Str. Stavropoleos nr. 6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +40-21-3104641, Fax. +40-21-3104642, Fax. +40-21-8900745,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

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. ...
Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent din data de 14.07.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 35191/15.07.2022, formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire organizată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii acordului-cadru având ca obiect *„Pază și monitorizare obiective din dotarea SC ... SRL”*, se solicită:

– anularea rezultatului procedurii arătate, comunicat cu adresa autorităţii contractante nr. 7637/07.07.2022, a raportului privind atribuirea ofertelor pază şi monitorizare obiective din dotarea ... S.R.L. înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 7635/07.07.2022, a procesului-verbal privind evaluarea conformităţii ofertelor cu prevederile caietului de sarcini şi, după caz, cu factorii de evaluarea nr. 7160/27.06.2022 şi a procesului-verbal nr. 7626/07.07.2022;

– în principal, obligarea autorităţii contractante la respingerea ofertei formulate de asocierea ... din procedura de atribuire a contactului, în conformitate cu art. 210 - 215 din Legea nr. 98/2016, art. 136 -137 din H.G. nr. 395/2016, ca neconformă;

– pe cale de consecinţă, declararea sa în calitate de câştigătoare a procedurii de achiziţie publică organizată de autoritatea contractantă;

– în subsidiar, obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică având ca obiect servicii de *"Pază şi monitorizare obiective din dotarea SC ... S.R.L.",* în sensul reevaluării ofertei depuse de asocierea ... şi de ... S.R.L., precum şi continuarea procedurii în vederea desemnării ofertei câştigătoare şi perfectării contractului de achiziţie publică.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 ... S.R.L. critică decizia autorității contractante privind declararea drept conformă și câștigătoare a ofertei asocierii ..., solicitând cele prezentate în preambulul prezentei decizii.

Prin adresa *din data de 14.07.2022* înregistrată la Consiliu cu nr. 35191/15.07.2022, ... S.R.L., în temeiul art. 4 alin. (1) lit. a) cu raportare la art. 8 şi urm. din Legea nr. 101/2016, în termen legal, formulează *contestaţie* împotriva procedurii de atribuire organizată de autoritatea contractantă ... S.R.L., privind atribuirea contractului de achiziţie publică având ca obiect servicii de *"Pază şi monitorizare obiective din dotarea SC ... S.R.L.",* respectiv împotriva rezultatului procedurii arătate, comunicat cu adresa autorităţii contractante nr. 7637/07.07.2022, a raportului privind atribuirea ofertelor pază şi monitorizare obiective din dotarea ... S.R.L. înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 7635/07.07.2022, a procesului-verbal privind evaluarea conformităţii ofertelor cu prevederile caietului de sarcini şi, după caz, cu factorii de evaluare nr. 7160/27.06.2022 şi a procesului-verbal nr. 7626/07.07.2022, solicitând:

- anularea rezultatului procedurii arătate, comunicat cu adresa autorităţii contractante nr. 7637/07.07.2022, a raportului privind atribuirea ofertelor pază şi monitorizare obiective din dotarea ... S.R.L. înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 7635/07.07.2022, a procesului-verbal privind evaluarea conformităţii ofertelor cu prevederile caietului de sarcini şi, după caz, cu factorii de evaluarea nr. 7160/27.06.2022 şi a procesului-verbal nr. 7626/07.07.2022;
- în principal, obligarea autorităţii contractante la respingerea ofertei formulate de Asocierea ... din procedura de atribuire a contactului, în conformitate cu art. 210 - art. 215 din Legea nr. 98/2016, art. 136 -137 din H.G. nr. 395/2016, ca neconformă;
- pe cale de consecinţă, declararea sa în calitate de câştigătoare a procedurii de achiziţie publică organizată de autoritatea contractantă;
- în subsidiar, obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică având ca obiect servicii de *"Pază şi monitorizare obiective din dotarea SC ... S.R.L.",* în sensul reevaluării ofertei depuse de asocierea ... şi de ... S.R.L., precum şi continuarea procedurii în vederea desemnării ofertei câştigătoare şi perfectării contractului de achiziţie publică.

Contestatoarea precizează câteva aspecte introductive.

În fapt, ... S.R.L., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura proprie în vederea încheierii unui contract de achiziţie publică având ca obiect servicii de *„Pază şi monitorizare obiective din dotarea SC ... S.R.L.",* cod CPV 79713000-5 Servicii de pază şi protecţie, prin publicarea anunţului publicitar nr. ADV 1297480/10.06.2022, la care a anexat documentaţia de atribuire, termenul limită de depunere/transmitere a

ofertelor fiind stabilit la data de 20.06.2022, iar criteriul de atribuire *„cel mai bun raport calitate preţ”.*

Ulterior evaluării ofertelor primite, autoritatea contractantă a întocmit raportul privind atribuirea ofertelor de pază şi monitorizare obiective din dotarea ... S.R.L. nr. 7635/07.07.2022, în cuprinsul căruia a reţinut modul de desfăşurare al procedurii, procesul de evaluare a ofertelor, precum şi rezultatul acestuia, oferta depusă de asocierea ... fiind clasată pe locul I şi declarată drept câştigătoare.

Contestatoarea subliniază că, deşi a solicitat a i se permite accesul la dosarul achiziţiei publice (studiul acestuia), cererea sa a fost admisă doar în parte, oferta tehnică, oferta financiară, precum și răspunsurile la solicitările de clarificări legate de acestea nefiindu-i puse la dispoziţie, întrucât asocierea ... ar fi declarat drept confidenţiale datele conţinute de aceste documente potrivit formularului nr. IV.4.1/5 *„Declaraţie privind indicarea informaţiilor confidenţiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale şi elementele confidenţiale ale ofertelor".*

Aceasta apreciază că dreptul său la apărare, precum şi principiile nediscriminării, tratamentului egal şi al transparenţei au fost grav afectate, întrucât o ofertă tehnică şi/sau financiară nu poate fi considerată ca având un caracter confidenţial exclusiv pe baza declaraţiei titularului său, fiind necesar ca pretinsa confidenţialitate a datelor/informaţiilor inserate în cuprinsul unor asemenea propuneri (subsumate unor secrete tehnice şi/sau comerciale stabilite conform legii, a căror dezvăluire ar fi de natură a prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală) să fie dovedită pe baza unor probe anexate declaraţiei, dovezi care, în speţă, lipsesc cu desăvârşire.

Pe cale de consecinţă, contestatoarea consideră că simpla punere la dispoziţie a unor opise privind documentele de calificare, a documentelor ce compun propunerea tehnică şi oferta financiară, a unor recomandări şi a unor extrase din solicitarea de clarificări şi răspunsul la solicitarea de clarificări nu echivalează cu respectarea dispoziţiilor art. 217 alin. (5) şi (6) din Legea nr. 98/2016, întrucât, în realitate, autoritatea contractantă nu i-a permis studierea dosarului de achiziţie, astfel că este în imposibilitate a invoca motive de nelegalitate, prin referiri exprese şi clare la menţiunile inserate în cuprinsul propunerilor tehnice şi financiare depuse de ofertantul declarat câştigător.

... S.R.L. susține că, în modalitatea arătată, autoritatea contractantă a încălcat atât dreptul său la apărare, cât şi principiile mai sus arătate ce ar trebui să guverneze procedura de achiziţie publică.

Aceasta solicită, în conformitate cu prevederile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a i se permite accesul la toate documentele aferente dosarului achiziţiei publice, inclusiv a ofertei tehnice şi a ofertei financiare depuse de ofertantul declarat câştigător, respectiv asocierea ...

Contestatoarea invocă art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„La cerere, părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia*

documentelor pe care operatorii economici le declară şi probează ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală".

Raportat la dispoziţiile legale mai sus citate, aceasta afirmă că, la cerere, părţile cauzei au acces la toate documentele dosarului constituit la Consiliu, în mod similar celor prevăzute în cazul instanţelor judecătoreşti, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară şi probează ca fiind confidenţiale, întrucât în acestea ar fi cuprinse secrete tehnice și/sau comerciale stabilite conform legii, iar dezvăluirea lor ar fi de natură a prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici. Astfel, ori de câte ori agenţii economici procedează la declararea propunerii tehnice şi/sau ofertei financiare ca fiind confidenţiale, aceştia au obligaţia de a proba caracterul confidenţial al datelor/informaţiilor consemnate în acestea, respectiv de a face dovada existenţei unor secrete tehnice şi/sau comerciale.

Contestatoarea consideră că o asemenea obligaţie nu a fost îndeplinită, căci, astfel cum a arătat, ofertantul declarat câştigător nu a probat caracterul confidenţial al propunerii tehnice şi al ofertei financiare, în sensul de a dovedi că acestea ar conţine secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea lor ar prejudicia interesele sale.

... S.R.L. susține că, în urma consultării documentaţiei aferente dosarului de achiziţie publică în integralitatea sa, va fi în măsură a completa motivele de nelegalitate, prin referiri exprese la menţiunile înscrise în propunerea tehnică şi în oferta financiară depuse de asocierea ..., astfel că își rezervă acest drept.

Contestatoarea afirmă că, în mod greşit, cu încălcarea dispoziţiilor legale incidente, autoritatea contractantă a declarat drept câştigătoare oferta depusă de asocierea ..., clasând oferta societăţii sale pe locul al II lea.

În acest sens, aceasta subliniază că autoritatea contractantă avea obligaţia de a se asigura că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare, au ţinut cont de toate prevederile caietului de sarcini şi de toate prevederile legale în vigoare, astfel încât să evite propunerea de preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe sau care nu pot fi justificate doar în baza unei simple decizii comerciale. Solicitarea informaţiilor referitoare la modul de formare a preţului este dublată de obligaţia comisiei de verificare a acestora, verificare care trebuie să vizeze analiza tuturor aspectelor financiare implicate de oferta depusă, cu respectarea strictă a prevederilor documentaţiei de atribuire.

Astfel, contestatoarea apreciază că justificarea preţului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete de formare a preţului şi chiar documente care să conţină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză şi care să permită, în final, verificarea corectitudinii preţului ofertat.

În continuare, societatea contestatoare precizează că ofertanţii nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor preţuri fără suport legal, în baza unor supoziţii proprii, astfel că autoritatea contractantă avea obligaţia de a evalua ofertele financiare ţinând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea preţului, pentru a se asigura de fezabilitatea şi sustenabilitatea preţului propus.

... S.R.L. invocă art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 - *„Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerinţele prezentate în documentele achiziţieia fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înţelegeri anticoncurenţiale sau corupţie sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobişnuit de scăzută",* art. 137 alin. (1) și (3) din H.G. nr. 395/2016 - *„Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme"*, *„în condiţiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situaţii: a) nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini; (...) c) conţine în cadrul propunerii financiare preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe şi care nu pot fi justificate; d) propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislaţia incidenţă, alta decât cea în domeniul achiziţiilor publice; (...)".*

Raportat la dispoziţiile legale anterior menţionate, contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă are obligaţia de a respinge ofertele neconforme, respectiv acele oferte care nu au fost întocmite în conformitate cu documentele achiziţiei, care nu satisfac în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini, care conţin preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe şi care nu pot fi justificate, în care propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, care au fost primite cu întârziere, care prezintă indicii unei înţelegeri anticoncurenţiale sau corupţie sau care au fost considerate ca fiind neobişnuit de scăzute.

Contestatoarea afirmă că, deşi nu a avut acces la oferta financiară depusă de ofertantul declarat câştigător, din analiza puţinelor informaţii pe care le deţine, consideră că propunerea financiară a ofertantului declarat câştigător cuprinde un preţ neobişnuit de scăzut cu privire la serviciile de pază şi protecţie ce formează obiectul procedurii de achiziţie în discuţie, acest preţ nefiind rezultatul liberei concurenţe şi neputând fi justificat. Mai întâi, este de subliniat că, în analiza ofertei financiare, se impune a se avea în vedere - în mod obligatoriu - dispoziţiile imperative care reglementează:

- salariul de bază minim pe ţară garantat în plată;
- munca prestată în zilele de repaus săptămânal pentru care salariatul beneficiază de un spor stabilit prin contractul colectiv de muncă sau, după caz, prin contractul individual de muncă (art. 137 alin. (3) din Codul muncii);
- munca prestată în zilele de sărbătoare legală pentru care salariatul beneficiază de un spor ce nu poate fi mai mic de 100% din salariul de bază corespunzător muncii prestate în programul normal de muncă (art. 142 alin. (2) din Codul muncii);
- orele prestate peste programul normal de muncă, pentru care salariatul beneficiază de un spor ce nu poate fi mai mic de 75% din salariul de bază (art. 123 alin. (2) din Codul muncii);
- munca prestată în timpul nopţii, pentru care salariatul beneficiază de un spor ce nu poate fi mai mic de 25% din salariul de bază (art. 126 alin. (2) din Codul muncii)
- concediul de odihnă la care este îndreptăţit salariatul (art. 144 şi art. 145 alin. (1) din Codul muncii) şi pe perioada căruia angajatorul are obligaţia de a-i plăti o indemnizaţie de concediu care nu poate fi mai mică decât salariul de bază, indemnizaţiile şi sporurile cu caracter permanent cuvenite pentru perioada respectivă, prevăzute în contractul individual de muncă şi care reprezintă media zilnică a drepturilor salariale mai sus arătate din

ultimele 3 luni anterioare celei în care este efectuat concediul, multiplicată cu numărul de zile de concediu (art. 150 alin. (1) şi (2) din Codul muncii).

Contestatoarea arată că, potrivit referatului de necesitate nr. 5237/12.05.2022, rezultă că autoritatea contractantă a estimat tariful unitar orar la suma de 20,20 lei/oră/post pază, fără TVA, ceea ce înseamnă că tariful estimat de autoritatea contractantă pentru cheltuielile cu munca vie a fost de 18,86 lei/oră/post pază, fără TVA, dedus astfel: 165.246,23 lei / 8.676 ore = 18,86 lei.

... S.R.L. afirmă că, în întocmirea referatului de necesitate anterior arătat, autoritatea contractantă nu a luat în calcul contribuţia obligatorie la fondul de handicap, pornind de la premisa eronată că toţi ofertanţii ar beneficia de scutirea prevăzută pentru situaţiile expres şi limitativ prevăzute de Legea nr. 448/2006. Luând în considerare acest fond de handicap (250 lei/lună x 4% : 167,333 ore/lună = 0,61 lei/oră/post de pază) şi, pornind de la estimarea autorităţii, rezultă că tariful unitar orar minim fundamentat pentru cheltuielile cu munca vie ar fi de 19,47 lei/oră/post de pază, fără TVA.

De asemenea, contestatoarea subliniază că, în estimarea tarifului mai sus arătat, autoritatea contractantă a avut în vedere, pentru orele de lucru în timpul nopţii, sporul de 25% din salariul de bază, conform art. 126 lit. b) din Codul muncii.

