

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de, cu sediul în, înregistrată la împotriva raportului procedurii nr., a comunicării privind rezultatul procedurii nr. și a actelor subsecvente, emise de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect", s-au solicitat următoarele:

- anularea raportului procedurii cu nr., a comunicării privind rezultatul procedurii nr. și a actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante de a reevalua oferta tehnică depusă de către ofertantul câștigător, potrivit prevederilor legale, ale documentației de atribuire și a celor reținute în motivarea CNSC;
- acordarea accesului necondiționat la propunerea tehnică transmisă de ofertantul declarat câștigător, întrucât declararea acesteia drept confidențială nu respectă prevederile legale.

Prin cererea de intervenție voluntară nr., înregistrată la Consiliu cu nr., ..., cu sediul în a solicitat următoarele: admiterea cererii de intervenție și respingerea acțiunii contestatorului cu menținerea rezultatelor stabilite de către autoritatea contractantă în raportul procedurii.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față prin care critică raportul procedurii nr., comunicarea privind rezultatul procedurii nr. și actele subsecvente, emise de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În motivarea contestației, ... prezintă un scurt istoric cu privire la modul de desfășurare a procedurii de atribuire și precizează că, la data de, i-a fost comunicat raportul procedurii nr. potrivit căruia oferta sa a fost clasată pe locul 2, iar oferta a fost declarată câștigătoare.

Cu titlu prealabil, contestatorul redă o serie de aspecte vizând accesul la studierea dosarului achiziției la autoritatea contractantă.

În continuare, ... înțelege să formuleze critici cu privire la evaluarea ofertei depusă de precizând următoarele:

- Fișa tehnică este nesemnată și neasumată de producător, iar principalii parametri tehnici (absorbția, retenția și greutatea sunt uzual exact ca valorile din documentația de atribuire); nu este menționată, în clar, denumirea produsului;

- Pentru mărimea XXL, diametrul în talie solicitat în documentația de atribuire este de 160-210 cm, produsul oferat, respectiv are pentru mărimea XXL un diametru în talie de 155-195 cm;

- Valorile pentru capacitatea de absorbție și de retenție sunt falsificate;

- Ofertantul desemnat câștigător cel mai probabil nu a prezentat rapoarte de testare elaborate de laboratoare acreditate în Uniunea Europeană (locul efectiv al testării să fie în Uniunea Europeană), acestea fiind emise de un laborator din;

- Din rapoarte de testare nu reiese că sunt efectuate pentru scutecele;

- Scutecul prezentat în rapoartele de testare indică o calitate inferioară;

- Nu a fost prezentată dovada certificării ISO 14001 pentru producători;

- Declarația de conformitate nu menționează în clar denumirea comercială a produsului;

Față de cele de mai sus, contestatorul subliniază că produsele oferite de nu respectă cerințele din documentația de atribuire în ceea ce privește absorbția, capacitatea de retenție, greutatea minimă.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr., ... menționează următoarele:

Pentru produsele care fac obiectul prezentei contestații, comisia de evaluare a verificat produsele oferite de către toți operatorii economici participanți la procedura de atribuire în raport cu cerințele minime solicitate prin caietul de sarcini.

Comisia de evaluare a analizat în mod temeinic, legal și obiectiv toate ofertele, inclusiv oferta declarată câștigătoare și a respectat declarația operatorului economic prin care prezenta: Propunerea tehnică și financiară ca fiind confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală.

În propunerea tehnică, ... a respectat cerințele minime ale caietului de sarcini.

Contestatorul doar presupune că operatorul economic declarat câștigător nu a prezentat rapoarte de testare elaborate de laboratoare acreditate, fără a prezenta dovezi în acest sens.

Față de cele de mai sus, organizatoarea procedurii apreciază că activitatea de evaluare a ofertelor s-a desfășurat cu respectarea prevederilor legale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, cât și a prevederilor din documentația de atribuire, comisia de evaluare analizând în mod temeinic, legal și obiectiv toate ofertele, inclusiv oferta declarată câștigătoare.

În concluzie, solicită Consiliului respingerea contestației ca fiind neîntemeiată și menținerea raportului procedurii, împreună cu toate actele subsecvente acestuia, acestea fiind întocmite cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. a transmis înscrisul denumit punct de vedere pe care l-a calificat ulterior ca fiind cerere de intervenție voluntară.

Prin adresa nr. a formulat răspuns la punctul de vedere depus de solicitând respingerea susținerilor acestui operator economic și admiterea contestației sale în integralitate.

