ofertelor și a solicitărilor de participare în cadrul tuturor operațiunilor de comunicare, transmitere și stocare a informațiilor.
- conținutul ofertelor și al solicitărilor de participare, precum cel al planurilor/proiectelor în cazul concursurilor de soluții, este confidențial, până la data stabilită pentru deschiderea acestora.
- accesul persoanelor la dosarul achiziției publice se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale 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;
- după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală;
- 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, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară 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. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă.

În concluzie, autoritatea contractantă arată că din ansamblul reglementării legale a chestiunii confidențialității documentelor depuse în procedura de achiziție publică, rezultă că legiuitorul a reglementat, cu titlu de principiu, faptul că accesul la informații de interes public este liber, apreciind considerentele contestatoarei ca fiind doar interpretări

personale, situație în care solicită respingerea, în tot, a contestației formulate de aceasta.

În replică, prin adresa nr. 1283/14.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 50640/14.10.2022, SC ... SRL a transmis câteva considerente cu privire la punctul de vedere formulat de către ..., reiterând că aceasta a abordat superficial procedura de atribuire.

Totodată, adresează autorității contractante o serie de întrebări, în raport de invocarea de către aceasta a faptului că prin contestație se fac *interpretări subiective*.

Cu adresa nr. 3515/17.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 51018/18.10.2022, SC ... SRL a formulat cerere de intervenție voluntară în sprijinul și în favoarea autorității contractante care, în opinia sa, a adoptat în mod corect și legal decizia privind conformitatea ofertei sale sub aspectul îndeplinirii criteriilor de calificare, a conformității tehnice a produsului ofertat și declararea ca fiind câștigătoare a procedurii, după aplicarea criteriului de atribuire, astfel că solicită respingerea contestației ca netemeinică și nefondată.

Intervenienta consideră că prin contestație, pe lângă criticile nefondate și neîntemeiate privind presupusa neconformitatea a ofertei sale tehnice, i se aduc acuzații denigratoare, raportat la refuzul autorității contractante de a acorda accesul la o serie de părți tehnice declarate confidențiale cu ocazia ofertării.

Aceasta subliniază că fiecare procedură de atribuire este de sine stătătoare, independentă, ce prezintă particularitățile sale proprii și nu are legătură cu alte proceduri, iar prin trimiterile selective ale contestatorului la alte proceduri de atribuire consideră că se încearcă în mod incorect influențarea și convingerea comisiei de evaluare, inclusiv a Consiliului cu privire la existența unei aparențe de culpabilitate și „*practici uzuale*” ale SC ... SRL în ofertarea unor produse neconforme realității, aprecieri apreciate ca subversive și neîntemeiate.

Totodată, intervenienta arată că aderă integral și susține punctul de vedere al autorității contractante, prin care se arată că la adoptarea deciziei de admisibilitate a propunerii tehnice a SC ... SRL a identificat îndeplinirea tuturor cerințelor și caracteristicilor tehnice ale produsului ofertat.

Raportându-se la promovarea prezentei contestații (lotul nr. 42), prin prisma intervalului de timp prelungit determinat de pronunțarea decizie CNSC, eventuala sa contestare (plângere) sau nu, perioada necesară reevaluării de către comisia de evaluare, emiterii noului raport al procedurii, termenele de așteptare pentru semnarea acordului cadru, precum și situația prezumtivă a promovării de alte contestații ulterioare, în contextul general-obiectiv al creșterii excesive a prețurilor influențate decisiv de cursul valutar al monedei americane, aflat într-o expansiune imposibil de previzionat la momentul elaborării ofertei financiare proprii, intervenienta arată că acest fapt conduce la imposibilitatea susținerii

prețului ofertat inițial la acest lot pentru ambele tipuri de produse (lot 42.1-mănuși din latex, lot 42.2-mănuși din nitril), astfel că învederează/comunică în mod irevocabil autorității contractante că se vede nevoită să-și retragă oferta, doar în ceea ce privește lotul 42.

Totodată, subliniază că este în interesul autorității contractante să facă o verificare obiectivă, amănunțită și riguroasă și asupra propunerii tehnice a contestatorului pentru acest lot, deoarece la o simplă accesare a sitului producătorului ([Sempercarehttps://www.sempermed.com/products/examination-gloves/sempercarenitrile/](https://www.sempermed.com/products/examination-gloves/sempercarenitrile/)), producător invocat în susținerea propunerii tehnice, se identifică că pentru produsul ofertat de contestatoare (mănuși de examinare Sempercare Nitrile), următoarele valori nu corespund cu cerințele caietului de sarcini:

- Lungime 240 mm, față de cerința caietului de sarcini de 250 mm;
- Rezistența la rupere 6 N, față de cerința caietului de sarcini de 9 N.

În susținere/demonstrare, aceasta a atașat print screen-uri de pe site-ul producătorului, de unde arată că, printr-o analiză corectă, se poate constata neconformitatea produsului ofertat.

În același timp, consideră că trebuie verificată și oferta contestatoarei în cazul mănușilor de examinare din latex pentru lungime, grosime și rezistență la rupere.

De asemenea, intervenienta învederează că oricând pe parcursul unei proceduri de atribuire comisia de evaluare are dreptul de reveni asupra oricărei faze în procesul de verificare și evaluare, întrucât procedura nu se consideră finalizată decât după îndeplinirea cumulativă a 2 condiții, respectiv atribuirea și semnarea acordului cadru, astfel cum rezultă din aplicarea prevederilor art. 211 din Legea nr. 98/2016.

Deopotrivă, comisia de evaluare, în temeiul prevederilor art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016, are obligația verificării criteriilor de calificare a oricărui ofertant din perspectiva corelării realității informațiilor prezentate DUAЕ cu documentele care probează îndeplinirea acestora, raportat la prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) în sensul și în aplicabilitatea alin. (8) ale aceluiași articol din Legea nr. 98/2016.

Prin cele de mai sus prezentate, SC ... SRL susține că în situația în care procedează la reevaluarea celorlalte oferte, se impune reverificarea celor mai sus arătate și constatarea neconformității ofertei contestatorului, atât în cadrul etapei de verificare tehnică, cât și în eventuala situație ulterioară privind verificarea documentelor justificative în susținerea DUAЕ, în conformitate cu prevederile art. 196 din Legea nr. 98/2016.

Cu adresa nr. 1302/19.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 51410/19.10.2022, SC ... SRL a formulat răspuns la cererea de intervenție voluntară formulată de SC ... SRL, în care precizează că acesta nu aduce niciun argument în ceea ce privește reverificarea documentelor de calificare.

În ceea ce privește afirmațiile intervenientei, arată că toate contestațiile pe care le-a depus în ultimii trei ani au fost acceptate fie de CNSC, fie de instanțele de apel.

Referitor la susținerile din cererea de intervenție cu privire la oferta tehnică depusă de SC ... SRL, aceasta arată că este distribuitorul autorizat în România pentru produsele Semperit, inclusiv pentru mănușile de examinare Sempercure Nitrile. În acest sens, arată că Semperit prezintă în materialele publicitare, ca și în unele fișe tehnice cu destinație publică, doar conformitatea cu standardele, în cazul parametrilor invocați, rezistența la rupere și lungimea, standardul EN 455, care prevede minim 6N pentru rezistența la rupere și minim 240 mm pentru lungime.