Aceasta adaugă că, fără a cunoaşte conţinutul ofertei financiare a ofertantului declarat câştigător, întrucât, după cum a arătat anterior, aceasta nu i-a fost pusă la dispoziţie, a dedus însă că tariful orar ofertat de acesta pentru un post de pază a fost de 18.76 lei/oră. Deducţia s-a bazat pe împărţirea valorii totale menţionate în raportul privind atribuirea ofertelor pază şi monitorizare obiective din dotarea ... S.R.L. de 2.918.158,77 lei la 155.220 ore (numărul total de ore de prestări servicii pază şi protecţie conform acordului cadru din documentaţia de achiziţie). Rezultă astfel, că tariful total orar (iar nu numai cel pentru cheltuielile cu munca vie) ofertat de ofertantul declarat câştigător este mai mic decât tariful estimat a fi fundamentat de autoritate (fără a se avea în vedere contribuţia obligatorie la fondul de handicap) numai pentru cheltuielile cu munca vie (fără a se mai avea în vedere cheltuielile directe, indirecte şi cota minimă de profit).

Contestatoarea consideră că un asemenea tarif nu poate fi considerat fundamentat economic, întrucât, în primul rând, acesta nu a avut în vedere contribuţia datorată de ofertantul declarat câştigător la fondul de handicap, câtă vreme, cel puţin din documentele care i-au fost puse la dispoziţie, nu rezultă că ofertantul declarat câştigător să fi beneficiat de scutirea prevăzută de dispoziţiile speciale ale Legii nr. 448/2006.

În continuare, aceasta menționează că, din documentele care i-au fost puse la dispoziţie, nu rezultă că ofertantul declarat câştigător să fi calculat sporul de noapte în conformitate cu art. 126 lit. b) din Codul muncii, întrucât, dacă ar fi procedat astfel, diminuarea tarifului ofertat pentru manoperă sub tariful proiectat de autoritatea financiară nu ar fi putut fi justificată decât prin prezentarea, de către acest ofertant, a unor dovezi referitoare la încasarea de subvenţii în condiţiile Legii nr. 76/2002. Din opisul documentelor aferente ofertei financiare înaintate de ofertantul declarat

câştigător, nu rezultă însă că, la întocmirea sa, ofertantul să se fi prevalat de întocmirea unor convenţii cu AJOFM care să îi asigure încasarea unor subvenţii de natura celor la care a făcut referire.

Pentru aceste argumente, ... S.R.L. precizează că a dedus că, în cuantificarea compensării cuvenite salariatului pentru lucrul prestat în timpul nopţii, ofertantul declarat câştigător nu a avut în vedere sporul de 25 % din salariul de bază potrivit art. 126 lit. b) din Codul muncii, ci reducerea programului de lucru cu o oră, pentru zilele în care efectuează cel puţin 3 ore de muncă de noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază, conform art. 126 lit. a) din Codul muncii. Or, reducerea programului de lucru a unui salariat cu o oră (plătită) pentru lucru prestat în timpul nopţii generează, în sarcina angajatorului, cheltuiala ocazionată de plata unui alt salariat care să asigure serviciul în ora liberă a celui dintâi, sens în care contestatoarea subliniază faptul că serviciile de pază ce formează obiect al procedurii în discuţie au caracter permanent (24 din 24 ore). În ora cu care s-a redus programul de lucru al salariatului care a prestat muncă în timpul nopţii, postul de pază nu rămâne liber, ci se asigură prezenţa unui alt agent de pază.

O altă critică adusă câștigătorului se referă la faptul că acesta, în oferta financiară, nu a avut în vedere, în cheltuielile cu manopera, obligaţiile financiare ce revin angajatorului pentru agentul de pază înlocuitor, adică salariul de bază pentru o oră de lucru şi indemnizaţia de concediu aferentă.

În egală măsură, contestatoarea subliniază că, în absenţa documentelor care au stat la baza ofertei financiare a ofertantului declarat câştigător, *„nu am putut verifica nici dacă, în ipoteza în care acesta s-ar fi prevalat de convenţii încheiate în temeiul Legii nr. 76/2002, acesta a avut în vedere valoarea subvenţiilor la încasarea cărora ar fi fost îndreptăţit data efectivă de producere a efectelor contractului sau data limită pentru prezentarea ofertelor.”*

Aceasta menționează că, între cele două momente la care a făcut trimitere anterior, se regăseşte o perioadă de minim 6 luni (durata pe care trebuie menţinută valabilitatea ofertelor), în care subvenţiile eventual cuvenite ofertantului declarat câştigător ar fi încasate de acesta, fără însă a fi alocate susţinerii financiare a acestui contract, motiv pentru care consideră că ar fi fost corect să fie avute în vedere subvenţiile eventual cuvenite ofertantului declarat câştigător după împlinirea perioadei de 6 luni (perioada de menţinere a valabilităţii ofertelor).

În raport de aceste argumente, contestatoarea afirmă că preţul ofertat de ofertantul declarat câştigător este neobişnuit de scăzut şi nefundamentat economic.

Pe de altă parte, aceasta consideră că, în mod greşit, autoritatea contractantă a acordat ofertantului declarat câştigător punctajul maxim prevăzut în documentaţia de achiziţie (20 de puncte) pentru propunerea sa tehnică.

Potrivit documentaţiei de achiziţie, timpul maxim de intervenţie solicitat a fost de 3.000 de secunde la fiecare dintre cele trei obiective pentru care s-a solicitat prestarea serviciilor de pază.

Contestatoarea afirmă că ofertantul declarat câştigător a făcut dovada alocării în acest scop doar a două autovehicule, ceea ce, în mod evident, nu îi permite a asigura respectarea timpului maxim de intervenţie cerut de autoritatea contractantă pentru fiecare dintre cele trei locaţii la care a făcut trimitere.

În acelaşi sens, ... S.R.L. arată că, în mod greşit, autoritatea contractantă a acordat, pentru propunerea tehnică, punctajul maxim posibil (20 de puncte) atât ofertantului declarat câştigător, cât şi societăţii sale, fără a avea în vedere că societatea clasată pe locul al II-lea a făcut dovada alocării pentru acest contract a unui număr de patru autovehicule de intervenţie, spre deosebire de cele două alocate de ofertantul declarat câştigător. În această situaţie, s-ar fi impus reducerea proporţională a punctajului acordat ofertantului declarat câştigător pentru oferta sa tehnică, faţă de cel acordat societăţii sale.

Nu în ultimul rând, contestatoarea precizează că, din documentele ce i-au fost puse la dispoziţie, nu rezultă că cerinţele din propunerea tehnică să fi fost corelate cu cheltuielile din oferta financiară. Desfăşurarea activităţilor de pază şi protecţie presupune efectuarea unor cheltuieli cu echipamentul de lucru al personalului, medicina muncii, dotările postului (tonfă, spray paralizant, fluier, lanternă), achiziţionarea de registre specifice, de echipamente de comunicaţii, asigurarea pregătirii permanente a salariaţilor, cheltuieli cu dispeceratul, cu maşinile de intervenţie, cele ocazionate de efectuarea controalelor în posturi, de asigurare a personalului TESA, de întocmirea contractelor de asigurare pentru activitatea profesională, de obţinerea avizelor şi autorizaţiilor potrivit legii, de transportul personalului etc., cheltuieli care trebuie să se regăsească în oferta financiară, întrucât numai în acest mod se poate susţine că s-ar asigura respectarea cerinţelor propunerii tehnice.

Faţă de toate aspectele anterior expuse, ... S.R.L. solicită admiterea contestaţiei, anularea rezultatului procedurii arătate, comunicat cu adresa autorităţii contractante nr. 7637/07.07.2022, a raportului privind atribuirea ofertelor pază şi monitorizare obiective din dotarea ... S.R.L. înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 7635/07.07.2022, a procesului-verbal privind evaluarea conformităţii ofertelor cu prevederile caietului de sarcini şi, după caz, cu factorii de evaluarea nr. 7160/27.06.2022 şi a procesului-verbal nr. 7626/07.07.2022 şi, în principal, obligarea autorităţii contractante la respingerea ofertei formulate de asocierea ... din procedura de atribuire a contactului, în conformitate cu art. 210 - 215 din Legea nr. 98/2016 în ref. la art. 136 -137 din H.G. nr. 395/2016, ca neconformă şi, pe cale de consecinţă, la declararea societăţii sale în calitate de câştigătoare a procedurii de achiziţie publică organizată de autoritatea contractantă, iar, în subsidiar, obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică având ca obiect servicii de *"Pază şi monitorizare obiective din dotarea SC ... S.R.L.",* cod CPV 79713000-5 Servicii de pază şi protecţie, în sensul reevaluării ofertei depuse de asocierea ... şi de ... S.R.L., precum şi continuarea procedurii în vederea desemnării ofertei câştigătoare şi perfectării contractului de achiziţie publică.

Prin adresa *nr. 8149/19.07.2022*, înregistrată la Consiliu cu nr. 35946/20.07.2022, ... S.R.L. formulează, în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *punct de vedere* față de contestația formulată de ... S.R.L. împotriva procesului de achiziţie directă privind atribuirea contractului de achiziţie publică având ca obiect: *"Pază şi monitorizare obiective din dotarea SC ... S.R.L."* - anunţ publicitar nr. ADV 1297480/10.06.2022, prin care solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată, motivat de următoarele aspecte:

Achizitoarea reiterează că ... S.R.L. solicită:

1. anularea Adresei nr. 7637/07.07.2022 și a documentelor subsecvente acesteia,
2. anularea Raportului procedurii nr. 7635/07.07.2022,
3. anularea Procesului-verbal privind evaluarea conformităţii ofertelor cu prevederile caietului de sarcini şi, după caz, cu factorii de evaluarea nr. 7160/27.06.2022,
4. anularea Procesului-verbal nr. 7626/07.07.2022,
5. obligarea autorităţii contractante de a respinge oferta formulată de asocierea ..., transmisă în cadrul procesului de achiziţie directă de atribuire a contactului şi de a declara societatea ... S.R.L. câştigătoare a procesului de achiziţie directă organizat de autoritatea contractantă.

Având în vedere aceste aspecte, ... S.R.L. consemnează următoarele:

1. În ceea ce privește critica referitoare la accesul la dosarul achiziţiei publice (studiul acestuia), autoritatea contractantă transmite următoarele:

În data de 07.07.2022 ora 15:58, ... S.R.L. a transmis către ... S.R.L. adresa nr. 4767/07.07.2022 (nr. înregistrare la autoritatea contractantă 7703/08.07.2022) conţinând solicitarea privind accesul la dosarul achiziţiei publice desfăşurate prin anunţ publicitar. În 08.07.2022, prin adresa nr. 7712, autoritatea contractantă a transmis către contestatoare invitaţia de a consulta documentele din dosarul achiziţiei. Totodată, prin adresa nr. 7713/08.07.2022, autoritatea contractantă a transmis către asocierea ... o solicitare privind *„aprobarea pentru a acorda accesul liber şi neîngrădit la dosarul achiziției publice ofertantului SC ... S.R.L., în data de 11.07.2022"*. Având în vedere faptul că asocierea ... a depus în documentele aferente anunţului publicitar ADV1297480/10.06.2022, Formularul IV.4.1/5 *„Declaraţie privind indicarea informaţiilor confidenţiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidenţiale ale ofertelor*", conform căruia a menționat că părțile/informațiile din propunerea tehnică și/sau financiară prezentate au caracter confidențial și, ca urmare a faptului că până la data de 11.07.2022 ora 8:30, asocierea ... nu a transmis către achizitoare acceptul privind accesul neîngrădit la documentele sale din cadrul procesului de atribuire a acordului-cadru mai sus menționat, aceasta a permis accesul ... S.R.L. la studierea dosarului de achiziţie, mai puţin oferta tehnică, oferta financiară, precum și răspunsurile la solicitările de clarificări legate de acestea.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că a respectat dispoziţiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, întrucât a permis *„la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii,*

accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire şi la informaţiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare şi/sau fundamentările/justificările de preţ/cost" şi nu a încălcat atât dreptul la apărare, cât şi principiile ce ar trebui să guverneze procedura de achiziţie publică.

Autoritatea contractantă menționează că, urmare a adresei nr. 8004/15.07.2022 (nr. de înregistrare la ... S.R.L.), a transmis ataşat copia integrală a dosarului achiziţiei, astfel încât, la cerere, părţile implicate în cauză, ... S.R.L. - contestatoare, respectiv asocierea ... - participant la procesul de atribuire al acordului cadru mai sus menţionat, să poată avea *"acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe cate operatorii economici le declară şi probează ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală".*

2. în ceea ce privește critica referitoare la declararea câștigătoare a ofertei ..., autoritatea contractantă transmite că a declarat această ofertă drept câştigătoare ca urmare a analizei ofertei depuse de precum şi a răspunsurilor la solicitările de clarificări (documente prezentate în dosarul achiziţiei ataşat prezentei).

Astfel, prin Procesul verbal nr. 7626 din data 07.07.2022, comisia de evaluare a concluzionat că ofertele ... şi ... S.R.L. sunt admisibile, în urma aplicării criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, aşa cum a fost stabilit şi detaliat în documentaţia de atribuire, oferta asocierii ... s-a clasat pe primul loc.

Achizitoarea arată că, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, *„Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerinţele prezentate în documentele achiziţiei, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înţelegeri anticoncurenţiale sau corupţie sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobişnuit de scăzută".*

Autoritatea contractantă a constatat, în urma analizei ambelor oferte că acestea nu au fost primite cu întârziere, nu prezintă indicii de înţelegeri anticoncurenţiale sau corupţie şi nu au fost considerate de autoritatea contractantă ca fiind neobişnuit de scăzute având în vedere faptul că cele două oferte au valori peste pragul de 80% din valoarea estimată, prevăzut de lege, pentru care o ofertă este considerată neobişnuit de scăzută:

Nr. crt.	Ofertant	Prețul total ofertat	Procent din valoarea estimată
	Asocierea ...	2.918.158,77 lei fără TVA	92,89%
	S.C. ... S.R.L	2.982.889,55 lei fără TVA	94,95%

Achizitoarea transmite că, având în vedere preţul total relativ apropriat (aproximativ 2 procente diferenţă), nu a considerat faptul că ofertanţii au viciat rezultatul procedurii, prin ofertarea unor preţuri fără suport legal. Analizând cele două oferte de preţ, autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaluare, au analizat toate informaţiile transmise de cei doi ofertanţi şi au constat că au avut la dispoziţie *"toate elementele avute în vedere la stabilirea preţului, pentru a se asigura de fezabilitatea şi sustenabilitatea preţului propus".*

3. în ceea ce privește critica contestatoarei referitoare la prețul neobișnuit de scăzut a ofertei câștigătoare, autoritatea contractantă transmite că, având în vedere faptul că contestatoarea ... S.R.L. nu a avut acces la informaţiile privind preţul unitar defalcat a ofertantului declarat câştigător, aceasta a transmis către CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR doar presupuneri cu privire la modul în care asocierea ... a compus preţul unitar. Comisia de evaluare a analizat oferta depusă de asocierea ... şi a constat faptul că aceasta a aplicat în compunerea preţului prevederile legale.

Achizitoarea adaugă că, faptul că a estimat valoarea viitorului acord cadru prin aplicarea anumitor coeficienţi, nu înseamnă în mod automat că toţi participanţii la procesul de atribuire a acordului cadru sunt obligaţi să îi folosească. Potrivit Referatului de necesitate nr. 5237/12.05.2022- autoritatea contractantă a estimat valoarea viitorului acord cadru prin prisma Contractului colectiv de muncă din cadrul societăţii precum şi a Contractului individual de muncă, pe baza scutirilor de taxe de care beneficiază sau nu. Valoarea totală a acordului cadru, precum şi a preţului unitar din Referatul de necesitate sunt doar estimative, ofertanţii propunând în cadrul ofertelor financiare propriile preţuri unitare, respectiv valori totale.

