

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2168 / C7 / 2299

Data: 15.09.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 44386/16.08.2023, depusă de (...) SRL, cu sediul în (...), număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... - administrator și convențional de Societatea Civilă de Avocați „(...)”, prin avocat ..., cu sediul în, unde a fost aleasă adresa pentru comunicarea actelor de procedură, în cadrul procedurii de licitație deschisă, pentru încheierea, pe loturi, a acordului-cadru de *furnizare de dezinfectanți 2023 - 2025*, cod CPV 24455000-8 *Dezinfectanți* (Rev. 2), lot. 8, anunț de participare nr. CN1051387/22.01.2023, cu data limită de depunere a ofertelor 14.03.2023, procedură organizată de (...), cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

- constatarea caracterul nelegal al deciziei autorității contractante, emisă cu nerespectarea Deciziei nr. 432/2023 pronunțată de către Curtea de Apel Iași, privind stabilirea confidențialității rapoartelor de testare (Rapoarte, buletine și opinii de analiză/testare/evaluare) solicitate de către autoritatea contractantă (pag. 3 paragraf 1 caiet de sarcini) și depuse de către (...) SRL și (...) SRL, în cadrul procedurii privind lotul 8;

- obligarea autorității contractante de a verifica confidențialitatea în raport de documentele prezentate de către ofertanți în susținerea confidențialității, prin raportare la Decizia nr. 432/2023 pronunțată de către Curtea de Apel Iași;

- anularea tuturor actelor și comunicărilor emise de către autoritatea contractantă care vizează confidențialitatea rapoartelor de testare din cadrul ofertelor prezentate de către (...) SRL și (...) SRL, precum și a celor care vizează refuzul autorității contractante de a asigura accesul la aceste documente;

- obligarea autorității contractante la comunicarea documentelor solicitate, utilizând adresa de corespondență electronică

office@synttergy.ro, urmare a analizei temeinice și legale realizate asupra protecției de confidențialitate.

**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 ofertanta (...) SRL reclamă decizia autorității contractante (...) de a stabili caracterul confidențial al informațiilor și documentelor, raportat la decizia nr. 432/2023 a Curții de Apel Iași, astfel cum acestea au fost indicate de către ofertanții (...) SRL și (...) SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, lotul 8, învederând în motivare că aceasta reprezintă un act nelegal, abuziv, care contravine prevederilor legale.

Preliminar, arată că în data de 31.05.2023 autoritatea contractantă a procedat la publicarea în cadrul platformei SICAP a raportului procedurii prin care a reținut caracterul admisibil și pe cale de consecință conform al ofertelor prezentate de către (...) SRL, (...) SRL și (...) SRL

În urma solicitării în temeiul prevederilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 a accesului la dosarul achiziției publice pentru lotul 8, autoritatea contractantă prin răspunsul din 31.05.2023 a precizat că-i asigură accesul la dosarul achiziției, mai puțin la informațiile declarate confidențiale.

În urma contestației formulate la Consiliu, prin decizia nr. (...) din data de 28.06.2023, Consiliul a dispus admiterea, în parte, a contestației formulate, anularea răspunsurilor autorității contractante datate 31.05.2023 și 09.06.2023, în partea care privește lotul 8 și obligarea autorității contractante la clarificarea temeinică a ofertelor (...) SRL și (...) SRL și la verificarea atentă a incidenței dispozițiilor legale privind confidențialitatea.

Împotriva deciziei Consiliului a fost formulată plângere, care a fost soluționată de către Curtea de Apel Iași în sensul admiterii acesteia, decizia fiind modificată în parte, în sensul că verificarea autorității contractante va viza toate documentele declarate confidențiale de ofertanții (...) SRL și (...) SRL, inclusiv rapoartele de testare.

Contestatoarea consideră că în urma deciziei Curții de Apel Iași, autoritatea contractantă a procedat, din nou, la efectuarea unei analize superficiale a confidențialității rapoartelor de testare, comunicându-i în data de 4 august 2023, următoarele:

„(...) în urma deciziei Curții de Apel Iași, nr. 432/2023, comisia de evaluare s-a întrunit în data de 31.07.2023 pentru verificarea în detaliu a ofertelor SC ALCARINA SRL și SC (...) SRL, stabilind ca documentele atașate nu sunt confidențiale (simpla declarație de confidențialitate a ofertei nu este suficientă pentru secretizarea ei, ofertanții neargumentând caracterul

confidențial prin stabilirea ca ea conține secrete tehnice sau comerciale). Rapoartele, buletinele și opiniile de analiza/testare/evaluare rămânând confidențiale, fiind exceptate de la punerea la dispoziția des, întrucât ar putea denatura concurența sau ca divulgarea lor ar putea fi prejudiciabilă și la alte proceduri de achiziție având ca obiect similar cu cel al prezentei proceduri".

Prin răspunsul comunicat în data de 04.08.2023, autoritatea contractantă a menționat că își menține decizia anterioară, fiind stabilită în mod pur formal confidențialitatea rapoartelor de testare, deși în susținerea acestora nu au fost prezentate dovezile/elementele probatorii necesare.

Prin urmare, consideră că procesul de evaluare privind stabilirea confidențialității rapoartelor de testare este nelegal și nu a fost respectată decizia Curții De Apel Iași nr. 432/2023, unde s-au reținut în mod expres următoarele:

„Referitor însă la statuările Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, cuprinse în considerentele deciziei contestate, cu privire la faptul că buletinele, rapoartele, opiniile de analiză/testare/evaluare sunt confidențiale doar pentru motivul că ofertanții (...) SRL și (...) SRL au indicat, în adresele lor de răspuns transmise la solicitările de clarificări ale autorității contractante, paragrafele privind testările efectuate la laboratoarele din înscrisurile anexate răspunsurilor, Curtea apreciază că un asemenea argument nu poate justifica reținerea caracterului confidențial al documentelor respective, **situație în care se impune ca verificarea autorității contractante privind temeinicia probelor prezentate de cei doi ofertanți în declararea confidențialității documentelor indicate în acest sens, să se extindă și cu privire la acestea, avându-se în vedere toate temeiurile legale și criteriile dezvoltate în această privință în Decizia Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor**".

Pe cale de consecință consideră că în cadrul procesului de reevaluare a confidențialității ofertelor privind rapoartele/analizele de testare, autoritatea contractantă avea obligativitatea de a efectua evaluarea conform deciziei Curții de Apel Iași privind temeinicia probelor prezentate de către cei doi ofertanți în declararea confidențialității documentelor, cu aplicarea temeiurilor legale și a criteriilor dezvoltate prin decizia Consiliului.

Însă, din comunicarea transmisă nu reies elementele pe care autoritatea contractantă le-a avut în vedere în procesul de reevaluare a confidențialității, astfel că rapoartele, buletinele și opiniile de analiză/testare/evaluare au rămas confidențiale, fiind exceptate de la punerea la dispoziția des, întrucât ar putea denatura concurența sau că divulgarea lor ar putea fi prejudiciabilă și la alte proceduri de achiziție având ca obiect similar cu cel al prezentei proceduri.

Dacă în situația celorlalte documente din ofertele prezentate, autoritatea reține că nu se poate stabili confidențialitatea acestora pe baza unei simple declarații, în ceea ce privește rapoartele, buletinele și opiniile de analiza/testare/evaluare nu menționează care sunt

documentele prezentate în susținerea confidențialității care au fost considerate ca fiind legale și temeinice.

Susține că dispozițiile legale stabilesc în sarcina autorității contractante obligații exprese privind verificarea/analiza caracterului de confidențialitate a informațiilor/documentelor prezentate în oferte.

În acest sens, indică prevederile art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016, art. 66 alin. (2) lit. a), b), c) și d) și alin. (3) lit. a) din Regulamentul nr. 528/2012 privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biacide, art. 1¹ alin. (1) lit. d) din Legea nr. 11/1991 privind concurența neloială

Susține că nelegalitatea deciziei autorității contractante privind caracterul confidențial al rapoartelor de testare prezentate în cadrul ofertelor de către (...) SRL și (...) SRL vizează următoarele aspecte:

- rapoartele de testare reprezintă documente solicitate de către autoritatea contractantă în vederea îndeplinirii cerințelor minimale și obligatorii, care demonstrează activitatea antimicrobiană conform standardului EN 14885:2022 - pag. 3 paragraful 2 din caietul de sarcini;
- rapoartele de testare trebuie analizate din perspectiva aplicabilității protecției privind secretele comerciale,
- rapoartele de testare nu reprezintă documente al căror caracter confidențial să fie stabilit conform prevederilor legale;
- rapoartele de testare reprezintă documente obligatorii în procedura de avizare a produselor biocide.

Astfel, redă cerințele minimale și obligatorii pentru care se solicită rapoarte de testare (pag. 3 paragraful 1 din caietul de sarcini).

Prin răspunsul transmis în data de 4 august 2023, autoritatea contractantă nu a prezentat argumentele avute în vedere pentru reținerea caracterului confidențial al rapoartelor de testare.

Conform documentelor la care a avut acces, ofertanta (...) SRL nu a depus în susținerea rapoartelor de testare decât o declarație prin care invocă protecția confidențialității, indicând prevederile din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce rapoartele de testare depuse de către (...), aceasta a transmis ulterior depunerii ofertei, contracte încheiate în perioada 2020 - 2021 cu diferite laboratoare/institute având ca obiect elaborarea unor rapoarte de testare.

Susține că, în situația în care autoritatea contractantă a luat în considerare contractele/acordurile depuse de către ofertantă prin adresa nr. 14165/09.06.2023 ce conține clauze specifice de confidențialitate, analiza acestora determină că acestea nu sunt relevante în raporturile cu autoritatea contractantă sau în cadrul procedurii, întrucât:

- ... clauza de confidențialitate este aplicabilă exclusiv de către entitatea emitentă a raportului,
- ... - Acord de confidențialitate este aplicabil sub aspectul nedivulgării informațiilor la care acces Laboratorul (...) Ldt,

- (...), clauza de confidențialitate este aplicabilă exclusiv de către prestatorul de servicii (...),

- (...) GmbH, clauza de confidențialitate este aplicabilă exclusiv de către prestatorul de servicii (...) GmbH.