De asemenea, prin adresa nr., ... a formulat răspuns la punctul de vedere al autorității contractante solicitând respingerea susținerilor și admiterea contestației sale în integralitate.

Prin cererea de intervenție voluntară nr., înregistrată la Consiliu cu nr., ... a solicitat cele sus menționate.

Ulterior justificării admisibilității cererii sale, intervenientul prezintă, pe larg, argumente pentru a demonstra legalitatea și temeinicia evaluării realizate de comisia de evaluare, solicitând Consiliului să constate caracterul nefondat al criticilor formulate, cu consecința respingerii contestației și menținerea deciziei autorității contractante de atribuire a contractului.

Urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. prezintă concluzii scrise în cuprinsul cărora precizează că își menține, în totalitate, argumentele invocate prin contestație, venind în completarea acestora, cu indicarea concretă a elementelor din oferta la care a primit acces ca urmare a studierii dosarului la sediul CNSC și care, în opinia sa, încalcă dispozițiile legale imperative.

Prin adresa nr. a transmis punctul său de vedere la concluziile scrise nr., formulate de, în cuprinsul căruia prezintă argumente menite să combată susținerile contestatorului.

.... a constituit cautiunea în quantum de

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

...., în calitate de autoritatea contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului având ca obiect", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Valoarea total estimată a achiziție este lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*.

Au fost primite în cadrul procedurii două oferte, în urma evaluării cărora a fost încheiat raportul procedurii nr., prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de, cu o propunere financiară de 468.837,34 lei, în timp ce oferta contestatorului s-a clasat pe locul 2, cu o propunere financiară de 498.108,60 lei.

Nemulțumit de rezultatul procedurii astfel stabilit, ... a depus prezenta contestație.

Relativ la cererea de intervenție voluntară depusă de, văzând că acesta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător astfel cum rezultă din raportul procedurii nr., Consiliul, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, o încuviințează, în principiu. Intervenția este în interesul autorității contractante deoarece urmărește aceeași finalitate ca și autoritatea contractantă, respectiv menținerea actelor de evaluare emise în cadrul procedurii.

Cu privire la cererea de studiere a dosarului cauzei, formulată de contestatorul, Consiliul, cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, analizând justificările în susținerea caracterului confidențial declarat, a decis să permită contestatorului accesul la documentele dosarului achiziție publice în forma transmisă de autoritatea contractantă, inclusiv la oferta desemnată câștigătoare.

În stabilirea acestei finalități, a avut în vedere Consiliul că datele și informațiile ce pot fi indicate ca fiind confidențiale, de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire, sunt numai cele care se încadrează în una dintre categoriile enumerate la art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, și în toate cazurile, dublat de îndeplinirea *condiției expres prescrisă de legea internă*, de a dovedi acest caracter declarat.

Se mai reține că norma din dreptul intern asigură echilibrul ce trebuie menținut între interesul celui ce declară confidențialitatea unor

date/informații din oferta depusă într-o procedură de atribuire precum cea din prezenta cauză și interesul public ce constituie fundamentul principiului transparenței a cărei funcționare trebuie asigurată în cadrul unei atare proceduri, astfel că este conformă și cu exigențele dreptului european, așa cum rezultă din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, sens în care trebuie citată Hotărârea din cauza C-927/19, prin care, în partea relevantă pentru cauză, s-a statuat astfel:

6) Articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, trebuie interpretate în sensul că instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante prin care se refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în documentația transmisă de concurentul căruia i-a fost atribuit contractul sau cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz *este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia*. În acest scop, instanța menționată, *care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile accesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate*, trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea *să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative dacă acestea sunt nelegale și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru*.

În contextul jurisprudențial citat și având în vedere că argumentul constând în invocarea unor clauze de confidențialitate din contractele încheiate cu furnizorii nu este suficient pentru a dovedi caracterul confidențial al informațiilor din ofertă câtă vreme nu se arată în concret de ce acele informații sunt confidențiale, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, în mod eronat, a refuzat contestatorului accesul la oferta desemnată câștigătoare în integritatea sa.

Cele raționate de autoritatea contractantă, în sensul în care simplul acord de voință al părților dintr-un contract de furnizare produse ce urmează a fi ofertate într-o procedură ulterioară de atribuire este suficient, nu poate fi acceptat, deoarece goleşte de conținut dispozițiile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și anihilează dreptul altor participanți la procedură la o cale de atac efectivă.