Autoritatea contractantă afirmă că societatea contestatoarea face nişte supoziţii cu privire la modul de întocmire a propunerii financiare a asocierii ..., propunere la care nu a avut acces conform prevederilor Formularului IV.4.1/5 *"Declaraţie privind indicarea informaţiilor confidenţiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidenţiale ale ofertelor*". Documentele ataşate Formularului de ofertă nu au putut fi puse la dispoziţia contestatoarei deoarece conţin date referitoare la nume şi prenume, cod numeric personal, salarizare etc a angajaţilor societăţilor din componenţa asocierii ...

4. în ceea ce privește critica referitoare la acordarea ofertei asocierii a punctajului maxim prevăzut în documentaţia de achiziţie (20 de puncte) pentru propunerea sa tehnică, achizitoarea precizează că:

›potrivit documentaţiei de achiziţie, timpul minim de intervenţie solicitat a fost de 300 de secunde la fiecare dintre cele patru obiective pentru care s-a solicitat prestarea serviciilor de pază.

›nu numărul maşinilor de intervenţie a fost criteriul de atribuire, ci timpul maxim de intervenţie, astfel autoritatea contractantă a aplicat criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate preţ" în conformitate cu cerinţele caietului de sarcini (timp de intervenție și componenta tehnică).

Autoritatea contractantă arată că timpul de intervenţie reprezintă timpul necesar echipei de intervenţie de la primirea apelului în dispecerat până în

momentul sosirii la locul solicitării pentru remedierea problemei. Timpul de intervenţie pentru situaţii de urgenţă/neprevăzute minim acceptat este de 300 secunde (pentru un timp de intervenţie mai mic de 300 secunde, punctajul acordat nu va creşte peste nivelul maxim de 20 puncte), iar timpul de intervenţie maxim acceptat este de 900 secunde (ofertele cu timp de intervenţie mai mare de 900 secunde vor fi considerate neconforme). Algoritmul de calcul este: pentru caracteristica *Timpul de intervenţie*, calculat în secunde, punctajul maxim alocat este de 20 puncte.

a) pentru timpul de intervenţie minim acceptat/punctat, respectiv 300 secunde, se acordă punctajul maxim alocat factorului de evaluare "timpul de intervenţie";

b) pentru ceilalţi timpi de intervenţie ofertaţi, punctajul se acordă proporţional, conform formulei:

$T(n) = (T_{\text{intervenție minim}}/T_{\text{intervenție ofertat}})$ x 20 puncte

unde:

T(n) = punctaj timp de intervenţie acordat conform ofertei analizate

$T_{\text{intervenție minim}}$ = timp de intervenţie minim propus

$T_{\text{intervenție ofertat}}$ = timp de intervenția al ofertei analizate

Astfel, autoritatea contractantă afirmă că, punctajul pentru propunerea tehnică acordat celor două oferte a foste egal (20 de puncte fiecare) având în vedere faptul că ambii ofertanţi au ofertat maxim 300 de secunde pentru timpul de intervenţie.

5. în ceea ce privește critica referitoare la faptul că cerinţele din propunerea tehnică nu ar fi fost corelate cu cheltuielile din oferta financiară, achizitoarea transmite că, prin comisia de evaluare, a analizat ofertele primite şi a constat faptul că ambele oferte au fost corelate cu propunerile financiare. Totodată, aceasta consideră că toate cheltuielile menţionate de contestatoare au fost acoperite de cei doi ofertanţi prin aplicarea procentului de cheltuieli indirecte pentru cheltuieli cu echipamentul de lucru al personalului, medicina muncii, dotările postului (tonfă, spray paralizant, fluier, lanternă), achiziţionarea de registre specifice, de echipamente de comunicaţii, asigurarea pregătirii permanente a salariaţilor, cheltuieli cu dispeceratul, cu maşinile de intervenţie, cele ocazionate de efectuarea controalelor în posturi, de asigurare a personalului TESA, de întocmire a contractelor de asigurare pentru activitatea profesională, de obţinere a avizelor şi autorizaţiilor potrivit legii, de transportul personalului etc., nicăieri în cuprinsul celor două propuneri neregăsindu-se solicitări de costuri suplimentare pentru cheltuielile menţionate mai sus.

Cu privire la afirmaţiile contestatoarei *"solicităm admiterea contestaţiei, anularea rezultatului procedurii arătate, comunicat societăţii noastre cu adresa autorităţii contractante nr. 7637/07.07.2022, a raportului privind atribuirea ofertelor pază şi monitorizare obiective din dotarea ... S.R.L. înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 7635/07,07.2022, a procesului - verbal privind evaluarea conformităţii ofertelor cu prevederile caietului de sarcini şi, după caz, cu factorii de evaluarea nr. 7160/27.06.2022 şi a procesului - verbal nr. 7626/07.07.2022 și, în principal, obligarea autorităţii contractante la respingerea ofertei formulate de Asocierea ... din procedura de atribuire a contactului, în conformitate cu art. 210 - art. 215 din Legea nr. 98/2016 în ref. la art. 136-137 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016privind achiziţiile*

publice aprobate prin H.G. nr. 395/2016, ca neconformă şi, pe cale de consecinţă, la declararea societăţii noastre în calitate de câştigătoare a procedurii de achiziţie publică organizată de autoritatea contractantă, iar, în subsidiar, obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică având ca obiect servicii de "Pază şi monitorizare obiective din dotarea SC ... S.R.L.", cod CPV 79713000-5 Servicii de pază şi protecţie, în sensul reevaluării ofertei depuse de ofertantul Asocierea ... S.R.L. şi de societatea noastră, precum şi continuarea procedurii în vederea desemnării ofertei câştigătoare şi perfectării contractului de achiziţie publică", autoritatea contractantă atragem atenţia asupra faptului că membrii comisiei de evaluare au desemnat oferta prezentată de asocierea ... ca ofertă câştigătoare pentru anunţul publicitar nr. ADV1297480/10.062022 şi documentaţia de atribuire aferentă, ofertă care a fost clasată pe primul loc în clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire şi verificarea documentelor suport aferente probării informaţiilor prezentate în DUAE.

Totodată, aceasta precizează că achiziţia mai sus menţionată nu reprezintă o procedură de atribuire astfel cum este aceasta definită de legislaţia în materia achiziţiilor publice (art. 68 din Legea nr. 98/2016), art. 8 alin. (1) lit. a) şi b) din cadrul legii în discuţie reglementând clar acest fapt.

„Art. 68. - (1) Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică/acordurilor - cadru sau organizarea concursurilor de soluţii cu o valoare estimată egală sau mai mare decât valorile prevăzute la art. 7 alin. (5), sunt următoarele:

a) licitaţia deschisă;

b) licitaţia restrânsă;

c) negocierea competitivă;

d) dialogul competitiv;

e) parteneriatul pentru inovare;

f) negocierea fără publicare prealabilă;

g) concursul de soluţii;

h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale şi al altor servicii specifice;

i) procedura simplificată.”

„Art. 8 - (1) Pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1), precum şi orice praguri modificate rezultate în urma aplicării prezentului alineat se modifică de către Comisia Europeană conform regulilor şi procedurilor corespunzătoare prevăzute la art. 6 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achiziţiile publice şi de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

(2) De la data intrării în vigoare a oricăror praguri valorice modificate de către Comisia Europeană conform regulilor şi procedurilor corespunzătoare prevăzute la art 6 din Directiva 2014/24/UE, pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) sau orice praguri modificate anterior se înlocuiesc cu pragurile modificate corespunzătoare, iar orice referire sau trimitere din cuprinsul prezentei legi la pragurile prevăzute la art. 7 alin. (1) este înţeleasă ca referire sau trimitere la pragurile corespunzătoare astfel modificate".

Astfel, achizitoarea consideră că prezenta achiziţie nu reprezintă o procedură de atribuire în sensul legislaţiei în domeniul achiziţiilor publice, ci este o modalitate simplă de a achiziţiona servicii a căror valoare fără TVA, estimată conform prevederilor legale, nu depăşeşte un anumit prag valoric stipulat la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

„Art. 7 - Autoritatea contractantă are obligaţia publicării unui anunţ de participare şi/sau de atribuire în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene în cazul achiziţiilor a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice:

d) pentru servicii sociale şi alte servicii specifice – 3.636.150 lei (750.000 EUR)”.

... S.R.L. menționează că modul de desfăşurare a achiziţiei directe este prevăzut la art. 43-46 din H.G. nr. 395/2016. Mai mult, serviciile ce fac obiectul achiziţiei, sunt servicii ce se regăsesc atât ca excepţii conform Anexa 2 din Legea nr. 98/2016. În cazul în care valoarea achiziţiei este sub pragul de la art. 7 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, potrivit legislaţiei în vigoare (art. 111 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), serviciile respective se pot achiziţiona prin proceduri proprii cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege.

„Art. 111 - (1) Procedura de atribuire prevăzută la ar. 68 alin. (1) lit. h), aplicabilă în cazul serviciilor sociale şi al altor servicii specifice prevăzute în anexa nr. 2, este o procedură proprie, autoritatea contractantă având obligaţia respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

Art. 68 - (1) Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică/acordurilor - cadru sau organizarea concursurilor de soluţii cu o valoare estimată egală sau mai mare decât valorile prevăzute la art. 7 alin. (5), sunt următoarele:

....

h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale şi al altor servicii specifice;

....”

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... S.R.L. a inițiat o procedură proprie organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„Pază și monitorizare obiective din dotarea SC ... SRL”,* prin publicarea în SEAP a anunțului de publicitate nr. ADV1297480/10.06.2022.

În cuprinsul anunțului de publicitate și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”*, iar valoarea estimată a acordului-cadru este de 3.141.504,00 lei fără TVA.

În cuprinsul *Procesului-verbal nr. 6051/21.06.2022 al ședinței vizualizare a ofertelor*, s-a consemnat faptul că un număr de 2 operatori economici au depus oferte, respectiv asocierea ... și ... S.R.L., contestatoarea din prezenta cauză.

Potrivit *Raportului procedurii nr. 7635/07.07.2022* oferta depusă de asocierea ... a fost declarată câștigătoare, în timp ce oferta depusă de contestatoare ... S.R.L., s-a clasat pe locul al doilea.

Luând la cunoștință despre rezultatul procedurii de atribuire ... S.R.L. a formulat contestația în analiză.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... S.R.L. a transmis recipisa de consemnare cu nr. 208236618/1 din 19.07.2022, în sumă de 41.887,00 lei, eliberată de CEC Bank, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 1686/2022.

Astfel, Consiliul constată că ... S.R.L. a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61^1 din Legea nr. 101/2016.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„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 prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale (...)".

Având în vedere cele mai sus reţinute şi dispoziţiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea contestatoarei de studiere a dosarului cauzei, ... S.R.L. depunând *Concluzii scrise* FN/03.08.2022 înregistrate la Consiliu sub nr.38484/03.08.2022.

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 dispoziţiilor legale privind liberul acces la informaţiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorităţii contractante, autoritatea contractantă are obligaţia de a nu dezvălui informaţiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară şi/sau fundamentări/justificări de preţ/cost transmise de operatorii economici indicate şi dovedite de aceştia ca fiind confidenţiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidenţial se aplică doar asupra datelor/informaţiilor indicate şi dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

(2) Dispoziţiile alin. (1) nu afectează obligaţiile autorităţii contractante prevăzute la art. 145 şi 215 în legătură cu transmiterea spre publicare a anunţului de atribuire şi, respectiv, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire către candidaţi/ofertanţi.

(3) Autoritatea contractantă poate impune operatorilor economici anumite cerinţe în vederea protejării caracterului confidenţial al informaţiilor pe care aceasta le pune la dispoziţie pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică şi dovedesc în cuprinsul ofertei care informaţii din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară şi/sau fundamentări/justificări de preţ/cost sunt confidenţiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informaţiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară şi/sau fundamentări/justificări de preţ/cost ca fiind confidenţiale trebuie să fie însoţite de dovada care le conferă caracterul de confidenţialitate, 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 obligaţia de a întocmi dosarul achiziţiei publice pentru fiecare contract de achiziţie publică/acord-cadru încheiat, respectiv pentru fiecare sistem dinamic de achiziţii lansat.

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

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

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

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

(6) Prin excepţie 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 depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire şi la informaţiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare şi/sau fundamentările/justificările de preţ/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat şi la

informaţiile din cadrul propunerilor tehnice şi/sau la fundamentările/justificările de preţ/cost care nu au fost declarate şi probate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale.

(7) Conţinutul dosarului achiziţiei publice se stabileşte prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi."

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

„(1) La cerere, părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară şi probează ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiţionat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice sau legislaţiei privind achiziţiile sectoriale ori legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

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

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 documentaţiei de atribuire şi indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile."

Potrivit informațiilor menționate în *Raportului procedurii nr. 7635/07.07.2022* la secțiunea dedicată *Informațiilor din cadrul ofertelor declarate de ofertanți ca fiind confidențiale* s-a precizat că membrii asocierii au depuse declarații de confidențialitate, potrivit cărora au declarat confidențiale informații din propunerea tehnică/propunerea financiară.

Consiliul redă acțiunile întreprinse de autoritatea contractantă urmare a primirii solicitării de acces la dosarul cauzei, din partea ... S.R.L.:

- în data de 07.07.2022, ... S.R.L. a transmis către ... S.R.L. adresa nr. 4767/07.07.2022 (nr. înregistrare la autoritatea contractantă 7703/08.07.2022) conţinând solicitarea privind accesul la dosarul achiziţiei publice desfăşurate prin Anunţ publicitar. în 08.07.2022, prin adresa nr. 7712;

- autoritatea contractantă a transmis către contestatoare invitaţia de a consulta documentele din dosarul achiziţiei. Totodată, prin adresa nr. 7713/08.07.2022, autoritatea contractantă a transmis către asocierii ... o solicitare privind *"aprobarea pentru a acorda accesul liber şi neîngrădit la dosarul achiziției publice ofertantului SC ... S.R.L., 'în data de 11.07.2022";* având în vedere faptul că asocierea a depus în documentele aferente Anunţului publicitar ADV 1297480/ 10.06.2022, Formularul IV.4.1/5 -*"Declaraţie privind indicarea informaţiilor confidenţiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidenţiale ale ofertelor",* conform căruia a menționat că părțile/informațiile din propunerea tehnică și/sau financiară prezentate au caracter confidențial;

- ca urmare a faptului că până la data de 11.07.2022, asocierea ... nu a transmis către achizitoare acceptul privind accesul neîngrădit la documentele sale din cadrul procesului de atribuire a acordului-cadru mai sus menționat, aceasta a permis accesul ... S.R.L. la studierea dosarului de achiziţie, **mai puţin oferta tehnică, oferta financiară, precum și răspunsurile la solicitările de clarificări legate de acestea;**

- astfel, autoritatea contractantă precizează că a respectat dispoziţiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, întrucât a permis *„la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire şi la informaţiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare şi/sau fundamentările/justificările de preţ/cost"* şi nu a încălcat atât dreptul la apărare, cât şi principiile ce ar trebui să guverneze procedura de achiziţie publică.