Contestatoarea arată că în cadrul ofertei tehnice a depus raportul de testare pentru parametrii reglementați de standardul EN 455, din care reiese foarte clar că rezistența la rupere este mai mare de 9N.

În ceea ce privește susținerea SC ... SRL că își retrage oferta, petenta consideră că aceasta urmărește determinarea contestatoarei să renunțe la contestație sau declararea acesteia ca rămasă fără obiect.

În opinia sa, decizia de retragere a ofertei confirmă precizările din contestație privind prețurile de dumping nesustenabile, dar și că SC ... SRL încearcă să împiedice accesul la oferta sa tehnică.

Drept urmare, contestatoarea aduce la cunoștința Consiliului că își menține solicitarea ca acesta să se pronunțe în privința capătului de cerere privind confidențialitatea ofertei tehnice depuse de SC ... SRL, întrucât accesul la aceasta este relevant în vederea sesizării instituțiilor abilitate pentru cercetarea unor posibile infracțiuni.

Totodată, învederează că nu se poate invoca lipsa sa de interes, întrucât interesul său este legat de împiedicarea ofertantului de a participa la viitoare proceduri de achiziție publică. Aceasta afirmă că, și în situația în care ofertantul și-a retras oferta, este dreptul oricărei persoane să solicite accesul la dosarul procedurii după finalizarea acesteia, în conformitate cu prevederile art. 217 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016, iar în cazul în care Consiliul nu se pronunță asupra caracterului confidențial al ofertei SC ... SRL, aceasta nu va fi accesibilă celor interesați, inclusiv contestatoarei.

II. Prin contestația formulată de SC ... SRL, împotriva raportului procedurii nr. 30887/27.09.2022, pentru loturile nr. 13 „*Trusă perfuzor cu filtru și ac plastic, cu LUER - LOCK, steril, ambalat indivizibil*” și nr. 14 „*Trusa de transfuzie sânge cu filtru și ac de plastic, cu LUER - LOCK, sterilă, ambalat indivizibil*”, s-a solicitat:

- Anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 30940/27.09.2022;

- Anularea raportului procedurii nr. 30887/27.09.2022, a procesului-verbal privind evaluarea tehnică, a procesului-verbal privind

evaluarea financiară și a procesului-verbal de evaluare DUAЕ, ce stau la baza întocmirii acestuia, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora referitoare la loturile 13 și 14;

- Anularea deciziilor prin care ofertele formulate de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL au fost desemnate admisibile pentru lotul 13, ca fiind netemeinice și nelegale.

- Anularea deciziilor prin care ofertele formulate de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL au fost desemnate admisibile pentru lot 14, ca fiind netemeinice și nelegale.

- Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor pentru loturile 13 și 14, cu respectarea documentației de atribuire și a prevederilor legale.

Ca urmare a analizării contestației dedusă soluționării, autoritatea contractantă a decis luarea măsurilor de remediere în sensul solicitat de contestatoare, respectiv reluarea procesului de evaluare a tuturor propunerilor tehnice pentru aceste două loturi.

Cu adresa nr. 1339/12.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 50189/12.10.2022, SC ... SRL a comunicat Consiliului cererea de renunțare la contestația ce face obiectul dosarului .../.../2022.

În aceste condiții, în considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, conform căreia „*Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator*”, Consiliul va face aplicarea acestora și va lua act de renunțarea la contestația formulată SC ... SRL, în contradictoriu cu

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de ... lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala Victoria a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. .../1/07.10.2022, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația care face obiectul dosarului nr. .../2022.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „achiziție consumabile medicale”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../18.05.2022, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Acordul-cadru urmează a se încheia cu 5 ofertanți, iar contractele subsecvente se vor încheia fără reluarea procedurii.

Valoarea estimată a lotului 42 „Mănuși examinare” este de 1.020.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit declarației de participare publicată în SEAP în data de 16.06.2022, pentru lotul 42 „Mănuși examinare” au depus oferte un număr de 13 operatori economici, între care și contestatoarea SC ... SRL și intervenienta SC ... SRL.

Potrivit raportului procedurii nr. 30887/27.09.2022, toate cele 13 oferte depuse au fost declarate admisibile, pe locul 1 clasându-se oferta depusă de SC ... SRL, cu un preț de 384.000 lei, fără TVA, iar oferta depusă de SC ... SRL s-a clasat pe locul 2, cu un preț de 468.000 lei, fără TVA.

Împotriva acestui rezultat SC ... SRL a formulat prezenta contestație.

În cadrul acestei proceduri a depus cerere de intervenție SC ... SRL, câștigătoarea procedurii.

Prin cererea sa de intervenție, SC ... SRL formulează atât apărări cu privire la criticile privind oferta sa, cât și critici împotriva contestatoarei, susținând că nici aceasta nu respectă prevederile caietului.

Având în vedere faptul că, în calitate de ofertantă clasată pe locul 1, SC ... SRL are interesul de a-și menține situația actuală, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție cu privire la criticile sin contestație privind oferta sa.

Totodată, raportat la criticile sale privind oferta contestatoarei, Consiliul are în vedere Minuta Întâlnirii președinților secțiilor specializate ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel dedicate unificării practicii judiciare în domeniul contencios administrativ și fiscal desfășurată la Cluj-Napoca în perioada 5 – 6 mai 2022 și adoptată cu cvasi-unanimitate (un singur vot împotivă), potrivit căreia

«2.3.3 Soluționarea problemei de drept

Pentru a răspunde la întrebarea dacă ofertantul declarat inițial câștigător, urmare a admiterii de către CNSC a contestației formulate de ofertantul clasat pe locul 2 a cărei ofertă a fost respinsă sau clasată cu consecința reevaluării ofertei câștigătoare sau a ofertei respinse, iar în urma reevaluării, oferta sa, fie este respinsă ca neconformă, fie este declarată necâștigătoare, în cea de a doua contestație mai poate formula critici împotriva celeilalte oferte declarate câștigătoare în urma reevaluării, care existau la momentul evaluării inițiale dar nu au fost invocate, prin urmare nu fuseseră dezbătute cu ocazia soluționării primei contestații, trebuie pornit de la Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018 privitoare la dezlegarea unei chestiuni de drept prin care s-a stabilit că: (...)

Așa cum s-a reținut și la pct.81 din decizie, „Exercitarea controlului de legalitate administrativ-jurisdicțional sau jurisdicțional și invalidarea

concluziei de inadmisibilitate a ofertei la care a ajuns comisia prin raportul de evaluare întocmit obligă autoritatea contractantă de a proceda la reluarea operațiunii de evaluare a acestei oferte de la etapa contestată, conform celor dispuse prin decizia C.N.S.C. sau hotărârea instanței, comisia nefiind îndreptățită a relua verificarea criteriilor deja analizate, raportul de evaluare, în măsura în care le atestă, fiind irevocabil sub acest aspect.