Trebuia autoritatea contractantă să aibă în vedere că procedurile de achiziții publice sunt guvernate de principiul transparenței iar excepția de la această regulă, cum este confidențialitatea, este de strictă interpretare și aplicare. Aceasta presupune că poate fi opusă (confidențialitatea) cu consecința îngrădirii dreptului nelimitat de acces la o ofertă, doar în cazul în care informațiile declarate confidențiale se circumscriu categoriilor prevăzute la art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ceea ce nu este

cazul acordului de voință invocat de în baza contractelor încheiate cu furnizorii săi.

Urmare a asigurării accesului integral la dosarul achiziției, motivele noi de contestare formulate de pe cale concluziilor scrise, vor fi soluționate în considerarea celor stabilite de CJUE în cauza C-54/21:

4) Articolul 1 alineatele (1) și (3) din 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, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014, trebuie interpretat în sensul că

în cazul constatării, în cursul soluționării unei căi de atac formulate împotriva unei decizii de atribuire a unui contract de achiziții publice, a unei obligații a autorității contractante de a divulga reclamantului informații care au fost tratate în mod eronat ca fiind confidențiale și a unei încălcări a dreptului la o cale de atac efectivă din cauza nedivulgării acestor informații, această constatare nu trebuie în mod necesar să conducă la adoptarea de către această autoritate contractantă a unei noi decizii de atribuire a contractului, cu condiția ca **dreptul procedural național să permită instanței sesizate să adopte, în cursul judecății, măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă sau să îi permită să considere că reclamantul poate formula o nouă cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate.**

Termenul de introducere a unei astfel de căi de atac nu trebuie să curgă decât din momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informațiilor care au fost calificate în mod eronat drept confidențiale.

Instanța europeană face vorbire, așadar, despre o restabilire a dreptului la o cale de atac efectivă din momentul în care reclamantul are acces la ansamblul informațiilor care *au fost calificate în mod eronat drept confidențiale*, situație care se întâlnește și în speța de față.

În concluzie, câtă vreme contestatorul a avut acces la documentele dosarului achiziție în integralitatea sa abia cu ocazia studiului efectuat la Consiliu, este evident că nu i se poate refuza verificarea temeiniciei criticilor formulate pe calea concluziilor scrise.

Termenul în care criticile noi trebuie formulate este de 7 zile de la studiul dosarului efectuat la sediul CNSC, respectat în cazul de față. Contestatorul a efectuat studiul la sediul CNSC la data de

A transmis contestatorul concluziile sale scrise, pe lângă CNSC, și autorității contractante și intervenientului, principiul contradictorialității fiind astfel respectat. De precizat este și faptul că intervenientul a transmis la dosar punct de vedere față de concluziile scrise ale contestatorului.

Examinând criticile din contestație dar și cele din cadrul concluziilor scrise ulterioare studiului de dosar, Consiliul reține că autorul lor reclamă evaluarea ofertei desemnată câștigătoare, depusă de, susținând că este nelegală.

Printre criticile de pretinsă nelegalitate ale evaluării se identifică și cea potrivit cu care oferta trebuia respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece produsele 13 – 17 (scutece adulți) nu îndeplinesc parametri tehnici de absorbție și retenție impuși prin caietul de sarcini.

Argumentează contestatorul susținerea sa, după cum urmează:

- pentru mărimea S: cerința impunea o absorbție de 2700 ml și retenție de 920 g, iar a oferat 2200 ml absorbție și 560 g retenție;
- pentru mărimea M: cerința impunea o absorbție de 3700 ml și retenție de 1280 g, iar a oferat 2900 ml absorbție și 790 g retenție;
- pentru mărimea L: cerința impunea o absorbție de 4000 ml și retenție de 1400 g, iar a oferat 3100 ml absorbție și 930 g retenție;
- pentru mărimea XL: cerința impunea o absorbție de 4000 ml și retenție de 1400 g, iar a oferat 3100 ml absorbție și 930 g retenție.

O critică similară o formulează contestatorul și în cazul produselor 18 – 22 (scutece tip chilot), în susținerea căreia prezintă argumentele:

- pentru mărimea S: cerința impunea o absorbție de 1900 ml și retenție de 760 g, iar a oferat 1500 ml absorbție și 47 g retenție;
- pentru mărimea M: cerința impunea o absorbție de 2000 ml și retenție de 760 g, iar a oferat 2200 ml absorbție și 640 g retenție subdimensionată;
- pentru mărimea L: cerința impunea o absorbție de 2000 ml și retenție de 760 g, iar a oferat 2500 ml absorbție dar cu o retenție de 680 g;
- pentru mărimea XL: cerința impunea o absorbție de 2000 ml și retenție de 760 g, iar a oferat 2500 ml și o retenție de doar 680 g.