Subliniază faptul că niciunul dintre aceste rapoarte nu permite crearea unei legături cu rapoartele prezentate de către ofertantă în cadrul procedurii, iar data de semnare a acordurilor/contractelor prezentate este cu mult înainte de intrarea în vigoare a standardului 14885:2022, solicitat de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii.

Existența clauzelor de confidențialitate în cadrul unor acorduri semnate de către ofertante cu laboratoare/institute de testare nu este de natură a determina protecția confidențialității privind rapoartele de testare.

În aceste condiții cu greu se poate considera că anumite documente a căror divulgare este impusă de prevederile legale, pot fi calificate drept secrete comerciale sau alt tip de informații confidențiale, sens în care invocă Legea nr. 98/2016 și Ordinul nr. 1.761/2021 pentru aprobarea Normelor tehnice privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private, evaluarea eficacității procedurilor de curățenie și dezinfecție efectuate în cadrul acestora, procedurile recomandate pentru dezinfecția mâinilor în funcție de nivelul de risc, precum și metodele de evaluare a derulării procesului de sterilizare și controlul eficienței acestuia, precum și Regulamentul nr. 528/2012 privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocidei.

Astfel, susține că analizând prevederile legale aplicabile produselor biocide este evident că rapoartele de testare sau cel puțin rezumatul testor reprezintă informații cu caracter public, acestea demonstrând eficacitatea biocidă în funcție de tipul de produs, fiind prevăzute cerințe specifice conform Ordinului nr. 10/2010 privind aprobarea procedurii de avizare a produselor biocide care sunt plasate pe piață pe teritoriul României.

În acest sens sunt aplicabile și dispozițiile art. 156 din Legea nr. 98/2016 care vizează includerea în cadrul documentației de atribuire a specificațiilor tehnice, prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale în vederea demonstrării eficacității solicitate de către autoritatea contractantă.

În condițiile în care procedura desfășurată de către autoritatea contractantă avea ca cerință esențială de conformitate activitatea antimicrobiană conform spectrului de acțiune determinat de standardul EN 14885: 2022, confidențialitatea rapoartelor de testare echivalează cu imposibilitatea altor operatori economici de a exercita dreptul de acțiune împotriva deciziilor autorității contractante.

Invocarea protecției de confidențialitate privind rapoartele de testare, documente esențiale în verificarea conformității produselor oferite în raport de spectrul de activitate solicitat, echivalează cu imposibilitatea de a fi contestate evaluările realizate de către autoritățile contractante. Contrar aspectelor invocate de către ofertante, respectiv de către autoritatea contractantă rapoartele de testare și/sau concluziile rapoartelor de testare nu sunt de natură a reprezenta secrete comerciale/secrete tehnice, cu atât mai mult cu cât acestea stau la baza avizului solicitat pentru încadrarea ca biocide.

Existența unor rapoarte de testare, efectuate conform standardelor aplicabile sau diverse testări/documente oficiale care să ateste conformitatea produsului cu cerințele solicitate în cadrul documentației de atribuire, nu determină dreptul autorității contractante de a încadra oferta prezentată în categoria informațiilor confidențiale

Totodată, contestatoarea face trimitere la Îndrumarea privind analiza confidențialității ofertelor (Îndrumarea) emisă de către ANAP, în care se menționează în mod expres că în dovedirea caracterului de secret comercial aplicabil unor informații/documente, ofertantul ar trebui să poată demonstra că a luat măsuri rezonabile pentru protecția informațiilor declarate ca fiind secrete comerciale, printr-o politică internă de protecție a secretelor comerciale cunoscută și asumată de personalul companiei.

Mai mult, precizează că la data formulării contestației, la mai bine de 3 luni de la finalizarea procesului de evaluare, nu poate formula o contestație care să vizeze conformitatea ofertelor, având în vedere blocarea accesului la dosarul achiziției, în mod abuziv, prin invocarea protecției de confidențialitate.

Analiza protecției de confidențialitate trebuie să se realizeze în mod temeinic, obiectiv, pe baza documentelor/dovezilor prezentate și nu în temeiul unor simple declarații ale ofertanților. Prezentarea unei simple declarații de confidențialitate de către ofertantă, precum și analiza pur subiectivă efectuată de către autoritatea contractantă se dovedesc a fi insuficiente pentru a respecta cadrul legal privind accesul la documentele dosarului de achiziție publică (Hotărârea Franchet și Byk/Comisia, punctul 146, punctul 117, cauza T-245/11, ClientEarth, The International Chemical Secretariat, v. Agenției Europene pentru Produse Chimice (ECHA)).

De asemenea, contestatoarea apreciază că menținerea confidențialității rapoartelor de testare care atestă conformitatea produselor oferite în cadrul procedurii ar reprezenta o practică abuzivă din partea operatorilor economici care nu ar conduce decât la descurajarea demersurilor legale împotriva deciziilor autorităților contractante.

Orice conduită a autorității contractante care limitează dreptul unui operator economic la o parte din dosarul achiziției publice trebuie să aibă

la bază motive temeinice reprezentând dovezi clare ale unui prejudiciu ce se va produce dacă acele informații sunt aduse la cunoștința unei terțe persoane.

Verificarea confidențialității invocate în cadrul procedurii și asigurarea accesului la dosarul achiziției publice vizează exclusiv respectarea principiului egalității de tratament, al transparenței și a liberului acces la justiție, în concordanță cu caracterul public al procedurii de atribuire.

În conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită acordarea accesului la documentele dosarului care urmează a se constitui pe rolul Consiliului, inclusiv accesul la dosarul achiziției.

Totodată precizează că își rezervă dreptul de a completa contestația, după depunerea documentelor relevante de către autoritatea contractantă privind dosarul de achiziție.

Prin adresa nr. 20922/18.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 45223/21.08.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de (...) SRL prin care susține că a respectat decizia Curții de Apel Iași nr. 432/2023 și a procedat corespunzător la aplicarea acestei decizii.

Astfel, arată că în urma deciziei Curții de Apel Iași nr. 432 din 20 iulie 2023 cu privire la plângerea formulată de SC (...) SRL împotriva deciziei Consiliului nr. (...), a procedat la verificarea în detaliu a documentelor declarate confidențiale de către cele două ofertante (...) SRL și (...) SRL în urma cărora s-a întocmit procesul-verbal nr. 19319/31.07.2023 prin care s-au reținut următoarele:

- Rapoartele, buletinele și opiniile de analiză/testare/evaluare, ale (...) SRL și (...) SRL rămân în continuare confidențiale, întrucât provin de la diferite laboratoare de testare și experți iar divulgarea acestora ar prejudicia interesele legitime ale producătorului, ar denatura concurența și ar putea periclita posibilitatea de a adjudeca alte proceduri de atribuire cu obiect similar fiind astfel exceptate de la punerea la dispoziția (...) SRL.

Prin adresa nr. 21631/30.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 47893/31.08.2023, autoritatea contractantă a transmis documentele emise ulterior deciziei nr. (...)/28.06.2023.

În data de 14.09.2023, înregistrate la Consiliu cu nr. 50462/15.09.2023, ca urmare a studierii dosarului cauzei, reiterând solicitările și susținerile din cuprinsul contestației, prezentând totodată argumente suplimentare în susținerea criticilor formulate.

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

Pentru încheierea, pe loturi, a acordului-cadru de *furnizare de dezinfectanți 2023 - 2025*, cod CPV 24455000-8 *Dezinfectanți* (Rev. 2), (...), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație

deschisă, online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1051387/22.01.2023.

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a acordului – cadru este de 1.307.306,40 lei (fin care, pentru lotul 8 contestat 1.728 lei), fără TVA, criteriul de atribuire este "prețul cel mai scăzut", iar depunerea ofertelor a fost stabilită la data de 14.03.2023, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de faptul că autoritatea contractantă a stabilit în mod nelegal caracterul confidențial al rapoartelor de testare (rapoarte, buletine și opinii de analiză/testare/evaluare) depuse în cadrul ofertei de (...) SRL și (...) SRL, pentru lotul 8, (...) SRL a depus contestația în analiză, solicitând cele reținute în partea introductivă a deciziei.

Cu respectarea prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că societatea contestatoare a constituit cauțiunea în valoare de 564,00 lei, conform recipisei de consemnare nr. 209413712/1, emisă de CEC Bank, Sucursala Piața Victoriei, la data de 17.08.2023.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, împotriva raportului procedurii nr. 13249/30.05.2023 (secțiunea 2.4.8) și a răspunsurilor autorității contractante privind informațiile considerate confidențiale din ofertele (...) SRL și (...) SRL pentru lotul 8, (...) SRL a depus contestație care a fost admisă, în parte, prin decizia Consiliului nr. (...) din data de 28.06.2023. Prin această decizie, Consiliul a dispus următoarele: "... anulează răspunsurile autorității contractante datele 31.05.2023 și 09.06.2023, în partea care privește lotul 8. Obligă autoritatea contractantă la clarificarea temeinică cu ofertantele (...) SRL și (...) SRL și la verificarea atentă a incidenței dispozițiilor legale privind confidențialitatea. Ulterior stabilirii documentelor și informațiilor din ofertele (...) SRL și (...) SRL care sunt dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale ori protejate de un drept de proprietate intelectuală, cu respectarea celor statuate mai sus și a art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă va comunica societății contestatoare, la adresa office@synttergy.ro, documentele care i-au fost solicitate, cu excepția celor pentru care va stabili că sunt confidențiale, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii.

Respinge în rest contestația, ca nefondată, inclusiv în ceea ce privește capătul de cerere de obligare a autorității la plata cheltuielilor ocazionate de formularea contestației."

Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere de (...) SRL și admisă prin decizia nr. 432/2023 din 20.07.2023, emisă de Curtea de Apel Iași, Secția Contencios administrativ și fiscal (dosar nr. 634/45/2023).