Așadar, necontestarea ofertei clasate pe locul doi nu înseamnă neverificarea tuturor elementelor tehnice și aspectelor financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei de către comisia de evaluare, ofertantul declarat câștigător invocând faptul că nu avea interes să conteste aceste aspecte.

Acest argument este valabil în privința interesului formulării contestației, însă, în momentul în care s-a formulat o contestație de către ofertantul clasat pe locul doi ofertantul câștigător dobândește interes legitim născut și actual de a contesta oferta acestuia și de a invoca aspectele de inadmisibilitate, neconformitate sau elementele avute în vedere, în opinia acestuia, nelegal și netemeinic de către comisia de evaluare.

Astfel, remediul eficient și efectiv este formularea unei cereri de intervenție voluntară, de către ofertantul declarat câștigător, în condițiile art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016 până la soluționarea contestației de către Consiliu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației, sau în cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, în termen de 10 zile de la data comunicării contestației.

Această cerere de intervenție voluntară este una principală, conferind intervenientului o poziție procesuală identică celei de contestator, acesta putând să-și facă toate apărările și să invoce toate aspectele de nelegalitate și netemeinicie a soluției comisiei de evaluare cu privire la oferta clasată pe locul doi, fiind similară unui apel sau recurs incident, reglementate de Codul de procedură civilă.

Ca măsură de remediu se impune, având în vedere și soluțiile pe care le poate pronunța Consiliul, în cazul admiterii contestației, potrivit art. 26 alin. 5 și 7, dispune luarea de măsuri de remediere, cu precizarea termenului în care acestea trebuie duse la îndeplinire de către autoritatea contractantă, ori, dimpotrivă dacă constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, poate dispune anularea procedurii de atribuire.

Mai mult, există posibilitatea ca, potrivit art. 26 alin. 10¹, în situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul să indice în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și

măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării.

Legea nr. 101/2016 transpune Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, publicată în JOCE, seria L, nr. 395 din 30 decembrie 1989, cu modificările și completările ulterioare, iar potrivit art. 3 din Directivă „Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a garanta că, în ceea ce privește contractele circumscrise domeniului de aplicare al Directivei 2004/18/CE, deciziile luate de autoritățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și, în special, cât se poate de rapide, în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din prezenta directivă, în temeiul nerespectării, prin aceste decizii, a legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a normelor de drept intern de transpunere a acesteia.

Participanții prezenți în procedurile de achiziție publică cu oferte au posibilitatea rezonabilă de a cunoaște modul de derulare a procedurilor de achiziție publică, principiile acesteia, legislația fiind previzibilă și predictibilă, putând anticipa eventuale consecințe ale derulării unor proceduri jurisdicționale, având obligația de a urma întocmai procedurile de remediu, în vederea derulării lor cât mai rapide, scopul comun fiind încheierea cât se poate de repede a contractului de achiziție publică, pentru ca autoritatea contractantă să-și realizeze scopurile.

Prin urmare, în raport de soluția pronunțată în Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018 privitoare la dezlegarea unei chestiuni de drept, în concordanță cu principiile stabilite de Directiva de remediu și cu ansamblul reglementării interne analizate, apreciem că în situația în care ofertantul declarat câștigător nu a formulat la rândul său contestație față de soluția comisiei de evaluare cu privire la oferta clasată pe locul 2 și nu a formulat nici cerere de intervenție în condițiile art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016, după ce a luat cunoștință de contestația formulată de acesta din urmă, ulterior reevaluării, nu mai poate formula pe calea contestației critici cu privire la aspectele supuse evaluării comisiei în faza inițială și necontestate.

Pentru aceste considerente, s-a propus următoarea soluție:

În interpretarea și aplicarea art. 8 raportat la art.17 alin. 3 și art. 26 din Legea nr. 101/2016, ofertantul declarat inițial câștigător, care nu a formulat la rândul său contestație față de soluția comisiei de evaluare cu privire la oferta clasată pe locul 2 și nu a formulat nici cerere de intervenție în condițiile art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016 după ce a luat cunoștință de contestația formulată de acesta din urmă, ulterior reevaluării, nu mai poate formula pe calea contestației critici cu privire la aspectele ce au făcut obiectul evaluării comisiei de atribuire în faza inițială și necontestate.»

În conformitate cu această minută, câștigătorul unei proceduri de atribuire poate ataca oricare dintre ofertele admisibile situate în clasament sub oferta sa.

Consiliul consideră că un ofertant declarat câștigător al procedurii poate uza, în acest sens, atât de calea de atac a contestației, cât și prin intermediul unei cereri de intervenție, în care, pe lângă apărările formulate împotriva contestației, formulează critici cu privire la oferta contestatoarei.

Pentru aceste motive, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, inclusiv cu privire la criticile referitoare la oferta depusă de contestatoarea SC ... SRL.

În ceea ce privește faptul că SC ... SRL a comunicat prin intermediul cererii de intervenție că își retrage oferta, Consiliul are în vedere că o astfel de solicitare se face exclusiv către autoritatea contractantă, care este singura în măsură să ia act de renunțarea la ofertă și să consemneze aceasta în raportul procedurii.

Ori, până la data prezentei, autoritatea contractantă nu a comunicat Consiliului despre întocmirea unui astfel de act.

Pe fondul cauzei, Consiliul va analiza, mai întâi, criticile din contestație referitoare la faptul că SC ... SRL nu a avut acces la propunerea tehnică a ofertantului SC ... SRL.

Potrivit art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt prevăzute următoarele:

„(1) 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.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității contractante prevăzute la art. 145 și 215 în legătură cu transmiterea spre publicare a anunțului de atribuire și, respectiv, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire către candidați/ofertanți.

(3) Autoritatea contractantă poate impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al

informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost 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)."

La art. 217 din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a prevăzut următoarele:

„Art. 217:

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a întocmi dosarul achiziției publice pentru fiecare contract de achiziție publică/acord-cadru încheiat, respectiv pentru fiecare sistem dinamic de achiziții lansat.

(2) Dosarul achiziției publice se păstrează de către autoritatea contractantă atât timp cât contractul de achiziție publică/acordul-cadru produce efecte juridice, dar nu mai puțin de 5 ani de la data încetării contractului respectiv.

(3) În cazul anulării procedurii de atribuire, dosarul se păstrează cel puțin 5 ani de la data anulării respectivei proceduri.

(4) Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice are caracter de document public.

(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

(7) Conținutul dosarului achiziției publice se stabilește prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi.”

Dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016 prevăd următoarele:

„(1) 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.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți. ”

Iar dispozițiile art. 123 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 prevăd următoarele: „(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.”

Potrivit informațiilor menționate în raportul procedurii nr. 30887/27.09.2022, la secțiunea dedicată Informațiilor din cadrul ofertelor declarate de ofertanți ca fiind confidențiale (vol. V, pag. 214), s-a precizat că ofertanta SC ... SRL a declarat oferta tehnică („a. Fișa Tehnică, b. Propunerea tehnică, c. Grafic Livrare, d. rapoarte de testare, e. Rapoarte evaluare”) ca fiind confidențială.