- autoritatea contractantă menționează că, urmare a adresei nr. 8004/15.07.2022 (nr. de înregistrare la ... S.R.L.), a transmis ataşat copia integrală a dosarului achiziţiei, astfel încât, la cerere, părţile implicate în cauză, ... S.R.L. - contestatoare, respectiv asocierea ... - participant la procesul de atribuire al acordului cadru mai sus menţionat, să poată avea *"acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe cate operatorii economici le declară şi probează ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală".*

Vizavi de decizia achizitoarei de a nu pune la dispoziție documentele declarate confidențiale de către asocierea ..., contestatoarea reclamă că *deşi a efectuat demersurile necesare, nu a putut lua cunoştinţă de documentele relevante pentru fundamentarea contestaţiei , întrucât acestea nu i-au fost puse la dispoziţie.*

Consiliul cu ocazia invitării ... S.R.L. la studierea dosarului achiziției publice prin adresa nr. 37193 /1686/C7/27.07.2022 a comunicat acesteia:

”Ținând seama de faptul că **asocierea …** a declarat confidențiale informațiile din propunerea tehnică /propunerea financiară, în situația în care doriți studierea respectivelor documente**, trebuie să obțineți acordul scris al acestuia**, conform art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.”

Prin adresa nr. 5210/28.07.2022, ... S.R.L. solicită asocierii ... *„acordul scris pentru studierea documentelor din Oferta Tehnica si Oferta Financiara conform art.19 alin (3) din Legea 101/2016”.*

Urmare luării la cunoștință a adresei Consiliului, ... S.R.L. a transmis Consiliului adresa nr. 5211/28.07.2022 prin care precizează următoarele:

”Sub un prim aspect, menţionăm că ne vom prezenta în cursul zilei de 29.07.2022, în intervalul orar arătat în cuprinsul adresei nr. 37193/1686/C7/27.07.2022, în vederea studierii documentelor ce compun dosarul de achiziţie privind procedura de atribuire organizată de autoritatea contractantă ... SRL, potrivit anunţului publicitar nr. ADV 1297480/10.06.2022, privind atribuirea contractului de achiziţie publică având ca obiect servicii de "Pază şi monitorizare obiective din dotarea SC ... SRL", cod CPV 79713000-5 Servicii de pază şi protecţie.

Apoi, vă comunicăm că dorim a studia inclusiv documentele (propunerea tehnică / financiară) depuse de ofertantul câştigător …, precum şi că am procedat la emiterea unei adrese în vederea obţinerii acordului acestuia în acest sens, adresă la care nu am primit ancă vreun răspuns.

Cu toate acestea, apreciem că, fie şi în situaţia în care ofertantul câştigător nu şi-ar exprima acordul în vederea consultării de către societatea noastră a propunerii sale tehnice şi financiare, cererea noastră privind studierea acestor documente se impune a fi admisă.

În acest sens, subliniem că o ofertă tehnică şi / sau financiară nu poate fi considerată ca având un caracter confidenţial exclusiv pe baza declaraţiei titularului său, fiind necesar ca pretinsa confidenţialitate a datelor / informaţiilor inserate în cuprinsul unor asemenea propuneri (subsumate unor secrete tehnice şi / sau comerciale stabilite conform legii, a căror dezvăluire ar fi de natură a prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală) să fie dovedită pe baza unor probe anexate declaraţiei, dovezi care, Tn speţă, nu au fost prezentate.

Potrivit art. 19 al. 1 din Legea nr. 101/2016, "La cerere, părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară si probează ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuala".

Raportat la dispoziţiile legale mai sus citate, urmează a se observa că, la cerere, părţile cauzei au acces la toate documentele dosarului constituit la Consiliu, în mod similar celor prevăzute în cazul instanţelor judecătoreşti, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară şi probează ca fiind confidenţiale, întrucât în acestea ar fi cuprinse secrete tehnice şi / sau comerciale stabilite conform legii, iar dezvăluirea lor ar fi de natură a prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici.

Astfel, ori de câte ori agenţii economici procedează la declararea propunerii tehnice şi / sau ofertei financiare ca fiind confidenţiale, aceştia au obligaţia de a proba caracterul confidenţial al datelor / informaţiilor consemnate în acestea, respectiv de a face dovada existenţei unor secrete tehnice şi / sau comerciale.

În speţă, o asemenea obligaţie nu a fost îndeplinită, căci, astfel cum am arătat, ofertantul declarat câştigător nu a probat caracterul confidenţial al propunerii tehnice şi al ofertei financiare, în sensul de a dovedi că acestea ar conţine secrete tehnice şi / sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea lor ar prejudicia interesele sale.

Este real că, potrivit art. 19 al. 3 din Legea nr. 101/2016, "Consultarea documentelor confidenţiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanţi", însă această dispoziţie legală trebuie analizată şi interpretată coroborat cu prevederile art. 19 al. 1 din acelaşi act normativ, ceea ce înseamnă că acordul scris al ofertantului care a declarat anumite documente ca fiind confidenţiale este necesar doar în situaţia în care acesta a probat caracterul confidenţial al datelor / informaţiilor consemnate în acestea, respectiv au făcut dovada existenţei unor secrete tehnice şi / sau comerciale.

Or, în speţă, astfel cum anterior am arătat, o asemenea dovadă nu a fost făcută, iar simpla susţinere a ofertantului în acest sens nu poate lipsi de substanţă dispoziţiile art. 19 al. 1 din Legea nr. 101/2016 şi nu poate justifica împiedicarea societăţii noastre de a studia propunerea tehnică / financiară depusă de ofertantul câştigător, în caz contrar fiindu-ne grav încălcat dreptul nostru la apărare, precum şi principiile nediscriminării, tratamentului egal şi al transparenţei ce ar trebui să guverneze această materie, societatea noastră fiind în imposibilitate de a invoca motive de nelegalitate, prin referiri exprese şi clare la menţiunile inserate în cuprinsul propunerilor tehnice şi financiare depuse de ofertantul declarat câştigător.

În raport de aspectele mai sus expuse, apreciem că, în speţă, nu sunt incidente dispoziţiile art. 19 al. 3 din Legea nr. 101/2016, întrucât ofetantul declarat câştigător, deşi a declarat drept confidenţiale propunerea sa tehnică şi financiară, acesta nu a probat caracterul lor confidenţial şi nici faptul că în acestea ar fi cuprinse secrete tehnice şi / sau comerciale stabilite conform legii, iar dezvăluirea lor ar fi de natură a prejudicia interesele sale legitime, astfel că, în conformitate cu prevederile art. 19 al. 1 din Legea nr. 101/2016, solicităm a ni se permite accesul la toate documentele aferente dosarului de achiziţiei publică, inclusiv a ofertei tehnice şi a ofertei financiare depuse de ofertantul declarat câştigător, respectiv Asocierea ..."

Prin intermediul adresei nr. 1715/28.07.2022 asocierea ... a comunicat contestatoarei ... S.R.L. că nu este de acord cu punerea la dispoziție a documentelor declarate confidențiale, potrivit declarațiilor depuse de membrii asocierii.

În virtutea rolului său activ, Consiliul a solicitat asocierii ... prin intermediul adresei nr. 37831/1686/C7/01.08.2022 următoarele:

"Având în vedere *„Declarația privind indicarea informațiilor confidențiale"* din oferta depusă de dvs. în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, respectiv faptul că sunt confidențiale oferta tehnică și oferta financiară, precum și faptul că societatea contestatoarea a solicitat *„acces la*

dosarul achiziției publice”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, vă solicităm să ne comunicați temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate de dvs. ca fiind confidențiale, să justificați această încadrare și să demonstrați prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că *„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 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”*.

Prin adresa nr. 1736/01.08.2022 asocierea ... a transmis răspuns cu privire la caracterul confidențial al documentelor cuprinse în propunerea tehnică și financiară, prin care precizează:

”Va aducem la cunostinta faptul ca potrivit Legii 98/2016 secţiunea 3 art. 57:

(1)Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispoziţiilor legale privind liberul acces la informaţiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorităţii contractante, autoritatea contractantă are obligaţia de a nu dezvălui informaţiile transmise de operatorii economici indicate de aceştia ca fiind confidenţiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale ţi elementele confidenţiale ale ofertelor.

(2) Dispoziţiile alin. (1) nu afectează obligaţiile autorităţii contractante prevăzute la art. 145 şi 215 în legătură cu transmiterea spre publicare a anunţului de atribuire şi, respectiv, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire către candidaţi/ofertanţi.

(3) Autoritatea contractantă poate impune operatorilor economici anumite cerinţe in vederea protejării caracterului confidenţial al informaţiilor pe care aceasta le pune la dispoziţie pe durata întregii proceduri de atribuire. "

Astfel, Asocierea SC ... la momentul depunerii documentaţiei de participare in cadrul procedurii de atribuire a serviciilor organizata de către Autoritatea Contractanta, a considerat necesara aplicarea art, 123 alin. 1 din HG 395/2016, menţionând ca parte din propunerea tehnica si financiara sunt declarate confidenţiale, intrucat în contextul participării cu o ofertă într-o procedură de atribuire, se dezvăluie anumite informaţii a căror divulgare neautorizată sau nejustificată ar putea prejudicia operatorul economic implicat (secrete comerciale, alte informaţii ce intră sub sfera protecţiei drepturilor de proprietate intelectuală, elemente de know-how, informaţii privind raporturile contractuale cu anumiţi furnizori/distribuitori, preţuri ş.a.). chiar cu riscul unor consecinţe în lanţ, prinţr-o denaturare a concurenţei.

Autoritatea contractanta se asigura că prin modalitatea de soluţionare a solicitării de vizualizarea primite sunt respectate prevederile legale în materia transparenţei şi a liberului acces la informaţii de interes public şi, pe de altă parte, aceea de a se asigura că prin răspunsul la solicitarea transmisă nu sunt încălcate prevederile legale în materia confidenţialităţii informaţiilor (autorităţilor contractante le revine obligaţia de a asigura protejarea integrităţii datelor şi a confidenţialităţii informaţiilor sensibile puse la dispoziţie de operatorii economici pe parcursul derulării procedurilor de atribuire).

Conform declaraţiei privind confidenţialitatea documentelor, Autoritatea Contractanta a permis accesul dvs. la dosarul achiziţiei publice in vederea studierii, respectând in totalitatea principiul liberului acces la informaţii.

Va aducem la cunostinta faptul ca sunt considerate informaţii confidenţiale:

- datele cu caracter confidenţial conf. Art. 137, al. 3 din Codul Muncii, respectiv informaţii privitoare la **sporul aplicat la salariu, stabilit prin contractul colectiv de munca** (înaintat in cadrul **solicitării de clarificari 7539/05.07.2022 - adresa 1537/06.07.2022**) sau, cuantumul acestuia reprezentând in sine o informaţie cu caracter confidenţial;

Conform art. 26 din Legea 53/2003 privind Codul muncii se prevede ca prin **clauza de confidenţialitate** părţile convin ca, pe toata durata contractului individual de munca (CIM) si dupa incetarea acestuia, sa nu transmită date sau informaţii de care au luat cunostinta in timpul executării contractului.

- **salarizarea personalului**, in aceast sens specificam ca potrivit prevederilor art. 163 alin. 1 din Legea 53/2003 „salariul este confidenţial, angajatorul avand obligaţia de a lua masurile necesare pentru asigurarea confidentialitatii" (copii Contracte Indivuduale de Munca prezentate in cadrul clarificărilor nr. 1469/29.06.2022);
- **dotarea tehnica** a S.C. ... S.R.L. si a S.C. ... S.R.L, ar putea duce la denaturarea concurentei (pag. 61-62, 63-64);

- **in cadrul clarificarilor nr. 1469/29.06.2022** societatile noastre inainteaza extrase bancare pe care nu le putem pune la dispoziţia contestatorului, acestea conţinând conturi bancare si nume ale clienţilor noştri, in cadrul prezentei proceduri suntem in competitie cu contestatorul provenit din acelaşi domeniu de activitate, dar cu interese diferite;

- Oferta noastra reprezintă un produs intelectual, oferind informaţii cu privire Ia capacitatea financiara si tehnica a societarii, rezultând astfel necesitatea fireasca de a proteja aceste informaţii care ar putea prejudicia interesele comerciale ale societatii."

Luând act de documentele aflate la dispoziția sa și susținerile părților, Consiliul a decis să nu pună la dispoziţia contestatoarei care și-a manifestat dorința de a studia dosarului cauzei, documentele declarate confidențiale ale contracandidatei acesteia, asocierea ... respectiv:

- propunerea financiara (calculație preț tarif ofertat, certificate persoane cu handicap, efectiv mediu ..., Declarația 100);
- formularul-cadru de propunere tehnică;
- înscrisurile care au conținut, nume, prenume, cod numeric personal extrase bancare, salarizare;
- răspunsurile nr. 1469/29.06.2022 și nr. 7539/06.07.2022 la clarificările care au vizat aspecte tehnice și financiare declarate confidențiale;
- dotarea tehnică a ... S.R.L. și a ... S.R.L.

Așa cum a fost mai sus reținut, ținând seama de faptul că, în cadrul ofertei depuse de asocierea ..., anumite documente depuse sunt marcate sau indicate de către ofertant, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale, Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei ... S.R.L. dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale de contracandidatul acesteia asocierea ..., așa cum au fost mai sus amintite.

Vizavi de decizia Consiliului de a nu pune la dispoziție contestatoarei documentele declarate de asocierea ... confidențiale, autoarea contestației reclamă următoarele aspecte:

- la data de 02.08.2022, Consiliul i-a pus la dispoziţie **doar parţial dosarul de achiziţie**, fără a i se permite accesul de a consulta propunerea tehnică şi financiară depusă de ofertantul declarat câştigător, clarificările legate de acestea, precum şi anexele proceselor-verbale de analiză a propunerilor tehnice şi a propunerilor financiare întocmite de autoritatea contractantă, cu toate că, astfel cum anterior a arătat, ofertantul declarat câştigător a declarat drept confidenţială doar o parte (rămasă neindividualizată) din propunerea sa tehnică şi din oferta sa financiară şi nici nu a făcut dovada faptului că informaţiile/datele cuprinse în acestea ar avea caracter confidenţial potrivit legii;

- prin urmare, contestatoarea precizează că, deşi a efectuat toate demersurile necesare, **nu a putut lua cunoştinţă de documentele relevante** pentru **fundamentarea contestaţiei sale**, în condiţiile în care acestea nu i-au fost puse la dispoziţie nici de către autoritatea contractantă şi nici de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor.

Având în vedere că asocierea ... a invocat în justificarea caracterului confidențial al documentelor dispozițiile din Codul muncii, vizavi de salarizare a personalului, precum și din cuprinsul contractelor cu terți, contractelor individuale de muncă, extrasele bancare, înscrisurile care au conținut, nume, prenume, cod numeric personal extrase bancare, salarizare, justificarea privind formularul de propunerea tehnică elaborată, dotarea tehnică și

propunerea financiară (care conțin elemente de know-how elemente privind capacitatea tehnică și financiară a societății, informații privind raporturile contractuale cu anumiți furnizori/distribuitori, prețuri) conduita Consiliului de a nu pune la dispoziția societății contestatoare a documentelor declarate confidențiale de ofertanta declarată câștigătoare este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul a ținut seama de rigorile la care este supus, prin regulile precizate, situație în care nu au fost puse la dispoziţia ... S.R.L. documentele/înscrisurile provenind de la asocierea ..., mai sus amintite, întrucât constituie informaţii declarate confidenţiale.