Din decizia nr. 432/2023 din 20.07.2023, emisă de Curtea de Apel Iași, Secția Contencios administrativ și fiscal (dosar nr. 634/45/2023) sunt reținute următoarele: "... Referitor însă la statuările Consiliului ... cuprinse în considerentele deciziei contestate, **cu privire la faptul că buletinele, rapoartele, opiniile de analiză/testare/evaluare sunt**

confidențiale doar pentru motivul că ofertanții (...)SRL și (...) SRL au indicat, în adresele lor de răspuns transmise la solicitările de clarificări ale autorității contractante, paragrafele privind testările efectuate la laboratoarele din înscrisurile anexate răspunsurilor, Curtea apreciază că un asemenea argument nu poate justifica reținerea caracterului confidențial al documentelor respective, situație în care se impune ca verificarea autorității contractante privind temeinicia probelor prezentate de cei doi ofertanți în declararea confidențialității documentelor indicate în acest sens, să se extindă și cu privire la acestea, avându-se în vedere toate temeiurile legale și criteriile dezvoltate în această privință în decizia Consiliului ... Pentru aceste considerente, Curtea va admite prezenta plângere, modificând în parte decizia atacată în sensul precizat anterior ...”.

Având în vedere că cele dispuse prin decizia nr. 432/2023 din 20.07.2023, emisă de Curtea de Apel Iași, Secția Contencios administrativ și fiscal (dosar nr. 634/45/2023), sunt în strânsă legătură cu temeiurile legale și criteriile dezvoltate în această privință în decizia Consiliului anterior emisă, se va reține din cuprinsul acesteia cele constatate:

«... La procedură, pentru lotul 8 – „Produs dezinfectant pentru dezinfecția suprafețelor și aeromicroflorei prin nebulizare”, s-au prezentat patru operatori economici, între care și (...) SRL, a cărei ofertă a fost clasată pe locul secund, câștigătoare fiind desemnată oferta (...)SRL, iar oferta (...) SRL a fost clasată pe ultimul loc, prin raportul procedurii nr. 13249/30.05.2023. Ca urmare a postării acestuia în SEAP la 31.05.2023, (...) SRL a înaintat autorității achizitoare, pe cale electronică, cererea nr. 3601/31.05.2023:

[...] solicităm, Autorității contractante, (...), în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și al Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, următoarele:

- Asigurarea accesului la dosarul de achiziție publică al procedurii - Lotul 8 - Produs dezinfectant pentru dezinfectia suprafețelor si aeromicroflorei prin nebulizare, incluzând, în mod obligatoriu **accesul la propunerea tehnică si propunerea financiară a ofertanților SC (...)SRL și SC (...) SRL**

Solicitam ca **informațiile solicitate sa fie comunicate, în format electronic**, în cadrul termenului indicat, la următoarea adresa de e-mail: office@synttergy.ro.

Răspunsul autorității, expediat tot prin poșta electronică, a fost:

[...] **va acordam accesul** la dosarul achiziției „Furnizare Dezinfectanti 2023-2025”, **mai puțin accesul la informațiile prezentate de SC (...) SRL si SC (...)SRL** întrucât acestea au fost declarate confidențiale, așa cum a fost menționat în Raportul procedurii:

SC (...) SRL - toate documentele aferente loturilor 1, 2, 8 si 10 încărcate în SEAP la secțiunea „Documente de oferta tehnica” si denumirile produselor ofertate la loturile 1, 2, 8 si 10 încărcate în SEAP la secțiunea „Oferta financiara”.

SC (...)SRL - Propunerea tehnică (Compoziție, Structură, Utilizări speciale/relevante, Compatibilitatea cu alte produse; Propunerea Tehnică

conține documente: Avizul, Fișa Tehnică, Fișa cu Date de Securitate, Eticheta, Buletine de analiză, Rapoartele de testare). [...]

Văzând acest răspuns, (...) SRL a revenit la autoritate formulând notificarea nr. 3733/08.06.2023, cu următorul conținut:

[...] NOTIFICARE

Prin care vă solicităm într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii prezentei, **accesul neîngrădit la dosarul de achiziție publică, în formă electronică, incluzând propunerile tehnice și propunerile financiare prezentate de SC (...) SRL si SC (...) SRL.**

În susținerea prezentei Notificări, vă solicităm să luați în considerare următoarele aspecte de fapt și de drept:

i. În urma analizei Răspunsul transmis, precum și a Raportului de atribuire a procedurii considerăm că nu sunt identificate elemente probante în susținerea confidențialității ofertelor, nefiind întrunite cerințele impuse de prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

ii. Pentru a evita o situație de evidentă neconformitate a ofertelor prezentate, menționăm că o simplă declarație din partea unui Ofertant către Autoritatea Contractantă de a nu fi comunicate informațiile cuprinse în cadrul Ofertei nu este suficientă pentru a determina protecția confidențialității.

iii. Din coroborarea prevederilor legale art. 217 din Legea nr. 98/2016 și a prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016, rezultă în mod clar că nu pot fi declarate confidențiale ofertele tehnice și financiare în integralitatea lor, ci doar anumite informații din acestea, și acelea în mod motivat, nu discreționar sau chiar arbitrar/abuziv.

iv. Simpla invocare a unor prevederi legale privind confidențialitatea, fără prezentarea dovezilor relevante, nu este de natură a determina protecția confidențialității și nici nu este de natură a respinge solicitarea formulată de către SC (...) SRL privind accesul la dosarul achiziției.

v. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant la raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare.

vi. Caracterul confidențial al unei oferte nu se prezumă și nu se invocă exclusiv formal, fiind necesar să reiasă din declarația de confidențialitate care este „secretul comercial/tehnic” sau „dreptul de proprietate intelectuală” care necesită protecția confidențialității.

vii. Dispozițiile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 prevăd în mod expres că "informațiile indicate de operatorii economici ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor, trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)".

viii. În conformitate cu prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ofertanții au obligația să motiveze caracterul confidențial, clasificat sau protejat de un drept de proprietate intelectuală al informațiilor pe care le indică ca fiind confidențiale, prezentând nu numai argumente (de natură subiectivă) ci și dovezi în acest sens.

ix. În raport de cele anterior menționate, refuzul Autorității Contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice în integralitate, lipsită de eficacitate juridică, nu constituie o măsură justificată obiectiv, reprezentând o acțiune care lipsește de conținut dreptul de a solicita accesul la dosarul achiziției și liberul acces la informații de interes public, încălcând în mod grav principiul transparenței și lezând drepturile și interesele (...) SRL.

x. În situația în care Autoritatea Contractantă înțelege să susțină în continuare, în mod nelegal o protecție de confidențialitate a ofertelor indicate, care nu întrunește cerințele legale pentru asigurarea confidențialității, (...) SRL urmează a iniția procedurile legale care se impun pentru obținerea dreptului de acces la dosarul achiziției publice și pentru protejarea drepturilor și intereselor legitime garantate de prevederile legale aplicabile.

xi. Concluzionând, vă solicităm într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii prezentei, accesul neîngrădit la dosarul de achiziție publică, incluzând propunerea tehnică și propunerea financiară depuse de către SC (...) SRL și SC (...) SRL în cadrul procedurii - licitație deschisă publicată în SICAP sub numărul Furnizare Dezinfectanți 2023-2025 prin transmiterea documentelor în format electronic la următoarea adresa de e-mail: office@synttergy.ro.

xii. În situația în care este menținut refuzul privind accesul la dosarul procedurii de atribuire, solicităm Autorității Contractante să ne comunice dovezile prezentate de către ofertanții SC (...) SRL și SC KLINTESTV SRL în susținerea caracterului confidențial al ofertelor, precum și verificările efectuate de către Autoritatea Contractantă privind temeinicia și legalitatea declarațiilor de confidențialitate prezentate.

În replică, unitatea spitalicească a comunicat notificantului:

Referitor la adresa nr. 3733/8.06.2023, vă reamintim faptul că în urma adresei formulate de dumneavoastră nr. 36011/31.05.2023, ați fost invitat de către unitatea noastră, în data de 06.06.2023 în intervalul 09:00-12:00 la sediul Spitalului Clinic de Recuperare Iași, strada Pantelimon Halipa nr. 14, în vederea consultării dosarului de achiziție „Furnizare dezinfectanți 2023-2025”, cu excepția informațiilor declarate de SC (...) SRL și SC (...) SRL ca fiind confidențiale.

Astfel, vă informăm că ne menținem decizia prin care vă putem acorda accesul la informațiile solicitate, cu excepția celor mai sus menționate, la sediul unității noastre.

Împotriva celor două răspunsuri primite de la autoritate și a mențiunilor legate de confidențialitate din raportul procedurii, (...) SRL a investit forul jurisdicțional cu soluționarea contestației [...]

Trecând la cercetarea fondului cauzei, Consiliul observă că (...) SRL *nu* își îndreaptă demersul litigios împotriva rezultatului evaluării ofertelor concurente, respectiv împotriva admiterii acestora de către spital, ci doar față de consemnările autorității de la secțiunea 2.4.8 a raportului procedurii și de răspunsurile date solicitărilor de acces la totalitatea documentelor depuse la licitație de către (...) SRL și (...) SRL. De altminteri, prin concluziile sale înregistrate la Consiliu cu nr. 34208/ 26.06.2023, **reclamanta confirmă expres** (pag. 14, la care se adaugă extrasele de pe Internet atașate concluziilor) **că are cunoștință că produsul oferat de (...) SRL este (...) și**

că (...) SRL a oferat produsul (...)b, față de care nu ridică nicio obiecțiune de necompliance cu specificațiile caietului de sarcini. [...]

În consecință, este vădit nefondat capătul de cerere din contestație de anulare a secțiunii 2.4.8 din raportul procedurii (lotul 8), confidențialitatea informațiilor ofertanților nefiind stabilită prin respectiva secțiune.

În schimb, sunt parțial întemeiate celelalte capete de cerere din contestație, legate de permiterea limitată a accesului la consultarea documentelor ofertelor concurente, fără o minimă circumstanțiere/particularizare în funcție de realitatea caracterului confidențial al acestora.