Din examinarea Declarației de confidențialitate, se are în vedere că SC ... SRL a declarat confidențială propunerea tehnică, precizând următoarele:

«Subsemnatul, ..., (...) în calitate de reprezentant legal al operatorului economic SC ... SRL, având calitatea de ofertant unic precizez că următoarele părți/informații din propunerea tehnică:

a. Fișa Tehnică, b. Propunere tehnică, c. Grafic Livrare, d. Rapoarte de testare, e. Rapoarte evaluare au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală, având în vedere:

1. obligațiile autorității contractante prevăzute în cadrul art. 57 alin. (1) din Legea 98/2016 „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 transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor.

2. Art. 123 alin. (1) din HG 395/2016 „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.”

3. Art. 217 alin. (5) din Legea 98/2016 „Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale 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.”

4. Art. 217 alin. (6) din Legea 98/2016 „Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală”.

5. Art. 19 alin. (1) din Legea 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 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. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă.”

6. Art. 19 alin (3) din Legea 101/2016 „În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.”

(...).»

Se are în vedere că după depunerea ofertelor, în data de 01.07.2022, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului ... S.R.L. să motiveze caracterul confidențial al documentelor depuse, fără a specifica vreun lot anume, la care ... S.R.L. a răspuns, depunând actul denumit OEM ..., aferent procedurii pentru lotul 13.

Totodată, depă comunicarea rezultatelor procedurii, în urma depunerii mai multor solicitări de acces la dosarul achiziției publice și la ofertele depuse de SC ... SRL, pentru mai multe loturi, autoritatea contractantă a solicitat acestui ofertant, prin adresa nr. 31437/30.09.2022 să depună dovezile privind caracterul confidențial al propunerilor tehnice.

Cu adresa nr. 3418/03.10.2022, SC ... SRL s răspuns acestei solicitări, precizând:

«Prin prezenta anexăm contractele comerciale (acordurile de distribuție/după caz) însoțite de traducerile autorizate ale producătorilor/furnizorilor, în temeiul cărora în baza clauzelor impuse de către acești parteneri contractuali, este interzis subscriei direct sau prin terțe părți (în cazul de față prin intermediul instituțiilor publice) de a dezvălui către terți/alți participanți pe piața concurențială elementele și informațiile din respectivele acorduri/contracte sub sancțiuni pecuniare semnificative. (...)

Evidențiem în mod indubitabil că acest caracter confidențial al contractelor comerciale de natura datelor, informațiilor și caracteristicilor comerciale NU sunt opozabile autorității contractante, ci doar în circumstanțele și împrejurările potrivit cărora denumirea partenerului contractual, condițiile comerciale încheiate, natura și specificul bunurilor livrate/produse, regim consensual al plăților convenite, pe de o parte, iar pe de altă parte, fișele tehnice, proiectele care conțin specificațiile compoziției, tratamentul, structura și care conțin și structura mecanică, distribuția 3 D de profil, cunoștințele și procedurile de know-how, marketingul uzitat și informații organizatorice NU pot fi dezvăluite, oferite, mijlocite către nicio altă companie terță ce operează pe piața de profil și/sau acționează în regim competitiv și /sau concurențial.

Toate acestea mai sus enumerate fără a avea un caracter limitativ constituie secrete comerciale și nu pot fi aduse la cunoștința oricărui alt ofertant-operator economic participant ce acționează într-o procedură de atribuire într-un regim concurențial.

Prin disp. Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, legiuitorul a definit secretul comercial stabilit la art. 1¹ litera d), astfel:

„secret comercial - orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de

circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret; protecția secretului comercial operează atât timp cât condițiile enunțate anterior sunt îndeplinite în mod cumulativ.

În cazul încălcării acestor obligații s-a instituit și consecința acestor încălcări, aceea privind suportarea consecințelor stipulate la prev. art. 6 din același act normativ, privitoare la acțiunile întreprinse pe cale judiciară.

În același timp, informațiile în cauză intră în sfera secretului comercial astfel cum este reiterat și în cadrul disp. art. 2 alin. 1 din OUG nr. 25/18.04.2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate, care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale.

În lumina considerentelor mai sus evocate, față de solicitările de acces formulate de către orice alt contra-ofertant concurent/participant, învedereăm autorității contractante de a se abține de a permite accesul la orice informație/document care a fost prezentat de către subscrisa la procedura de atribuire organizată de către autoritatea contractanta la orice lot ofertat.»

Totodată, SC ... SRL a atașat acestui răspuns contractul de distribuție nr. 55509477/17.01.2022, încheiat între ... CO., LTD, denumită partea A, în calitate de producător al mănușilor din latex, și SC ... SRL (actuala SC ... SRL), denumită partea B, în care la articolul 13 Drepturi de proprietate intelectuală se prevede:

«Partea B poate folosi mărcile comerciale, mărcile sau denumirile comerciale deținute de Partea A pentru vânzarea Produselor acoperite prin prezentul în perioada de valabilitate a prezentului contract și va admite faptul că toate fișele tehnice, compoziția specifică a țesăturilor, rapoartele de testare, procesul de fabricație sau orice alte drepturi de proprietate industrială utilizate sau încorporate în Produse vor rămâne proprietatea exclusivă ale Părții A și nu vor fi dezvăluite unei terțe părți care acționează în același domeniu de activitate sau unei companii concurente.

În niciun moment pe perioada sau ulterior perioadei prezentului Contract, Partea B nu va contesta sau ajuta pe alții să conteste orice fișă tehnică, compoziție specifică a țesăturilor, rapoarte de testare, proces de fabricație sau orice alte drepturi de proprietate industrială ale Părții A; sau nu va încerca să înregistreze în orice țară fișe tehnice, compoziția specifică a țesăturilor, procesul de fabricație sau orice alte drepturi de proprietate industrială care sunt aceleași sau similare până la confuzie cu cele ale Părții A. Orice informație despre caracteristicile Produselor și procesul de fabricație este considerată a fi o informație confidențială pe care Părții B îi este interzis să o dezvăluie oricărei terțe părți sau să o folosească în interes propriu, altul decât revânzarea Produselor. În cazul în care se constată o încălcare de către orice terță parte, Partea B va notifica prompt Partea A și va acorda asistență acesteia în luarea de

măsurile pentru a proteja drepturile acestora din urmă. În cazul în care se constată o încălcare a prezentului Articol 10 de către Partea B, Partea B va plăti imediat Părții A o penalitate de: 20.000 de Euro (douăzeci de mii).»

De asemenea, a mai fost depus un alt contract OEM de marcă, diferit de cel depus anterior, și care prevede:

„Prezentul contract a fost încheiat la data de 22 martie 2022 de către M/s ... Health and Life care Ltd, (...) (denumită în continuare („...”) & ... SRL, (...)