Consiliul observă că, în apărare, ... nu tăgăduiește situația ofertei sale așa cum a fost prezentată de contestator însă arată că parametrii caietului de sarcini sunt eronat stabiliți și că nici contestatorul nu deține în cadrul ofertei sale produse care să îndeplinească întocmai caracteristicile impuse.

Aceste argumente nu pot fi primite în soluționare, deoarece, în ceea ce privește pe primul dintre acestea, ... a acceptat documentația de atribuire în forma elaborată de autoritatea contractantă, inclusiv sub aspectul parametrilor aflați în discuție, astfel că a devenit debitorului obligației de a depune o ofertă cu respectarea întocmai a acestora.

În acest sens, relevante sunt prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016, potrivit cu care Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției (...), și dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cu care Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...),

Dacă aprecia că cerințele caietului de sarcini sunt nelegale, ... avea deschisă calea de atac a contestației pe care trebuia să o exercite în termenul legal prevăzut de lege, care a început să curgă de la data publicării documentației de atribuire în SEAP – 14.04.2026.

Pe de altă parte, obligația de a acționa cu respectarea întocmai a documentației de atribuire revine și comisiei de evaluare în lumina dispozițiilor art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care stabilesc printre atribuțiile comisiei de evaluare și pe aceea de f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Și jurisprudența constantă a CJUE este în sensul că în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Sintetizând cele expuse anterior, arată Consiliul că regulile sub care se desfășoară o procedură de achiziție publică obligă la respectarea întocmai a cerințelor documentației de atribuire, de la care nici ofertanții, nici autoritatea achizitoare și nici organul de control administrativ-jurisdicțional nu se pot abate.

Cerințele impuse au fost clare și exprese, astfel că ofertanții aveau obligația de a și le asuma ca atare, ceea ce nu a înțeles să facă, conduită care îi este imputabilă.

Culpabilă este și comisia de evaluare care a acționat cu nerespectarea cerințelor propriiei documentații de atribuire, încălcând astfel atribuția de verificare prevăzută în sarcina sa de dispozițiile art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, existând obligația îndeplinirii tuturor cerințelor puse în vedere ofertanților prin caietul de sarcini, printre care cele la care face referire contestatorul, prin încălcarea acestei părți a documentației de atribuire au devenit incidente ofertei prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) HG nr. 395/2016 (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini).

Nu poate fi valorificat în favoarea nici cel de al doilea argument al acestuia, constând în situația ofertei contestatorului, deoarece supusă analizei Consiliului în cauza de față este evaluarea ofertei iar nu și cea a

Dacă intervenientul dorea să obțină o analiza asupra ofertei contestatorului era liber să solicite aceasta pe calea unei intervenții principale sau contestații cu îndeplinirea corespunzătoare a condiției de admisibilitate privind constituirea cauțiunii.

În acest sens, de interes este *Minuta întâlnirii președinților secțiilor specializate ale Înaltei Curți de Casație și justiție și curților de apel decât unificării practicii judiciare în domeniul contenciosului administrativ și fiscal* de la Cluj, din perioada 5-6 mai 2022, în care s-a reținut:

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 în SEAP, în termen de 10 zile de la data comunicării contestației.

Această cerere de intervenție 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 netemeinicii a soluției comisiei de evaluare cu privire la oferta clasată pe locul doi, fiind similară unui apel sau recurs incident, reglementa de Codul de procedură civilă.

În concluzie, cu luarea în considerare a principiului disponibilității care presupune că judecata se realizează în limitele stabilite de reclamant, în cazul de față de, Consiliul va respinge și cel de al doilea argument al intervenientului.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va anula raportul procedurii nr., în partea care privește evaluarea ofertei, și actele subsecvente acestuia, autoritatea contractantă urmând să continue procedura cu reevaluarea ofertei menționate, în considerarea celor ce preced, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Față de soluția prefigurată, cererea de intervenție depusă de va fi respinsă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit 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:

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, și anulează raportul procedurii nr., în partea care privește evaluarea ofertei, și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă să continue procedura cu reevaluarea ofertei menționate, în considerarea celor ce preced, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge cererea de intervenție depusă de

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.