Legat de consultarea documentelor dosarului autorității contractante, relevante sunt dispozițiile art. 57, 65 și 217 din Legea nr. 98/2016:

Art. 57. - (1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

[...]

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1).

Art. 65. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a asigura protejarea integrității datelor, a confidențialității ofertelor și a solicitărilor de participare în cadrul tuturor operațiunilor de comunicare, transmitere și stocare a informațiilor.

(2) Conținutul ofertelor și al solicitărilor de participare, precum și cel al planurilor/proiectelor în cazul concursurilor de soluții este confidențial până la publicarea raportului procedurii.

(3) Autoritatea contractantă ia cunoștință de conținutul ofertelor, al solicitărilor de participare sau al planurilor/proiectelor în cazul concursurilor de soluții numai de la data stabilită pentru deschiderea acestora.

Art. 217. - [...] (4) Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice are caracter de document public.

(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu

poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii.

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

Fișa de date a achiziției a prevăzut, la pct. IV.4.3 – „Modul de prezentare al ofertei”:

Ofertantul va elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și va indica în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Din corespondența redată mai sus rezultă că reclamanta a solicitat autorității accesul la ofertele concurente, prin comunicarea lor în format electronic, iar autoritatea i-a răspuns, în două rânduri, că îi permite consultarea dosarului aferent procedurii de atribuire, la sediul său, cu excepția informațiilor declarate confidențiale. Așadar, formal, (...) a respectat dispozițiile legale citate, în sensul că a răspuns rapid și a permis accesul la documente, cu excepția acelor declarate confidențiale, la sediul său, deci cu amendamentul că nu a permis consultarea la distanță (prin comunicarea documentelor în mod electronic).

Prezenta speță problematizează nu doar asigurarea accesului ofertanților la înscrisurile provenind de la concurenții lor, ci și modalitatea în care este permis acest acces, de către autoritatea achiziitoare.

Se cuvine a fi punctat, *in limine litis*, că dispozițiile procedurale ale art. 19 din legea remediilor:

Art. 19. - (1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

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

achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

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

nu obligă forul administrativ-jurisdicțional să permită accesul părților cauzei la totalitatea documentelor dosarului constituit la Consiliu, cererea putând fi admisă sau respinsă, în tot sau în parte, motivat, asemenea oricărei cereri dată în competența sa de soluționare. De asemenea, art. 19 nu stabilește un termen pentru asigurarea accesului, după cum nu interzice nici posibilitatea ca accesul să fie permis după adoptarea deciziei de soluționare a contestației. În plus, părțile nu pot abuza de dispozițiile precitate pentru a forța Consiliul să se antepună asupra contestației prin permiterea accesului chiar la documentele al căror caracter confidențial face obiectul disputei litigioase. De exemplu, prin Decizia nr. 757/C9/569/03.04.2023, „*[Î]ntrucât s-a admis cererea contestatoarei de obligarea a autorității contractante la punerea la dispoziție a ofertelor criticate, cu respectarea celor din motivare și a dispozițiilor legale, nu s-a mai considerat necesară invitarea contestatoarei la studiul dosarului la sediul Consiliului.*”, așadar cererea de studiu a fost respinsă, acesta nefiind util Consiliului în soluționarea cauzei.

(...)SRL a prezentat în ofertă (fila 37 din dosarul II numerotat și transmis de autoritate) o declarație de confidențialitate potrivit căreia propunerea tehnică include mai multe elemente de confidențialitate, după cum le-a enumerat și autoritatea contractantă în raportul procedurii. Prin urmare, documentele de calificare și propunerea financiară ale (...)SRL nu intră sub protecția de confidențialitate, potrivit declarației semnate chiar de către ofertant (reprezentat de doamna administrator Stanciu Geanina Magdalena), putând fi puse neîngrădit la dispoziția (...) SRL.

Pe de altă parte, pe fondul cererii de acces în discuție, nu poate fi acceptată *per se*, fără o minimă analiză, explicația din cadrul respectivei declarații, care secretizează *in integrum* propunerea tehnică (filele 227-274 din dosarul II):

1. Propunerea tehnică conține următoarele informații confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele de confidențialitate:

Compoziție, Structură, Utilizări speciale/relevante, Compatibilitatea cu alte produse; Propunerea Tehnică conține documente: Avizul, Fișa Tehnică, Fișa cu Date de Securitate, Eticheta, Buletine de analiză, etc., sunt specifice produsului respectiv care a necesitat costuri pentru producător și nu suntem de acord să le punem la dispoziția competitorilor;

- Rapoartele de testare sunt făcute în laboratoare specializate din Uniunea Europeană și pentru care s-au plătit sume considerabile și nu suntem de acord să le punem la dispoziția competitorilor;

Sunt informații în care s-au investit sume destul de mari pentru obținerea acestor produse și constituie secret de fabricație.

În aparență și până la proba contrară, de pildă, avizul BIO emis de o instituție publică din România, fișa cu date de securitate, eticheta, modul de utilizare ale produsului dezinfectant ofertat (Desogen Aero) nu pot reprezenta

În principiu documente confidențiale, din moment ce datele pe care le cuprind sunt de interes public, mai ales pentru sănătatea publică, respectiv servesc informării oricărui utilizator al dezinfectantului, care trebuie se le cunoască înainte de a îl utiliza. Situația este similară și pentru „declarația privind valabilitatea avizelor biocide”, „declarația de calitate”, „certificatul de conformitate”, care nu relevă nicio informație susceptibilă a constitui vreun „secret”. Nici fișa tehnică, până la proba contrară, *quod non*, nu poate fi secretizată (cu atât mai puțin în întregime), din moment ce ea poate fi accesată liber pe internet chiar de pe siteul ofertantului ([https://\(...\).com/wp-content/fise/FISA%20TEHNICA%20DESOGEN%20AERO.pdf](https://(...).com/wp-content/fise/FISA%20TEHNICA%20DESOGEN%20AERO.pdf)). Inclusiv fișa de securitate este disponibilă pe același site ([https://\(...\).com/wp-content/fise/FISA%20CU%20DATE%20DE%20SECURITATE%20DESOGEN%20AERO.pdf](https://(...).com/wp-content/fise/FISA%20CU%20DATE%20DE%20SECURITATE%20DESOGEN%20AERO.pdf)). Situația este similară pentru avizul nr. 5634 BIO/02/12.24, emis de Comisia Națională pentru Produse Biocide, care poate fi vizualizat la [https://dezinfectant-maini.ro/\(...\)-desogen-aero-virucid-dezinfectant-suprafete-si-microaeroflora-5-l](https://dezinfectant-maini.ro/(...)-desogen-aero-virucid-dezinfectant-suprafete-si-microaeroflora-5-l). Fiind documente care pot fi accesate ușor și neîngrădit de oricine în spațiul internet, deci și-au pierdut caracterul confidențial, ele nu pot fi supuse unui regim de protecție.

În Ghidul de redactare a fișelor cu date de securitate, ver. 4.0, decembrie 2020, elaborat de Agenția Europeană pentru Produse Chimice și disponibil la https://echa.europa.eu/documents/10162/13643/sds_ro.pdf/57f8515b-1968-428c-9458-874c55ddeaeab, la pct. 2.3 se afirmă textual că: *„Nu se poate solicita păstrarea confidențialității informațiilor care trebuie să apară în cadrul unei fișe cu date de securitate.”*

Concentrațiile substanțelor active sunt regăsite și în Registrul Național al Produselor Biocide postat pe site-ul Ministerului Sănătății, registru care este un document public.

În legătură cu tabelul de propunere tehnică (filele 240-242, în numerotarea autorității), specificațiile produsului de la lotul 8 se află la pag. 28-32 din acesta și repetă, în cea mai mare parte, specificațiile avute ca reper din caietul de sarcini, iar cum acestea din urmă sunt publice înseamnă că, *prima facie*, specificațiile similare din tabel nu constituie „secrete tehnice sau comerciale”. În absența însoțirii de vreun mijloc probatoriu punctual care să acopere specificațiile din tabel, astfel cum impune legislația invocată, nefiind suficiente argumentele simpliste de ordin general din declarația de confidențialitate, nu se poate desprinde vreo prezumție de confidențialitate a tabelului propunerii tehnice *pentru lotul 8*.

Propunerea tehnică, în întregime, nu poate reprezenta o concepție proprie a (...)SRL, din moment ce obiectul achiziției a fost stabilit de către (...) în caietul de sarcini și el constă în furnizarea de diverse produse uzuale de dezinfecție spitalicească, având specificațiile comune menționate în caiet.

Pe de altă parte, achiziția (lotul 8) nu are un obiect complex, ci cuprinde produse de dezinfecție uzuale, și nu presupune nicio concepție proprie a ofertanților care să fie eventual protejată ca drept de proprietate intelectuală.

(...)SRL nu a demonstrat nicăieri, nici concret și nici teoretic, în ce constă concepția intelectuală proprie și în ce fel trebuie ea protejată. De asemenea, cum s-a arătat mai sus, nu a adus nicio probă

care să conducă la secretizarea specificațiilor produsului Desogen Aero.

Singurele mijloace de probă sunt cele furnizate în urma solicitării autorității contractante nr. 14139/09.06.2023 (ulterioară comunicării rezultatului achiziției), pe care **forul de jurisdicție le găsește pertinente și concludente, ceea ce exceptează de la punerea la dispoziția (...) SRL a buletinelor și rapoartelor de analiză/testare/evaluare provenind de la Instituto Valenciano de Microbiologia, laboratorul Quality Assurance and Control Systems Ltd, laboratorul Midac și (...)s GmbH.**

Concluzionând, problema accesului la informațiile (...)SRL putea și trebuia să facă obiectul unei solicitări de clarificare *punctuală* din partea autorității, chiar dacă etapa de evaluare a fost finalizată, solicitare supusă art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 – *„În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.”* – secondat de art. 134 alin. (1) din normele metodologice de aplicare a legii – *„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.”*

Discutăm despre edificarea asupra confidențialității cuprinsului ofertei pentru lotul 8 (mai exact a anumitor părți din ofertă), tocmai pentru a se determina dacă aceasta este sau nu supusă regimului de protecție, iar autoritatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba confidențialitatea ofertelor la procedură. *Mutatis mutandis*, jurisprudența Consiliului este constantă în sensul că orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe simple presupuneri care ar favoriza ori defavoriza ofertanții. Solicitarea autorității trebuie să răspundă dispozițiilor imperative ale art. 134 alin. (4), solicitare necesară pentru ca autoritatea beneficiară să nu fie nevoită să deducă ea însăși elemente esențiale ale ofertelor, pe baza unor informații insuficiente.