Având în vedere că între părți au avut loc discuții reciproce și în condițiile termenilor și condițiilor prevăzute mai jos, ... SRL și-a exprimat dorința de a încheia un contract cu ... &, ambele părți agreeând de comun acord ca ... a fost autorizată să producă marca „Zentrum” exclusiv pentru ... srl drept care

1. Prin semnarea prezentului Contract ... SRL declară că este titulara efectivă a Mărcii / Brevetului și că este proprietarul de drept al acestei Marci „Zentrum”. ... nu are angajamente sau obligații care decurg din declararea incorectă a dreptului de proprietate. (...)

9. Toate fișele tehnice, proiectele care conțin specificații de compoziție, tratament, structură, dar și detaliile tehnice, sunt strict confidențiale, iar ... SRL nu are voie să le prezinte companiilor terțe care operează în același sector.

Producătorul va calcula penalități de 2.000-20.000 dolari, iar cumpărătorul trebuie să le plătească dacă aceste fișiere tehnice sunt prezentate unei companii concurente care operează în același sector.»

Consiliul mai reține că mănușile din nitril nepudrate oferite de SC ... SRL sunt marca Zentrum, respectiv marca la care se face referire în contractul OEM de marcă prezentat de SC ... SRL, ca dovadă a confidențialității propunerii sale tehnice.

Având în vedere că în cele două documente la care se face referire mai sus, respectiv contractul de distribuție nr. 55509477/17.01.2022, încheiat cu ... CO., LTD și contractul OEM de marcă, se regăsește o clauză de confidențialitate prin care se specifică faptul că toate fișele tehnice, materialului, tratamentul, structura produselor sunt strict confidențiale, iar SC ... SRL (actual SC ... SRL) nu are voie să le prezinte unei companii terțe care acționează în același sector, în caz contrar urmând a se calcula penalități de 20.000 de dolari/euro pentru SC ... SRL (actual SC ... SRL). Din acest motiv, autoritatea contractantă a decis să nu prezinte contestatoarei SC ... SRL documentele depuse în cadrul ofertei de către SC ... SRL.

Luând această decizie, nu i se poate reproșa nimic autorității contractante, în condițiile în care nu a permis societății contestatoare accesul la documentele care au fost declarate confidențiale de ofertanta declarată câștigătoare.

Consiliul apreciază că SC ... SRL a justificat și a demonstrat caracterul confidențial al documentelor indicate.

Date fiind rigorile la care este supusă autoritatea contractantă prin regulile precizate mai sus, precum și declarația operatorului economic, nu au fost puse la dispoziția ofertantei contestatoare, documentele provenind de la operatorii economici declarate confidențiale.

La nivel național, tema confidențialității ofertelor depuse în procedurile de achiziție publică este reglementată, cu titlu general, prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și normele sale de punere în aplicare, Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale și normele sale de punere în aplicare, Legea nr. 100 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii și 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 Contestărilor.

Liberul acces la informații de interes public este garantat, fără a fi însă un drept / o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la informații de interes public comportă limitări. Astfel, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale (secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor).

Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care acestea le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

Legiuitorul a reglementat, cu titlu de principiu - de plano, faptul că accesul la informații de interes public este liber. Fără a nega sau încălca prevederile principiului transparenței, în procesul de achiziție publică/sectorială această aplicare a sa, de plano, nu se face fără o analiză apriorică fundamentată, în caz contrar, contracandidații ar intra în posesia unor informații sensibile și extrem de importante pe care le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, situație în care entitatea a cărei ofertă va fi făcută publică pierde inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

Astfel, prin simpla invocare a principiului transparenței, nu se poate crea un avantaj sau/și oferi datele vitale din sistemul de producție a unui ofertant, unui contracandidat în procedură.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială intră în competiție concurenți de pe aceeași piață și implicit cu interese contrarii. Într-un astfel de context, informațiile confidențiale au o valoare extrem de importantă, rațiunea protejării lor fiind, în fapt, extrinsecă procedurii de achiziție publică în cauză.

Așadar, este perfect justificată menționarea ca și confidențiale a unor informații a căror dezvăluire ar putea prejudicia ofertanții, în special a acelor incluse în ofertele tehnice. Acest aspect, este tratat și de legiuitor, care protejează, de plano, în etapa contestației, informațiile cuprinse în propunerile tehnice, condiționând accesul la propunerile tehnice de acordul expres al ofertantului în cauză.

În concluzie, în vederea respectării dreptului la confidențialitate, legea însăși limitează aplicarea principiului transparenței, unul dintre principiile fundamentale din domeniul achizițiilor publice.

Potrivit jurisprudenței CJUE (Hotărârea Curții din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, Varec SA c. Etat belge, în prezenta Diehl Remscheid GmbH & Co), în etapa căilor de atac, obligația de respectare a confidențialității informațiilor se transmite de la autoritatea/entitatea contractantă către organismul responsabil cu soluționarea respectivei căi de atac – C.N.S.C., acesta din urmă fiind obligat să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici.

Orice decizie și motivare contrară din partea C.N.S.C. ar crea precedente cu privire la scopul pentru care unii operatori 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 resursele umane și/sau tehnice, informații privind managementul costurilor, furnizori, colaboratori, oferte și discount-uri, date bancare etc).

Jurisprudența a demonstrat că atât timp cât organismul responsabil cu soluționarea căii de atac – C.N.S.C. dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, acesta are posibilitatea de a cenzura dreptul de acces la toate informațiile referitoare la procedura de atribuire, astfel încât să fie asigurată menținerea concurenței loiale.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât calea de atac este formulată împotriva actului autorității contractante, ofertantul, ale cărui informații sunt în pericol a fi dezvăluite, fiind un terț față de litigiul respectiv.

Nu există repere obiective și dispoziții neechivoce în legislația română în materie față de care să se poată aprecia punctul de echilibru între contradictorialitate/transparență și confidențialitate, practica fiind singura care va stabili o anumită predictibilitate a acestor situații.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale 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.

În lumina celor reținute, după cum s-a arătat mai sus, nu se putea permite ofertantei contestatoare să studieze documentele declarate confidențiale.

În sprijinul acestei aprecieri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge, în considerentele căreia s-a statuat:

«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 preced, 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.»

Elocvente sunt și următoarele considerente ale Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexe T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâștigător la documente celui declarat câștigător:

«[...] protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este coerentă cu dispozițiile relevante din Regulamentul financiar, în special articolul 100 alineatul (2) din acesta, vizat în egală măsură de EFSA în decizia sa din 15 septembrie 2010, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute (a se vedea, cu privire la divulgarea ofertei reținute, Ordonanța Evropaïki Dynamiki/AEE, punctul 49 de mai sus, punctul 39 și jurisprudența citată). Această restricție este inherentă obiectivului urmărit prin normele în materie de achiziții publice ale Uniunii, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a atinge acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu

divulge informații referitoare la procedurile 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. În plus, atât prin natura lor, cât și potrivit sistemului reglementării Uniunii 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. Operatorii economici 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 [...].»

În aceeași cauză Varec, C-450/06, în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac, s-au stabilit următoarele:

«39 Desigur, aceste dispoziții vizează conduita autorităților contractante. Totuși, se impune să se recunoască faptul că efectul util al acestora ar fi grav compromis dacă, 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, toate informațiile privind această procedură de atribuire ar trebui, fără nicio limitare, puse la dispoziția autorului acestei acțiuni și chiar a altor persoane, precum intervenienții.

40 Într-un asemenea caz, simpla introducere a unei căi de atac ar

da acces la informații care ar putea fi utilizate pentru a denatura concurența sau pentru a aduce atingere intereselor legitime ale operatorilor economici care au participat la procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție. O astfel de posibilitate ar putea chiar stimula operatorii economici să introducă acțiuni doar în simplul scop de a obține acces la secretele comerciale ale concurenților lor.

41 În cadrul unei asemenea acțiuni, pârâtul este autoritatea contractantă, iar operatorul economic ale cărui interese pot fi lezate nu este în mod necesar parte la litigiu și nici nu este chemat în cauză pentru

a-și apăra aceste interese. Pentru acest motiv, este cu atât mai

important să se prevadă mecanisme care garantează în mod corespunzător interesele unor astfel de operatori economici.

42 Obligațiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce privește respectarea confidențialității informațiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerința unor căi de atac eficiente prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 coroborat cu articolul 7 alineatul (1), cu articolul 9 alineatul (3) și cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispozițiilor menționate și, prin aceasta, să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi.

43 În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar.

44 Se pune problema dacă această interpretare este conformă noțiunii de proces echitabil în sensul articolului 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 (denumită în continuare „CEDO”).

45 Într-adevăr, după cum reiese din decizia de trimitere, Varec a

invocat în fața Conseil d'État că dreptul la un proces echitabil implică garantarea caracterului contradictoriu al oricărei proceduri judiciare, că principiul contradictorialității reprezintă un principiu general de drept, că își găsește temeiul în articolul 6 din CEDO și că acest principiu implică dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de toate înscrisurile sau observațiile prezentate instanței pentru a influența decizia acesteia și pentru a le discuta.

46 În această privință, trebuie subliniat că articolul 6 alineatul (1) din CEDO prevede, printre altele, că „[o]rice persoană are dreptul la

judicarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a

cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială [...]”. Potrivit jurisprudenței constante a Curții Europene a Drepturilor Omului, caracterul contradictoriu al unei proceduri reprezintă unul dintre

elementele care permit să se aprecieze caracterul echitabil al acesteia, însă poate fi pus în balanță cu alte drepturi și interese.

47 Principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta. Cu toate acestea, în anumite cazuri, poate fi necesar ca anumite informații să nu fie comunicate părților pentru a putea garanta drepturile fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Rowe și Davis împotriva Regatului Unit din

16 februarie 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 61, și

Hotărârea V. împotriva Finlandei din 24 aprilie 2007, nepublicată încă în Recueil des arrêts et décisions, § 75).

48 Printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private, consacrat la articolul 8 din CEDO și care decurge din tradițiile constituționale comune statelor membre și este reafirmat la articolul 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, proclamată la Nisa la 7 decembrie 2000 (JO C 364, p. 1) (a se vedea în special Hotărârea din 8 aprilie

1992, Comisia/Germania, C-62/90, Rec., p. I-2575, punctul 23, și

Hotărârea din 5 octombrie 1994, X/Comisia, C-404/92 P, Rec., p. I-4737,

punctul 17). În această privință, din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului reiese că nu se poate considera că noțiunea de viață privată trebuie interpretată ca excluzând activitățile profesionale sau comerciale ale persoanelor fizice sau juridice (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Niemietz împotriva

Germaniei din 16 decembrie 1992, série A, nr. 251-B, § 29, Hotărârea

Société Colas Est și alții împotriva Franței din 16 aprilie 2002, Recueil

des arrêts et décisions 2002-III, § 41, precum și Hotărârea Peck împotriva Regatului Unit din 28 ianuarie 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-I, § 57), activități care pot include participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice.

49 De altfel, Curtea de Justiție a recunoscut protecția secretelor comerciale ca un principiu general (a se vedea Hotărârea din 24 iunie 1986, AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, 53/85, Rec., p. 1965,

punctul 28, precum și Hotărârea din 19 mai 1994, SEP/Comisia, C-36/92

P, Rec., p. I-1911, punctul 37).

50 În sfârșit, menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței citate la punctul 47 din prezenta hotărâre.

51 Rezultă astfel 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 și a secretelor comerciale ale acestora.

52 Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13

iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. I-6675, punctul 40) și, în cazul

unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53 În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

54 Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29).

55 Prin urmare, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, coroborat cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36, trebuie interpretat în sensul că organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) menționat trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.»

În același sens s-a reținut și în Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55).

Și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenței].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care

deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia – Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T-353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Așa cum a fost anterior reținut, având în vedere prevederile care reglementează clauza de confidențialitate, din contractul de distribuție nr. 55509477/17.01.2022, încheiat cu ... CO., LTD și contractul OEM de marcă, care stabilesc sancționarea părților contractante în cazul în care pun la dispoziție fișele tehnice unei companii concurente, care acționează în același sector, conduita achizitoare de a nu pune la dispoziția societății contestatoare documentele declarate confidențiale de ofertanta declarată câștigătoare este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

În aceeași direcție acționează și instanțele de judecată relevantă fiind Hotărârea nr. 354/2021 din data de 08.03.2021 emisă de Curtea de Apel Ploiești, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal care a reținut următoarele:

«În ceea ce privește critica referitoare la asigurarea accesului la întregul dosar al cauzei (în principal) sau cel puțin la înscrisurile care nu au fost declarate confidențiale de către ... la momentul depunerii ofertei (în subsidiar), petenta a susținut că solicitarea sa a fost respinsă atât de către autoritatea contractantă cât și de către CNSC, fără temei și fără argumente credibile/întemeiate, pe motiv că ofertele criticate sunt confidențiale în integralitate deoarece ofertanții le-au declarat confidențiale. Învederează petenta că acest refuz a determinat încălcarea dreptului la apărare și a accesului la probele care urmau a fi analizate de către CNSC, încălcarea principiul transparenței și al echității („egalității armelor”), petenta fiind în mod evident într-o poziție inferioară față de autoritatea contractantă, încercând să dovedească o situație de fapt și de drept fără a avea acces concret la dosarul de achiziție publică.

Curtea constată că, în mod neîntemeiat, petenta susține că se află într-o poziție de inferioritate față de autoritatea contractantă, esențială este asigurarea principiului egalității de tratament între ofertanți și nu în raport cu autoritatea contractantă.

Principiul egalității de tratament între ofertanți a fost respectat având în vedere faptul că toți ofertanții au depus declarații de confidențialitate în aceleași condiții. Pe de altă parte, autoritatea contractantă a avut acces la întregul dosar al achiziției publice, la fel și Consiliul.

Accesul la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii:

„(1) 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/entității contractante, autoritatea/entitatea 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.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității/entității contractante prevăzute la art. 66 și art. 91 și nici publicarea părților din contractele de concesiune încheiate fără caracter confidențial, inclusiv a eventualelor modificări ulterioare.