Date fiind rigorile la care este supusă atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul prin regulile precizate, precum şi declarația operatorilor economici, nu au fost puse la dispoziţia ofertantei contestatoare, documentele provenind de la contracandidata sa declarate confidenţiale.

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 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 Contestațiilor.

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 publică 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 încalcă prevederile principiului transparenței, în procesul de achiziție publică/sectorială această aplicare a sa, de plano, 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, entitatea a cărei ofertă va fi făcută publică pierzând 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 oferirii datelor 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, raţiunea protejării lor fiind, în fapt, extrinsecă procedurii de achiziţie publică în cauză.

Aşadar, este perfect justificată menţionarea ca şi confidenţiale a unor informaţii a căror dezvăluire ar putea prejudicia ofertanţii. Aceste aspect, este tratat şi de legiuitor, care protejează, de plano, în etapa contestaţiei, informaţiile cuprinse în ofertele depuse declarate confidenţiale, condiţionând accesul la consultarea documentelor confidenţiale de acordul scris al respectivilor ofertanţi.

În concluzie, în vederea respectării dreptului la confidenţialitate, legea însăşi limitează aplicarea principiului transparenţei, unul dintre principiile fundamentale din domeniul achiziţiilor publice.

Potrivit jurisprudenţei CJUE (Hotărârea Curţii din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, Varec SA c. Etat belge, în prezenta Diehl Remscheid GmbH & Co), în etapa căilor de atac, obligaţia de respectare a confidenţialităţii informaţiilor se transmite de la autoritatea/entitatea contractantă către organismul responsabil cu soluţionarea respectivei căi de atac – C.N.S.C., acesta din urmă fiind obligat să asigure menţinerea unei concurenţe loiale, precum şi protecţia intereselor legitime ale operatorilor economici.

Orice decizie şi motivare contrară din partea C.N.S.C. ar crea precedente cu privire la scopul pentru care unii operatori economici ar promova calea contestaţiei, de la scopul imediat - de a încerca eliminarea celorlalţi participanţi din procedură, prin efectuarea unei evaluări paralele - până la distorsionarea gravă a concurenţei prin participarea la anumite proceduri şi promovarea contestaţiilor exclusiv pentru a afla anumite informaţii sau date confidenţiale cu privire la concurenţii de pe piaţă (ex. informaţii cu privire la resursele umane şi/sau tehnice, informaţii privind managementul costurilor, furnizori, colaboratori, oferte şi discount-uri, date bancare etc).

Jurisprudenţa a demonstrat că atât timp cât organismul responsabil cu soluţionarea căii de atac – C.N.S.C., dispune de informaţiile necesare pentru a se putea pronunţa în cunoştinţă de cauză, acesta are posibilitatea de a cenzura dreptul de acces la toate informaţiile referitoare la procedura de atribuire, astfel încât să fie asigurată menţinerea concurenţei loiale.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât calea de atac este formulată împotriva actului autorităţii contractante, ofertantul, ale cărui informaţii sunt în pericol a fi dezvăluite, fiind un terţ faţă de litigiul respectiv.

Nu există repere obiective şi dispoziţii neechivoce în legislaţia română în materie faţă de care să se poată aprecia punctul de echilibru între contradictorialitate/transparenţă şi confidenţialitate, practica fiind singura care va stabili o anumită predictibilitate a acestor situaţii.

În stabilirea acestei finalităţi, Consiliul a avut în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informaţii se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

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

În sprijinul acestei aprecieri este şi Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curţii de Justiţie 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 precedă, jurisprudența a stabilit existența unei prezumții generale potrivit căreia accesul la ofertele ofertanților aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T-339/10 și T-532/10, EU:T:2013:38, punctul 101).

50 Trebuie subliniat însă că prezumția generală menționată la punctul 49 de mai sus nu exclude posibilitatea de a demonstra că un anumit document a cărui divulgare este solicitată nu face obiectul acestei prezumții sau că există un interes public superior care justifică divulgarea (Hotărârea din 28 iunie 2012, Comisia/Éditions Odile Jacob, C-404/10 P, EU:C:2012:393, punctul 126).

51 Prezenta cauză trebuie examinată în lumina acestor principii.

52 În primul rând, trebuie arătat că, în speță, reclamantei i-a fost refuzat accesul la oferta depusă de ofertantul reținut, din care fac parte borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ. În plus, anexa I.A la contract, la care Comisia a refuzat de asemenea accesul în întregime, cuprinde și borderoul de prețuri al ofertei ofertantului reținut. În ceea ce privește anexa II la contract, la care a fost refuzat de asemenea accesul, aceasta conține oferta ofertantului reținut. Prin urmare, este vorba despre exact același tip de documente ca cele avute în vedere de Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA (T-339/10 și T-532/10, EU:T:2013:38). Contrar celor susținute de reclamantă, nu se poate deduce din această hotărâre că privește numai o cerere de acces la ansamblul ofertelor ofertanților, iar nu o cerere de acces doar la oferta ofertantului reținut.

53 Astfel, este evident că documentele avute în vedere de prezenta cerere de acces, prin natura lor, pot conține elemente tehnice și economice confidențiale ale ofertantului reținut, printre care și informații cu privire la competențele și la metodele de lucru ale acestuia, la know-how-ul său, la organizarea sa internă, la costurile sale și la prețurile propuse.

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

55 Pe de altă parte, trebuie subliniat că, tocmai în scopul de a menține confidențialitatea acestor informații comerciale sensibile, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu prevede comunicarea ofertei ofertantului reținut către ofertanții respinși și stabilește chiar că este

posibilă omiterea comunicării anumitor elemente dacă aceasta ar aduce atingere intereselor comerciale legitime sau ar putea denatura concurența loială.

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

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

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

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

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

61 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul reclamantei potrivit căruia informațiile care i-au fost furnizate de Comisie cu privire la prețul ofertei reținute nu îndeplinesc cerințele articolului 113 din Regulamentul financiar, chiar dacă s-ar presupune că sunt admisibile, este necesar să se constate că, contrar celor sugerate de reclamantă, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu impune obligația de a comunica ofertantului respins, cu titlu de caracteristici și de avantaje ale ofertei reținute, informații detaliate privind prețurile.”

Elocvente sunt şi următoarele considerente ale Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 şi T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorităţii Europene pentru Siguranţa Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâştigător la documente celui declarat câştigător:

"[...] protecţia ofertelor ofertanţilor faţă de alţi ofertanţi este coerentă cu dispoziţiile 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 ofertanţii ale căror oferte nu au fost reţinute (a se vedea, cu privire la divulgarea ofertei reţinute, Ordonanţa Evropaïki Dynamiki/AEE, punctul 49 de mai sus, punctul 39 şi jurisprudenţa citată). Această restricţie este inerentă obiectivului urmărit prin normele în materie de achiziţii publice ale Uniunii, care se întemeiază pe o concurenţă nedenaturată. Pentru a atinge acest obiectiv, se impune ca autorităţile contractante să nu divulge informaţii referitoare la procedurile de atribuire a contractelor de achiziţii publice al căror conţinut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurenţa, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare. În plus, atât prin natura lor, cât şi potrivit sistemului reglementării Uniunii în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziţii publice sunt fondate pe o relaţie de încredere între autorităţile contractante şi operatorii economici care participă la aceste proceduri. Operatorii economici trebuie să poată comunica autorităţilor contractante respective orice informaţii utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terţilor informaţii 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 judecarea 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).

Şi în Legea concurenţei nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informaţii confidenţiale şi nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenţei].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenţei neloiale califică drept secret comercial orice informaţie care, total sau parţial, nu este în general cunoscută sau nu este uşor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obişnuit cu acest gen de informaţie şi care dobândeşte o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deţinătorul legitim a luat măsuri rezonabile ţinând seama de circumstanţe, pentru a fi menţinută în regim de secret.

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

Informaţiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenţei, cu titlu de exemplu: informaţii tehnice şi/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a

costurilor, procese şi secrete de producţie, surse de aprovizionare, cantităţi produse şi vândute, cote de piaţă, liste de clienţi şi distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor şi a preţurilor, strategia de vânzări.

Așa cum a fost anterior reținut, având în vedere că asocierea ... a invocat în justificarea caracterului confidențial al documentelor dispozițiile din Codul muncii, vizavi de salarizare a personalului, precum și din cuprinsul contractelor cu terți, contractelor individuale de muncă, extrasele bancare, înscrisurile care au conținut, nume, prenume, cod numeric personal extrase bancare, salarizare, justificarea privind formularul de propunerea tehnică elaborată, dotarea tehnică și propunerea financiară (care conțin elemente de know-how elemente privind capacitatea tehnică și financiară a societății, informații privind raporturile contractuale cu anumiți furnizori/distribuitori, prețuri) conduita Consiliului de a nu pune la dispoziția societății contestatoare a documentelor 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, Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal care a reținut următoarele:

„In ceea ce priveşte **critica referitoare la asigurarea accesului la întregul dosar al cauzei** (în principal) sau cel puţin la înscrisurile care nu au fost declarate confidenţiale de către Supercom la momentul depunerii ofertei (în subsidiar), petenta a susţinut că solicitarea sa a fost respinsă atât de către autoritatea contractantă cât şi de către CNSC, fără temei şi fără argumente credibile/întemeiate, pe motiv că ofertele criticate sunt confidenţiale în integralitate deoarece ofertanţii le-au declarat confidenţiale. învederează petenta că acest refuz a determinat încălcarea dreptului la apărare şi a accesului la probele care urmau a fi analizate de către CNSC, încălcarea principiul transparentei şi al echităţii ("egalităţii armelor), petenta fiind în mod evident într-o poziţie inferioară faţă de autoritatea contractantă, încercând să dovedească o situaţie de fapt şi de drept fără a avea acces concret la dosarul de achiziţie publică.

Curtea constată că, în mod neîntemeiat, petenta susţine că se află într-o poziţie de inferioritate faţă autoritatea contractantă, esenţială este asigurarea principiului egalităţii de tratament între ofertanţi şi nu în raport cu autoritatea contractantă.

Principiul egalităţii de tratament între ofertanţi a fost respectat având în vedere faptul că toţi ofertanţii au depus declaraţii de confidenţialitate în aceleaşi condiţii. Pe de altă parte, autoritatea contractantă a avut acces la întregul dosar al achiziţiei publice, la fel şi Consiliul.

Accesul la dosarul achiziţiei publice, la sediul autorităţii contractante, se face în conformitate cu dispoziţiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii:

„(1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispoziţiilor legale privind liberul acces la informaţiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorităţii/entităţii contractante, autoritatea/entitatea contractantă are obligaţia de a nu dezvălui informaţiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară şi/sau fundamentări/justificări de preţ/cost transmise de operatorii economici indicate şi dovedite de aceştia ca fiind confidenţiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidenţial se aplică doar asupra datelor/informaţiilor indicate şi dovedite ca fiind date cu caracter personal,secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

(2) Dispoziţiile alin. (1) nu afectează obligaţiile autorităţii/entităţii contractante prevăzute la art. 66 şi art. 91 şi nici publicarea părţilor din contractele de concesiune încheiate fără caracter confidenţial, inclusiv a eventualelor modificări ulterioare.

(3) Autoritatea/entitatea contractantă poate impune operatorilor economici cerinţe care vizează protejarea caracterului confidenţial al informaţiilor pe care aceasta le pune la dispoziţie pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică şi dovedesc în cuprinsul ofertei care informaţii din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară şi/sau fundamentări/justificări de preţ/cost sunt confidenţiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informaţiile indicate de operatorii

economici din propunerea tehnică şi/sau fundamentări/justificări de preţ/cost ca fiind confidenţiale trebuie să fie însoţite de dovada care le conferă caracterul de confidenţialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)".

Accesul părţilor la dosarul cauzei, la sediul CNSC, se face conform dispoziţiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează: „La cerere, părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară şi probează ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fară a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală. (3) în sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanţi, în mod explicit şi vizibil, ca fiind confidenţiale. Consultarea documentelor confidenţiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanţi.". Raportat la legislaţia în vigoare incidenţă, se constată că, la autoritatea contractantă, ofertanţii indică şi dovedesc în cuprinsul ofertelor care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale (conform dispoziţiilor art. 41 din Legea nr. 100/2016).

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

(...)

Mai mult, Curtea constată că petenta a prezentat la rândul său declaraţie de confidenţialitate, acţionând în aceeaşi manieră ca şi intimata. Astfel, asocierea S.C. RER SUD SA - S.C. Rer Ecologic Service Bucureşti Rebu SA a prezentat declaraţie de confidenţialitate cu privire la:

(...)

Potrivit jurisprudenţei CJUE din cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunţare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Conseil d'Etat (Belgia), „Obligaţiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce priveşte respectarea confidenţialităţii informaţiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerinţa 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) şi cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispoziţiilor menţionate şi, prin aceasta, să asigure menţinerea unei concurenţe loiale, precum şi protecţia intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi. în consecinţă, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziţii publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informaţiile conţinute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părţilor şi avocaţilor acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecţia concurenţei loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar. 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 achiziţii publice, principiul contradictorialităţii nu implică faptul că părţile au un drept de acces nelimitat şi absolut la toate informaţiile 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 balanţă cu dreptul altor operatori economici la protecţia informaţiilor confidenţiale şi a secretelor comerciale ale acestora.

52. Principiul protecţiei informaţiilor confidenţiale, precum şi a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerinţele unei protecţii juridice efective şi cu respectarea dreptului la apărare al părţilor în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. 1-6675, punctul 40) şi, în cazul unei căi de atac în faţa unei instanţe sau al unei căi de atac în faţa unui alt organism care este o instanţă sau tribunal în înţelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53. In acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informaţiile necesare pentru a se putea pronunţa în cunoştinţă de cauză, inclusiv de informaţiile confidenţiale şi 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 informaţii către un concurent, organismul menţionat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informaţii unei părţi la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce

caracterul confidenţial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chemie şi AKZO Chemie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29)".

Argumentele aduse de societatea contestatoare în justificarea faptului că motivele invocate de asocierea ... și acceptate de Consiliu nu justifică declarația de confidențialitate, se bazează pe faptul că dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prevăd dreptul oricărui participant la procedură de a avea acces, de a cunoaşte raportul procedurii de atribuire, actele dosarului procedurii în integralitatea lor, inclusiv sub aspectul informaţiilor din cadrul propunerilor tehnice şi/sau la fundamentările/ justificările de preţ/cost ale celorlalţi participanţi la procedură.

Iar potrivit ambelor reglementări, de la regula enunţată există o singură excepţie, respectiv cea a informaţiilor/documentelor declarate şi probate de ofertanţi ca fiind confidenţiale. Astfel, simpla declaraţie a unui ofertant (în cazul de faţă, ofertantului declarat câştigător) în sensul că propunerea tehnică şi/sau financiară ori informaţiile/documentele pe care se fundamentează ar fi confidenţiale nu este suficientă pentru a se reţine un asemenea caracter, acest caracter trebuind să fie şi probat. Or, în speţă, o asemenea dovadă nu a fost făcută, astfel că, în mod greşit, nu i-au fost puse la dispoziţie înscrisurile solicitate.

În raport de aspectele mai sus menţionate, contestatoarea apreciază că, în speţă, au fost încălcate atât dreptul său la apărare şi la un proces echitabil, cât şi principiile nediscriminării, tratamentului egal şi al transparenţei, în condiţiile în care autoritatea contractantă i-a refuzat nejustificat accesul la date/informaţii al căror caracter confidenţial nu a fost probat şi care i-ar fi fost necesare tocmai **pentru formularea motivelor de fapt şi de drept ale contestaţiei noastre**, vătămare ce însă nu a fost înlăturată nici prin oferirea accesului la dosarul de achiziţie în condiţiile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, contestatoarea precizează că, deşi a efectuat toate demersurile necesare, nu a putut lua cunoştinţă de documentele relevante pentru fundamentarea contestaţiei sale, în condiţiile în care acestea nu i-au fost puse la dispoziţie nici de către autoritatea contractantă şi nici de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor.

Împrejurarea că în prezenta procedură, ... S.R.L. a ales să depună contestația și ulterior să solicite acces la dosar în vederea **luării la cunoştinţă de documentele relevante pentru fundamentarea contestaţiei sale**, nu este de natură la a reclama că respectivul caracter confidențial invocat de asocierea reclamată nu este justificat.

Consiliul precizează că relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei **nu trebuie să depindă motivarea contestaţiei sau soluţionarea ei**. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestaţie trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate şi netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac –, iar nu să fie o contestaţie motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziţiei publice. Contestaţia este şi rămâne o cale de atac **independentă** de studierea dosarului cauzei de către părţi, cum s-a spus mai înainte.

Scopul celor trei zile pe care legiuitorul delegat le-a acordat în speţă persoanelor vătămate (prin art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016) este tocmai ca aceste persoane să obţină mijloacele de probă de care au nevoie şi să îşi motiveze contestaţia prin care reclamă actele autorităţilor contractante. Altminteri, nimic nu ar împiedica aceste persoane să depună contestaţie imediat după primirea actului vătămător, iar motivarea contestaţiei să o realizeze oricând doresc, în timpul litigiului.

În plus, Consiliul fiind ţinut de obligaţia de imparţialitate şi echidistanţă faţă de părţile aflate în proces, **el nu se poate transforma în furnizorul de probe pentru una dintre părţile litigante, care altfel nu şi-ar putea susţine contestaţia**. În altă ordine de idei, **scopul pentru care Consiliul beneficiază de documentele dosarului achiziţiei publice de la autoritatea contractantă este pentru a putea analiza obiecţiile cuprinse în contestaţie, iar nu de a pune la dispoziţia contestatoarei copiile ofertelor concurente pentru a-şi motiva contestaţia. Aşadar, succesiunea logică este formularea unei contestaţii motivate şi recepţionarea de către Consiliu de la autoritate a dosarului achiziţiei publice necesar soluţionării contestaţiei, iar nu studierea la Consiliu a dosarului achiziţiei publice de către contestatoare şi motivarea ulterioară a contestaţiei.**

Obligația de a motiva cererea este expres prevăzută de legea specială (art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016), dar și de dreptul comun, respectiv de Codul de procedură civilă la art. 189, *Cererea de chemare în judecată va cuprinde:[…] d) arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea.*

Scopul obligației de motivare este acela de a arăta organismului administrativ–jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru dezlegarea litigiului și, totodată, explicațiile pentru care drepturile reclamantului au fost lezate prin conduita presupus ilicită a pârâtului.

În raport de aspectele mai sus reținute susținerile autoarei contestației, potrivit cărora: *"În urma consultării documentaţiei aferente dosarului de achiziţie publică în **in a** sa, vom fi în măsură a **c** , prin referiri exprese la menţiunile înscrise în propunerea tehnică şi în oferta financiară depuse de Asocierea ..., astfel că ne rezervăm acest drept"* nu sunt judicioase în cauză.

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca neîntemeiată, solicitarea ... S.R.L. adresată Consiliului, referitoare la *"accesul la toate documentele aferente dosarului de achiziţie publică, inclusiv a propunerii tehnice şi a ofertei financiare depuse de ofertantul declarat câştigător, respectiv asocierea ..., motivat de faptul că deşi asocierea ... a declarat în parte drept confidenţiale propunerea sa tehnică şi financiară, acesta nu a probat caracterul lor confidenţial şi nici faptul că, în acestea, ar fi cuprinse secrete tehnice şi / sau comerciale stabilite conform legii",* constatându-se că în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul a ținut seama de solicitarea formulată

de asocierea ... privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate confidențiale, conform celor menționate anterior în considerentele expuse, dat fiind dispozițiile legiuitorului, care a prevăzut la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *„În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanţi, în mod explicit şi vizibil, ca fiind confidenţiale. Consultarea documentelor confidenţiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanţi”.* Un astfel de acord din partea asocierii ..., nu a fost pus la dispoziția ... S.R.L.

În conformitate cu dispoziţiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluţionare a contestaţiilor se desfăşoară cu respectarea principiilor legalităţii, celerităţii, contradictorialităţii, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecinţă, Consiliul va lua în considerare apărările şi argumentele aduse de petenţi formulate şi înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Trecând la soluționarea aspectelor reclamate de ... S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează aspectele legate de evaluarea ofertei declarată câștigătoare, cea depusă de asocierea ..., evaluare care, în opinia contestatoarei a fost netemeinică.

Un prim aspect reclamat vizează faptul că în aprecierea contestatoarei, propunerea financiară a asocierii declarat câştigătoare cuprinde *un preţ neobişnuit de scăzut* cu privire la serviciile de pază şi protecţie ce formează obiectul procedurii de achiziţie în discuţie, *acest preţ nefiind rezultatul liberei concurenţe şi neputând fi justificat.*

Argumentele pe care se bazează în susținerea criticii vizează următoarele aspecte:

- potrivit *Referatului de necesitate nr. 5237/12.05.2022*, rezultă că autoritatea contractantă a estimat tariful unitar orar la suma de 20,20 lei / oră/post pază, fără TVA, ceea ce înseamnă că tariful estimat de autoritatea contractantă pentru cheltuielile cu munca vie a fost de 18,86 lei/oră/post pază, fără TVA, dedus astfel: 165.246,23 lei: 8.676 ore = 18,86 lei. Astfel concluzia la care ajunge contestatoarea este aceea în întocmirea referatului de necesitate, *autoritatea contractantă nu a luat în calcul contribuţia obligatorie la fondul de handicap, pornind de la premisa eronată că toţi ofertanţii ar beneficia de scutirea prevăzută pentru situaţiile expres şi limitativ prevăzute de Legea nr. 448/2006;*
- apreciază că tariful ofertat (punctând faptul că achizitoarea nu a pus la dispoziția acesteia conținutul ofertei financiare a asocierii declarată câştigătoare) nu poate fi considerat fundamentat economic, întrucât, în primul rând, acesta nu a avut în vedere contribuţia datorată de ofertanta declarată câştigătoare la fondul de handicap, *câtă vreme, cel puţin din documentele care ne-au fost puse la dispoziţie, nu rezulta ca ofertantul declarat câştigător să fi beneficiat de scutirea prevăzută de dispoziţiile speciale ale Legii nr. 448/2006;*
- autoarea contestației menționează că din documentele care i-au fost puse la dispoziţie, nu rezultă ca ofertanta câștigătoare *să fi calculat sporul de noapte în conformitate cu art. 126 lit. b) din Codul muncii, întrucât, dacă*

ar fi procedat astfel, diminuarea tarifului ofertat pentru manoperă sub tariful proiectat de autoritatea financiară nu ar fi putut fi justificată decât prin prezentarea, de către acest ofertant, a unor dovezi referitoare la încasarea de subvenţii în condiţiile Legii nr. 76/2002. S-a adăugat că, din opisul documentelor aferente ofertei financiare înaintate de asocierii declarată câştigătoare, nu rezultă însă ca, la întocmirea sa, asocierea să se fi prevalat de întocmirea unor convenţii cu AJOFM care să îi asigure încasarea unor subvenţii;

- se impune a se avea în vedere că, din documentele ce i-au fost puse la dispoziţie, contestatoarea reclamă faptul că nu rezultă ca cerinţele din propunerea tehnică să fi fost corelate cu cheltuielile din oferta financiară. Astfel contestatoarea argumentează că desfăşurarea activităţilor de pază şi protecţie presupune efectuarea unor cheltuieli cu echipamentul de lucru al personalului, medicina muncii, dotările postului (tonfă, spray paralizant, fluier, lanternă), achiziţionarea de registre specifice, de echipamente de comunicaţii, asigurarea pregătirii permanente a salariaţilor, cheltuieli cu dispeceratul, cu maşinile de intervenţie, cele ocazionate de efectuarea controalelor în posturi, de asigurare a personalului TESA, de întocmirea contractelor de asigurare pentru activitatea profesională, de obţinerea avizelor şi autorizaţiilor potrivit legii, de transportul personalului etc., cheltuieli care trebuie să se regăsească în oferta financiară, întrucât numai în acest mod se poate susţine că s-ar asigura respectarea cerinţelor propunerii tehnice.

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

Obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie prestarea serviciilor de pază si monitorizare obiective din dotarea ... S.R.L.

Potrivit caietului de sarcini, obiectul principal al contractului îl constituie asigurarea cu pază umană imobilele situate în Municipiului Constanţa şi/sau Staţiunea Mamaia cu un dispozitiv compus din minim un post de pază/obiectiv cu respectarea prevederilor Legii nr. 333/2003, a HG nr. 301/2012, a prezentului contract subsecvent, a Caietului de sarcini, a Planului de pază şi a oricăror prevederi legale. Pe parcursul derulării contractului subsecvent, autoritatea contractanta își rezerva posibilitatea schimbării punctului de lucru.

În cuprinsul *Instrucțiunilor pentru ofertanți* sunt prevăzute următoarele:

”3 Descrierea serviciilor solicitate

Paza va fi asigurată de către societăţi specializate în serviciul de pază şi protecţie. Acestea trebuie să fie constituite şi să funcţioneze potrivit legislaţiei în vigoare (Legea 333/2003 republicată privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor şi protecţia persoanelor, HG 301/2012 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor şi protecţia persoanelor cu modificările şi completările ulterioare) având ca obiect de activitate paza obiectivelor, bunurilor sau protecţia umană.

Orice ofertă prezentată, care se abate de la prevederile caietului de sarcini va fi luată în considerare numai în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerinţelor minimale din caietul de sarcini. Ofertarea de servicii cu caracteristici tehnice inferioare celor prevăzute în caietul de sarcini sau care nu satisfac cerinţele caietului de sarcini este considerată neconformă.

● Servicii de pază si protecţie - cod CPV 79713000-5

Autoritatea contractantă intenţionează să achiziţioneze servicii pentru asigurarea pazei obiectivelor, bunurilor materiale, precum şi protecţia umană. Obiectivele care vor fi păzite se află pe raza Municipiului Constanţa, urmând ca posturile de pază să fie specificate în anexa contractului subsecvent. Anexa va fi parte componentă a Planului de pază.

în funcţie de fondurile bugetare alocate, la cererea scrisă a Beneficiarului, Prestatorul va asigura paza şi la alte obiective, prin modificarea numărului şi locaţiilor posturilor de pază, în funcţie de priorităţi sau necesităţi. Aceste modificări vor fi cuprinse în Planul de pază, însuţit de ambele părţi contractante.

Având în vedere necesitatea acoperirii unui număr de maxim 6 posturi, pentru o perioadă de 3 ani, s-a stabilit următorul necesar de orc de pază:

- minim 103.680 ore (4 posturi x 24 ore x 30 zile x 12 luni x 3 ani);
- maxim 155.520 ore (6 posturi x 24 ore x 30 zile x 12 luni x 3 ani);

Numărul minim acord cadru (3 ani) 103.680 ore
Numărul maxim acord cadru (3 ani) 155.520 ore
Numărul minim contract subsecvent (un an) 34.560 ore
Numărul maxim contract subsecvent (un an) 51.840 ore

4. Durata acordului – cadru.

Acordul-cadru este valabil de la data intrării în vigoare şi se finalizează la data încetării lui, sau după caz, la data îndeplinirii obligaţiilor contractuale ce cad în sarcina Părţilor semnatare. Acordul - cadru se va încheia pe o perioadă de **36 luni** (24 ore/24 ore, 7 zile/7 zile, 365 zilean) cu o frecvenţă a contractelor subsecvente de 1 (unu) contract pe an.

Cantităţile minime şi maxime, menţionate în caietul de sarcini, reprezintă estimări ale cantităţilor care ar putea fi solicitate pe întreaga durată a acordului-cadru. Acestea se vor actualiza în funcţie de necesităţile autorităţii contractante şi de fondurile disponibile cu această destinaţie."

Se reține că achizitoarea a pus la dispoziție în cuprinsul formularelor și anexa la formularul de ofertă:

"**CALCULAȚIE DE PREȚ ptr TARIF UNITAR CF. HG 1071/2021**

[lei/ora/post paza permanent (24 ore/zi), fara TVA] pentru :

... post de paza permanent ... zile x 24 h/zi = ... ore

nr. total zile de sarbatoare legala/AN : .... zile, nr. total zile de weekend/AN : .... zile, din care n zile se suprapun cu zilele de sarbatoare legala

A	Valoare totală propunere financiară - (lei fără TVA) -			
B	Numar total agenți de pază n post pază permanent (total n post permanent de paza 24 h/zi)			
C	Numărul de schimburi pe parcursul unei zile (24 h/zi)			n schimburi
D	Salariul de încadrare brut / agent pază (lei)			... lei/luna : ... ore/luna = ... lei/ora
Nr. Crt.	Categorie cheltuieli	procent %	Valoare lei fara TVA	*Se va detalia componenta Propunerii financiare totale și modul de calcul al acesteia (se va preciza obligatoriu art. din Codul Muncii acolo unde este cazul, se va detalia și explica obligatoriu modul de calcul din care rezultă valorile totale înscrise în coloana cu nr.3.)*
0	1	2	3	4
1	Total salarii *(pentru toate posturile de pază și toți agenții de pază implicați în executarea contractului)*	...	...	24 h/zi x ... zile x .... lei/ora cfm. HG. 1071/2021 sal. min. brut .... lei/luna
2	Total spor de noapte	...	...	8 h/zi x 365 zile x ... lei/ora x 25% cfm. art. 126 lit. B Codul Muncii
3	Total spor de munca suplimentară (NA)+ total spor de weekend	...	....	... saptamani x 48 h/saptamana x ... lei/ora x n% cfm. art. 137 alin. 3 CM
4	Total spor pentru muncă prestată în zilele de sarbătoare legală	...	...	... zile x 24 h/zi x ... lei/ora cfm. art. 139 si art. 142 CM
5	Total indemnizații concedii de odihnă	...	...	... lei total salarii : 12 luni cfm. art. 145 CM
6	TOTAL salarii +sporuri (rd1+rd2+rd3+rd4+rd5)		...	

7	Fond handicap	...	...	Legea nr. 448/2006 modificata prin OG 60/2017, documente doveditoare in acest sens (Declaratia 100)
8	Contribuția asiguratorie pentru muncă	...	...	... lei x 2,25% cfm. Codului Fiscal
9	Conventia ..... , salariatul este inca angajat al societatii	...	...	Subventie acordata cfm. Legii nr. 76/2002
10	TOTAL cheltuieli cu munca vie (rd. 6 + rd. 7 + rd. 8 + rd. 9)		...	
11	Total cheltuieli indirecte (uniforme, logistică, telefoane, stații, combustibil, asigurări, etc)	...	...	... lei/ora x ... ore/an
12	TOTAL cheltuieli (rd. 10 + rd. 11)		...	
13	TOTAL Profit	...	...	... lei/ora x ... ore/an
14	TOTAL GENERAL (rd. 12 + rd. 13)		...	
TARIF UNITAR ofertat = TOTAL GENERAL(rd14) / ... ore = ... LEI/ORA/POST PAZĂ PERMANENT, fără TVA				

******* pentru **rândul 7- fond handicap**, în vederea respectării prevederilor art. 78 alin (2) si alin. (3) din Legea nr. 448/2006 republicata, **se vor prezenta obligatoriu ca și anexe,** documente din care rezultă :

- nr. total angajați;
- nr. persoane cu handicap angajate/ declarație ca nu sunt angajate persoane cu handicap.

NOTA 1 : Propunerea financiară precum și tariful unitar ofertat vor avea maxim 2 (două) zecimale. Se vor completa obligatoriu toate rândurile și coloanele din tabelul prezentat.
NOTA 2 : tariful unitar ofertat se calculează cu respectarea prevederilor Legii nr. 53/2003 republicata – Codul Muncii.
NOTA 3 : salariul de încadrare brut nu poate fi mai mic decât salariul minim brut pe economie stabilit prin lege/hotarâre de guvern.
NOTA 4: Propunerea financiară va fi compusă obligatoriu din următoarele formulare – Formularul nr. IV.4.2/1 si Anexele: Formular nr. IV.4.2/2, Formular nr. IV.4.2/3, Formular nr. IV.4.2/4."

Susținerile contestatoarei vizavi de *pretinsa nelegalitate a tarifului estimat de autoritatea contractantă,* pe motiv că nu a luat în calcul contribuţia obligatorie la fondul de handicap nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare ca fiind relevante în soluționare.

În stabilirea acestei finalități se are în vedere odată depășit termenul de contestare a documentației, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliului îi este interzis să o cerceteze și să se pronunțe inclusiv sub aspectul legalității.

Dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016 prevăd:

Art. 8. – (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) În cazul în care contestaţia priveşte conţinutul documentaţiei de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziţii publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoştinţă este data publicării documentaţiei de atribuire.

Aşadar, raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerinţelor din documentaţia de atribuire.

Plecând de la criticile autoarei contestației, axate pe nesustenabilitatea şi nejustificarea preţului asocierii câștigătoare ..., prin raportare la prevederile legale referitoare la respectarea obligaţiilor salariale de plată care sunt în sarcina oricărui angajator, Consiliul reține că în speța analizată sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016 – "(1) În cazul unei oferte care are un preţ sau cost aparent neobişnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la preţul sau costul propus.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a preţului, prin raportare la procesul de producţie, serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate;

b) soluţiile tehnice adoptate şi/sau orice condiţii deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informaţiile şi documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preţ aparent neobişnuit de scăzut şi respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al preţului sau al costurilor propuse, ţinând seama de elementele menţionate la alin. (2);

(4) Autoritatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preţ neobişnuit de scăzut deoarece nu respectă obligaţiile prevăzute la art. 51 alin. (1);

- art. 136 din H.G. nr. 395/2016 - „În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, respectiv de documente privind, după caz și fără a se limita, prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă".

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

- art. 51 din Legea nr. 98/2016 - „Autoritatea contractantă precizează în documentația de atribuire reglementările obligatorii în domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele, convențiile și acordurile internaționale în aceste domenii, care trebuie respectate pe parcursul executării contractului sectorial sau să indice instituțiile competente de la care operatorii economici pot obține informații detaliate privind reglementările respective. (2) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă are totodată obligația de a solicita operatorilor economici să indice în cadrul ofertei faptul că la elaborarea acesteia au ținut cont de obligațiile relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă".

În cauza de față, durata estimată a acordului-cadru de servicii de pază este de 2 ani, sunt relevante în soluționare și dispozițiile legislației incidente, respectiv în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 1071/2021 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe ţară garantat în plată, începând cu data de 1 ianuarie 2022, salariul de bază minim brut pe ţară

garantat în plată, prevăzut la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, se stabileşte în bani, fără a include sporuri şi alte adaosuri, la suma de 2.550 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând 15,239 lei/oră.

Potrivit Legii nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru şomaj şi stimularea ocupării forţei de muncă, dispozițiile art. 85 prevăd:

”Art. 80. - (1) Angajatorii care încadrează în muncă, pe durată nedeterminată, absolvenți ai unor instituții de învățământ primesc lunar, pe o perioadă de 12 luni, pentru fiecare absolvent încadrat, o sumă în cuantum de 2.250 lei.

Art. 85. - (1) Angajatorii care încadrează în muncă, pe perioadă nedeterminată, șomeri în vârstă de peste 45 de ani, șomeri care sunt părinți unici susținători ai familiilor monoparentale, șomeri de lungă durată sau tineri NEET primesc lunar, pe o perioadă de 12 luni, pentru fiecare persoană angajată din aceste categorii, o sumă în cuantum de 2.250 lei, **cu obligația menținerii raporturilor de muncă sau de serviciu cel puțin 18 luni.**

(....).”

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că autoarea contestației afirmă că ofertanta câștigătoare nu a respectat prevederile legale referitoare la obligaţiile salariale de plată care sunt în sarcina oricărui angajator, făcând în acest scop declarații cu caracter general privitoare la obligațiile legale ce ar trebui respectate.

Îndoiala sau presupunerile contestatoarei nu reprezintă motive de fapt şi de drept, iar Consiliul nu este organism de control care să realizeze supraevaluarea ofertelor la cererea ofertanţilor care au îndoieli sau presupuneri legate de îndeplinirea sau neîndeplinirea prevederilor legale referitoare la obligaţiile salariale de plată care sunt în sarcina oricărui angajator de către operatorii economici. Contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare in integrum a unei proceduri de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor pe bază de supoziţii, Consiliul nefiind nici comisie de evaluare şi nici mandatar al contestatoarei, ci organ administrativ-jurisdicţional.

Așa cum a fost anterior reținut (în secțiunea dedicată studierii dosarului achiziției publice) relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei **nu trebuie să depindă motivarea contestaţiei sau soluţionarea ei**. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestaţie trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate şi netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac –, iar nu să fie o contestaţie motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziţiei publice. Contestaţia este şi rămâne o cale de atac **independentă** de studierea dosarului cauzei de către părţi, cum s-a spus mai înainte.

Scopul celor trei zile pe care legiuitorul delegat le-a acordat în speţă persoanelor vătămate (prin art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016) este tocmai ca aceste persoane să obţină mijloacele de probă de care au nevoie şi să îşi motiveze contestaţia prin care reclamă actele autorităţilor contractante. Altminteri, nimic nu ar împiedica aceste persoane să depună contestaţie imediat după primirea actului vătămător, iar motivarea contestaţiei să o realizeze oricând doresc, în timpul litigiului.

În plus, Consiliul fiind ţinut de obligaţia de imparţialitate şi echidistanţă faţă de părţile aflate în proces, el nu se poate transforma în furnizorul de

probe pentru una dintre părţile litigante, care altfel nu şi-ar putea susţine contestaţia.

Aşadar, succesiunea logică este formularea unei contestaţii motivate şi recepţionarea de către Consiliu de la autoritate a dosarului achiziţiei publice necesar soluţionării contestaţiei, iar nu studierea la Consiliu a dosarului achiziţiei publice de către contestatoare şi motivarea ulterioară a contestaţiei.

Obligația de a motiva cererea este expres prevăzută de legea specială (art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016), dar și de dreptul comun, respectiv de Codul de procedură civilă la art. 189, *Cererea de chemare în judecată va cuprinde:[…] d) arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea.*

Scopul obligației de motivare este acela de a arăta organismului administrativ–jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru dezlegarea litigiului și, totodată, explicațiile pentru care drepturile reclamantului au fost lezate prin conduita presupus ilicită a pârâtului.

Cu alte cuvinte, nu este totuna a afirma *încălcarea dreptului* cu a prezenta *argumentele pentru care se susține că dreptul a fost încălcat*. A motiva nu se limitează la a susține încălcarea dreptului, ci presupune indicarea tuturor împrejurărilor care justifică o atare afirmație. Contestația în care sunt reproduse cerințele din documentația de atribuire și se invocă nerespectarea lor de către asocierile amintite nu este o contestație motivată în concret.

O contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac.

În raport de aspectele mai sus reținute susținerile autoarei contestației, potrivit cărora: *"**Î urm** **sa**, vom fi în măsură a **c** , prin referiri exprese la menţiunile înscrise în propunerea tehnică şi în oferta financiară depuse de Asocierea ..., astfel că ne rezervăm acest drept"* nu sunt judicioase în cauză.

Din examinarea lucrărilor comisiei de evaluare se constată că în etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a respectat prevederile legale aplicabile asumându-şi răspunderea asupra deciziilor luate în cadrul procedurii de atribuire, rezultatele evaluărilor efectuate fiind consemnate în cele procese-verbale ale şedinţelor de evaluare în care sunt consemnate deciziile cu privire la modul în care ofertanţii au prezentat oferta şi au răspuns la solicitările de clarificări şi completări adresate de comisia de evaluare.

Procesele verbale antemenţionate au fost luate în considerare în decizia de atribuire a contractului de achiziţie publică, potrivit Raportului procedurii nr. 7635/07.07.2022.

În raport de cele mai sus reținute, criticile formulate de asocierea contestatoare vizavi de procesul de evaluare desfășurat de achizitoare prin raportare la dispozițiile legale incidente nu vor fi reținute în soluționare fiind neîntemeiate și urmând a fi respinse.

Pentru obiectul contractului supus procedurii de atribuire în cauză se constată conform celor consemnate în cadrul anexelor la formularele privind oferta financiară - Calculație de preț pentru tarif unitar ofertat, că autoarea contestației ... S.R.L., a ofertat un tarif orar de 19,18 lei/oră, în timp ce asocierea declarată câștigătoare ..., a ofertat un tarif orar de 18,76 lei/oră.

Un alt aspect important de precizat este faptul că în speța analizată achizitoarea nu s-a aflat în situația unui preț aparent neobișnuit de scăzut, prin raportarea la dispozițiile art. 136 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016 care stabilesc procentul de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv ca fiind pragul stabilit pentru un preț aparent neobișnuit de scăzut, contrar celor susținute de ... S.R.L. prețurile ofertate de cele două ofertante fiind comparabile:

Nr. crt.	Ofertant	Prețul total ofertat	Procent din valoarea estimată
	Asocierea ...	2.918.158,77 lei fără TVA	92,89%
	S.C. ... S.R.L	2.982.889,55 lei fără TVA	94,95%

În continuare Consiliul se va pronunța strict asupra criticilor pentru care contestatoarea a indicat motivele de netemeinicie (obligația de a motiva cererea este expres prevăzută de legea specială (art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016) cu privire la fondul de handicap și la sporul de noapte.

Astfel argumentele aduse de contestatoare vizavi de cuantumul aferent sporului de noapte se bazează pe următoarele aspecte:

- în cuantificarea compensării cuvenite salariatului pentru lucrul prestat în timpul nopţii, ofertantul declarat câştigător nu a avut în vedere sporul de 25 % din salariul de bază potrivit art. 126 lit. b) din Codul muncii, ci reducerea programului de lucru cu o oră, pentru zilele în care efectuează cel puţin 3 ore de muncă de noapte, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază, conform art. 126 lit. a) din Codul muncii;
- or, reducerea programului de lucru a unui salariat cu o oră (plătită) pentru lucru prestat în timpul nopţii generează, în sarcina angajatorului, cheltuiala ocazionată de plata unui alt salariat care să asigure serviciul în ora liberă a celui dintâi, sens în care subliniem şi faptul că serviciile de pază ce formează obiect al procedurii în discuţie au caracter permanent (24 din 24 ore);
- în ora cu care s-a redus programul de lucru al salariatului care a prestat muncă în timpul nopţii, postul de pază nu rămâne liber, ci se asigură prezenţa unui alt agent de pază;
- oferta financiară a ofertantului declarat câştigător nu a avut în vedere, în cheltuielile cu manopera, obligaţiile financiare ce revin angajatorului pentru agentul de pază înlocuitor, adică salariul de bază pentru o oră de lucru şi indemnizaţia de concediu aferentă.

Trecând la soluționarea aspectelor reclamate referitor la cuantumul prevăzut pentru sporul de noapte, în conformitate cu art. 126 din Codul muncii, din examinarea calculației de preț pentru tariful unitar se reține că

asocierea a optat pentru situația descrisă de dispozițiile art. 126 lit. a) din Codul Muncii, menționând în cuprinsul calculației următoarele:

"**Total spor de noapte:**

2	Total spor de noapte	3,37	98.755,20	1 h libera platita/zi x 30 zile x 36 luni x 6 posturi x 15,24 lei/ora cfm. art. 126 lit, a Codul Muncii

Așadar se constată netemeinicia celor reclamate vizavi de faptul că oferta financiară a ofertantului declarat câştigător nu a avut în vedere, în cheltuielile cu manopera, obligaţiile financiare ce revin angajatorului pentru agentul de pază înlocuitor, adică salariul de bază pentru o oră de lucru.

În raport de cele mai sus redate, se constată că asocierea ... a prevăzut cheltuiala ocazionată de plata unui alt salariat care să asigure serviciul în ora liberă a celui dintâi, având în vedere că serviciile de pază ce formează obiect al procedurii în discuţie au caracter permanent (24 din 24 ore).

Însă sub aspectul implicațiilor acordării unei ore vizavi de concediul de odihnă și a contribuțiilor asociate acestuia, din examinarea calculației de preț nu rezultă că asocierea a avut în vedere, în cheltuielile cu manopera, obligaţiile financiare ce revin angajatorului pentru agentul de pază înlocuitor, adică *indemnizaţia de concediu aferentă salariului de bază pentru o oră.*

Astfel, se constată temeinicia susținerilor contestatoarei potrivit cărora în condiţiile în care ofertantul declarat câştigător a uzat, pentru lucrul în timpul nopţii, de prevederile art. 126 lit. a) din Codul muncii prin reducerea timpului de lucru al salariatului care a lucrat minim trei ore în timpul nopţii cu o oră, înseamnă că, pentru această oră, este obligat a avea în vedere toate drepturile băneşti cuvenite atât salariatului care a beneficiat de reducerea programului de lucru (salariu de bază şi indemnizaţia de concediu), cât şi drepturile băneşti cuvenite salariatului înlocuitor în această oră, adică salariul de bază şi indemnizaţia de concediu cuvenită acestuia pentru ora de muncă prestată, iar nu doar salariul de bază cuvenit salariatului înlocuitor pentru munca prestată.

În raport de cele mai sus reținute se impune clarificarea cu asocierea a aspectului reclamat.

Referitor la fondul de handicap, se reține că autoarea contestației reclamă faptul că din documentele care au fost puse la dispoziţie nu rezultă ca ofertantul declarat câştigător ar fi beneficiat de scutirea prevăzută de dispoziţiile speciale ale Legii nr. 448/2006, astfel că ar fi trebuit să aibă în vedere contribuția datorată de acesta potrivit art. 78 alin. (3) din actul normativ arătat.

Trecând la soluționarea aspectelor reclamate referitor la fondul de handicap, se reține că asocierea în cauză a menționat în cuprinsul calculației de preț pentru tariful unitar următoarele:

7	Fond handicap	2,42	70.509,60	Legea nr. 448/2006 modificata prin OG 60/2017, documente doveditoare in acest sens (Declaraţia 100) SC ... SRL are un efectiv mediu de 331..... angajaţi la care adaugam 28 agenţi necesari executării contractului = 358 pers. X 4% = 14,32 persoane "cu handicap necesare din care socetatea dispune de un număr de 4,5 pers. încadrate in grad de handicap = 14,32 -4,5 = 9,82 pers. cu handicap pentru care se va plaţi fondul de handicap = 9,82 x 2550 lei/luna = 25041 lei :358 pers. = 69,95 lei/luna/pers x 36 luni x 28 pers.=70509,60 lei fond handicap

Așadar se constată netemeinicia celor reclamate vizavi de faptul că *tariful ofertat de asocierea reclamată nu poate fi considerat fundamentat economic, întrucât acesta nu a avut în vedere contribuţia datorată de ofertantul declarat câştigător la fondul de handicap*.

În raport de cele mai sus redate, se constată că asocierea ... a prevăzut cheltuiala ocazionată privind această contribuție reglementată de art. 78 alin. (2) din Legea nr. 448/2006.

Însă sunt relevante susținerile contestatoarei vizavi de faptul că *pentru a se face dovada îndeplinirii obligaţiei arătate de textul menţionat, se cere, mai întâi, a se proba numărul total de salariaţi la data relevantă, pentru că numai prin dovedirea acestuia se poate verifica dacă procentul arătat de text a fost sau nu respectat.*

Prin urmare, simpla declaraţie a unui ofertant în sensul că, la o anumită dată relevantă, ar avea un anumit număr total de salariaţi nu constituie o dovadă în acest sens; o asemenea dovadă poate fi făcută prin prezentarea unui extras Revisal integral care să ateste numărul total al salariaţilor unui angajator la o anumită dată relevantă.

Așadar se impune clarificarea cu asocierea ... vizavi de probarea numărului total de salariați prin prezentarea *extrasului Revisal integral care să ateste numărul total al salariaţilor unui angajator la o anumită dată relevantă,* astfel cum a susținut contestatoarea.

În ceea ce privește criticile în referire la pretinsa modificare a propunerii financiare, motivat de faptul că în urma solicitării de către membrii comisiei de evaluare a corectării valorii aferente fondului de handicap, aferent rândului 7 din documentul calculaţie de preţ pentru tarif unitar, întrucât asocierea ofertantă a aplicat greşit procentul de 4% la 358 de persoane, iar nu la 359 de persoane, se constată lipsa de temei.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul determină că achizitoarea s-a aflat în situația descrisă de dispozițiile art. 134 alin. (10) din H.G. nr. 395/2016 fiind vorba de o eroare aritmetică, respectiv 358 a fost în mod eronat precizat, din însumarea termenilor 331+28 rezultând 359.

O altă critică adusă vizează modul de acordare a punctajului de către membrii comisiei de evaluare pentru factorul de evaluare *„Timpul de intervenţie".*

Aspectul reclamat de contestatoare se referă la incorectitudinea acordării pentru acest factor de evaluare reclamat, a maximului de puncte, asocierii câștigătoare.

Raționamentul propus de ... S.R.L. se bazează pe reducerea proporţională a punctajului acordat ofertantului declarat câştigător pentru oferta sa tehnică, faţă de cel acordat societăţii sale.

Argumentul adus în favoarea raționamentului propus are în vedere faptul că, în aprecierea acestuia, în mod greşit autoritatea contractantă a acordat, pentru propunerea tehnică, punctajul maxim posibil (20 de puncte) atât ofertantei declarată câştigătoare, cât şi societăţii sale, fără a avea în vedere că ... S.R.L. a făcut dovada alocării pentru acest contract a unui număr de patru autovehicule de intervenţie, spre deosebire de cele două alocate de ofertantul declarat câştigător.

Concluzia la care ajunge contestatoarea este aceea că asocierea câştigătoare nu a făcut dovada posibilităţii de îndeplinire a timpului maxim de intervenţie solicitat prin documentaţia de atribuire pentru acordarea punctajului maxim prevăzut, simpla declaraţie a reprezentanţilor legali ai celor două societăţi din asociere neputând justifica realizarea acestui timp.

Se reține și argumentul achizitoarei, în replică la cele reclamate, precum că numărul maşinilor de intervenţie nu este avut în vedere în algoritmul stabilit pentru factorul de evaluarea reclamat, ci timpul de intervenţie.

Se are în vedere algoritmul precizat de achizitoare în cuprinsul *Instrucțiunilor pentru ofertanți,* la secțiunea dedicată criteriului de atribuire.

”Punctaj componenta tehnica Punctaj pentru factorul de evaluare „Timpul de intervenţie"

Descriere: Promptitudinea onorarii comenzilor autoritatii contractante exprimată in ore.

Timpul de intervenţie reprezintă timpul necesar echipei de intervenţie de la primirea apelului în dispecerat până în momentul sosirii la locul solicitării pentru remedierea problemei.

Timpul de intervenţie pentru situaţii de urgenţă/neprevăzute minim acceptat este de **300 secunde** (pentru un timp de intervenţie mai mic de 300 secunde, punctajul acordat nu va creşte peste nivelul maxim de 20 puncte), iar timpul de intervenţie maxim acceptat este de 900 secunde (ofertele cu timp de intervenţie mai mare de 900 secunde vor fi considerate neconforme). Algoritm de calcul: Pentru caracteristica Timpul de intervenţie, calculat în secunde, punctajul maxim alocat = 20 puncte a) Pentru timpul de intervenţie minim acceptat/punctat, respectiv 300 secunde, se acordă punctajul maxim alocat factorului de evaluare "timpul de intervenţie"; b) Pentru ceilalţi timpi de intervenţie ofertaţi, punctajul se acordă proporţional, conform formulei: T(n) - (T_(intervenţie minim)/T_(intervenţie ofertat)) x 20 puncte unde:

T(n) = punctaj timp de intervenţie acordat conform ofertei analizate T_(intervenţie minim) = timp de intervenţie minim propus T_(intervenţie ofertat)= timp de intervenţie al ofertei analizate

Timpul de intervenţie se exprimă în secunde (doar numere întregi). Nu se acceptă oferte cu timp de intervenţie exprimat în părţi fracţionare sau puncte zecimale.”

Așadar susținerile contestatoarei privind pretinsa nelegalitate a acordării punctajului pe considerentul că achizitoarea nu a ținut cont de numărul de autovehicule de intervenție pe care ofertantul le deține nu sunt judicioase, câtă vreme algoritmului stabilit nu are în vedere numărul de autovehicule deținute de ofertanți.

Din examinarea lucrărilor membrilor comisiei de evaluare se constată că achizitoarea a pus în aplicare algoritmul aferent factorului de evaluare respectând întocmai cele precizate în cadru documentației de atribuire.

Se reține și aspectul că s-a solicitat depunerea *Declaraţiei pe propria răspundere a ofertantului in care se va preciza termenul de intervenţie* fără punerea la dispoziție a vreunui model de formular.

Însă sub aspectul neverificării sustenabilității și realității timpului maxim de intervenţie solicitat, respectiv 300 de secunde la fiecare dintre cele trei obiective pentru care s-a solicitat prestarea serviciilor de pază, criticile formulate sunt întemeiate.

Din economia celor mai sus redate se constată că achizitoarea a definit timpul de intervenție și a ales să puncteze acest timp rezultând importanță acordată acestuia.

Se are în vedere că achizitoarea nu a stabilit vreo cerință vizavi de dovedirea/justificarea timpului maxim de intervenție acordat (stabilind un minim acceptat și un maxim), însă oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel timpul de intervenţie (care reprezintă timpul necesar echipei de intervenţie de la primirea apelului în dispecerat până în momentul sosirii la locul solicitării pentru remedierea problemei) nu este un element pur formal al propunerii tehnice, prezumat a fi valabil şi admis, fără probe concludente, ci reprezintă un element esenţial al propunerii tehnice a cărui realitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016 şi confirmată de ofertant prin documentele înaintate autorităţii contractante.

Este adevărat că toate riscurile ce decurg din întocmirea ofertei aparțin ofertanților, însă autoritatea contractantă trebuie să realizeze evaluarea ofertelor pe documente și informații care pot fi probate, și nu pe asigurările date de un ofertant.

În procesul de reevaluare dispus achizitoarea va fi obligată să verifice aspectele invocate în susținerea criticii de către autoarea contestației prin intermediul *Concluziilor scrise* înregistrate la Consiliu sub nr. 38484/03.08.2022, respectiv:

” (...) asocierea a alocat în acest scop doar două autovehicule de interventie, ceea ce, în mod evident, nu îi permite a asigura respectarea timpului maxim de intervenţie cerut de autoritatea contractantă pentru fiecare dintre cele patru locaţii, astfel încât să poată obţine punctajul maxim (spre exemplu, dacă luăm în considerare două autovehicule de interventie puse la dispoziţie, autovehicule care s-ar afla unul la obiectivul Parcarea verde (Spitalul Judeţean Constanţa - strada Nicolae lorga) şi unul la obiectivul situat în Constanţa, strada Caraiman nr. 1, avem două locaţii acoperite prin simpla prezenţă a celor două autovehicule de interventie; în situaţia ipotetică în care s-ar primi o alarmă la obiectivul de pe strada Vârful cu Dor nr. 10, autovehicului de pe strada Caraiman (fiind echipajul cel mai apropiat) ar putea să se deplaseze la obiectivul unde s-a solicitat prezenţa, durata acestui parcurs fiind de aproximativ 5 minute; prin urmare, s-ar putea considera acoperită şi cea de-a treia locaţie; însă, în situaţia în care se primeşte alarmă la obiectivul situat în Mamaia, Parcarea Albatros, autovehiculul care se regăşete în Parcarea Verde este cel mai apropriat, dar care poate ajunge la obiectivul solicitat într-un timp de cel puţin 15 minute; pe cale de consecinţă, cu cele două autovehicule puse la dispoziţie, nu se poate asigura, sub nicio formă, timpul maxim prevăzut în documentaţia de atribuire pentru acordarea punctajului maxim de 20 de puncta). De menţionat este și faptul că autovehiculele de intervenție nu deservesc doar obiectivele ... S.R.L., ci au mult mai multe contracte de interventie și cu alti clienţi din oraşul Constanta, iar exemplul dat mai sus este doar in situaţia in care acestea ar fi alocate exclusiv celor 4 obiective de la autoritatea contractantă.”

Așadar, se impune clarificarea cu asocierea ... vizavi de posibilitatea de îndeplinire a timpului minim acceptat de intervenţie solicitat prin documentaţia de atribuire pentru acordarea punctajului maxim prevăzut.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că, din oferta depusă de asocierea reclamată, nu rezultă că *cerinţele din propunerea tehnică au fost corelate cu cheltuielile din oferta financiară,* se constată netemeinicia acesteia, din considerentele mai jos prezentate.

Aspectele reclamate de ... S.R.L. vizează următoarele:

- desfăşurarea activităţilor de pază şi protecţie presupune efectuarea unor cheltuieli cu echipamentul de lucru al personalului, medicina muncii, dotările postului (tonfă, spray paralizant, fluier, lanternă), achiziţionarea de registre specifice, de echipamente de comunicaţii, asigurarea pregătirii permanente a salariaţilor, cheltuieli cu dispeceratul, cu maşinile de intervenţie, cele ocazionate de efectuarea controalelor în posturi, de asigurare a personalului TESA, de întocmirea contractelor de asigurare pentru activitatea profesională, de obţinerea avizelor şi autorizaţiilor potrivit legii, de transportul personalului etc., cheltuieli care trebuie să se regăsească în oferta financiară, întrucât numai în acest mod se poate susţine că s-ar asigura respectarea cerinţelor propunerii tehnice.

Un prim aspect care trebuie punctat este modul generic pe care contestatoarea l-a abordat în argumentarea criticii, astfel că analiza Consiliului va viza aceste aspecte generale la care s-a oprit contestatoarea.

Din examinarea *Calculației de preț pentru tarifului unitar* se constată că asocierea a avut în vedere toate aceste cheltuieli, acestea fiind prevăzute la pct. 11 din calculația de preț aferent cheltuielilor indirecte: uniforme, logistică, telefoane, staţii, combustibil, asigurări, etc.

Așa cum a fost anterior reținut, faptul că o contestaţie formulată pe bază de presupuneri este nefondată şi că prin concluzii scrise nu se poate schimba cadrul procesului, prin prezentarea motivelor concrete de contestare, a fost hotărât definitiv de instanţele judecătoreşti în numeroase cauze în materia achiziţiilor publice, neputând fi pus la îndoială de către Consiliu.

Potrivit dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *„(3) Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”*

Jurisprudența Consiliului este constantă sub acest aspect al inadmisibilității criticilor formulate pe calea concluziilor scrise.

În mod similar, în sensul neacceptării completării contestaţiei cu motive noi, în afara termenului de contestare, este majoritatea jurisprudenţei instanţelor de control judecătoresc în materia achiziţiilor publice.

În raport de cele anterior reținute criticile contestatoarei privind poliţa de asigurare de răspundere civilă vor fi respinse ca inadmisibile pe calea concluziilor scrise.

Luând în considerare ansamblul considerentelor expuse, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul admite

contestația formulată de ... S.R.L., în contradictoriu cu ... S.R.L., și anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 7626/07.07.2022 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, și după caz cu factorii de evaluare* și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv *Raportul procedurii nr.* 7635/07.07.2022, în secțiunea aferentă evaluării propunerii financiare depuse de asocierea ..., precum și adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... S.R.L., la reluarea procedurii de achiziție publică, prin reevaluarea propunerii tehnice și propunerii financiare depusă de asocierea ... sub aspectele reclamate și a căror temeinicie a fost reținută de Consiliu în considerentele expuse, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 de zile de la data primirii prezentei decizii.

Obligă ... S.R.L. să comunice ofertanților rezultatul reevaluării potrivit legislației achizițiilor publice.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ... S.R.L., cu sediul în ...

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 7626/07.07.2022 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, și după caz cu factorii de evaluare* și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv *Raportul procedurii nr.* 7635/07.07.2022, în secțiunea aferentă evaluării propunerii financiare depuse de asocierea ..., precum și adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... S.R.L., la reluarea procedurii de achiziție publică, prin reevaluarea propunerii tehnice și propunerii financiare depusă de asocierea ... sub aspectele reclamate și a căror temeinicie a fost reținută de Consiliu în considerentele expuse, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 de zile de la data primirii prezentei decizii.

Obligă ... S.R.L. să comunice ofertanților rezultatul reevaluării potrivit legislației achizițiilor publice.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

... ...