În adresa nr. 14139/09.06.2023, în mod judicios, (...) informează (...)SRL despre cererea (...) SRL de acces inclusiv la propunerile tehnică și financiară ale (...)SRL, însă răspunsul nr. 8317/09.06.2023 furnizat de această din urmă societate (filele 689 și 690 din dosarul III) este de ordin general, cu excepția paragrafelor privind testările efectuate la laboratoarele din înscrisurile anexate răspunsului.

Dacă dorește să beneficieze de regimul de protecție pe bază de confidențialitate, (...)SRL trebuie să indice și să dovedească punctual, respectiv cu menționarea /

p din documentele propunerii tehnice care sunt acele informații

pe care le dorește a fi protejate și care sunt argumentele concrete și probele în sprijinul acestora. În caz contrar, respectivele documente vor putea fi supuse accesului spre consultare de către (...) SRL, fie la sediul unității spitalicești,

fi
e

p

r
i
ele
c
ă.

Consiliul pune în vedere părților, cu precădere autorității achizitoare, următoarele concluzii desprinse din Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700:

- autoritatea nu trebuie, ca regulă, să comunice informațiile considerate confidențiale;

- **simpliciter declarația de confidențialitate a ofertei nu este suficientă pentru secretizarea ei, ofertantul trebuind să argumenteze caracterul confidențial, stabilind, de exemplu, că ea conține secrete tehnice sau comerciale, că ar putea fi utilizată pentru denaturarea concurenței sau că divulgarea i-ar putea fi prejudiciabilă;**

- autoritatea trebuie ca, înainte de a comunica informații din ofertă, să dea ofertantului vizat posibilitatea să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora;

- **refuzul autorității de acordare a accesului la informațiile din oferte trebuie motivat, menționând de ce consideră că ele sunt confidențiale;**

- **autoritatea poate să comunice într-o formă rezumată anumite aspecte ale ofertei, precum și caracteristicile ei tehnice, astfel încât informațiile confidențiale să nu poată fi identificate. De asemenea, ea poate solicita ofertanților să îi furnizeze o versiune neconfidențială a documentelor;**

- ori de câte ori decide să comunice informații declarate confidențiale, autoritatea este obligată să înștiințeze în prealabil și în timp util ofertantul căruia îi aparțin, pentru a îi permite acestuia să ceară autorității sau instanței să suspende respectiva decizie, astfel încât să nu îi fie cauzat un prejudiciu iremediabil.

Așadar, în corespondența care se impune cu (...)SRL, Spitalul îi poate cere nu doar indicațiile și dovezile punctuale, ci chiar o

v
e

ne
c

onfidențială a documentelor ce urmează a fi furnizată societății contestatoare.

Potrivit Hotărârii din 17 noiembrie 2022, ANTEA POLSKA și alții, C-54/21, EU:C:2022:888, art. 18 alin. (1), art. 21 alin. (1) și art. 55 alin. (3) din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă:

- trebuie, pentru a stabili dacă va refuza, unui ofertant a cărui ofertă a

fost respinsă, accesul la informațiile pe care ceilalți ofertanți le-au prezentat în

legătură cu experiența lor relevantă și cu referințele referitoare la aceasta, în legătură cu identitatea și calificările profesionale ale persoanelor propuse pentru executarea contractului și ale subcontractanților și în legătură cu concepția proiectelor a căror realizare este preconizată în cadrul contractului de achiziții și cu modul de executare a acestuia, să aprecieze dacă aceste informații au o valoare comercială care nu se limitează la contractul de achiziții publice în cauză, divulgarea lor fiind de natură să aducă atingere unor interese comerciale legitime sau concurenței loiale;

- poate, pe de altă parte, să refuze să acorde accesul la aceste informații atunci când, deși acestea nu au o astfel de valoare comercială, divulgarea lor ar împiedica aplicarea legii sau ar fi contrară unui interes public și

- trebuie, atunci când este refuzat accesul integral la informații, să acorde ofertantului menționat acces la conținutul esențial al acelorași informații, astfel încât să fie asigurată respectarea dreptului la o cale de atac efectivă.

După cum a statuat și Curtea Constituțională, se impune ca autoritățile contractante, Consiliul și instanțele de judecată să nu divulge informații care ar putea denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, *fie în cadrul unor proceduri ulterioare. Există o prezumție generală potrivit căreia accesul la oferte aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale ale ofertanților. Procedura din fața Consiliului nu poate fi transformată într-un mijloc care să aibă drept scop consultarea de către contestator a înscrisurilor din ofertele concurenților, întrucât ar rupe echilibrul și ar crea avantaje concurențiale incorecte.* Ține de interesul privat faptul că accesul la documentele declarate confidențiale s-ar putea dovedi necesar pentru formularea apărării în cadrul unei acțiuni și nu poate constitui un interes public superior care să justifice divulgarea informațiilor. Aceste aprecieri aparțin Curții în Decizia nr. 610 din 30 septembrie 2021, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1184 din 14 decembrie 2021.

Prin urmare, după o nouă corespondență de determinare în concret a acelor părți dovedite a fi confidențiale cu (...)SRL, (...) **va trebui să îi acorde (...) SRL accesul la documentele neconfidențiale depuse de către (...)SRL la lotul 8, precum și la cele confidențiale în cuprinsul cărora au fost anonimizate paragrafelor stabilite a fi confidențiale, cum impune legislația achizițiilor publice, coroborată cu „legislația privind / acces la informațiile de interes public”. Accesul se va asigura prin mijloace electronice,** astfel cum a solicitat expres contestatoarea, întrucât nu

există nicio prevedere legală care să interzică accesul prin mijloace electronice. Dimpotrivă, în baza art. 7 alin. (3) din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, obținerea informațiilor de interes public se poate realiza, dacă sunt întrunite condițiile tehnice necesare, inclusiv *în format electronic*. Opțiunea legală a obținerii lor în acest format *aparține solicitantului* și nu depinde de preferința deținătorului de a le pune la dispoziție doar în format fizic, pe hârtie, dacă le are disponibile pe suport electronic (sau le poate prelucra și transmite ca fișiere electronice). Mai mult, în conformitate cu art. 64 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, orice comunicare, solicitare, informare, notificare și altele asemenea, prevăzute de respectiva lege, sunt transmise în scris, *prin mijloace electronice* de comunicare sau, ca excepție, prin alte mijloace decât cele electronice. [...]

De altminteri, ar reprezenta o absurditate juridică a se permite obținerea de către persoanele interesate a informațiilor în format electronic în baza art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, însă obținerea de către ofertanți a acelorași informații în baza art. 217 alin. (6) din lege să fie permisă numai în format letric, cu deplasarea lor la sediul autorităților contractante, respectiv cu alocarea de timp și de costuri substanțiale pentru a ajunge la sediul autorității (spitalul are sediul în Iași, iar contestatoarea în Cluj-Napoca, distanța rutieră dintre cele două localități fiind de aproape 400 km), pe lângă perspectiva ecologică.

Aceeași abordare este regăsită și în practica administrativă statornică a Consiliului, care asigură părților accesul inclusiv în format electronic la documentele informatice neconfidențiale din dosarele cauzelor pe care le deține (le pune la dispoziție pe suport optic sau memory stick). Aceste documente le sunt transmise prin mijloace electronice părților interesate, în urma aprobării cererilor lor în acest scop, sau le sunt furnizate pe suport corespunzător la sediul Consiliului.

Accesul liber și neîngrădit al persoanelor la orice informații de interes public constituie unul dintre principiile fundamentale ale relațiilor dintre persoane și autoritățile publice, în conformitate cu Constituția României și cu documentele internaționale ratificate de Parlamentul României, postulează încă din primul său articol Legea nr. 544/2001. Art. 31 alin. (1) și (2) din Constituție consacră dreptul persoanei la informație:

(1) Dreptul persoanei de a avea acces la orice informație de interes public nu poate fi îngrădit.

(2) Autoritățile publice, potrivit competențelor ce le revin, sunt obligate să asigure informarea corectă a cetățenilor asupra treburilor publice și asupra problemelor de interes personal.

Autoritățile și instituțiile publice au obligația să își desfășoare activitatea într-o manieră deschisă față de public, în care accesul liber și neîngrădit la informațiile de interes public să constituie regula, iar *limitarea accesului la informație să constituie excepția*, în condițiile legii [art. 2 lit. a) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 544/2001, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 123/2002].

În Strategia națională anticorupție pe perioada 2016-2020, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 583/2016, una dintre valorile fundamentale care trebuie asumate de toate instituțiile și autoritățile publice este transparența,

conform căreia reprezentanții instituțiilor și autorităților publice vor asigura accesul neîngrădit la informațiile de interes public.

În baza Legii nr. 544/2001, orice autoritate contractantă are obligația să pună la dispoziția persoanei fizice sau juridice interesate, în condițiile prevăzute la art. 7 (deci inclusiv în format electronic), contractele de achiziții publice, contracte care, în baza art. 147 alin. (1) lit. a) și b) din normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, au cel puțin următoarele anexe, *ca parte integrantă*:

a) caietul de sarcini, inclusiv clarificările și/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice și financiare;

b) oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare.