(3) Autoritatea/entitatea contractantă poate impune operatorilor economici cerințe care vizează protejarea caracterului confidențial al informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică și/sau fundamentări/justificări de preț/cost 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)".

Accesul părților la dosarul cauzei, la sediul CNSC, se face conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează: „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. (3) în sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.". Raportat la legislația în vigoare incidentă, se constată că, la autoritatea contractantă, ofertanții indică și dovedesc în cuprinsul ofertelor care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale (conform dispozițiilor art. 41 din Legea nr. 100/2016).

Curtea constată că S.C. ... SA a depus Declarația de confidențialitate odată cu depunerea ofertei (fila 242), iar adresa nr. 10793/04.11.2020 reprezintă dovedirea caracterului confidențial al înscrisurilor declarate, fiind astfel respectate dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 și art. 19 alin (1) din Legea nr. 101/2016.

(...)

Mai mult, Curtea constată că petenta a prezentat la rândul său declarație de confidențialitate, acționând în aceeași manieră ca și intimata. Astfel, asociera ... a prezentat declarație de confidențialitate cu privire la:

(...)

Potrivit jurisprudenței CJUE din cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Conseil d'Etat (Belgia), (...).»

Argumentele aduse de ... S.R.L. în justificarea faptului că motivele invocate de SC ... SRL nu pot fi acceptate pentru confidențialitatea ofertei sale se referă la faptul că datele din fișele tehnice nu pot fi confidențiale, fiind disponibile on-line, conțin doar parametri măsurabili, iar valorile acestora sunt menționate chiar pe ambalaj. De asemenea toate informațiile sunt incluse în cataloagele și pliantele promoționale.

Deși susține că toate sau majoritatea caracteristicilor din fișa de date sunt disponibile online, totuși, ... S.R.L. nu formulează vreo critică referitoare la vreun parametru tehnic care nu corespunde cerințelor caietului de sarcini, contestatoarea neidentificând nici măcar producătorul mănușilor ofertate de SC ... SRL.

Împrejurarea că în prezenta procedură, ceilalți ofertanți, printre care și ... S.R.L. au ales să nu declare confidențiale înscrisurile enumerate de contestatoare, nu este de natură a conduce la faptul că respectivul caracter confidențial invocat de SC ... SRL nu este justificat, în condițiile în care acesta a prezentat contractul de distribuție nr. 55509477/17.01.2022, încheiat cu ... CO., LTD și contractul OEM de marcă, documente care cuprind clauza de confidențialitate.

Consiliul mai reține, în acest sens, și considerentele din cauza C 927/19 din 07.09.2021, „Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB, în care Marea Cameră a stabilit următoarele:

«În cadrul unei căi de atac 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 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 51).

Dimpotrivă, astfel cum s-a arătat în esență la punctul 121 din prezenta hotărâre în contextul obligațiilor care revin în această privință autorităților contractante, obligația de a furniza ofertantului respins informații suficiente pentru a-i garanta dreptul la o cale de atac eficientă trebuie să fie evaluată comparativ cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

130: În consecință, instanța națională competentă trebuie să verifice, ținând seama pe deplin atât de necesitatea de a proteja interesul public privind menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, cât și aceea de a proteja informațiile cu adevărat confidențiale și îndeosebi secretele comerciale ale participanților la procedura de cerere de ofertă, că autoritatea contractantă a considerat în mod întemeiat că informațiile pe care a refuzat să le comunice solicitantului erau confidențiale. În acest scop, instanța națională competentă trebuie să efectueze o examinare completă a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. De aceea, trebuie să poată dispune în mod necesar de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 53).

131: Presupunând că instanța menționată consideră de asemenea că informațiile în cauză au un caracter confidențial care se opune din acest motiv divulgării lor către concurenții operatorului în cauză, trebuie amintit că, astfel cum a statuat Curtea, deși principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta, în anumite cazuri, poate fi necesar să nu comunice anumite informații părților în vederea conservării drepturilor fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 47). 132 Or, printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private și a comunicațiilor consacrat de articolul 7 din cartă, precum și dreptul la protecția secretelor comerciale care a fost

recunoscut de Curte ca principiu general de drept al Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctele 48 și 49). 133 Așadar, având în vedere importanța protecției informațiilor confidențiale, evidențiată în special la punctele 131 și 132 din prezenta hotărâre, organismul responsabil cu soluționarea căii de atac în domeniul atribuirii unui contract de achiziții publice trebuie să poată decide, dacă este cazul, că anumite informații cuprinse în dosarul de care dispune nu trebuie să fie transmise părților și avocaților acestora (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 43)”.

Într-o atare situație, Consiliul va respinge, ca neîntemeiată, solicitarea ... S.R.L. privind anularea declarației de confidențialitate și permiterea accesului neîngrădit al contestatoarei și a celorlalți ofertanți la propunerea tehnică a SC ... SRL, constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale, autoritatea a ținut seama de solicitarea acestui ofertant privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate confidențiale.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul va respinge, ca nefondate, susținerile contestatoarei referitoare la lipsa accesului la documentele indicate ca fiind confidențiale, depuse de către SC ... SRL, acest demers fiind justificat, în condițiile probării de către acest ofertant a caracterului confidențial al documentelor ofertei sale, constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale, autoritatea contractantă a ținut seama de solicitarea formulată de acesta, conform celor menționate anterior în considerente, motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate de către contestatoare sub acest aspect.

În continuare vor fi analizate celelalte critici formulate de contestatoarea ... S.R.L.

Consiliul reține că în contestație sunt criticate cele 11 propuneri tehnice depuse de ofertanții clasati pe locurile 3-13, nu însă și oferta tehnică a ofertantei clasată pe locul 1, SC ... SRL.

Cu privire la oferta acesteia, ... S.R.L. susține doar că prezintă prețuri sub prețurile pieții, astfel: pentru mănușile din latex pudrate a prezentat un preț de 0,11 lei/buc, în timp ce prețul pieței este de 0,11-0,13 lei/buc, iar pentru mănușile din nitril a prezentat un preț de 0,10 lei/buc, în timp ce prețul pieței este de 0,14-0,16 lei/buc.

Consiliul reține că ... S.R.L. nu a prezentat nicio dovadă cu privire la aceste susțineri ale sale, deși potrivit art. 249 din Codul de Procedură Civilă: „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Mai mult, Consiliul constată că autoritatea contractantă a efectuat și verificările prevăzute de legislația achizițiilor publice (art. 210 din Legea nr. 98/2016) privind prețul neobișnuit de scăzut.

Astfel, în data de 01.09.2022, autoritatea contractantă a solicitat acestei ofertante să justifice fundamentarea economică a prețului, cu

prezentarea documentelor justificative la care SC ... SRL a răspuns, prezentând declarație justificări preț, și atașând facturi de la furnizori, transportatori, precum și alte documente, inclusiv un stat de plată salarii din luna mai 2022.