Prin urmare, propunerea tehnică, propunerea financiară și clarificările din perioada de evaluare sunt anexe ale contractului, incorporate în contract, iar acesta are caracter de document public, cu excepțiile discutate mai sus și reiterate la pct. 2.5.3. din anexa nr. 1 la Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 544/2001:

2.5.3. Contractele de achiziții publice cu valoarea de peste 5.000 euro - fiecare autoritate contractantă căreia i se aplică prevederile Legii nr. 544/2001, cu modificările și completările ulterioare, va publica contractele de achiziție publică, conform Hotărârii Guvernului nr. 901/2015 privind aprobarea Strategiei naționale în domeniul achizițiilor publice și cu aplicarea art. 217 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. **Fiecare autoritate contractantă are obligația de a asigura protejarea acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. În cazul clauzelor de confidențialitate, nepublicarea pe site-ul autorității contractate va fi motivată.**

La nivel european, dreptul de acces la documentele instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor Uniunii Europene este protejat de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene și constituie un drept fundamental special. Astfel, potrivit articolului 42 din Carta drepturilor fundamentale, orice cetățean al Uniunii și orice persoană fizică sau juridică care are reședința sau sediul social într-un stat membru are dreptul de acces la aceste documente, indiferent de suportul pe care se află aceste documente (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 29 noiembrie 2012, Thesing și Bloomberg Finance/BCE, T-590/10, EU:T:2012:635, punctul 73). În plus, conform considerentului (1) al Regulamentului nr. 1049/2001, acesta se înscrie în voința exprimată la articolul 1 al doilea paragraf TUE, introdus prin Tratatul de la Amsterdam, de a marca o nouă etapă în procesul de creare a unei uniuni din ce în ce mai strânse între popoarele Europei, în care deciziile sunt luate în modul cel mai transparent posibil și cât mai aproape posibil de cetățean. Așa cum se amintește în considerentul (2) al regulamentului respectiv, dreptul de acces public la documentele instituțiilor este legat de caracterul democratic al acestora din urmă (Hotărârea Curții din 1 iulie 2008, Suedia și Turco/Consiliul, C-39/05 P și C 52/05 P, EU:C:2008:374, punctul 34, Hotărârea din 21

septembrie 2010, Suedia și alții/API și Comisia, C-514/07 P, C-528/07 P și C-532/07 P, EU:C:2010:541, punctul 68, și Hotărârea din 21 iulie 2011, Suedia/MyTravel și Comisia, C-506/08 P, EU:C:2011:496, punctul 72).

Recapitulând, autoritățile și instituțiile publice sunt obligate să asigure persoanelor, la cererea acestora, informațiile de interes public solicitate în scris sau verbal [art. 6 alin. (2) din Legea nr. 544/2001]. În cazul în care unele fragmente nu pot fi puse la dispoziția (...) SRL, autoritatea poate recurge la anonimizarea lor, după cum prevede art. 22 alin. (2¹) din normele acestei legi:

(2¹) În situația în care informația publică solicitată se află pe un înscris care conține atât informații la care accesul este liber, cât și informații exceptate de la liberul acces, informația publică solicitată va fi comunicată, după anonimizarea informațiilor exceptate, prevăzute la art. 12 din Legea nr. 544/2001, cu modificările și completările ulterioare.

sau, dacă nu dispune de posibilități tehnice de realizare a anonimizării, poate solicita ofertantului versiunea anonimizată a documentului în discuție din oferta sa.

Situația documentelor ofertei (...) SRL este, în mare parte, asemănătoare, concluziile de mai sus rămânând valabile, desigur, schimbând ceea ce este de schimbat. Astfel, societatea a depus „Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial” (fila 14 din vol. II):

Către,

SPITALUL CLINIC DE RECUPERARE IASI

Adresa: Strada: Halipa Pantelimon, nr. 14, Iasi

Subsemnata, Cruceanu Alina Oana, reprezentant al societatii S.C. (...) S.R.L., avand calitatea de ofertant, precizez ca urmatoarele informații din propunerea tehnica si urmatoarele elementele din propunerea financiara si/sau fundamentari/ justificari de pret/cost:

a. Toate documentele aferente loturilor 1, 2, 8, 10 incarcate in SEAP la secțiunea: "Documente de oferta tehnica"

b. Denumirile produselor ofertate la loturile 1, 2, 8, 10, incarcate in SEAP la secțiunea: "Oferta financiara"

Conform art. 123, alin (1) din HG 395/2016, precizam ca motivele pentru care partile/informatiile mai sus mentionate din propunerea tehnica sunt confidențiale sunt urmatoarele:

Aceste documente conțin secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite prin lege, și divulgarea acestora are prejudicia interesele legitime ale producătorilor, în special în ceea ce privește secretele comerciale și proprietatea intelectuală.

In susținerea celor mentionate mai sus, depunem la prezenta procedura atat declarație din partea producătorului(...) (...) GmbH, cat si declarație din partea societatii noastre SC (...) SRL.

Data completării: 13.03.2023

Totodată, aceeași semnatară, a mai depus o „Declarație de confidențialitate”, neînregistrată, nedatată și neadresată nimănui, deci susceptibilă de a nu avea nicio valoare în cadru licitației derulate de

(...), nereieșind de nicăieri că are vreo legătură concretă cu aceasta, declarație potrivit căreia:

Noi, S.C. (...) S.R.L. cu sediul în Ploiești, str. Piramidei nr. 8, jud. Prahova, România, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Prahova sub numărul J29/2280/1993, având codul de identificare fiscală R04621450, reprezentată legal de dna Cruceanu Alina Oana - Director, vă transmitem următoarele aspecte:

Prin termenul informație înțeleg orice data, document, raport de testare, oferta financiară, oferta tehnică, etc., orice informație pusă la dispoziția autorității contractante de către subscrisa în legătură directă ori indirectă cu evaluarea ofertelor pentru procedura de licitație publică în curs, vor fi luate la cunoștință drept secrete și confidențiale și nu vor fi transmise unei terțe parti fără aprobarea în scris a societății noastre.

Înțeleg, de asemenea, ca aceasta obligație nu se aplică în cazul în care transmiterea informațiilor se face ca o consecință a unei obligații legale.

Informațiile pe care le transmitem se vor folosi în unicul scop de a efectua evaluarea ofertelor pentru atribuirea contractului de licitație publică.

Prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să își asume că nu copiază, nu multiplică și nu reproduce informații fără aprobarea în scris a societății noastre și nu permite persoanelor în afara comisiei de evaluare să intre în contact cu informația.

Dintre cele două declarații, contradictorii (prima „secretizează” documentele ofertei tehnice și denumirile produselor, iar secunda „secretizează” absolut tot, de-a valma), prima prezintă relevanță în speță, fiind destinată expres și adaptată licitației Spitalului Clinic de Recuperare Iași.

Legat de nedivulgarea denumirii produselor, această pretenție (...) SRL este vădit nefondată. Denumirea produsului dezinfectant achiziționat din fonduri publice nu poate fi secretizată, reprezentând doar o denumire comercială a unui produs, a cărei aducere la cunoștință publică nu are aptitudinea de a vătăma în vreun fel producătorul sau distribuitorul. Dacă nu ar fi publică această denumire, produsul nici măcar nu ar putea fi comercializat în mod legal în România, întrucât prima condiție este ca el să fie avizat de Comisia Națională pentru Produse Biocide, iar prima rubrică a avizului se referă tocmai la „Denumirea comercială în România”. Spre pildă, în avizul nr. 4591BIO/02/03.23, inclus în ofertă, denumirea comercială a produsului este (...)b, producător(...) (...) GmbH.

Pe internet, la una dintre paginile distribuitorilor care comercializează produsul, de pildă <https://www.agrovet.ro/cumpara/oxidice-air-b-5-l-552#:~:text=Oxidice%20Air%20b%20este%20un,sunt%20%C3%AEndep%C4%83rtate%20eficient%20%C8%99i%20rapid>, sunt redată nu doar caracteristicile produsului, ci și fișa de securitate (poate fi descărcată) și avizul nr. 4591BIO/02/03.22 (poate fi descărcat, cu diverse avize de prelungire). Avizul cu același număr se regăsește și la <https://www.dentex.ro/oxidice-air-b-pliwa-dezinfectant-aer-si-suprafete>. Împreună cu fișa tehnică și cu fișa cu date de securitate poate fi accesat la <https://sirius-distribution.ro/docs/Aviz-Oxidice-Air-DR.pdf>. Sunt și alte pagini de internet ale diverșilor distribuitori care pun la dispoziția publicului respectivele documente. Prin urmare, după

cum s-a explicat în cazul ofertei desemnate câștigătoare, în aparență și până la proba contrară, avizul BIO emis de o instituție publică din România, fișa cu date de securitate, eticheta, modul de utilizare, declarația de conformitate ale produsului dezinfectant oferat ((...)b) nu sunt supuse regimului de confidențialitate. Manualul de utilizare pentru DiosolGenerator Standard constituie un document public (nesecret), fiind un manual de utilizare a unui echipament electric.

Nici certificarea din partea LC(...)a (...) SRL „la produsele biocide menționate mai sus pe piața românească” nu include vreun secret comercial și nu vatămă vreuna dintre societăți divulgarea lui. Ce poate fi secret în faptul că (...) SRL este distribuitor autorizat al LC Pliwa, după cum producătorul(...) (...) GmbH figurează în avizul BIO? Câtă vreme (...) SRL comercializează produsele Pliwa, este limpede că deține o autorizare în acest scop de la producător. Nici certificarea nr. 20181206-03, conținând substanțele active peroxid de hidrogen și acid peracetic, la care se adaugă explicațiile de utilizare a (...)b nu semnifică vreun secret comercial sau de fabricație, deci nu are valoare de document confidențial. **În ceea ce privește restul de declarații, precum și propunere tehnică (filele 50-52, în numerotarea autorității), precum în cazul celor aparținând (...)SRL, trebuiau să facă obiectul unei solicitări de clarificare**

**p
ă**

din partea autorității achizitoare, spre edificarea asupra confidențialității lor în întregime sau a unor fragmente ale lor. Autoritatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba confidențialitatea documentelor depuse la procedură. Solicitarea autorității trebuie să răspundă dispozițiilor imperative ale art. 134 alin. (4), solicitare necesară pentru ca autoritatea beneficiară să nu fie nevoită să deducă ea însăși elemente esențiale ale ofertelor, pe baza unor informații insuficiente.

În adresa nr. 14138/09.06.2023, în mod judicios, (...) informează (...) SRL despre cererea (...) SRL de acces inclusiv la propunerile tehnică și financiară ale (...) SRL, însă răspunsul nr. 480/09.06.2023 furnizat de această din urmă societate (fila 700 față-verso din dosarul III) este de ordin general, inclusiv declarația nr. 20211008-01 din partea(...) (...) GmbH:

Subscrisa, (...) (...) GmbH, cu sediul în Malsfeld-Ostheim, Strada Pliwa, nr. 2, D-34323, Germania, în calitate de fabricant, declară că toate documentele privind produsele distribuite către SC (...) SRL, precum, de exemplu rapoarte de testare, declarațiile producătorului, fișe tehnice, etc, sunt strict confidențiale.

Aceste documente conțin secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite prin lege, și divulgarea acestora are prejudiciu interesele legitime ale producătorilor, în special în ceea ce privește secretele comerciale și proprietatea intelectuală.

Divulgarea informațiilor autorităților de reglementare în conformitate cu legislația și regulamentele aplicabile sau la solicitarea specifică a autorităților este permisă cu aprobarea scrisă a (...) (...) GmbH.

În sprijinul celor de mai sus, susținem și legislația aplicabilă în România, unde se regăsesc următoarele acte normative:

Art. 19, paragraful (1) din Legea 101/2016: [...]

Art. 19, paragraful (3) din Legea 101/2016: [...]

Art. 217, paragraful (5) din Legea 98/2016 prevede că: [...]

Art. 57, paragraful (1) din Legea 98/2016 [...]

Acest document a fost emis în numele reprezentantului nostru unic pe piața românească pentru distribuția produselor PLIWA, societatea S.C. (...) S.R.L., cu sediul în Ploiești, str. Piramidei, nr.8, cod poștal 100213, județul Prahova.

Prezentul document este valabil până la încheierea altor acorduri privind confidențialitatea între SC (...) SRL și (...) GmbH.

Asemenea distribuitorului său autorizat, (...) GmbH invocă secrete tehnice și comerciale, precum și proprietatea intelectuală, însă nu indică nicăieri, în concret, care sunt acele secrete și informații proprietate care ar trebui exceptate de la comunicare.

Pe baza actualelor explicații și mijloace de probă, organul administrativ de jurisdicție stabilește că este judicioasă exceptarea de la punerea la dispoziția (...) SRL a buletinelor, rapoartelor și opiniilor de analiză/testare/evaluare provenind de la diverse laboratoare și experți (filele 83 verso - 214 verso din volumul II).

Dacă dorește să beneficieze de regimul de protecție pe bază de confidențialitate, (...) SRL trebuie să indice și să dovedească punctual, respectiv cu menționarea /

***p* din documentele propunerii tehnice care sunt acele informații pe care le dorește a fi protejate și care sunt argumentele concrete și probe în sprijinul acestora. În caz contrar, respectivele documente vor putea fi supuse accesului spre consultare de către (...) SRL, fie la sediul unității spitalicești, fi**

***I* pe cale electronică.**

Prin urmare, după o nouă corespondență de determinare în concret a acelor părți dovedite a fi confidențiale cu (...) SRL, (...) va trebui să îi acorde (...) SRL accesul la documentele neconfidențiale depuse de către (...) SRL la lotul 8, precum și la cele confidențiale în cuprinsul cărora au fost anonimizate paragrafelor stabilite a fi confidențiale, cum impune legislația achizițiilor publice, coroborată cu „legislația privind *liberul* acces la informațiile de interes public”. Accesul se va asigura prin mijloace electronice, astfel cum a solicitat expres contestatoarea, întrucât nu există nicio prevedere legală care să interzică accesul prin mijloace electronice, rămânând valabile considerentele expuse în cazul examinării accesului la actele ofertantei câștigătoare.

În lumina considerentelor expuse, se reține că măsura restricționării / / și fără nicio distincție a accesului (...) SRL la documentele propunerii tehnice de la lotul 8 a (...) SRL și, pentru (...) SRL, la:

a. Toate documentele aferente loturilor [...] 8 [...] incarcate in SEAP la secțiunea: "Documente de oferta tehnica"

b. Denumirile produselor oferite la loturile [...] 8 [...] incarcate in SEAP la secțiunea: "Oferta financiara"

s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, în privința clarificării temeinice și verificării atente de către

unitatea spitalicească achizitoare a incidenței dispozițiilor legale care să îi permită restricționarea punctuală bazată pe confidențialitate. Față de cele înfățișate, restrângerea accesului societății reclamante, prin mijloace electronice, nu poate fi validată de către Consiliu, iar obiectiile sale privind nelegalitatea restrângerii se vădesc a fi fondate.

În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația (...) SRL nr. 31557/ 13.06.2023, în contradictoriu cu (...), **va anula răspunsurile autorității contractante datate 31.05.2023 și 09.06.2023 prin care a fost refuzat de plano accesul – în modalitatea comunicării prin mijloace electronice – la dosarul achiziției publice și la actele considerate confidențiale depuse de (...)SRL și (...) SRL la lotul 8 și va obliga autoritatea contractantă la clarificarea temeinică cu cele două ofertante și la verificarea atentă a incidenței dispozițiilor legale privind confidențialitatea, pe baza răspunsurilor punctuale pe care urmează să le primească de la (...)SRL și (...) SRL. Ulterior stabilirii documentelor și informațiilor din acestea care sunt dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale ori protejate de un drept de proprietate intelectuală, *cu respectarea celor statuate mai sus* (s-a reținut că buletinele, rapoartele, opiniile de analiză/testare/evaluare sunt confidențiale) și a art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă va comunica societății contestatoare, la adresa office@synttergy.ro, documentele care i-au fost solicitate, cu excepția celor pentru care va stabili că sunt confidențiale.**

Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de întocmirea și susținerea contestației, ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației – precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă, art. 452 – partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei. (...) SRL, deși a solicitat Consiliului – prin contestație, pag. 15 – să oblige autoritatea achizitoare la plata cheltuielilor de judecată, nu le-a indicat și nici nu a anexat la contestație vreo dovadă a întinderii și efectuării lor. În consecință, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației se impune a fi respins.»*

Se reține și faptul că, ulterior deciziei Consiliului și înainte de decizia nr. 432/2023 din 20.07.2023, emisă de Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal, autoritatea contractantă a solicitat prin adresele nr. 17285/11.07.2023 (pentru (...) SRL) și 17286/11.07.2023 (pentru (...) SRL) următoarele:

"... societatea dvs. trebuie **să indice și să dovedească punctual**, respectiv cu menționarea la nivel de **pagină și paragraf** din documentele propunerii tehnice care sunt acele informații pe care le dorește a fi protejate și care sunt

argumentele concrete și probele în sprijinul acestora, prezentând o versiune anonimată a paragrafelor ce urmează a fi furnizate societății contestatoare.

Dovedirea caracterului de confidențialitate invocat este obligatoriu, conform prevederilor legale în vigoare, sub aspectul că informațiile prezentate sunt încadrate ca **date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale** ori **proprietate intelectuală**, toate aceste documente fiind de natura celor care permit protecția confidențialității, iar aspectele indicate se încadrează în sfera protecției. (...)

În caz contrar, respectivele documente vor putea fi supuse accesului spre consultare de către SC (...) SRL, prin mijloace electronice, așa cum a solicitat expres societatea contestatoare”.

Acestei solicitări ambele ofertante i-au răspuns, (...) SRL prin adresa nr. 17409/12.07.2023, iar (...) SRL prin adresa nr. 17410/12.07.2023, depunând documente și prezentând argumente în susținerea documentelor din ofertă declarate confidențiale.

Ca urmare a răspunsului prezentat de cele două ofertante, autoritatea contractantă a întocmit procesul – verbal nr. 19318/31.07.2023, prin care a reținut următoarele: "... Comisia de evaluare a transmis în data de 13.07.2023 către SC (...) SRL, documentele aferente propunerii tehnice și financiare (avize BIO, etichete, fișe tehnice, fișă cu date de securitate, declarații de la producător etc.) ale SC (...) SRL și SC (...) SRL, mai puțin rapoartele, buletinele și opiniile de analiză/testare/evaluare pentru care s-au reținut că sunt confidențiale.

În urma verificărilor în detaliu a documentelor declarate confidențiale de către cei doi ofertanți s-au stabilit următoarele:

- **Avizele BIO** emise de Comisia Națională pentru Produse Biocide sunt documente care pot fi accesate în spațiul internet, astfel ele nu pot fi supuse unui regim de protecție;

- **Fișe cu date de securitate:** în Ghidul de redactare a fișelor cu date de securitate, ver. 4.0 decembrie 2020, elaborat de Agenția Europeană pentru Produse Chimice, disponibil la https://echa.europa.eu/documents/10162/13643/sds_ro.pdf/5718515b-1968-428c-9458-874c55ddeacb, la pct. 2.3 se afirmă textual că: *Nu se poate solicita păstrarea confidențialității informațiilor care trebuie să apară în cadrul unei fișe cu date de securitate.* Concentrațiile substanțelor active sunt regăsite și în Registrul Național al Produselor Biocide postat pe site-ul Ministerului Sănătății, registru care este un document public;

- **Eticheta și modul de utilizare al produsului dezinfectant ofertat** cuprind date de interes public, mai ales pentru sănătatea publică, respectiv servesc informări oricărui utilizator al dezinfectantului, care trebuie să le cunoască înainte de a le utiliza;

- **Propunerile tehnice** nu constituie *secrete tehnice sau comerciale* atâta timp cât specificațiile produsului de la lotul 8 avute ca reper din caietul de sarcini, sunt specificații similare și nu presupun nicio concepție proprie a ofertanților care să fie protejată ca drept de proprietate intelectuală;

- **Denumirea produselor** nu poate fi secretizată, neavând aptitudinea de a vătăma în vreun fel producătorul sau distribuitorul. Dacă nu ar fi publică

această denumire, produsul nu ar putea fi comercializat și avizat de către Comisia Națională pentru Produse Biocide;

- **Fișele tehnice** nu pot fi secretizate în întregime, din moment ce ele pot fi accesate liber pe internet, chiar de pe site-ul ofertanților;

- **Documentele de calificare și propunerea financiară** nu intră sub protecția de confidențialitate, potrivit declarației semnate chiar de ofertanți;

- **Rapoartele, buletinele și opiniile de analiză/testare/evaluare** provenind de la diferite laboratoare și experți rămân confidențiale, și sunt exceptate de la punerea la dispoziția SC (...) SRL, întrucât ar putea denatura concurența sau că divulgarea lor ar putea fi prejudiciabilă și la alte proceduri de achiziție având ca obiect similar cu cel al prezentei proceduri.