În consecință, Consiliul constată că autoritatea contractantă a efectuat verificările prevăzute la art. 210 din Legea nr. 98/2016, privind prețul neobișnuit de scăzut, și doar în urma evaluării documentelor depuse de acest ofertant, a declarat conformă propunerea sa financiară, motiv pentru care această critică va fi respinsă.

Referitor la critica privind propunerile tehnice prezentate de ofertanții clasati pe locurile 3-13, Consiliul are în vedere, în primul rând că această procedură se desfășoară cu scopul încheierii unui acord-cadru care urmează să se încheie cu 5 operatori economici și în care contractele subsecvente se vor atribui fără reluarea competiției.

În acest caz, devin incidente prevederile art. 118 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora:

„(1) În cazul în care acordul-cadru este încheiat cu mai mulți operatori economici, acordul-cadru se execută în unul dintre următoarele moduri:

a) fără reluarea competiției, în conformitate cu termenii și condițiile prevăzute în cuprinsul său, în cazul în care acordul-cadru stabilește toți termenii și condițiile care reglementează execuția lucrărilor, prestarea serviciilor și furnizarea produselor care constituie obiectul său, precum și condițiile obiective în funcție de care se stabilește care dintre operatorii economici parte la acordul-cadru va executa lucrările, va presta serviciile sau va furniza produsele;

(...)

(2) Dispozițiile alin. (1) lit. a) sunt aplicabile în cazul în care autoritatea contractantă a precizat expres în documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire a acordului-cadru criteriile obiective în funcție de care se stabilește care dintre operatorii economici parte la acordul-cadru va executa lucrările, va presta serviciile sau va furniza produsele care constituie obiectul său.”

De asemenea la pct. VI.3 Informații suplimentare din anunțul de participare și din fișa de date se precizează modul de atribuire a contractelor subsecvente, respectiv:

„Acordul-cadru se va încheia cu maxim 5 operatori economici care depun oferte admisibile. În cazul în care două sau mai multe oferte sunt situate pe primul loc, autoritatea contractantă solicită ofertanților o nouă propunere financiară, iar contractul va fi atribuit ofertantului a cărui nouă propunere financiară are prețul cel mai scăzut, conform art. 138, alin. (1), (2) din HG 395/ 2016. În situația încheierii unui acord-cadru cu mai mulți operatori economici, fără reluarea competiției, atunci când două sau mai multe oferte au o valoare totală egală a propunerii financiare și sunt clasate pe același loc, în vederea departajării, autoritatea

contractanta solicită noi propuneri financiare acestora, fără ca acest lucru să afecteze pozițiile superioare în clasament, conform art. 138, alin. (3) din HG 395/ 2016.

Având în vedere necesitatea aprovizionării spitalului cu produsele aferente procedurii, se impune încheierea unui acord – cadru pentru 24 luni cu mai mulți operatori economici astfel încât, dacă un operator economic se află în imposibilitatea livrării produselor asumate prin contract, autoritatea contractantă va avea posibilitatea să încheie un contract subsecvent cu operatorii economici clasati pe următoarele locuri, semnatori ai acordului-cadru, în acest mod se evită situațiile neplăcute de a îngreuna activitățile secțiilor. Se recomandă ofertarea preț unitar/buc.”

Din aceste prevederi ale documentației de atribuire reiese că autoritatea contractantă va atribui contractele subsecvente ocupantului locului 1 în clasamentul final. În situația în care acesta nu poate furniza (toate) produsele, autoritatea contractantă încheie contractul subsecvent cu ofertanta clasată pe locul 2. Doar în situația în care nici ofertanta de pe locul 2, în acest caz ... S.R.L. nu poate nici ea să furnizeze produsele, autoritatea contractantă va încheia contracte subsecvente cu ocupanta locului 3.

Prin urmare, ... S.R.L., în calitate de ofertantă câștigătoare a procedurii și situată pe locul 2, va avea întotdeauna întâietate la încheierea contractelor subsecvente în fața ofertanților clasati pe locurile 3-5 din clasamentul general.

În aceste condiții, Consiliul constată că declararea admisibilității celor 11 oferte clasate sub oferta contestatoarei nu este de natură să-i producă acesteia vreo vătămare.

În aceste condiții, Consiliul va respinge critica SC ... S.R.L. referitoare la ofertele tehnice depuse de ofertantele clasate pe locurile 3-13 ca fiind lipsită de interes.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei conform cărora SC ... SRL efectuează modificări ale fișelor tehnice pentru ca acestea să fie conforme cu caietul de sarcini, Consiliul precizează următoarele:

- rolul organismului jurisprudențial este cel stabilit de dispozițiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

„Art. 12. - (1) Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2).”

- iar dispozițiile art. 8 din Legea 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: (...).”

Așadar, atribuțiile Consiliului, potrivit prevederilor legale, sunt de analizare, din punct de vedere al legalității și temeiniciei, a actelor emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire în cauză și atacate de către persoana vătămată.

Documentele/înscrierile supuse criticilor în discuție nu sunt emise de către autoritatea contractantă.

În situația în care, operatorii economici interesați au neclarități cu privire la efectele juridice care urmau a fi produse de către anumite înscrieri depuse în cadrul procedurii, au posibilitatea de a solicita informații, lămuriri, clarificări/detalii de la operatorii economici și/sau de la instituția emitentă, iar în situația în care au neclarități cu privire la legalitatea emiterii respectivelor înscrieri au posibilitatea de a sesiza organele competente a cerceta aceste aspecte.

Așadar, constatarea și cercetarea informațiilor false, autenticitatea/falsul documentelor indicate, nu intră în sarcina Consiliului, atribuțiile acestuia fiind expres reglementate, așa cum a fost mai sus reținut, ... S.R.L. se poate adresa organelor de cercetare competente în domeniu.

Luând în considerare ansamblul considerentelor expuse, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... S.R.L., în contradictoriu cu

În consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL cu privire la oferta sa.

În ceea ce privește critica cu privire la oferta contestatoarei, formulată prin cererea de intervenție, Consiliul constată că situația este similară cu criticile contestatoarei formulate împotriva ofertelor clasate pe locurile 3-13.

Astfel, în calitate de ofertantă clasată pe primul loc, SC ... SRL va avea întotdeauna întâietate la încheierea unui contract subsecvent față de orice alt ofertant parte a acestui acord-cadru, și în primul rând față de contestatoarea SC ... S.R.L., clasată pe locul 2.

În consecință, Consiliul va respinge, ca lipsită de interes, cererea de intervenție formulată de SC ... SRL în ceea ce privește criticile formulate împotriva ofertei depusă de SC ... S.R.L.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Admite, în parte, cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, respectiv cu privire la respingerea contestației depusă de SC ... SRL.

Ia act de renunțarea la contestația formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., pentru loturile nr. 13 „trusă perfuzor cu filtru și ac plastic, cu luer - lock, steril, ambalat indivizibil” și nr. 14 „trusa de transfuzie sânge cu filtru și ac de plastic, cu luer - lock, sterilă, ambalat indivizibil”.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 6 exemplare originale, conține 40 (patruzeci) pagini.