Simpla declarație de confidențialitate a ofertei nu este suficientă pentru secretizarea ei, ofertanții neargumentând caracterul confidențial prin stabilirea că ea conține secrete tehnice sau comerciale”.

Raportat la cele reținute, se constată, pe de o parte, că autoritatea contractantă nu a motivat decizia sa din cuprinsul procesului – verbal nr. 19319/31.07.2023, cu referire la documentele față de care a considerat că ”rămân confidențiale”.

Pe de altă parte, se constată că, deși a emis procesul – verbal nr. 19319/31.07.2023 după decizia nr. 432/2023 din 20.07.2023, a Curții de Apel Iași, Secția Contencios administrativ și fiscal, nu rezultă din cuprinsul acestui document că autoritatea contractantă a avut în vedere cele dispuse de instanță.

În acest sens, s-a avut în vedere că, prin decizia nr. 432/2023, Curtea de Apel a constatat următoarele: ”... Referitor însă la statuările Consiliului ... cuprinse în considerentele deciziei contestate, cu privire la faptul că **buletinele, rapoartele, opiniile de analiză/testare/evaluare sunt confidențiale doar pentru motivul că ofertanții (...) SRL și (...) SRL au indicat, în adresele lor de răspuns transmise la solicitările de clarificări ale autorității contractante, paragrafele privind testările efectuate la laboratoarele din înscrisurile anexate răspunsurilor, Curtea apreciază că un asemenea argument nu poate justifica reținerea caracterului confidențial al documentelor respective, situație în care se impune ca verificarea autorității contractante privind temeinicia probelor prezentate de cei doi ofertanți în declararea confidențialității documentelor indicate în acest sens, să se extindă și cu privire la acestea, avându-se în vedere toate temeiurile legale și criteriile dezvoltate în această privință în decizia Consiliului ... Pentru aceste considerente, Curtea va admite prezenta plângere, modificând în parte decizia atacată în sensul precizat anterior ...”.**

După cum și societatea contestatoare a susținut, din cuprinsul procesului – verbal nr. 19319/31.07.2023 nu rezultă faptul că autoritatea contractantă **a extins verificarea privind temeinicia probelor prezentate de către cei doi ofertanți**, având în vedere, deopotrivă, temeiurile legale și criteriile dezvoltate în decizia Consiliului, potrivit celor indicate prin decizia instanței nr. 432/2023.

Această verificare extinsă a autorității contractante trebuia să se realizeze cu luarea în considerare și a răspunsurilor prezentate de cei doi ofertanți, în legătură cu testările efectuate de diverse laboratoare.

Este de reținut și faptul că, deși a constatat că **"rămân confidențiale"** rapoartele, buletinele și opiniile de analiză/testare/evaluare, în finalul procesului – verbal nr. 19319/31.07.2023, autoritatea contractantă a reținut că **"simpla declarație de confidențialitate a ofertei nu este suficientă pentru secretizarea ei, ofertanții neargumentând caracterul confidențial prin stabilirea că ea conține secrete tehnice sau comerciale"**, ceea ce este în contradicție cu constatarea făcută asupra acestor documente.

Având în vedere cele constatate de Consiliu, cu referire la oferta (...) SRL, valabile și pentru oferta (...) SRL "... Dacă dorește să beneficieze de regimul de protecție pe bază de confidențialitate, (...) **SRL trebuie să indice și să dovedească punctual, respectiv cu menționarea la nivel de pagină și paragraf din documentele propunerii tehnice care sunt acele informații pe care le dorește a fi protejate și care sunt argumentele concrete și probele** în sprijinul acestora. **În caz contrar, respectivele documente vor putea fi supuse accesului spre consultare de către (...) SRL**, fie la sediul unității spitalicești, fie prin comunicarea lor pe cale electronică.", se consideră că cele două solicitări de clarificări a achizitoarei, din 11.07.2023, au respectat aceste cerințe.

Cu toate acestea verificarea celor două oferte în privința documentelor "rămase confidențiale", nu a urmărit răspunsul ofertanților, conform solicitării adresate și, cu atât mai puțin, cele indicate de Curtea de Apel, respectiv "... **ca verificarea autorității contractante privind temeinicia probelor prezentate de cei doi ofertanți în declararea confidențialității documentelor indicate în acest sens, să se extindă și cu privire la acestea, avându-se în vedere toate temeiurile legale și criteriile dezvoltate în această privință în decizia Consiliului.**"

Sunt de reținut și susținerile contestatoarei privind faptul că autoritatea contractantă ar trebui să aibă în vedere și contractele încheiate de (...) SRL în perioada 2020 – 2021, cu diferite laboratoare/institute având ca obiect elaborarea de rapoarte de testare, respectiv:

- "Istituto Valenciano de Microbiologia clauza de confidențialitate este aplicabilă exclusiv de către entitatea emitentă a raportului;
- (...) Ldt - Acord de confidențialitate este aplicabil sub aspectul nedivulgării informațiilor la care are acces Laboratorul (...) Ldt;
- (...), clauza de confidențialitate este aplicabilă exclusiv de către prestatorul de servicii (...);
- (...) GmbH, clauza de confidențialitate este aplicabilă exclusiv de către prestatorul de servicii (...) GmbH".

Astfel că, dacă în urma reverificării confidențialității documentelor autoritatea contractantă va constata că acestea sunt confidențiale nu va

asigura accesul contestatoarei la acestea, în caz contrar i le va comunica prin e-mai la adresa office@synttergy.ro.

Este de reținut și faptul susținut de contestatoare că, la reverificarea confidențialității documentelor în discuție din cele două oferte, achizitoarea ar trebui să aibă în vedere și Îndrumarea privind analiza confidențialității ofertelor, emisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, în care se menționează că, "în dovedirea caracterului de secret comercial aplicabil unor informații/documente, ofertantul ar trebui să poată demonstra că a luat măsuri rezonabile pentru protecția informațiilor declarate ca fiind secrete comerciale, printr-o politică internă de protecție a secretelor comerciale cunoscută și asumată de personalul companiei".

Constatând că este necesară reverificarea documentelor "rămase confidențiale", din ofertele (...) SRL și (...) SRL, cu respectarea celor dispuse de Curtea de Apel, și a celor din motivare, Consiliul va respinge solicitarea contestatoarei de a i se asigura accesul la rapoarte, buletine și opinii de analiză/testare/evaluare, prin comunicarea lor la adresa de e-mail office@synttergy.ro.

Vizavi de susținerea contestatoarei privind faptul că, "la mai bine de 3 luni de la finalizarea procesului de evaluare, nu poate formula o contestație care să vizeze conformitatea ofertelor ...", se constată lipsa de temeinicie a acesteia, având în vedere că ofertanta cunoștea produsele, fapt ce rezultă din cuprinsul deciziei anterior emise.

Astfel, cu referire la acest aspect, prin decizia Consiliului s-au reținut următoarele: "Trecând la cercetarea fondului cauzei, Consiliul observă că (...) SRL *nu* își îndreaptă demersul litigios împotriva rezultatului evaluării ofertelor concurente, respectiv împotriva admiterii acestora de către spital, ci doar față de consemnările autorității de la secțiunea 2.4.8 a raportului procedurii și de răspunsurile date solicitărilor de acces la totalitatea documentelor depuse la licitație de către (...)SRL și (...) SRL. De altminteri, prin concluziile sale înregistrate la Consiliu cu nr. 34208/ 26.06.2023, **reclamanta confirmă expres** (pag. 14, la care se adaugă extrasele de pe Internet atașate concluziilor) **că are cunoștință că produsul ofertat de (...)SRL este (...)și că (...) SRL a ofertat produsul (...)b, față de care nu ridică nicio obiecțiune de necompliance cu specificațiile caietului de sarcini."**

În considerarea celor constatate, determinându-se că autoritatea contractantă nu a efectuat verificarea extinsă a confidențialității rapoartelor, buletinelor și opiniilor de analiză/testare/evaluare, cu respectarea deciziei nr. 432/20.07.2023, emisă de Curtea de Apel Cluj, Secția contencios administrativ și fiscal, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația și va obliga autoritatea contractantă la reverificarea confidențialității ofertelor depuse de (...) SRL și (...) SRL, pentru lotul 8, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei, cu respectarea deciziei nr. 432/2023 emisă de Curtea de Apel Iași, Secția Contencios administrativ și fiscal și a celor din motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația (...) SRL, cu sediul în (...), reprezentată convențional de Societatea Civilă de Avocați „(...)”, prin, în contradictoriu cu (...), ...

Obligă autoritatea contractantă la reverificarea confidențialității rapoartelor, buletinelor și opiniilor de analiză/testare/evaluare, depuse de (...) SRL și (...) SRL, pentru lotul 8, cu respectarea deciziei nr. 432/20.07.2023, emisă de Curtea de Apel Cluj, Secția contencios administrativ și fiscal, și a celor din motivare, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei.

Respinge solicitarea contestatoarei de a i se asigura accesul la rapoarte, buletine și opinii de analiză/testare/evaluare, prin comunicarea lor la adresa de e-mail office@synttergy.ro.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile.