



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

DECIZIE

Nr.....

Data:....

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL, cu sediul în, str. .., județul, înmatriculată la registrul comerțului sub nr., având cod unic de înregistrare RO ..., în calitate de Asociat - Lider de Asociere pentru Asocierea SRL - ... SRL, reprezentată convențional prin ..., cu sediul profesional ... împotriva raportului procedurii nr. 17109/24.07.2024 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 17111/24.07.2024, precum și a tuturor actelor anterioare, concomitente și subsecvente acestora, emise de către, cu sediul în Localitatea Agigea, ..., Județul, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă a contractului sectorial având ca obiect „Ambarcațiune pentru măsurători hidrografice”, cod de proiect (atribuit dosarului de entitatea contractanta: 2024 PAAPD1467133), cod CPV 34520000-8, inițiată prin anunțul de participare publicat în SEAP cu nr. s-a solicitat:

(-) anularea raportului procedurii nr. 17109/24.07.2024 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 17111/24.07.2024, precum și a tuturor actelor anterioare, concomitente și subsecvente acestora,

(-) obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa de evaluare a propunerilor tehnice, cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv reevaluarea ofertei SRL, cu consecința considerării acesteia ca neconformă și inacceptabilă întrucât nu deține calificările și personalul necesar și nu respectă documentele achiziției, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal de dl. ... - administrator și reprezentată convențional de Societatea Civilă Profesională de Avocați „...”, cu sediul ales pentru

comunicarea actelor de procedură la, în calitate de ofertant câștigător al procedurii de atribuire în dezbatere, a formulat *Cerere de intervenție* prin care solicită respingerea ca nefondată a contestației și admiterea prezentei cereri de intervenție.

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 SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire în cauză, considerându-l nelegal.

În fapt, Asocierea dintre SRL - SRL a participat la procedura de licitație deschisă, inițiată de, având ca obiect furnizare „Ambarcațiune pentru măsurători hidrografice”.

În urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, nicio ofertă nu a fost declarată inacceptabilă/neconformă/neadecvată de către comisia de evaluare.

Urmare a acestei participări și conform Comunicării rezultatului procedurii nr. 17111/24.07.2024, Comisia de evaluare a declarat câștigătoare oferta depusă de SRL.

Solicitarea de acces la dosarul achiziției publice la sediul CNSC. Îngrădirea nejustificată de către achizitor a accesului la dosarul achiziției publice. Cerere de repunere în termenul de contestare.

Conform celor consemnate de achizitor în Raportul procedurii, propunerea tehnică depusă de SRL a fost marcată ca fiind confidențială în totalitate, motivat de faptul că "întreaga soluție tehnică intră sub protecția secretului comercial, datorită faptului că produsul oferat prezintă particularități ce necesită reproiectarea mai multor elemente și elaborarea unor soluții de integrare și interconectare a mai multor elemente". La fel și propunerea financiară a acestei societăți, cu motivația că "valorile prezentate în cadrul prezentei propuneri financiare au la bază prețuri obținute de către subscrisa prin negocieri cu furnizorii și producătorii produselor componente ale produsului oferat precum și informații interne cu privire la procedura internă de calcularea preț (finanțare, regie, companie salarii, profit, etc).

Punând la îndoială justetea caracterului confidențial al documentației în raport de prevederile legale incidente și prevederile exprese ale documentației de atribuire dezvoltate în continuare, contestatorul supune atenției Consiliului nelegalitatea protecției informațiilor transmise de către ofertantul desemnat câștigător în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică, protecție ce nu poate fi utilizată în mod abuziv, achizitorul având obligația de a cerceta susținerile acestuia cu privire la eventuala confidențialitate a ofertei depuse și de a le face cunoscute participanților la procedură.

În cazul de față, prin preluarea de către achizitor ca atare a declarației SRL potrivit căreia absolut toate documentele depuse în cadrul propunerii tehnice și financiare sunt confidențiale, se naște o bănuială legitimă cu privire la intenția de a ascunde grave vicii de procedură.

Conform prev. caietului de sarcini:

(-) pct. 11 alin. 2 "tipul și producătorul fiecărui echipament în parte va fi specificat în oferta tehnică și va fi ales de furnizor, astfel încât să respecte cerințele tehnice și să se asigure un nivel ridicat de performanță și calitate";

(-) pct. 7.1 "Oferta tehnică va include copii după documentele de certificare menționate mai sus" și

(-) vizând capacitatea de exercitare activității profesionale a ofertanților, a menționat la pct. 7.1. și pct. 7.2.2 cerința personalului certificat/autorizat al ofertantului, al subcontractanților declarați și a documentelor acestora de certificare, toate acestea constituind elemente obligatorii pentru atribuirea și executarea contractului.

Ca atare, tipul și caracteristicile tehnice ale echipamentelor oferate, autorizațiile și certificările producătorilor echipamentelor și respectiv autorizațiile și certificările (de către producătorii echipamentelor) specialiștilor desemnați de ofertanți a în executarea contractului pentru instruire în limba română a operatorilor de sistem ai beneficiarului (vizând capacitatea de exercitare activității profesionale a ofertanților) nu pot face obiectul confidențialității.

Din analiza Raportului procedurii rezultă că ofertantul câștigător invocă secretul comercial cu privire la elemente reproiectate ale echipamentelor și soluții de integrare și interconectare a acestora însă, în procedură, orice pretenție de conformitate trebuie documentată cu declarații clare, neconfuze, ale producătorului, nu ale ofertantului, care nu își poate asuma modificări/reproiectări sau îmbunătățiri aduse unui echipament al cărui drept de proprietate intelectuală nu îi aparține, și nici nu știe cum și nici nu are cum să le opereze și, cu atât mai mult, să le interconecteze.

Dacă se identifică echipamentele (identificare = diferențiere de alte produse de gen similare), pot fi cunoscute caracteristicile sale tehnice (din fișele tehnice, certificate, acorduri și alte documentații tehnice pe care producătorul le pune la dispoziția publicului - interesul său fiind acela de a-și face cunoscut produsul și de a-i promova astfel vânzarea).

Dacă sunt cunoscute caracteristicile tehnice ale echipamentelor astfel identificate, toți competitorii pot aprecia dacă decizia achizitorului (privind conformitatea ofertelor) este corectă sau nu și respectiv la contestarea conformității acestor/ui echipamente cu specificațiile tehnice ale procedurii.

Ascunderea datelor de identificare ale echipamentelor este nu numai un nonsens într-o procedură de achiziție publică, fără să-i relevi calitățile care l-ar face preferabil altora similare și fără să-i promovezi aceste calități sub o marcă/un brand cât mai popularizat/ă; un asemenea procedeu indică intenția achizitorului entitate de drept public (cu fonduri în teorie controlabile) de a evita eventuale contestații ale deciziilor sale de conformitate.

La fel, nici elementele financiare nu pot fi ascunse sub acest pretext, în îndrumarea ANAP privind analiza confidențialității ofertelor publicată în data de 07.03.2023 (<https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2023/03/Indrumare-privind-analiza-confidentialitatii-ofertelor.pdf>) menționându-se explicit faptul că „nici oferta tehnică și nici oferta financiară nu pot fi declarate ca fiind confidențiale în integralitatea lor, iar entitatea contractantă are obligația de a face publice informații/, elemente din conținutul acestora”.

Citând din hotărârea pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-927/19, ANAP subliniază că oferta nu poate fi declarată confidențială în integralitatea sa, însă participantul poate indica faptul că

anumite informații din oferta sa sunt confidențiale. De altfel, de-a lungul timpului, ANAP a subliniat în mod constant că nu este suficientă o simplă declarație din partea operatorului economic, iar motivarea caracterului confidențial al informațiilor furnizate în procedură implică o argumentare temeinică și plauzibilă pentru a fi conformă cu exigențele legii.

Față de cele de mai sus, în măsura în care nu sunt întrunite condițiile legale pentru ca informațiile din propunerea tehnică sau financiară să fie confidențializate, dar entitatea contractantă îi refuză contestatorului accesul la dosarul achiziției publice sub pretextul confidențialității, acest refuz este nelegal. Procesul de evaluare și de atribuire a contractului încalcă principiul fundamental al transparenței și în același timp, calea de atac exercitată de contestatorul căruia i s-a refuzat accesul la dosar este lipsită de efectivitate.

Operatorul economic este practic în imposibilitate de a obține informațiile necesare pentru motivarea în termenul legal a contestației, iar procesul de contestare a actelor autorității contractante devine, în atare situație, extrem de dificil sau chiar se transformă într-un demers iluzoriu.

Dreptul la o cale de atac eficientă este garantat de către legislația europeană. Recunoașterea sa este consacrată atât prin actele de drept primar (Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene), cât și prin cele de drept derivat, în particular directive europene în materia achizițiilor publice, aflându-ne în prezența unui domeniu de reglementare puternic armonizat. În lumina interpretării dreptului european conferite de Curtea de la Luxemburg, organul administrativ-jurisdicțional (CNSC) și instanțele de judecată au obligația de a cenzura omisiunile entităților contractante în considerarea unei marje de apreciere nelimitate recunoscute acestora. În cauza C-927/19, CJUE reține explicit faptul că entitatea contractantă este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului la o bună administrare și dreptul concurentului la protecția informațiilor confidențiale, așa încât decizia sa de refuz sau decizia sa de respingere să fie motivată, iar dreptul la o cale de atac eficientă de care beneficiază un ofertant respins să nu fie lipsit de efect util.

Există așadar interesul aflării caracteristicilor tehnice ale echipamentelor hidrografice incluse în ofertă sau al oricărui alt element de identificare acestuia pentru a-i deduce caracteristicile tehnice și a verifica astfel dacă acestea sunt conforme cu cerințele caietului de sarcini și cu software-ul de prelucrarea datelor Hypack MAX aflat în dotarea beneficiarului (conform pct. 6.3 alin. ultim din caietul de sarcini și alineatul ultim din răspunsul la clarificări nr. 11507/16.05.2025) pentru ca ofertanții competitori să poată aprecia dacă decizia achizitorului este corectă sau nu și în ce condiții documentele de selecție au fost emise.

Tot sub acest aspect, oferta asocierii contestatoare a fost clasată de evaluarea comisiei pe poziția a doua în procedură, astfel încât, în eventualitatea unei declarări ulterioare a neconformității ofertei câștigătoare, asocierea contestatoare ar fi devenit câștigătoarea procedurii.

Față de cele de mai sus, întrucât nu sunt întrunite condițiile legale pentru ca informațiile din propunerea tehnică sau financiară să fie confidențializate, dar achizitorul îi refuză contestatorului accesul la dosarul achiziției publice sub pretextul confidențialității, precum în cauza de față, acest refuz este nelegal.

Prin adresa de solicitare a copiei dosarului achiziției, liderul asocierii a întreprins demersurile necesare pentru a avea acces la dosarul autorității, solicitând în mod expres și dovada caracterului de confidențialitate depusă în conformitate art. 70 alin. 4 din Legea 99/2016, însă entitatea contractantă în mod nelegal a refuzat accesul la documentele confidențiale, conform procesului-verbal SA nr. 17.297126.07.2024, deși dovada depusă de ofertantul câștigător care le conferă integral propunerilor tehnice și financiare caracterul de confidențialitate nu a fost prezentată, îndreptățind contestatorul să considere că nu există.

În același registru, achizitorul nu a făcut dovada că ar fi solicitat ofertantului câștigător desecretizarea propunerii tehnice și financiare spre a asigura accesul celorlalți participanți la dosar, conturându-se încălcarea principiului fundamental al transparenței în procesul de evaluare și de atribuire a contractului.

Astfel, achizitorul a încălcat prevederile art. 231 alin. 6 și art. 70 alin. 4 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale prin refuzul de a pune la dispoziția liderului Asocierii SRL documentele.

Contestatorul învederează că, deși a oferat exact soluția tehnică solicitată de achizitor, aparent asocierea a fost devansată de o soluție tehnică (confidențială) neconformă ofertată de un operator economic care nu deține autorizațiile și certificările de personal necesare efectuării punerii în funcțiune, a recepției, a probelor echipamentelor ambarcațiunii pentru măsurători hidrografice solicitate și a instruirii în limba română a operatorilor de sistem ai beneficiarului pentru utilizarea echipamentelor și sistemelor de cercetare batimetrică.

Având în vedere prezența de peste 26 ani a membrilor asocierii (..... SRL - SRL) pe piața de profil a construcției de nave, respectiv sisteme și echipamente de cercetare hidrografică, navigație și comunicații navale, precum și direcțiile de business susținute, analiza concurenței, a tendințelor de piață, a portofoliilor promovate etc. fac parte din strategia de dezvoltare a companiilor.

Prin urmare, analizând evoluția și referințele pe piața construcțiilor navale a ofertantului desemnat câștigător, rezultă că acesta nu are în portofoliu echipamentele conforme cu toate cele solicitate prin documentele achiziției și nu deține personal specializat, certificat/autorizat de producătorii echipamentelor, pentru asigurarea instruirii în limba română a operatorilor de sistem ai beneficiarului în utilizare și mentenanța pentru toate aceste echipamente, sisteme și elemente ale acestora și pentru asigurarea Garanției, a Mentenanței în Perioada de Garanție și a Suportului Tehnic.

Acesta întrucât liderul de asociere SRL este singura companie română agrementată și autorizată de producătorul pachetului software batimetric solicitat prin documentele achiziției și singura companie română ce are angajați specialiști autorizați și certificați de producător la nivel național în utilizarea pachetelor software hidrografice Hypack aflate în dotarea beneficiarului, specialiști ce pot asigura instruirea în limba română a operatorilor de sistem ai beneficiarului, conform înscrisurilor care demonstrează îndeplinirea cerințelor referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională depuse de asociere la dosarul achiziției și anexate prezentei.

Conform pct. 7.1. din caietul de sarcini, "Contractantul va realiza toate configurările/setările necesare pentru a pune produsele în funcțiune. (...)

Punerea în funcțiune și procedurile de calibrare vor fi efectuate de către personal tehnic specializat, certificat de producătorul echipamentului multifascicul. În cazul în care se folosește un pachet software de la un alt producător, personalul tehnic implicat în această etapă de lucrări trebuie să fie certificat și de producătorul pachetului software. Oferta tehnică va include copii după documentele de certificare menționate mai sus. Dacă aceste servicii ce necesită certificare vor fi efectuate de către specialiștii altui operator economic, furnizorul va preciza calitatea în care participă acesta la procedură (subcontractant, asociat) având în vedere că va realiza o parte din propunerea tehnică, cu responsabilitățile și documentarea acestei calități conform legii.

În speță, conf. cerințelor pct. 6.1 paragraf ultim din caietul de sarcini, ofertantul trebuie să livreze nu doar software-ul echipamentului multifascicul ci și o licență Hypack MAX & Hysweep, singurul software total conform cu cerințele susmenționate, specialiștii achizitorului fiind deja familiarizați cu utilizarea software-ului Hypack MAX, expres precizat în continuare la pct. 6.2 și 6.3 din caietul de sarcini.

Or, în prezenta procedură ofertantul declarat câștigător nu a declarat subcontractarea niciunei părți din contract (pe care operatorul ar avea eventual intenția să o subcontracteze), nu a nominalizat nici un subcontractor de specialitate și nici un asociat sau terț susținător tehnic și nici datele subcontractanților propuși.

Aceasta înseamnă ca va efectua toate operațiunile accesorii menționate și detaliate în caietul de sarcini sau, conform legislației achizițiilor publice în vigoare, nesolicitate în clar dar subînțelese ca necesare pentru atingerea obiectivului achiziției, NUMAI cu personal propriu.

Având în vedere că efectuarea acestor operațiuni accesorii/servicii solicitate reprezintă realizarea unei părți din propunerea tehnică, a căror conformitate trebuie clar verificată de Comisia de Evaluare a Achizitorului, certificările, autorizările, calificările personalului de execuție, trebuie să facă parte din oferta tehnică.

În acest sens, este necesar să se verifice conformitatea și depunerea documentelor doveditoare a personalului propriu certificat/autorizat pentru îndeplinirea următoarelor cerințe din caietul de sarcini:

- (a) "7.1. Punerea în funcțiune (...) Contractantul va realiza toate configurările/setările necesare pentru a pune produsele în funcțiune. Punerea în funcțiune include, de asemenea, toate ajustările și setările necesare pentru a asigura instalarea corespunzătoare, în ceea ce privește performanța și calitatea, cu toate configurațiile necesare pentru o funcționare optimă. (...) Aceste echipamente includ, dar nu sunt limitate la: motoarele inboard, generatorul de tensiune (230Vca), instalația de aer condiționat, aparatura de navigație și comunicații, toate elementele sistemului hidrografic. (...) Punerea în funcțiune și procedurile de calibrare vor fi efectuate de către personal tehnic specializat, certificat de producătorul echipamentului multifascicul. În cazul în care se folosește un pachet software de la un alt producător, personalul tehnic implicat în această etapă de lucrări trebuie să fie certificat și de producătorul pachetului software. (...) Oferta tehnică va include copii după documentele de

certificare menționate mai sus." mai cu seamă că achizitorul, utilizator al unor pachete software Hypack dedicate hidrografiei, a solicitat în mod expres la pct. 6.2 din Caietul de sarcini compatibilitatea cu acest tip de software: "Datele achiziționate vor putea fi prelucrate și cu software-ul hidrografic Hypack MAX aflat în dotarea beneficiarului".

Noțiunea de Punere în Funcțiune a ambarcațiunii hidrografice include și furnizarea rezultatelor unei "verificări radio" conform cerințelor legislației în vigoare, fără care Entitatea Navală Romană nu va emite Certificatul de Siguranță Radio și implicit nu va emite documentele de navigabilitate, activități pt. care liderul de asociere SRL este autorizat de peste 25 ani, conf. documentelor anexate, disponibile și pe site-ul <https://portal.rna.ro/>.

- (b) "7.2. Instruirea echipajului si a personalului auxiliar (...) Scopul instruirii este de a transfera cunoștințele necesare pentru utilizarea si întreținerea echipamentelor, motoarelor si a sistemelor instalate. (...) (2 persoane echipaj + 3 operatori sistem). (...) Instruirea se va efectua în limba romana. (...) Instruirile se vor efectua de către specialiști autorizați de producătorul fiecărui echipament / sistem, respectiv, certificați în utilizarea pachetelor software utilizate."

Același personal propriu ar trebui să dețină certificările/autorizările necesare pentru a efectua aceste instruiri în utilizare și mentenanța pentru toate aceste echipamente, sisteme și elemente ale acestora. Aceleași cerințe de certificare/autorizare ale personalului propriu sunt necesare și pentru asigurarea Garanției, a Mentenanței în Perioada de Garanție și a Suportului Tehnic, servicii solicitate în clar a fi oferite prin textul caietului de sarcini.

În condițiile în care nu s-a făcut dovada că ofertantul deține personal certificat/autorizat, conform cerințelor caietului de sarcini, este evident că atribuirea achiziției este nelegală, cu încălcarea documentației de atribuire, nefiind asigurată executarea contractului.

Pe cale de consecință, în raport de confidențialitatea integrală a propunerii tehnice și financiare, asupra căreia insistăm în prezenta procedură, fiind singura modalitate în care Consiliul poate verifica legalitatea procedurii, operatorul câștigător nu a oferit în cadrul prezentei proceduri echipamente conforme și nu făcut dovada cerinței personalului specializat, conform caietului de sarcini, fiind în prezența unui abuz de drept al achizitorului, evaluarea ofertelor trebuind să se raporteze, cu bună credință, la îndeplinirea cerințelor documentației de atribuire.

În numeroase decizii, CNSC a statuat că achizitorul este ținut să respecte întocmai regulile și cerințele pe care el însuși le-a stabilit în documentația de atribuire, fiind obligat "să se supună propriului act". Orice abatere de la aceste reguli în evaluarea ofertelor este considerată o încălcare a principiului tratamentului egal și transparenței.

Astfel, achizitorul a încălcat principiile de bază ale achizițiilor publice, s-a îndepărtat de la propriile reguli comunicate inițial și a prejudiciat interesele contestatorului, prin urmare se solicită CNSC obligarea achizitorului la reevaluarea ofertelor conform cerințelor expres prevăzute în documentația inițială.

Comportamentul actual al achizitorului este profund abuziv și lipsit de previzibilitate, afectând întregul eșafodaj al regulilor care guvernează achizițiile publice. Prin urmare, se impune ca achizitorul să fie obligat să realizeze reevaluarea ofertelor strict pe baza cerințelor din documentația inițială, care este singurul act cu forță obligatorie în relația sa cu ofertanții.

În contextul unei evaluări viciate, nemotivate și discreționare, pentru restabilirea legalității, se solicită admiterea contestației, anularea raportului procedurii nr. 17109/24.07.2024 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 17111/24.07.2024, precum și a tuturor actelor anterioare, concomitente și subsecvente acestora și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor, prin raportare la cerințele expres stabilite în documentația de atribuire și a legislației incidente.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., entitatea contractantă a formulat *Punct de vedere* cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

La data de 20.03.2024, entitatea contractantă a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție sectorială având ca obiect „Ambarcațiuni pentru măsurători hidrografice”, cod de proiect 11087755_2024_PAAPD1467133, cod CPV 34520000-8 Ambarcațiuni, prin anunțul de participare publicat în SEAP cu nr.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea totală estimată a contractului este de 5.958.960 lei, fără TVA.

În cuprinsul procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 14424 / 18.06.2024, s-a consemnat faptul că doi operatori economici au depus ofertă semnată cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, respectând termenul limită de depunere a ofertelor, aceștia fiind S.R.L. - ofertant unic și Asocierea S.R.L. (lider de asociere) & S.R.L. (asociat), contestatorul din prezenta cauză.

Potrivit raportului procedurii nr. 17109/24.07.2024, oferta S.R.L. a fost declarată ca ofertă câștigătoare, clasată pe primul loc în clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAE pentru această procedură de atribuire, cu o propunere financiară în cuantum de 5.756.950 lei, fără TVA.

Comunicarea privind rezultatul procedurii a fost transmisă de entitatea contractantă prin adresa nr. 17111 / 24.07.2024.

Împotriva raportului procedurii nr. 17109/24.07.2024, precum și a comunicării rezultatului procedurii nr. 17111 / 24.07.2024, ... S.R.L. în calitate de Asociat - Lider de asociere pentru Asocierea S.R.L. - S.R.L. a formulat contestație, solicitând anularea raportului procedurii și a comunicării rezultatului procedurii, precum și a tuturor actelor anterioare, concomitente și subsecvente acestora, cu obligarea entității contractante la reluarea procedurii de la etapa de evaluare a propunerilor tehnice, cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv reevaluarea ofertei S.R.L., cu consecința considerării acesteia ca neconformă și inacceptabilă întrucât nu deține calificările și personalul necesar și nu respectă documentele achiziției, astfel

Încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

I. Referitor la afirmația contestatorului privind „îngrădirea nejustificată de către achizitor a accesului la dosarul achiziției publice” se arată următoarele:

Prin cererea nr. ... contestatorul a formulat conform Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public o solicitare pentru a studia dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 17264 / 25.07.2024, entitatea contractantă a răspuns solicitării adresate de către contestator, în sensul permitterii accesului la raportul procedurii și la informațiile din dosarul achiziției care nu au fost declarate confidențiale de către ofertantul câștigător, în data de 26.07.2024, începând cu ora 10:00, cu precizarea că ofertantul S.R.L. și-a declarat propunerea tehnică și propunerea financiară confidențiale și, implicit, aceste documente nu vor fi puse la dispoziție pentru studiu.

La data de 26.07.2024, contestatorul s-a deplasat la sediul entității contractante pentru a studia dosarul achiziției sectoriale, iar reprezentanții entității contractante i-au pus la dispoziție dosarul achiziției, cu excepția documentelor declarate de către ofertantul câștigător drept confidențiale.

Accesul la dosarul achiziției sectoriale, la sediul entității contractante, s-a efectuat în conformitate cu dispozițiile art. 231 alin. 5 și 6 din Legea nr. 99/2016, sens în care s-a încheiat Procesul verbal nr. 17297 / 26.07.2024, iar la dosarul cauzei, constituit la sediul CNSC, contestatorul va avea acces conform dispozițiilor art. 19 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

Astfel, susținerea contestatorului că i s-a îngădit accesul la dosarul achiziției sectoriale nu este reală, deoarece i s-a comunicat în termenul legal că poate studia dosarul, cu precizarea că ofertantul S.R.L. și-a declarat propunerea tehnică și propunerea financiară confidențiale și, prin urmare, aceste documente nu pot fi puse la dispoziție pentru studiu. Așa cum se precizează și în cuprinsul art. 231 din Legea nr. 99/2016, accesul neîngrădit se poate acorda doar la informațiile care nu au fost declarate neconfidențiale.

Ofertantul S.R.L. a arătat în cuprinsul declarației de confidențialitate motivele care au determinat declararea propunerii tehnice și financiare confidențiale, invocând motivele pentru care dezvăluirea acestora fiind de natură să prejudicieze interesele legitime ale acestuia.

Ofertantul S.R.L. a arătat că propunerea tehnică are caracter confidențial, deoarece cuprinde propunerea privind „întreaga soluție tehnică intră sub protecția secretului comercial, datorită faptului că produsul oferat prezintă particularități ce necesită reproiectarea mai multor elemente și elaborarea unor soluții de integrare și interconectare a mai multor elemente.", iar propunerea financiară are caracter confidențial deoarece „valorile prezentate în cadrul prezentei propuneri financiare au la bază prețuri obținute de către subscrisa prin negocieri cu furnizorii și producătorii produselor componente ale produsului oferat precum și informații interne cu privire la procedura internă de calcularea preț (finanțare, regie, companie salarii, profit, etc)”, toate aceste informații fiind, în mod firesc, indicatori folosiți exclusiv de către aceasta și reprezintă componente ale rezultatului valorii oferate.

Operatorul economic S.R.L. a motivat declarațiile de confidențialitate și nu s-au rezumat doar a face o simplă afirmație de declarare a ofertei confidențiale.

Declararea ofertei confidențiale nu creează o prezumție că respectiva ofertă ar avea nereguli ori vicii de procedură, așa cum susține contestatorul.

Raportat la legislația în vigoare incidentă, ofertanții au dreptul să indice și să motiveze în cuprinsul ofertelor care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, conform dispozițiilor art. 129 din H.G. nr. 394/2016, în timp ce în fața CNSC aceiași ofertanți trebuie să demonstreze prin mijloace de probă caracterul confidențial conform dispozițiilor art. 19 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

În consecință, este îndeplinită condiția confidențialității conform prevederilor legale anterior enunțate.

II. Referitor la afirmația contestatorului privind „nelegalitatea protecției informațiilor transmise de către ofertantul desemnat câștigător”

Alegațiile contestatorului privind capacitatea profesională a ofertantului câștigător: *„nu își poate asuma modificări/reproiectări sau îmbunătățiri aduse unui echipament al cărui drept de proprietate intelectuală nu îi aparține, și nici nu știe cum și nici nu are cum să le opereze și, cu atât mai mult, să le interconecteze.”* sunt profund eronate și realizează o gravă confuzie între dreptul de proprietate intelectuală asupra produselor componente ale produsului ofertat care în mod evident aparține producătorului acestora și secretul comercial / „know-how”-ul pe care îl posedă ofertantul câștigător, invocat de altfel, de către acesta drept temei legal pentru păstrarea confidențialității.

De asemenea, contestatorul afirmă, în mod eronat, că ofertantul a făcut o declarație pur formală de confidențialitate, deoarece ofertantul câștigător a demonstrat printr-o expunere de motive ce a determinat declararea ofertei sale confidențiale. Declarația s-ar fi putut considera pur formală doar dacă folosea o formulare generică „prezenta oferta este confidențială”.

Pe de altă parte, având în vedere scopul urmărit de legiuitor prin instituirea acestei protecții a confidențialității elementelor din ofertă, în speță protejarea intereselor comerciale și avantajelor competitive ale ofertanților, respectiv prevenirea unor abuzuri din partea operatorilor economici concurenți, precum și faptul că dispozițiile din HG nr. 394/2016 au fost elaborate în aplicarea prevederilor Legii nr. 99/2016, care la art. 70 alin. 1 statuează: *„(...) entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale, întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.(...)”*

precum și faptul că ofertantul contestator a accesat documentele din dosarul achiziției sectoriale care nu au fost declarate confidențiale, rezultă că nu se eludează caracterul public al procedurii și principiile care guvernează domeniul achizițiilor sectoriale.

Având în vedere cele mai sus enunțate, entitatea contractantă consideră că nu avea obligația de a pune la dispoziția contestatorului documentele declarate confidențiale.

III. Referitor la afirmația contestatorului privind „îngrădirea absolută a dreptului de acces la aceasta, cu consecința evidentă ca asocierea contestatoare să nu poată lua la cunoștință de neconformități/inacceptabilități ale ofertelor ofertanților din procedură și să nu își poată fundamenta suficient contestația.”

Se evocă prevederile art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, cu precizarea că autoritățile contractante au dreptul să restrângă, în caz de confidențialitate, dreptul la informare.

Astfel, afirmațiile contestatorului privind încălcarea dreptului la o cale de atac eficientă și implicit la un proces echitabil, nu sunt reale, entitatea contractantă a permis accesul și studierea dosarului de achiziție și a răspuns în termen legal solicitării contestatorului, astfel că acesta nu a fost în imposibilitatea de a formula cale de atac împotriva deciziei autorității contractante și nu și-a pierdut dreptul la un proces echitabil.

Pentru a asigura transparența, autoritățile contractante au obligația de a permite accesul persoanelor interesate la informațiile cuprinse în dosarul achiziției sectoriale după finalizarea procedurii de atribuire, cu respectarea prevederilor legale referitoare la liberul acces la informațiile de interes public.

În acest sens, legislația în vigoare prevede că dosarul achiziției sectoriale are caracter de document public în forma în care se află la momentul solicitării accesului la informațiile din cuprinsul acestuia. Accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii. Se observă astfel că legiuitorul instituie o excepție de la caracterul public al documentelor ce fac parte din dosarul achiziției sectoriale.

Deși principiul transparenței și caracterul public al dosarului achiziției sectoriale sunt unanim recunoscute atât la nivelul acquisului comunitar, cât și la nivelul legislației statelor membre, trebuie admis că oferta, în ansamblul său, reprezintă un produs intelectual, ea putând să ofere informații cu privire la situația economică a ofertantului, capacitate sa financiară și tehnică, rezultând deci necesitatea firească de a proteja, în limitele legii, acele informații care ar putea prejudicia interesele comerciale ale operatorilor economici implicați în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică.

IV. Referitor la afirmația contestatorului privind *"Dacă achizitorul a decis restricționarea accesului la ofertele depuse în cadrul procedurii, avea obligația de a-și motiva aceasta decizie. Or, în prezenta cauză, achizitorul nu ne-a comunicat care sunt motivele pentru care accesul la dosarul achiziției publice a fost atât de limitat."*

Entitatea contractantă a răspuns solicitării contestatorului prin adresa nr. 17264 / 25.07.2024, în sensul că i se permite accesul la raportul procedurii și la informațiile din dosarul achiziției care nu au fost declarate confidențiale de către ofertantul câștigător, în data de 26.07.2024, începând

cu ora 10:00, cu precizarea că ofertantul S.R.L. și-a declarat propunerea tehnică și propunerea financiară confidențiale și, implicit, aceste documente nu vor fi puse la dispoziție pentru studiu.

Se invocă Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, cauza T-363/14, Secolux, Association pour le contrôle de la sécurité de la construction / Comisia Europeană, din care reținem următoarele:

„46 În cazul în care instituția vizată decide să refuze accesul la un document a cărui comunicare îi este cerută, aceasta 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).”

V. Referitor la solicitarea de studiere a dosarului achiziției sectoriale, în vederea completării contestației, se solicită respingerea acesteia, deoarece propunerea tehnică și financiară au fost declarate confidențiale.

Se invocă Hotărârea din 12.02.2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge, prin care s-au reținut următoarele:

„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 Loch au, 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 continui 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 1 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.

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 entitatea 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.

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."

Având în vedere toate aceste argumente, precum și confidențialitatea declarată și motivată de către ofertantul SRL a propunerilor sale, se solicită respingerea cererii contestatorului privind studierea dosarului achiziției sectoriale în integralitate.

Entitatea contractantă concluzionează următoarele:

a) liberul acces la informațiile de interes public este garantat, fără a fi însă un drept / o libertate absolută întrucât ca orice drept, liberul acces la informații de interes public comportă limitări;

b) S.A. în calitate de entitate contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia conform prevederilor legale ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor;

c) 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;

d) entitatea contractantă are obligația de a asigura protejarea integrității datelor, a confidențialității ofertelor în cadrul tuturor operațiunilor de comunicare, transmitere și stocare a informațiilor;

e) accesul persoanelor la dosarul achiziției sectoriale se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii;

f) după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, entitatea 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;

g) părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală;

h) documentele pot fi declarate ca fiind confidențiale prin marcarea sau indicarea acestora, de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale, iar consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.

Din ansamblul reglementării legale a chestiunii confidențialității documentelor depuse în procedurile de achiziție sectorială, rezultă că legiuitorul a reglementat, cu titlu de principiu, faptul că accesul la informații de interes public este liber. Ceea ce este firesc în contextul în care unul dintre principiile fundamentale ale achizițiilor sectoriale este transparența de care trebuie să dea dovadă entitatea contractantă. Transparența reprezintă un instrument de control, o garanție a utilizării eficiente a fondurilor publice, iar aplicarea în concret a principiului transparenței este de natură a spori încrederea publică în procesul de achiziție sectorială.

Fără a nega sau minimiza importanta acestui principiu, entitatea contractantă consideră însă că transparența în procesul de achiziție sectorială nu poate fi aplicată de plano, fără o analiză apriorică fundamentată, situație în care aceasta trebuie să verifice dacă (verificări care în prezenta speță au fost efectuate):

1) există o declarație de confidențialitate în legătură cu documentele pentru care a fost transmisă cererea de studiu

și

2) dacă declarația de confidențialitate este întocmită potrivit legii, respectiv dacă în cuprinsul acesteia există mențiuni referitoare la faptul că respectivele documente conțin informații confidențiale, întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în situația în care constată că declarația de confidențialitate conține astfel de informații (conform celor indicate mai sus, suntem în această situație), apreciem că nu avem dreptul de a dezvălui aceste informații competitorilor.

În caz contrar, contestatorul intră practic în posesia unor informații extrem de importante, pe care le poate utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, operatorul economic a cărui ofertă a fost făcută publică pierzând inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

În aceeași cauză C-450/06, Varec SA împotriva État belge, se statuează în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac, următoarele:

„55 (...) 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) trebuie să paranteze 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 entitatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare.”

VI. Referitor la afirmațiile contestatorului privind oferta operatorului economic S.R.L. ca fiind „neconformă și inacceptabilă întrucât nu deține calificările și personalul necesar și nu respectă documentele achiziției, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.”, respectiv „nelegalitatea și netemeinicia rezultatului procedurii, încălcarea principiilor egalității de tratament, proporționalității și transparenței”, se arată următoarele:

Entitatea contractantă consideră că atât propunerea tehnică, cât și cea financiară depuse de operatorul economic S.R.L. sunt conforme, așa cum s-a constatat în cadrul proceselor verbale și în raportul procedurii amplu detaliate, pentru următoarele considerente:

a) pct. 7. Servicii, subpunctul 7.1 Punere în funcțiune și subpunctul 7.2. Instruirea echipajului și a personalului auxiliar din Caietul de sarcini nr. 2916/01.02.2024 prevede:

„Contractantul va realiza toate configurările/setările necesare pentru a pune produsele în funcțiune. Punerea în funcțiune include, de asemenea, toate ajustările și setările necesare pentru a asigura instalarea corespunzătoare, în ceea ce privește performanța și calitatea, cu toate configurațiile necesare pentru o funcționare optimă. (...)

Punerea în funcțiune și procedurile de calibrare vor fi efectuate de către personal tehnic specializat, certificat de producătorul echipamentului multifascicul. În cazul în care se folosește un pachet software de la un alt producător, personalul tehnic implicat în această etapă de lucrări trebuie să fie certificat și de producătorul pachetului software.

Oferta tehnică va include copii după documentele de certificare menționate mai sus.

Dacă aceste servicii ce necesită certificare vor fi efectuate de către specialiștii altui operator economic, furnizorul va preciza calitatea în care participă acesta la procedură (subcontractant, asociat) având în vedere că va realiza o parte din propunerea tehnică, cu responsabilitățile și documentarea acestei calități conform legii.”

„Contractantul este responsabil pentru instruirea personalului desemnat de beneficiar. Scopul instruirii este de a transfera cunoștințele

necesare pentru utilizarea și întreținerea echipamentelor, motoarelor și a sistemelor instalate. Numărul persoanelor care vor fi instruite este de 5 persoane (2 persoane echipaj + 3 operatori sistem). (...) Instruirea se va efectua în limba română.

Contractantul trebuie să propună orice subiect suplimentar care ar putea fi necesar pentru a se asigura că personalul beneficiarului este pe deplin instruit, pentru a asigura utilizarea corespunzătoare a produsului. De asemenea trebuie să furnizeze informații despre mentenanța de rutină care trebuie să fie efectuată de către utilizator, depistarea problemelor și diagnosticare de bază, etc.

Contractantul va asigura pe durata sesiunii de instruire materiale suport în limba română, care includ cel puțin manualul de operare pentru fiecare echipament montat.

Costurile de instruire a reprezentanților achizitorului, vor fi în sarcina contractantului. Instruirile se vor efectua de către specialiști autorizați de producătorul fiecărui echipament/sistem, respectiv, certificați în utilizarea pachetelor software furnizate."

Prin propunerea sa tehnică, ofertantul S.R.L. a declarat faptul că dispune de personal tehnic specializat, certificat de producătorul echipamentului multifascicul și a prezentat certificatul de competență privind personalul autorizat pentru instalarea, punerea în funcțiune și calibrarea echipamentului multifascicul, precum și instruirea operatorilor.

b) pct. 6 Sistem cercetare batimetrică. subpunctul 6.1. Sondă hidrografică multifascicul din Caietul de sarcini nr. 2916/01.02.2024 nu se solicită o licență Hypack MAX & Hysweep cum în mod eronat susține contestatorul; cerințele caietului de sarcini sunt cât se poate de explicit formulate, astfel s-a solicitat:

„Sistemul va fi format din:

6.1. Sondă hidrografică multifascicul

Software de operare al producătorului echipamentului: configurare, calibrare, achiziție, filtrare și logare; funcționare sub sistem de operare Windows sau echivalent. Acest pachet software se livrează configurat într-un PC construit pentru mediu industrial, instalabil în rack de 19", cu performanțe conforme cu cerințele producătorului echipamentului și monitor navalizat (cu accept de tip recunoscut în UE) cu diagonala de minim 24", TFT color cu iluminare LED și rezoluție HD, cu bridă orientabilă și posibilitate de „dimmer”;

Software hidrografic (furnizorul va acoperi costurile de mentenanță pentru 24 luni): proiectare survey, calibrare, colectare și procesare a datelor în sistem multifascicul; colectarea datelor în format RAW; logarea datelor cu informația completă a coloanei de apă pentru fiecare fascicul; program de parametri geodezici; proiectarea liniilor de cercetare; proiectarea liniilor de cercetare prin introducerea canalului ce trebuie cercetat; generarea și operarea de fișiere matriciale; capacitate de import și afișare a fișierelor CAD/GIS; configurarea echipamentelor din sistem; colectarea datelor de la un număr mare de senzori; procesarea datelor, interpretarea corectă a informației de maree; procesarea corecțiilor necesare în funcție de viteza sunetului în apă în coloană de cercetare; export în format DXF/DGN; plotare de înaltă calitate către orice ploter / imprimantă sub Windows sau echivalent; calcul de volume în funcție de secțiune; calcul de volume în

funcție de modelul de suprafață; contururi în format DXF; modelare 3D în scară de gri sau color; vizualizare 3D în mișcare cu facilități de navigare; colectare și procesare date de scanare laterală; capacitate de desenare a formelor navei în 2D și 3D; posibilitate de lucru cu determinări în minim două frecvențe; capacități multiple de modelare pentru reducerea setului final de date; modul de raportare a condițiilor canalului cu generarea raportului în format compatibil NOAA; va permite corectare ulterioară a datelor achiziționate din punct de vedere al alinierii și întârzierilor; modul de editare cu facilități complexe care să permită verificarea și editarea parametrilor ficși și dinamici (pase, mișcările navei, direcția de deplasare, marea, pescaj, viteza sunetului, etc.); introducerea de filtre automate sau editare manuală pentru (adâncime minimă/ maximă, singularități, suprapuneri topografice, limitări ale unghiului spotului, anularea anumitor spoturi, limitări babord/tribord), filtre statistice, etc.; modul editor ENC care să permită modificarea/updatarea hărților S-57 existente; posibilitatea de a afișa planul de cercetare și situația instantanee pe displayul distant de la poziția de guvernare, independent de acțiunile și activitățile hidrografului și informația afișată pe displayul local.",

iar la subpunctul 6.2. se indică software-ul hidrografic „pus la dispoziție de entitatea contractantă, Hypack MAX”, iar la subpunctul 6.3. se menționează faptul că „Datele achiziționate vor putea fi prelucrate și cu software-ul hidrografic Hypack MAX aflat în dotarea beneficiarului”.

Din formularea cerinței rezultă în mod explicit, faptul că nu se limitează posibilitatea de prelucrare a datelor cu un anumit software, software-ul Hypack Max fiind menționat ca unul dintre software-urile hidrografice acceptate însă nu unicul, cum în mod eronat susține contestatorul.

„6.2. Sondă hidrografică monofascicul

(...) - Stație de lucru care rulează pachetul software al producătorului + pachetul software hidrografic specializat: calculator instalabil în rack de 19" și monitor navalizat. Caracteristici minime: Procesor Intel i7 (sau echivalent), RAM 4GB, HDD 500GB, porturi și interfețe conform necesităților de conectare și integrare, tastatura QWERTY și trackball, 1 x monitor cu diagonala de minim 24", TFT color cu iluminare LED, cu bridă orientabilă și posibilitate de „dimmer”;

Software de operare al producătorului echipamentului: configurare, calibrare, achiziție, filtrare și logare; funcționare sub sistem de operare Windows sau echivalent;

- Software hidrografic pus la dispoziție de entitatea contractantă, Hypack MAX, aflat în program de mentenanță la zi - furnizorul va acoperi costurile de mentenanță pentru 24 luni: proiectare survey, calibrare, colectare și procesare a datelor în sistem monofascicul; colectarea datelor în format RAW; logarea datelor cu informația completă a coloanei de apă; program de parametri geodezici; proiectarea liniilor de cercetare; proiectarea liniilor de cercetare prin introducerea canalului ce trebuie cercetat; generarea și operarea de fișiere matriciale; capacitate de import și afișare a fișierelor CAD/GIS; configurarea echipamentelor din sistem; colectarea datelor de la un număr mare de senzori; procesarea datelor; interpretarea corectă a informației de marea; procesarea corecțiilor necesare în funcție de viteza sunetului în apă în coloană de

cercetare; export în format DXF/DGN; plotare de înaltă calitate către orice ploter/ imprimantă sub Windows sau echivalent; calcul de volume în funcție de secțiune; calcul de volume în funcție de modelul de suprafață; contururi în format DXF; modelare 3D în scară de gri sau color, vizualizare 3D în mișcare cu facilități de navigare; colectare și procesare date de scanare laterală; capacitate de desenare a formelor navei în 2D și 3D; posibilitate de lucru cu determinări în minim două frecvențe; capacități multiple de modelare pentru reducerea setului final de date; modul de raportare a condițiilor canalului cu generarea raportului în format compatibil NOAA; va permite corectare ulterioară a datelor achiziționate din punct de vedere al alinierii și întârzierilor; modul de editare cu facilități complexe care să permită verificarea și editarea parametrilor ficși și dinamici (pase, mișcările navei, direcția de deplasare, marea, pescaj, viteza sunetului, etc.); introducerea de filtre automate sau editare manuală pentru (adâncime minimă/maximă, singularități, suprapuneri topografice, limitări ale unghiului spotului, filtre statistice, etc.; modul editor ENC care să permită modificarea/updatarea hărților S- 57 existente; posibilitatea de a afișa planul de cercetare și situația instantanee pe displayul distant de la poziția de guvernare, independent de acțiunile și activitățile hidrografului și informația afișată pe displayul local;

Sonda monofascicul va fi compatibilă cu sistemul multifascicul și va fi integrată în acesta prin transmiterea adâncimilor calculate în timp real."

„6.3. Sonar cu scanare laterală

(...)

- Echipamentul va fi livrat cu software propriu, dedicat, pentru achiziție și procesare date;

- Pachetul software va permite vizualizarea în timp real a imaginii georeferențiate, mozaicarea acesteia în timp real și înregistrarea;

- Acest pachet software va fi instalat și configurat corespunzător într-un calculator industrial, montat în rack-ul cu echipamente;

Datele achiziționate vor putea fi prelucrate și cu software-ul hidrografic Hypack MAX aflat în dotarea beneficiarului; (...)"

Entitatea contractantă a acționat cu bună credință, respectând principiile care guvernează achizițiile sectoriale, motiv pentru care la elaborarea documentației de atribuire a avut în vedere ca specificațiile tehnice să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și să aibă ca efect asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Aceasta este rațiunea pentru care cerințele cuprinse la subpunctele 6.2. și 6.3. din caietul de sarcini s-a solicitat compatibilitatea echipamentelor și configurarea acestora, iar prin propunerea sa tehnică ofertantul S.R.L. și-a asumat realizarea tuturor cerințelor caietului de sarcini.

În etapa de evaluare a ofertelor, entitatea contractantă a respectat prevederile legale aplicabile și și-a asumat răspunderea asupra deciziilor luate în cadrul procedurii de atribuire, rezultatele evaluărilor efectuate fiind consemnate în procesele-verbale de analiză intermediare și fiind luate în considerare în decizia de atribuire a contractului de achiziție sectorială, potrivit raportului procedurii nr. 17109 / 24.07.2024.

Față de aspectele menționate anterior, se solicită să se constate că alegațiile contestatoarei sunt neîntemeiate și, pe cale de consecință, respingerea contestației ca nefondată.

În drept, se invocă dispozițiile art. 18 alin. 1 și art. 19 din Legea nr. 101/2016, art. 70 și art. 231 din Legea nr. 99/2016, art. 129 din H.G. nr. 394/2016.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. SRL solicită acces la dosarul achiziției publice, implicit la propunerea tehnică și financiară a ofertantului câștigător, declarată confidențială, comunicat de entitatea contractantă în vederea soluționării dosarului CNSC nr.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., reprezentată legal de dl. ... - administrator și convențional de Societatea Civilă Profesională de Avocați „...”, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la, în calitate de ofertant câștigător al procedurii de atribuire în dezbatere, a formulat *Cerere de intervenție* prin care solicită respingerea ca nefondată a contestației și admiterea prezentei cereri de intervenție.

Conform Raportului procedurii nr. 17109/24.07.2024, în procedură au fost depuse 2 oferte, de către subscrisa și Asocierea SRL - SRL.

După evaluarea ofertelor și aplicarea criteriului de atribuire, clasamentul este următorul:

- SRL - 100 de puncte, locul I;
- Asocierea SRL- SRL- 67,73 puncte, locul II.

I. Caracterul nefondat al solicitării accesului la informațiile declarate confidențiale din oferta SRL.

Se arată în contestație că propunerea tehnică și cea financiară ale intervenientei au fost marcate ca fiind confidențiale în întregime, însă documentele ce reprezintă conținutul ofertei nu ar avea regim confidențial.

La această concluzie ajunge contestatoarea prin simpla indicare a cerințelor caietului de sarcini, respectiv pct. 11 alin. (2), pct. 1.1., pct. 7.2.2. Drept urmare afirmă că *„tipul și caracteristicile tehnice ale echipamentelor ofertate, autorizațiile și certificările producătorilor echipamentelor și respectiv autorizațiile și certificările (de către producătorii echipamentelor) specialiștii desemnați de ofertanți în executarea contractului pentru instruire în limba română a operatorilor de sistem ai beneficiarului (vizând capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților) nu pot face obiectul confidențialității”*.

Expunând teoretic aspecte legate de confidențialitatea ofertelor și menționând în susținere hotărârea pronunțată de CJUE în Cauza C-927/19, contestatoarea solicită în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016 accesul la oferta intervenientei în întregime („desecretizarea propunerii tehnice și financiare”).

Intervenienta solicită respingerea cererii de acces la oferta SRL, având în vedere caracterul confidențial al respectivelor documente și informații, după cum s-a arătat în declarațiile depuse în cadrul ofertei, precum și în documentele anexate prezentei cereri de intervenție, solicitând CNSC a reține următoarele aspecte:

a) Temeiul juridic al confidențialității ofertei SRL:

Intervenienta a întemeiat confidențialitatea ofertei pe următoarele dispoziții legale:

- art. 70 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 care dispune cu privire la mențiunile din cuprinsul ofertei care sunt confidențiale: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală;

- art. 129 alin. 1 din HG nr. 394/2016, care face trimitere la elaborarea ofertei în condițiile art. 70 alin. (4) din Legea nr. 99/2016;

- art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 care impune entităților contractante protecția informațiilor confidențiale din ofertele operatorilor economici, la fel ca și art. 79 alin. (1) din Legea nr. 99/2016;

- Art. 230 alin. (I1) din Legea nr. 99/2016 privind elaborarea raportului procedurii fără informațiile confidențiale;

- Art. 231 alin. (5) și (6) din Legea nr. 99/2016 care reglementează modul de acces la dosarul achiziției, excepție făcând documentele declarate confidențiale de către ofertanți;

- art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind accesul părților la documentele dosarului, mai puțin informațiile confidențiale din oferte;

- art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 privind marcarea ca fiind confidențiale a ofertelor și consultarea acestora doar cu acordul scris al titularului ofertei;

- art. 21 din Directiva 2014/24/UE privind informațiile confidențiale.

Dispozițiile legale citate statuează asupra faptului că sunt supuse protecției legale secretele tehnice și/sau comerciale, datele cu caracter personal, drepturile de proprietate intelectuală, acestea constituind temeiul juridic al declarației de confidențialitate a ofertei, precum și al dreptului de necontestat de a respinge cererea unui ofertant concurent de a avea acces la documentele ofertei.

Față de prevederile legale susmenționate, intervenienta își menține solicitarea de a păstra caracterul confidențial al informațiilor din ofertă, așa cum au fost indicate în fața entității contractante și a nu permite accesul ofertantului SRL la oferta sa.

b) Justificarea încadrării drept confidențiale a documentelor astfel indicate prin ofertă. Demonstrarea caracterului confidențial al ofertei.

Încadrarea drept confidențiale a documentelor din oferta are la bază dispozițiile art. 70 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, iar dreptului de a declara confidențială oferta îi este corelativă obligația entității contractante și a organismului administrativ jurisdicțional de a proteja față de concurenți informațiile confidențiale ale ofertei.

Drept urmare, confidențialitatea elementelor propunerii tehnice, a propunerii financiare și a celorlalte documente ale ofertei are în vedere regimul aplicabil secretelor comerciale, datelor cu caracter personal și aspectelor confidențiale ale ofertelor.

Informațiile din Propunerea Tehnică și Propunerea Financiară se impun a fi protejate drept confidențiale pentru a nu prejudicia interesele legitime, în ceea ce privește secretul comercial.

Secretele comerciale

Or, informațiile incluse în propunerea tehnică și financiară îndeplinesc cerințele prevăzute la art. I1 litera e) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale:

- respectivele informații sunt secrete, ele nefiind cunoscute la nivel general și nici ușor accesibile-tocmai de aceea a fost formulată solicitarea de accesare a acestor informații de către contestatoare;

- ele au valoare comercială prin faptul că sunt secrete - în sensul că (i) pe de o parte, permit intervenientei să particularizeze produsele și serviciile oferite care întrunesc o serie de calități, permițând asigurarea unui avantaj competitiv față de alți furnizori similari de servicii, dar și (ii) pe de altă parte permit participarea sa cu oferte la proceduri de atribuire cu un tip specific de produse și servicii accesorii care întrunește cerințele de calitate la un preț avantajos.;

- au făcut obiectul unor măsuri rezonabile pentru a fi păstrate secrete, respectiv acestea sunt incluse în politicile interne - destinate exclusiv salariaților și colaboratorilor și sunt corespunzător marcate și justificate drept confidențiale în cadrul ofertelor în care sunt incluse - declarații ce se regăsesc în ofertă.

„1 trebuie să amintim că, în temeiul articolului 21 din Directiva 2014/24, protecția nu se referă numai la „secretele comerciale”, ci și la „aspectele confidențiale ale ofertelor”. Prin urmare, în dispoziția respectivă se pot încadra informațiile care nu pot fi clasificate în mod strict ca secrete comerciale: cele două noțiuni nu sunt echivalente” - Concluziile AG în cauza C-927/19, UAB pct. 44.

Propunerea tehnică conține o configurație proprie a echipamentelor ambarcațiunii și a celor de măsurare, asigurând un nivel calitativ înalt al obiectului contractului de achiziție publică.

Toate informațiile legate de furnizarea unuia sau mai multor produse într-o configurație anumită care să asigure compatibilitatea cu Hypack MAX aflat în dotarea beneficiarului sunt confidențiale, divulgarea acestora ducând la pierderea avantajului competitiv deținut de SRL derivat din modul de selectare a produselor și furnizorilor, asigurarea compatibilității acestora. Informațiile prezentate în propunerea tehnică privind aceste soluții cuprind detalii care particularizează produsul ca tot unitar, precum și serviciile accesorii oferite, având ca element esențial și metodologiile interne de lucru ale companiei.

Toate elementele din propunerea tehnică și financiară au un caracter unic, durabil, profitabil și poziționabil pe piață, reprezentând avantaj competitiv. Specificul dat de obiectul achiziției în prezenta procedură, respectiv furnizarea unei ambarcațiuni care să îndeplinească atât cerințe de compatibilitate, cât și specificații tehnice detaliate ale echipamentelor destinate măsurătorilor hidrografice, face ca aceste elemente care dau avantaj competitiv să rezulte din tot conținutul ofertei unitare, neputând fi identificate elemente separate ale ofertei care să nu fie supuse regimului de confidențialitate.

Informațiile referitoare la personalul implicat în contract sunt de asemenea de natură confidențială, întrucât raporturile de muncă nu aparțin domeniului public (art. 29, art. 36 Codul muncii), pe de o parte, iar pe de altă parte certificările/calificările personalului care va implementa contractul

reprezintă nivelul calitativ superior în care subscria asigură îndeplinirea contractului, înțeles ca avantaj competitiv.

Informațiile prezentate referitoare la echipamentele și software-urile utilizate de ofertant sunt de natură confidențială și intră sub incidența secretului comercial. În acest sens, arătăm că detaliile privind echipamentele și software-ul sunt informații care reflectă capacitățile ofertantului prin selectarea furnizorilor și combinarea tuturor produselor astfel încât să fie asigurată compatibilitatea, acțiuni ce au la bază metodologii de lucru proprii. Divulgarea acestor informații ar putea oferi competitorilor un avantaj neloial, permițându-le să își ajusteze propriile oferte în funcție de capacitățile ofertantului.

Pentru acest motiv, intervenienta a dezvoltat politici interne de management care sunt menite a asigura avantajul competitiv față de restul competitorilor din piață (conform documentelor anexate care, la rândul lor, au caracter confidențial).

Punerea la dispoziția terților (mai ales a operatorilor economici cu care ne concurăm direct) a unor astfel de informații, fără a se asigura protecția datelor furnizate, aduce atingere secretelor comerciale ale intervenientei.

În ceea ce privește Propunerea Financiară, aceasta reprezintă o justificare a prețurilor, reflectând, pe de o parte, elementele din propunerea tehnică, iar pe de altă parte, acestea sunt rezultatul unei politici de prețuri proprii, care se încadrează în categoria secretului comercial, deoarece prețurile oferite sunt rezultatul următoarelor procese: pentru resursele proprii rezultatul unei optimizări continue a procedurilor de lucru, a echipamentelor și a software-urilor utilizate. În cazul resurselor achiziționate de la furnizorii de servicii, prețurile sunt obținute în urma unor negocieri intense, consolidându-se pe parcursul mai multor ani de colaborare. Așadar, motivat de faptul că atât în propunerea tehnică, cât și în propunerea financiară sunt cuprinse informații ce rezultă din întreaga sa experiență, intervenienta a solicitat păstrarea confidențialității acestor informații.

Datele cu caracter personal

Se solicită CNSC a avea în vedere că datele din oferta includ și date cu caracter personal (cum este cazul documentelor de personal/certificări) ce se impun a fi protejate în baza a obligației de protecție a datelor cu caracter personal impusă de Regulamentul UE 679/2016, precum și date confidențiale aferente contractelor invocate drept experiență similară, sau ofertele de la furnizorii de echipamente. În acest caz, documentele incluse în cadrul ofertei care cuprind astfel de date, reprezintă în ele însele proba caracterului confidențial invocat.

Similar, se impune restricționarea accesului ofertanților și la răspunsurile la solicitările de clarificări și la acele elemente din documentele de evaluare a ofertei care preiau din informațiile confidențiale incluse în cadrul ofertei.

Prejudiciul adus intervenientei ca urmare a dezvălurii acestor informații

În cazul în care s-ar permite accesul contestatoarei (concurrent direct al intervenientei) la astfel de informații declarate confidențiale, interesele comerciale legitime ale sale ar fi direct prejudiciate:

(i) în primul rând, faptul că un concurrent direct (terț) ar avea acces la informații cu privire la serviciul oferit (inclusiv elementele de mare detaliu ale ofertei care particularizează în mod distinct serviciul pe piață), dar și

privind modul în care ofertantul își structurează oferta, experiența anterioară, structura costurilor și a componenței acestora, a nivelului cotei de profit practicat, este de natură a afecta direct și grav șansele subscrisei în proceduri de achiziție viitoare, respectiv posibilitatea reală de a adjudeca alte proceduri de achiziție având un obiect similar/identic cu al prezentei proceduri, prejudiciind astfel interesele sale economice. Deținerea informațiilor cu privire la oferta unui concurent conferă un avantaj concurențial în alte proceduri, spre detrimentul șanselor legitime ale subscrisei de a obține atribuirea respectivelor proceduri.

(ii) intervenienta concurează frecvent în procedurile de atribuire, în general cu același tip de ofertanți - concurenți direcți, iar accesul acestora la oferta noastră și implicit cunoașterea ofertei noastre, este de natură a le permite avantajarea în proceduri viitoare. Accesarea oricăror informații din oferta folosind pretextul accesului la dosarul de achiziție publică la CNSC poate determina pierderea avantajului competitiv în cadrul procedurilor viitoare.

(iii) conținutul lor ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența și divulgarea lor ar putea fi prejudiciabilă.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a recunoscut protecția secretelor comerciale ca un principiu general, sens în care sunt aplicabile considerentele din Hotărârea din 24 iunie 1986, AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, 53/85, Rec., p. 1965, punctul 28, precum și din Hotărârea din 19 mai 1994, SEP/Comisia, C-36/92 P, Rec., p. 1-1911, punctul 37)

Similar, s-a statuat în jurisprudența Curții că în cadrul unei căi de atac referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punctul 51 și Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipedos, C-927/19, punctul 129).

S-a mai reținut că, deși principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta, în anumite cazuri, poate fi necesar să nu comunice anumite informații părților în vederea conservării drepturilor fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important. Între drepturile fundamentale care se impun a fi protejate se figurează dreptul la respectarea vieții private și a comunicațiilor consacrat de art. 7 din Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene, precum și dreptul la protecția secretelor comerciale care a fost recunoscut de Curte ca principiu general de drept al Uniunii.

Având în vedere justificările și dovezile la care a făcut referire mai sus, dar și faptul că CNSC (ca și entitatea contractantă de altfel) are acces deplin la toate documentele depuse în cadrul ofertei, nu se justifică acordarea accesului contestatoarei la oferta declarată confidențială.

Nu în ultimul rând, se invocă inclusiv jurisprudența CNSC în care nu s-a permis accesul altor ofertanți la datele confidențiale - mai jos extras din Decizia CNSC nr., unde, la pagina 40, CNSC a făcut o pertinentă analiză a

temei confidențialității în procedurile de achiziție publică, arătând între altele faptul că:

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 oferta 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 procedura.

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

De asemenea, în aceeași decizie CNSC a invocat pe larg jurisprudența europeană pe care se sprijină decizia sa, dar și jurisprudența națională, arătând inclusiv faptul că atât CNSC cât și autoritatea contractantă au avut acces la întreg dosarul achiziției publice.

Nu în ultimul rând, așa cum rezultă din Hotărârea pronunțată în cauza T-734/17 ViaSat vs. Comisia:

„jurisprudența a stabilit că există o prezumție generală că accesul la ofertele ofertanților în contextul executării contractelor de achiziție publică ar submina, în principiu, protecția intereselor comerciale (a se vedea în acest sens Hotărârea Cosepuri/EFSA, punctul 101, Hotărârea din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14, EU:T:2016:521, punctul 49 și Hotărârea din 14 decembrie 2017, Europaiki Dynamiki/Parlamentul, T-136/15, punctul 62)”.

Prin considerațiile generale ale contestatoarei strict legate de dreptul la o cale de atac eficientă, nu este înlăturată prezumția confidențialității ofertei.

Pentru aceste considerente, se solicită Consiliului să refuze accesul contestatoarei la oferta SRL, declarată confidențială.

II. Caracterul conform și acceptabil al ofertei SRL. Contestația este nefondată

a) Lipsa motivării Raportului procedurii. Susținere nefondată

Se arată de către contestatoare că Raportul procedurii nr. 17109/24.07.2024 ar fi nemotivat, fiind încălcat principiul transparenței.

Contrar acestor susțineri, Raportul procedurii conține toate elementele impuse de dispozițiile art. 230 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, care dispune:

(2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puțin următoarele documente/informații:

a) denumirea și adresa entității contractante, obiectul și valoarea contractului sectorial/acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziții;

b) dacă este cazul, rezultatele procesului de calificare și/sau selecție a candidaților/ofertanților și/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire;

c) motive le respingerii unei oferte care are un preț neobișnuit de scăzut;

d) denumirea ofertantului declarat câștigător și motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câștigătoare;

e) în măsura în care sunt cunoscute, partea/părțile din contractul sectorial/acordul-cadru pe care ofertantul declarat câștigător intenționează să o/le subcontracteze unor terți și denumirea subcontractanților;

f) justificarea motivelor privind alegerea procedurii de atribuire, în cazul aplicării procedurii de negociere fără invitație prealabilă la procedura concurențială de ofertare;

g) justificarea motivelor pentru care entitatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire;

h) atunci când este cazul, motivele pentru care au fost folosite alte mijloace de comunicare decât cele electronice pentru depunerea ofertelor; i) atunci când este cazul, conflictele de interese identificate și măsurile luate în acest sens.

Contestatoarea nu indică ce anume lipsește din conținutul Raportului procedurii. Mai mult, elementele în baza cărora a fost stabilit ofertantul câștigător rezultă fără echivoc din conținutul Raportului.

Astfel, la pct. 2.4.2 din Raport se arată detaliat cum a fost calculat punctajul pentru fiecare subfactor de evaluare, atât cel tehnic, cât și cel financiar:

Nr. Crt.	Ofertant	Punctaj total factori de evaluare <i>TEHNICI</i>
1.	SC SRL	1. PERIOADA DE GARANȚIE PENTRU SONDA HIDROGRAFICĂ MULTIFASCÍCUL ofertata: 4ani. Conform Algoritm de calcul Punctajul se acorda astfel: a) Pentru o perioadă de garanție a sondei multifascîcul de 3 ani se acordă 10 puncte; b) Pentru o perioadă de garanție a sondei multifascîcul de 4 ani sau peste se acordă 20 puncte Pentru garanție de minim 2 ani nu se acorda punctaj, punctaj acordat :20 puncte b.2, PERIOADA DE GARANȚIE EXTINSĂ PENTRU MOTOARELE AMBARCAȚIUNII ofertata :4 ani Conform Algoritm de calcul Punctajul se acorda astfel: b.2.a) Pentru o perioadă de garanție a motoarelor ambarcațiunii de 3 ani, se acordă 5 puncte b.2.b) Pentru o perioadă de garanție a motoarelor ambarcațiunii de 4 ani sau peste se acordă 10 puncte Pentru garanție de minim 2 ani nu se acorda punctaj, punctaj acordat :10 puncte Punctaj total obținut: 30 puncte.
2.	Asocierea SRL (lider asociere) & SC SRL (asociat)	1. PERIOADA DE GARANȚIE PENTRU SONDA HIDROGRAFICĂ MULTIFASCÍCUL ofertata: 0 ani. Conform Algoritm de calcul Punctajul se acorda astfel: a) Pentru o perioadă de garanție a sondei multifascîcul de 3 ani se acordă 10 puncte;

	b) Pentru o perioadă de garanție a sondei multifascicul de 4 ani sau peste se acordă 20 puncte Pentru garanție de minim 2 ani nu se acorda punctaj, punctaj acordat :0 puncte 2. PERIOADA DE GARANȚIE EXTINSA PENTRU MOTOARELE AMBARCAȚIUNII ofertata :0 ani Conform Algoritm de calcul Punctajul se acorda astfel: a) Pentru o perioadă de garanție a motoarelor ambarcațiunii de 3 ani, se acordă 5 puncte b) Pentru o perioadă de garanție a motoarelor ambarcațiunii de 4 ani sau peste se acordă 10 puncte. Pentru garanție de minim 2 ani nu se acorda punctaj, punctaj acordat :0 puncte Punctaj total obținut: 0 puncte
--	---

În ce privește punctajul acordat propunerii financiare, entitatea contractantă a redat, în mod transparent, prețurile ofertate de cei doi operatori:

Ofertant	Valoare estimată Lei, fără TVA	Valoare ofertată Lei, fara TVA	„Prețul Ofertei” ⁵ 70% - 70 puncte
1.SC SRL		5.756.950,00 (96,51% din valoarea estimată)	70 puncte
2. Asocierea (lider asociere) & SC SRL (asociat)	5.958.960,00	5.958,950,00 (99,99% din valoarea estimată)	67,63 puncte

Nu există astfel nicio informație care a determinat rezultatul procedurii care să nu fie redată în mod transparent în Raportul procedurii.

Pentru aceste motive, se reține respectarea de către entitatea contractantă a dispozițiilor art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/2016 și se solicită respingerea ca nefondate a susținerilor contestatoarei.

b) Caracterul nefondat a contestației privind pretinsa neconformitate a ofertei SRL

Pretinsa neconformitate a ofertei este întemeiată în contestație pe susținerea că SRL este „singura companie română agrementată și autorizată de producătorul pachetului software batimetric solicitat prin documentele achiziției și singura companie română ce are angajați specialiști autorizați și certificați de producător la nivel național în utilizarea pachetelor software hidrografice Hypack aflate în dotarea beneficiarului”.

Urmare a acestei afirmații, contestatoarea susține că niciun alt operator economic nu ar fi putut îndeplini cerințele din caietul de sarcini.

Ca o primă concluzie din susținerile contestatoarei ar fi că entitatea contractantă a restricționat concurența pe piață, prin elaborarea unor cerințe în caietul de sarcini care nu ar putea fi îndeplinite decât de un singur operator economic.

Aceste susțineri sunt vădit nefondate, contestatoarea nefiind singurul operator economic ce îndeplinește cerințele documentației de atribuire, astfel cum aceasta a fost publicată în SEAP, dovadă fiind oferta intervenientei.

Deși se afirmă în contestație că „operatorul câștigător nu a oferat în cadrul prezentei proceduri echipamente conforme”, nu se aduce niciun argument în acest sens, nefiind indicată nicio specificație tehnică din caietul de sarcini pe care produsele ofertate de subscrisa nu o îndeplinește.

Contestația este nemotivată sub acest aspect, fiind încălcată obligația contestatoarei prevăzută la art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016 de a motiva în fapt și în drept contestația.

Potrivit principiului de drept *actori incumbit probatio*, statuat și de art. 249 cod procedură civilă, contestatoarea nu produce nicio probă în sensul

afirmațiilor sale privind specificațiile tehnice ale produselor oferite de subscrisa care nu ar îndeplini cerințele caietului de sarcini.

Pentru aceste motive, intervenienta solicită respingerea acestui motiv al contestației.

În fapt, singura critică pe care o formulează contestatoarea este raportată la cerința de la pct. 7.1. din caietul de sarcini:

„Contractantul va realiza toate configurările/setările necesare pentru a pune produsele în funcțiune (...) Punerea în funcțiune și procedurile de calibrare vor fi efectuate de către personal tehnic specializat, certificat de producătorul echipamentului multifascicul în cazul în care se folosește un pachet software de la un alt producător, personalul tehnic implicat în această etapă de lucrări trebuie să fie certificat și de producătorul pachetului software.

Oferta tehnică va include copii după documentele de certificare menționate mai sus.

Dacă aceste servicii ce necesită certificare vor fi efectuate de către specialiștii altui operator economic, furnizorul va preciza calitatea în care participă acesta la procedură (subcontractant, asociat) având în vedere că va realiza o parte din propunerea tehnică, cu responsabilitățile și documentarea acestei calități conform legii.”

Legat de acest aspect, contestatoarea susține, în mod eronat, că potrivit cerințelor de la pct. 6.2. și 6.3. din caietul de sarcini, ofertanții ar fi avut obligația de a furniza, pe lângă software-ul echipamentului multifascicul și „o licență Hypack MAX & Hysweep, singurul software total conform cu cerințele susmenționate, specialiștii achizitorului fiind deja familiarizați cu utilizarea software-ului Hypack MAX, expres precizat în continuare la pct. 6.2. și 6.3. din caietul de sarcini”.

Contestația este nefondată:

- textul cerințelor de la pct. 6.2. și 6.3. nu menționează obligația unei licențe Hypack MAX & Hysweep, așa cum eronat susține contestatoarea. Se menționează că ofertanții vor asigura mentenanță 24 de luni pentru „Software hidrografic pus la dispoziție de autoritatea contractantă, Hypack MAX, aflat în program de mentenanță la zi”.

- așa cum rezultă din pagina 34 din oferta SRL, din răspunsul la solicitarea de clarificare și anexele acesteia, înregistrate la SRL cu nr. 93 din 14.06.2024, cerința este îndeplinită de subscrisa, fiind depuse documente din care rezultă că avem capacitatea tehnică și operațională de a îndeplini specificația tehnică din caietul de sarcini;

- susținerea că SRL ar fi singura companie românească autorizată de producătorul pachetului software hidrografice Hypack, motiv pentru care numai aceasta ar putea aduce la îndeplinire obiectul contractului întrucât deține specialiști ce pot asigura instruirea în limba română, nu constituie un argument care să demonstreze necoformitatea ofertei subscrisei. Instalarea, punerea în funcțiune și instruirea personalului se efectuează pentru produsele livrate de ofertant/contractant (echipamente, software etc.) și nu pentru produsele pe care beneficiarul le deține deja, cum este software Hypack MAX;

- teoretic orice operator economic, chiar dacă nu este de naționalitate română, poate asigura o instruire a personalului în limba română; entitatea contractantă în mod corect nu a impus condiții de naționalitate a

oferanților în documentația de atribuire, întrucât o astfel de cerință ar fi încălcat principiul nediscriminării prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Drept urmare, argumentul potrivit căruia contestatoarea este singurul operator roman autorizat de Hypack Max ce poate asigura instruire a utilizatorilor beneficiarului în limba română este nefondat.

În ce privește personalul tehnic specializat conform cerințelor prevăzute la art. 7.1. și art. 7.2. din Caietul de sarcini, contestația formulată este de asemenea nefondată.

Cerințele caietului de sarcini cu privire la personal sunt următoarele:

Art. 7.1. Punere în funcțiune

(...) Punerea în funcțiune și procedurile de calibrare vor fi efectuate de către personal tehnic specializat, certificat de producătorul echipamentului multifascicul. În cazul în care se folosește un pachet software de la un alt producător, personalul tehnic implicat în această etapă de lucrări trebuie să fie certificat și de producătorul pachetului software.

Oferta tehnică va include copii după documentele de certificare menționate mai sus. Dacă aceste servicii ce necesită certificare vor fi efectuate de către specialiștii altui operator economic, furnizorul va preciza calitatea în care participă acesta la procedură (subcontractant, asociat) având în vedere că va realiza o parte din propunerea tehnică, cu responsabilitățile și documentarea acestei calități conform legii".

Art. 7.2. Instruirea echipajului și a personalului auxiliar (...) Instruirea se va efectua în limba română.

Din cele de mai sus rezultă două condiții:

a) pentru echipamentul multifascicul punerea în funcțiune se va efectua de către personal tehnic certificat de producător

și

b) instruirea personalului beneficiarului se face în limba română.

Legat de aceste cerințe, în Fișa de date, pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice s-a solicitat:

„2. Certificate emise de producătorul echipamentului multifascicul pentru personalul tehnic care va realiza punerea în funcțiune și calibrarea sistemului batimetric în configurația instalată, (introducere offset-uri, efectuarea întregii proceduri standard „patch-test” (parametrii de roii pitch, yaw și latency). 3. Certificat emis de producătorul pachetului software pentru personalul tehnic, în cazul în care acesta folosește un pachet software de la un producător, diferit de producătorul echipamentului multifascicul”.

Cerința este îndeplinită de oferta intervenientei.

Prin solicitarea de clarificări nr. 13598/10.06.2024, entitatea contractantă a solicitat clarificarea modului de îndeplinire a cerințelor, mai sus citate, privind certificatele de la producător, astfel încât prin adresa nr. 93/14.06.2024 am depus aceste documente, astfel cum au fost solicitate.

În mod corect, entitatea contractantă a stabilit că oferta intervenientei îndeplinește toate cerințele prevăzute în caietul de sarcini privind certificările emise de producător și a declarat oferta noastră admisibilă și câștigătoare în temeiul art. 219 din Legea nr. 99/2016.

Faptul că certificarea este oferită de alt producător decât Hypack Max nu contravine cerințelor caietului de sarcini, unde nu s-a impus pentru

echipamentul multifascicul o astfel de condiție restrictivă, așa cum pretinde contestatoarea.

De asemenea nesustținute sunt și afirmațiile contestatoarei că personalul propriu ar trebui să dețină certificările/autorizările de la producător și că nu am nominalizat niciun subcontractant/asociat/terț susținător care să efectueze operațiunile de punere în funcțiune.

În subsidiar, dacă CNSC ar aprecia că intervenienta nu a depus certificările/autorizările de personal conform cerințelor entității contractante mai sus menționate, în cauză sunt aplicabile dispozițiile art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2016 cu privire la clauzele nescrise.

Cerințele privind calificările/autorizările reprezintă cerințe de calificare privind capacitatea tehnică și profesională potrivit art. 192 din Legea nr. 99/2016, ce nu au fost menționate în anunțul de participare.

La pct. III.1.3) din anunțul de participare - Capacitatea tehnică și profesională, singura cerință impusă de entitatea contractantă este experiența similară, nu și certificări/autorizări ale personalului tehnic.

Dacă entitatea contractantă dorea să impună cerințe de calificare privind certificări/autorizări aferente capacității tehnice și/sau profesionale, avea obligația de a include o astfel de cerință în anunțul de participare, potrivit art. 36 alin. (4) din HG nr. 394/2016:

Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de entitatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

Cum aceste cerințe nu sunt menționate în anunțul de participare, cerința reprezintă clauză nescrisă conform art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2016, care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.

În acest sens, în jurisprudența CNSC s-a reținut că:

„Totodată, potrivit prevederilor art. 33 alin (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: „(3) Cerințele/Criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise.

Ca o primă constatare, solicitările privind autorizarea de către furnizorul de echipamente, respectiv privind autorizațiile ISCIR pentru montarea și punerea în funcțiune a echipamentelor care intră sub incidența ISCIR, se regăsesc în caietul de sarcini (pag. 7, 8, 10, 13 și 31) și nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare (cei puțin nu în capitolele destinate includerii cerințelor sau criteriilor de calificare), deși, în mod evident, acestea sunt cerințe sau criterii de calificare și nu specificații tehnice (al căror loc este în caietul de sarcini).

Mai exact, cerințele de calificare menționate nu se regăsesc în invitația de participare și nici în capitolul destinat din fișa de date a achiziției și anume capitolul III.2.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, fiind totuși amintite într-un alt capitol din fișa de date și anume în capitolul IV.4.1 - Modul de prezentare a propunerii tehnice.

Această eroare sau cel puțin lipsa de rigoare a entității contractante care nu a menționat deloc aceste cerințe de calificare în invitația de participare și nici în capitolele fișei de date destinate acestor cerințe (III.2.1., III.2.2 sau III.2.3.) a fost de natură să producă și a produs confuzie în ceea ce privește obligativitatea prezentării acestor documente.”

De asemenea, într-o altă decizie a CNSC, pronunțată cu privire la același aspect au fost reținute următoarele:

„Cerința inclusă în caietul de sarcini, conform căreia, ofertanții vor face dovada ca au mai executat piese similare la care durata de exploatare a depășit 9000 ore, în mod cert este o cerință de calificare.

Cum această cerință nu a fost preluată în fișa de date a achiziției, la secțiunea II 1.2.3. a) „Capacitate tehnică și/sau profesională”, conform dispozițiilor mai sus citate, este o clauză nescrisă [...].

De asemenea, susținerea autorității contractante că autoarea contestației și-a asumat riscul ca oferta să-i fie respinsă ca neconformă prin întocmirea ofertei tehnice fără respectarea cerințelor caietului de sarcini, este considerată de Consiliu eronată. Este adevărat că dispozițiile art. 170 din OUG nr. 34/2006 impun ca oferta să fie întocmită conform prevederilor documentației de atribuire, însă dispozițiile art. 33 alin. (3) din aceeași ordonanță de urgență sancționează cu nulitatea cerințele de calificare incluse în caietul de sarcini. Astfel că, indiferent dacă ofertanții au prezentat sau nu documente în susținerea cerinței din caietul de sarcini ofertanții vor face dovada că au mai executat piese similare la care durata de exploatare a depășit 9000 ore, acest lucru nu poate constitui motiv de neconformitate a propunerii tehnice.

Stabilirea în Caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise fiind sancționată cu inexistența acestora, este irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări/contestații. În același sens nu poate fi pusă în discuție nici o eventuală tardivitate a criticilor aduse respectivelor cerințe de calificare nescrise din Caietul de sarcini, în condițiile în care, altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauza nescrisă al cerinței de calificare dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal.”

O astfel de concluzie a fost reținută prin Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 din 04.09.2018, după cum urmează:

„Motivul de respingere a ofertei reclamantei vizează nedemonstrarea îndeplinirii cerinței autorizării ISCIR, însă respectiva cerință, făcând parte din clauzele calificate de legiuitor drept nescrise, nu poate fi valorificată ca motiv de respingere.

Caracterul nescris al clauzei înseamnă ca ea nu este scrisă în documentația de atribuire, nu apare în documentație, situația fiind similară inexistenței respectivei clauze. În sensul că noțiunea de clauză nescrisă semnifică inexistența cerinței s-a pronunțat și Curtea de Apel București, Secția a Vili-a contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 848 din 10 mai 2017.

Nescrierea clauzei nu se confundă cu nulitatea ei, deoarece nulă nu poate fi decât o clauza scrisă, nu nescrisă, cum este aceea în discuție. Drept urmare, nu era și nu este necesară atacarea caietului de sarcini de către SC... SRL pentru a avea efect dispoziția legală de la art. 36 alin. (6) din norme (altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauza nescrisă al

cerinței de calificare, dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal).

Nicio oferta nu poate fi respinsă în mod legal în temeiul unor clauze nescrise, cu atât mai mult cu cât ține exclusiv de culpa entității achizitoare modul în care au fost redactate documentele de participare. Nimic nu a oprit compania de apă să includă în anunțul de participare și fișa de date cerința de calificare regăsită în caietul de sarcini [...].

Analiza pe fond a îndeplinirii cerinței în discuție este de prisos, dat fiind că ea nu are nicio relevanță în desfășurarea achiziției, din cauza caracterului ei de clauză nescrisă.”

În același sens, în Decizia nr. 4880/2015 a Curții de Apel Timișoara au fost subliniate următoarele [...]:

„o clauză nescrisă se consideră că nu există deloc, de la bun început, și astfel nici nu poate fi analizată și avută în vedere, astfel încât fiind o cauză de ineficacitate, clauza nescrisă nu produce niciun efect, astfel că este firesc ca orice subiect de drept care o sesizează să facă abstracție de ea - pentru că pur și simplu nu există.”

Nu în ultimul rând, prin Decizia nr. 682/2019, pronunțată în dosarul nr. 4870/2/2019, Curtea de Apel București a statuat următoarele:

„Prin urmare se reține că invocarea existenței unor clauze nescrise, cu aplicarea specifică din materia achizițiilor publice nu poate fi determinată de respectarea unor termene impuse de lege pentru contestarea documentației de atribuire sau a actelor de solicitare de clarificări comunicate de autoritatea contractantă către ofertanți în condițiile în care scopul unei astfel de reglementari vizează tocmai înlăturarea aplicării unor astfel de clauze prezumate de lege ca fiind nescrise, neavând relevanță momentul în care este invocată existența unor clauze nescrise în condițiile în care autoritatea contractantă își întemeiază respingerea unei oferte pe existența unor clauze nescrise care deși formal nu sunt incluse în fișa de date/anunțul de participare, totuși conduc la respingerea ca neconformă a ofertei pentru neîndeplinirea acestora și în același timp aceste cerințe nu constituie specificații tehnice strict necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului, ci eventual, într-o anumită măsură în legătură cu factorii de evaluare stabiliți pentru acordarea punctajelor fiecăreia dintre oferte, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a menționat în FDA/anunțul de participare la pct. II 1.2.3) Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului, cerințele de calificare referitoare la personalul responsabil cu execuția prevăzute în caietul de sarcini „Obligație de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: Nu [...]”

În plus, respingerea unei oferte pentru neîndeplinirea unei cerințe ce reprezintă clauză nescrisă ar încalca deopotrivă jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, ce statuează că procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică ce nesocotesc principiul transparenței sunt nelegale.

Așa cum a stabilit CJUE în hotărâri preliminare (C-278/14, Enterprise Focused Solutions SRL):

„În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării unor măsuri

destinate să garanteze respectarea acestor principii, care sunt obligatorii pentru autoritățile contractante în cadrul oricărei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32).

26 Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, în ceea ce privește articolul 2 din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată).

27 Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși le-a stabilit. Astfel, acesteia îi este interzis să modifice criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire. Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență au, în acest sens, același efect în ceea ce privește specificațiile tehnice".

Având în vedere cele ce preced, se solicită Consiliului admiterea prezentei cereri de intervenție și respingerea contestației formulată de SRL, menținând rezultatul procedurii și actele entității contractante emise în etapa evaluării ofertelor.

Se solicită, de asemenea, obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată efectuate de subscrisa pentru soluționarea prezentei Contestației, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016. În acest sens, cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate vor fi depuse înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, intervenienta solicită accesul la dosarul achiziției publice aflat, respectiv la dosarul aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în vederea studierii acestuia și efectuării de copii de pe documentele necesare.

Cu adresa ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ... SRL solicită respingerea cererii formulată de SRL de a avea acces la oferta sa declarată confidențială, anexând documente în justificarea caracterului confidențial.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ... contestatorul SRL a formulat Note scrise prin care solicită respingerea apărărilor entității contractante formulate prin punctul de vedere nr. ... și a cererii de intervenție formulată de ofertantul SRL nr. 1392/12.08.2024, pentru cele ce urmează:

Cu titlul preliminar, se solicită verificarea respectării de către intervenient a termenului de 10 zile stabilit de art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016, iar în cazul în care acesta nu a fost respectat, în temeiul art. 185 C.P.C. solicitam respingerea cererii de intervenție ca tardiv formulată.

Examinând apărările entității contractante, care se opune nemotivat desecretizării și accesului la documentele confidențiale ale achiziției, fără a face dovada că a solicitat ofertantului desecretizarea propunerii tehnice și financiare spre a asigura accesul celorlalți participanți la procedura de achiziție publică la dosarul achiziției, contrar prev. 62 din Legea 99/2016

privind transparența, tratamentul egal și nediscriminatoriu, împiedicând controlul imparțialității procedurilor de atribuire, precum și apărările intervenientului pe aspectul confidențialității integrale a dosarului, inclusiv asupra Declarației de confidențialitate (Formularul nr. 11a/pct. IV.4.1. din fișa de date - care nu ne-a fost prezentat de entitatea contractantă și nu a fost anexat cererii de intervenție), se solicită respingerea acestora ca neîntemeiate pentru cele dezvoltate în continuare.

Pentru început, trebuie subliniat că apărările efectuate de către entitatea contractantă și intervenientă, nedovedite, nu pot conduce la prezervarea calității de ofertant desemnat câștigător, urmând ca cererea de intervenție, nefiind calificată și, contextual, lipsită de cauză, să fie respinsă în etapa analizei admisibilității în principiu.

În referire la apărările identice în conținut formulate de entitatea contractantă și intervenientă sub aspectul confidențialității integrale a ofertelor, se impune respingerea acestora ca nedovedite, simpla declarație a intervenientei referitoare la secretul comercial nefiind suficientă în vederea stabilirii ca și confidențială a ofertei în integralitatea sa.

Plecând de la definiția legală a noțiunii de "secret comercial", se constată că acesta acoperă doar acele informații "care nu sunt în general cunoscute sau nu sunt ușor accesibile". Or, din însăși descrierea conținutului propunerii tehnice, astfel cum este acesta prevăzut în Fisa de date și caietul de sarcini, rezultă că aceasta nu cuprinde elemente care să nu fie cunoscute de orice operator economic care activează pe piața construcțiilor de nave. Cât privește drepturile de proprietate intelectuală și industrială, simplul fapt că propunerea tehnică a fost întocmită de către ofertant, nu înseamnă că aceasta are și natura unei opere originale de creație intelectuală ori industrială, întrucât, pentru a avea acest caracter, propunerea tehnică ar trebui să conțină elemente de originalitate, însoțită de brevete/licențe ale ofertantului, nu ale producătorilor.

Astfel, simplul fapt că propunerea tehnică a fost întocmită de către ofertant nu înseamnă că aceasta are și natura unei opere originale de creație intelectuală/industrială, întrucât, pentru a avea acest caracter, propunerea tehnică ar trebui să conțină elemente brevetate ale ofertantului sau de originalitate, care, față de specificul prezentului contract, nu pot fi demonstrate.

În cauză, niciuna dintre informațiile care fac obiectul solicitării nu constituie, respectiv nu fac obiectul unor drepturi de proprietate intelectuală ori industrială ale ofertantului, așa cum acestea sunt reglementate de Legea 64/1991 privind brevetele de invenție, Legea 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, Legea 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor, Legea 16/1995 privind protecția topografiilor produselor semiconductoare, Legea 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe.

Directiva nr. 943 din 8 iunie 2016 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale (transpusă în legislația națională prin O.U.G. 25/2019) definește noțiunea de secrete comerciale, consemnând, prin art. 1, că se referă la informațiile care îndeplinesc toate cerințele următoare - sunt secrete în sensul că nu sunt, ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se articulează elementele acestora, cunoscute la nivel general sau ușor

accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informații în cauză, au valoare comercială prin faptul că sunt secrete, au făcut obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi păstrate secrete.

Specificul activității desfășurate de către intervenientă, fără legătură cu sectorul construcțiilor de nave, în lipsa administrării oricărui material probator, nu sprijină susținerea că ar fi titular al unor secrete comerciale ori al unui ansamblu de cunoștințe specifice, asupra unui produs naval sau procedeu de fabricație, obținute prin lucrări de cercetare și de dezvoltare (importante și costisitoare).

Și cu privire la servicii, lista operatorilor economici autorizați pentru servicii de instalare, punere în funcțiune și verificări echipamente de radiocomunicații și navigație, instalare echipament AIS (sistem automat de identificare) și instalare echipament radar, constituie informații publice, accesibile oricărei persoane interesate pe site-ul Autorității Navale Române, la fel cum lista șantierelor navale este publică. Și serviciile conexe necesare autorizării de către ANR, precum, exemplificativ, punerea în funcțiune la apă, la destinație, în ceea ce înseamnă "probe de mare" a sistemului de propulsie ce nu poate fi efectuată decât de către persoane autorizate de producătorul motoarelor sau reprezentantul național care asigură și mentenanța/garanția la navele cu pavilionul statului respectiv; îndeplinirea conformă a acestei proceduri condiționează emiterea avizului ANR și începerea perioadei de garanție acordată de producător, iar lista operatorilor economici agrementați/autorizați constituie, de asemenea informații publice și nu poate avea caracter confidențial, accesibile oricărei persoane interesate pe site-ul autorităților navale de resort.

Trebuie subliniat că inclusiv fișierul "datasheet-uri", adică o colecție de broșuri și fișe de date cu informații publice disponibile pe Internet, figurează ca secretizat, transparența concursului tehnic de soluții și a legalității competiției lipsind efectiv.

Cât privește prețurile ce compun propunerea financiară, prețul echipamentelor, manoperei/serviciilor prevăzut într-o procedură de atribuire nu este acoperit de aceasta confidențialitate, iar în ce privește prețurile oferite de furnizori, nu există nicio rațiune pentru care acestea să fie declarate confidențiale.

De altfel, intervenienta nu a argumentat în nici un fel în ce constă inovația/know-how-ul în procesul de producție al ambarcațiunii și dreptul de intervenție asupra echipamentelor achiziționate de la producător și furnizate în procedură și nu a indicat, în cuprinsul cererii de intervenție, la fel cum nici entitatea contractantă nu a indicat în apărarea formulată, care ar fi informațiile cu caracter secret cu privire la care accesul contestatoarei ar fi condus la pierderea în viitor a avantajului competițional, așa cum a susținut.

Sintetizând, argumentarea oferită de prin cererea de intervenție nu este suficientă pentru a justifica pretinsa confidențialitate integrală a ofertelor, orice altă concluzie fiind contrară principiului dreptului de acces la justiție, pentru că ar însemna ca ceilalți participanți la procedură nu pot verifica în niciun fel legalitatea evaluării ofertelor concurente.

Art. 70 alin. 4 din Legea 99/2016 specifică în clar faptul că *"Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnica, elementele 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, dovada ce devine anexă la oferta, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. 1".

Așa cum rezultă din prev. legale ante-menționate, coroborate cu prev. art. 231 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr. 99/2016, în referire la informațiile pe care operatorul economic le precizează și probează ca fiind confidențiale, operatorul economic trebuia să le probeze cu brevete, mărci, proceduri interne avizate cu privire la confidențialitate, simpla declarare a confidențialității nefăcând proba acesteia.

De asemenea, relevante sunt disp. art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, care stipulează că *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire în condițiile art. 70 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile”.*

Prin urmare, confidențialitatea nu operează asupra propunerii tehnice în integralitatea ei, ci numai asupra unor părților din acesta, textul de lege fiind limitativ cu privire la părțile expres indicate de ofertant. Același articol de lege sus-menționat precizează că doar informații din propunerea tehnică pot fi confidențiale, iar nu propunerea tehnică în integralitatea ei, astfel că opoziția intervenientului și refuzul entității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice depășesc limitele de confidențialitate prevăzute de lege.

Din analiza cerinței pct. IV.4.1. din fișa de date rezultă că entitatea contractantă și intervenientul aveau obligația să depună în cadrul prezentei proceduri Formularul nr. 11a - Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial, obligație neîndeplinită în prezenta cauză.

În referire la această declarație, entitatea contractantă și intervenienta se limitează în apărare la enumerarea prevederilor din cuprinsul Legii nr. 11/1991 privind secretul comercial, singura contribuție editorială constând în precizarea că documentele au caracter confidențial pentru protecția șanselor de adjudecare în proceduri de achiziție viitoare, deci nu în prezenta procedură - nefiind asadar aplicabile în cauză.

Chiar în aceste condiții, Consiliul nu poate lua în considerare afirmația de mai sus, în măsura în care art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 stipulează clar obligația ofertanților de a *„indica, motivat”*, părțile din oferta respectivă care ar fi confidențiale, în sensul probării acestui fapt, conf. prev. art. 70 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, conform căroră *„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)”.*

Așadar, confidențialitatea devine incidentă doar dacă oferta include în anexă dovezi privind caracterul confidențial, conform art. 70 alin. (4) din Legea nr. 99/2016. Pentru a fi opozabilă confidențialitatea, ofertantul trebuia să prezinte dovezi care conferă confidențialitate părților indicate, iar conținutul pct. 2.4.8. al raportului procedurii se înțelege că ofertantul SRL a fost depusă o simplă declarație, nefiind indicat niciun document probatoriu anexat ofertei.

Sanctiunea pentru nedepunerea dovezilor de confidențialitate este inaplicabilitatea art. 70 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv inexistența obligației autorității contractante de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor.

Cadrul juridic anterior invocat se completează și cu dispozițiile de la art. 231 alin. (6) ultima teză din Legea nr. 99/2016 în sensul că *„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”*.

Cu toate acestea, astfel cum reiese din apărarea intervenientei (susținută abuziv de entitatea contractantă), acesta a apreciat că simpla prezentare a unui formular suplinește furnizarea unor probe care să justifice confidențialitatea ofertei în cauză și nu a fost în măsură să argumenteze motivul concret pentru care a refuzat accesul contestatoarei la dosarul achiziției, limitându-se la a afirma, în mod generic, că *„în cuprinsul declarației de confidențialitate există mențiuni referitoare la faptul că respectivele documente sunt date cu caracter personal, secrete tehnice și comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”*.

Susținerea trebuie respinsă, întrucât art. 79 alin. 2 din Legea nr. 99/2016 prevede expres că numai până la momentul publicării raportului procedurii conținutul ofertelor este confidențial iar la art. 231 alin. 4 din Legea nr. 99/2016 se prevede că *„(...) dosarul achiziției publice (în componența prev. de art. 154 din HG nr. 394/20106) are caracter de document public”*.

Prin urmare, obligația entității contractante de a nu dezvălui informațiile din ofertă pe care operatorii economici le-au indicat ca fiind confidențiale, conf. disp. art. 70 alin. 1 din Legea nr. 99/2016 (*„entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”*) devine efectivă doar în cazul în care dovada confidențialității este depusă în cadrul ofertei, astfel cum este precizat la teza a doua a aceluiași articol – *„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”*.

Rezultă din prevederile legale menționate că "nici oferta tehnică și nici oferta financiară nu pot fi declarate ca fiind confidențiale în integralitatea lor,

iar autoritatea contractantă are obligația de a face publice informații/elemente din conținutul acestora", conf. Îndrumării ANAP privind analiza confidențialității ofertelor publicată în data de 07.03.2023 (<https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2023/03/Indrumare-privind-analiza-confidentialitatii-ofertelor.pdf>)

Astfel, nu se poate susține cu temei că un ofertant și-a declarat integral oferta confidențială, câtă vreme nu s-a dovedit și motivat caracterul confidențial al informațiilor și nici faptul ca aceasta declarație a fost cuprinsă în conținutul ofertei.

Nu se poate susține nici că entitatea contractantă, autoritățile cu atribuții administrativ jurisdicționale sau instanțele de judecată nu au dreptul și, deopotrivă, obligația de a verifica, în limitele principiului disponibilității, dacă declararea caracterului confidențial al unor informații este sau nu justificată, fără a se aduce astfel o gravă atingere transparenței procedurii de atribuire și accesului liber la informații de interes public.

Această optică ar permite operatorilor economici să aleagă în mod discreționar ce informații doresc a fi păstrate confidențiale, fără a oferi vreo justificare, generând astfel soluții arbitrare și injuste, cu încălcarea dreptului contestatorilor la exercitarea unei căi legitime de atac, și a prevederilor corespunzătoare ale disp. art. 5 privind exercitarea legitimă a controlului administrativ jurisdicțional și judiciar și art. 9 alin. 6 din OUG nr. 25/2019 ce garantează dreptul la o cale de atac efectivă și la un proces echitabil.

Nu în ultimul rând, cererea de intervenție cuprinde argumente contradictorii, care de altfel, profită subscrisei contestatoare, respectiv:

(-) intervenientul acceptă în mod expres (pag. 15 din cerere) specificațiile caietului de sarcini ca parte integrantă din documentația de atribuire, menționând expres că "prin specificațiile la pagina 34 din oferta sa îndeplinește cerințele caietului de sarcini, că are capacitatea tehnică și operațională de îndeplini specificațiile tehnice din caietul de sarcini", pentru ca

(-) ulterior să invoce disp. art. 36 alin. 6 din HG nr. 394/2016 cu privire la cerințele care nu au fost incluse în anunțul de participare, în condițiile în care nu a contestat documentația de atribuire,

(-) iar la pct. II.1.4 din anunțul de participare intitulat "*Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor*" se precizează în mod expres că "*Achiziția are ca obiect furnizarea unei ambarcațiuni pentru măsurători hidrografice, echipată în conformitate cu cerințele din caietul de sarcini nr. 2916/01.02.2024, cu normele și regulamentele în vigoare în domeniul construcțiilor de nave(...)*", și, mai mult,

(-) prin răspunsul la clarificări nr. 11507/16.05.2024 entitatea contractantă indică în mod expres documentația ambarcațiunii și certificările necesare conf. caietului de sarcini nr. 2916/01.02.2024, documentația (necontestată de participanți) fiind așadar conformă inclusiv prev. art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016:

„Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității entității contractante”.

Ca atare, susținerea intervenientei privind obligația entității contractante de a include cerințele de calificare privind certificări/autorizări

aferente capacității tehnice și/sau profesionale în cadrul cerințelor de calificare de la pct. 111.1.3 din anunțul de participare făcând referire la art. 36 alin 6 din HG nr. 394/2016 este lipsită de temeii.

Într-adevăr, în cadrul legislației anterioare, respectiv OUG 34/2006, cerințele privind experții trebuiau incluse ca și criterii de calificare, însă în cadrul legislației aplicabile la momentul desfășurării procedurii aceste calificări/certificări se regăsesc ca și specificații tehnice, doar experiența, certificările și calificările operatorului economic putând fi solicitate ca și criterii de calificare.

De asemenea, dacă operatorul economic îndeplinește anumite specificații tehnice cu ajutorul unui terț, persoană fizică sau juridică, trebuie să stabilească și să declare rolul acestuia în cadrul contractului (angajat, asociat, subcontractor) astfel încât entitatea contractantă să se poată asigura operatorul poate fi duce la bun sfârșit contractul.

Cum intervenienta nu a declarat subcontractarea niciunei părți din contract (pe care ar avea eventual intenția să o subcontracteze), nu a nominalizat nici un subcontractor de specialitate și nici un asociat sau terț susținător tehnic și nici nu a indicat datele eventualilor colaboratori propuși, rezultă că va efectua numai cu personal propriu toate operațiunile principale și accesorii.

Având în vedere că efectuarea operațiunilor (principale/accesorii) și a serviciilor solicitate (construcția, echiparea, punerea în funcțiune a ambarcațiunii, echipamentelor, executarea procedurilor de calibrare, furnizarea rezultatelor procedurilor de verificări radio, asigurarea Garanției, a Mentenanței în Perioada de Garanție și a Suportului Tehnic - menționate și detaliate în caietul de sarcini sau, conform legislației achizițiilor publice în vigoare, nesolicitate în clar dar subînțelese ca necesare pentru atingerea obiectivului achiziției) reprezintă realizarea unei părți din propunerea tehnică, a căror conformitate trebuie verificată de Comisia de Evaluare a Entității contractante, certificările, autorizările, calificările personalului de execuție, trebuie să facă parte din oferta tehnică.

Rezultă, așadar, că tipul și caracteristicile tehnice ale ambarcațiunii, ale elementelor constructive ale ambarcațiunii și ale echipamentelor oferate, autorizațiile și certificările producătorilor echipamentelor și respectiv autorizațiile și certificările (de către producătorii echipamentelor) specialiștilor desemnați de ofertanți a în executarea contractului pentru instruire în limba română a operatorilor de sistem ai beneficiarului și executarea contractului (vizând capacitatea de exercitare activității profesionale a ofertanților) nu pot fi asimilate secretelor comerciale invocate de ofertantul câștigător (care nu își poate asuma modificări/reproiectări sau îmbunătățiri aduse unor echipamente revândute asupra cărora nu deține un drept de proprietate intelectual/industrială, echipamente pe care nu le poate opera și, cu atât mai mult, să le modifice și să le interconecteze fără autorizarea producătorului și fără personal autorizat/certificat de producător).

Ori, principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu respectarea dreptului la apărare al părților în 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), astfel încât

să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil. În acest scop, părțile și 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, mai cu seamă că intervenientul nu a arătat tocmai în ce constă secretul comercial al ambarcațiunii, echipamentului și personalului implicat în executarea achiziției și care este modalitatea în care divulgarea acelui secret afectează procedura concursuală prezentă — nu cele viitoare.

Ca atare, afirmațiile intervenientei prin care susține lipsa autorizațiilor și certificărilor prin prisma nesolicitării lor prin fișa de date a achiziției, coroborate cu susținerea, în continuare, a confidențialității integrale a ofertelor prin prisma secretului comercial, inclusiv a declarației de confidențialitate (Formularul nr. 11a/pct. IV.4.1. din fișa de date) ar trebui să contureze Consiliului existența cel puțin a unui dubiu cu privire la legalitatea modalității de lucru a comisiei, la posibilitatea intervenientului de a executa contractul în conformitate cu specificațiile tehnice al fisei de date și caietului de sarcini și la invocarea caracterului confidențial și a secretului comercial, inclusiv în fața Consiliului.

Cu alte cuvinte, prin acest artificiu intervenientul vizează desistarea de (eventuala) incapacitate concurențială și imposibilitate de executarea contractului (previzionate în lipsa refuzului accesului la dosar), solicitând prin cererea de intervenție prezervarea beneficiului rezultatului concursului și actelor ulterioare, a câștigului competițional în modalitatea (nelegală a) confidențialității integrale a concursului, validarea acestora și intrarea în legalitate prin intermediul deciziei Consiliului.

Se conturează în această modalitate și inadmisibilitatea cererii de intervenție și prin prisma cauzei acesteia – „licită și morală”.

Subliniind faptul că nu am avut acces conform la dosar și argumentele de fapt referitoare la documentele de certificare și autorizare expuse anterior, precum cele din cuprinsul contestației, au la bază experiența profesională a asocierii în domeniul naval de peste 25 de ani, față de poziția procesuală a intervenientului și entității contractante și în contextul factual al unei evaluări integral confidențiale (fiind în prezența unui abuz de drept al entității contractante manifestat prin blocarea abuzivă a accesului subscrisei la informațiile necesare formulării motivelor concrete de fapt ale contestației), în temeiul art. 19 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 ce obligă Consiliul să se asigure că dreptul la o cale de atac efectivă împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă este respectat prin accesul părților la actele din dosarul achiziției, nefiind permisă sub nici un pretext excluderea documentelor confidențiale de la analiză în căile de atac administrativ jurisdicționale și judiciare, se solicită Consiliului desecretizarea documentelor ofertelor declarate integral confidențiale, încuviințarea accesului neîngrădit la dosarul achiziției publice (necesar valorificării drepturilor procesuale ofertantului care vrea să supună analizei legalitatea evaluare a ofertelor), inclusiv la propunerea tehnică și financiară depuse de intervenient, conform motivării anterioare, și respingea apărărilor formulate de entitatea contractantă și a cererii de intervenție formulată în cauză.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ... contestatorul SRL arată că, întrucât prin contestație a investit Consiliul cu o cerere de repunere

În termenul de motivare a contestației, urmând ca termenul de 10 zile prevăzut de art. 8 din Legea 101/2016 să curgă de la momentul la care petentei i se va acorda accesul la documentele dosarului achiziției și la actele depuse de ofertantul câștigător, rezervându-și dreptul de a dezvolta/completa contestația, inclusiv de a accesa instituția repunerii în termen/formulării unei contestații/motive noi de la data luării la cunoștință a unor informații noi la sediul CNSC, motivat de faptul că a fost pusă, fără culpă, în imposibilitatea de a formula o motivare completă a contestației datorită secretizării întregii proceduri de achiziție de către entitatea contractantă (care nu făcut dovada unei minime intenții de asigurare a transparenței decizionale prin depunerea la dosarul CNSC cel puțin a unei solicitări de desecretizare a ofertei tehnice și a documentelor suport adresată ofertantului declarat câștigător în cadrul prezentei proceduri), și, în baza acestei investiții, la data de 11.09.2024 a fost permis accesul contestatoarei la dosarul CNSC nr. 2670/2024 (care nu cuprindea decât actele emise de părți în procedura administrativ jurisdicțională, fără a avea atașat dosarul achiziției), fiindu-i comunicate în format electronic, pe suport USB, documentele selectate de Consiliu din dosarul achiziției (prin prisma secretizării dosarului, deși nu există la dosarul CNSC nici o dovadă a confidențialității ofertelor în sensul exigențelor art. 70 alin. 4 din Legea 99/2016 și nici a unei soluții de protecție pronunțate în temeiul OUG nr. 25/2029, nefiind incidente în speță prevederile excepție de la alin. 6 al art. 231 din Legea nr. 99/2016 întrucât formularul declarației de confidențialitate din fișa de date nu constituie dovada secretului comercial invocat și nedovedit de ofertantul declarat câștigător), deveni incidente prev. art. 186 Cod proc. civ. rap. la art. 68 din Legea nr. 101/2016 în temeiul cărora dezvoltă și completează prin prezenta criticile de nelegalitate formulate prin contestația ce formează obiectul prezentului dosar privind procedura de achiziție nr. CN1066690, după cum urmează:

Analizând documentația pusă la dispoziție de CNSC, se supune atenției:

(-) Modul superficial în care a completat Oferta sa Tehnică;

(-) Modul superficial și chiar pătător în care entitatea contractantă a evaluat Oferta Tehnică a;

(-) O listă importantă de neconformități ale Ofertei Tehnice a cu cerințele Caietului de sarcini;

(-) O listă de lipsuri ale aceleiași oferte tehnice; (-) O listă de documente care nu au fost depuse;

(-) Ofertantul nu a prezentat toate documentele/informațiile cerute în documentația de atribuire, ci și-a completat oferta prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

1. Oferta tehnică depusă de reprezintă un "copy-paste" superficial al cerințelor, iar drept dovada, orice eroare de scriere din textul caietului de sarcini se regăsește și în oferta tehnică a și, de nenumărate ori, nespecificarea numărului de obiecte oferite, sau a caracteristicii propriu-zise ci transpunând în oferta doar mențiunile de "minim N" sau "maxim M".

Faptul că entitatea contractantă nu a solicitat nicio clarificare în acest sens dovedește încă o dată pătoria evaluării și adjudecării, sens în care indicăm în continuare, punctual, elementele de nelegalitate/neconformitate din Oferta Tehnică declarată câștigătoare:

3.3.1. Caracteristici constructive - Cerințe generale, pag 4 din 66

..... nu știe și nu nominalizează cine va clasifica nava, copiind cerința "ANR sau o societate de clasificare membra IACS). Iar entitatea contractanta nu solicită clarificări, mai ales că nu toate societățile de clasificare membre IACS sunt recunoscute de ANR (ex cele din Rusia, India și China, dar nu numai) și nu are nici o teamă că ar putea plăti o șalupă inutilizabilă, care nu va fi autorizată de către ANR.

3.4.2. Materiale

Ca și la 3.3.1. nu cunoaște tipul și proveniența materialelor folosite și nu știe cine le clasifică, respectiv dacă societatea de clasificare membră IACS este recunoscută de ANR.

3.4.5. Vopsire și marcaje

Aceeași problema ca la 3.3.1. și 3.4.2., ofertantul nu specifică și entitatea contractanta nu întreabă/nu solicită clarificări cu privire la ce vopsea se folosește și dacă este certificată de o membră IACS recunoscută de ANR.

3.5. Sistem de propulsive

..... este în totală necunoștință de cauză în ceea ce privește echipamentele oferite, așa că, după ce oferă două motoare cu putere de 300CP (221KW) fiecare, declară în oferta că "puterea acestora va fi calculată...." - conform bunului obicei "copy-paste" sau necunoșterii modificărilor ce intenționează a fi făcute sub protecția "secretului comercial".

3.5. Diesel-Generator

..... a calculat un cost al livrabililor pentru a putea întocmi o ofertă financiară, deci se presupune că a luat în calcul un preț pentru generator și un alt preț pentru grupul de acumulatori, ceea ce presupune că ar trebui să știe tipurile și caracteristicile acestora. Totuși nu a dorit să le comunice autorității contractante iar aceasta nu a ținut să le cunoască, întrucât oferta nu cuprinde denumirea, tipul și caracteristicile acestora, deci NECONFORMITATE.

3.6. Cabina ambarcațiunii

În ultimele trei paragrafe de la pagina 13 din Ofertă, ... "se aliază" cu entitatea contractanta, astfel încât "cabina trebuie ...", "Cabina va trebui să ..." și "orificiile de aspirație trebuie amplasate ...". La fel în pag.14 "Compartimentul trebuie să ..." Deci nu își asumă în clar aceste cerințe Si DIN NOU entitatea contractantă nu observă și nu solicită clarificări, deci NECONFORMITATE.

4.1. Instalația de ancorare

Din nou aceeași neclaritate asupra conformității cu cerințele ANR / societate de clasificare membră IACS, care trebuie știut care este pentru a se putea verifica recunoașterea sa de către ANR. Entitatea contractanta nu are, din nou, nimic de zis și nu solicită clarificări, deci NECONFORMITATE.

4.2. Instalația de manevra

"Minim 4 x babale" se cere, "Minim 4 x babale" se oferă, fără a se preciza în concret câte sunt. La fel cu "Minim 4 x parâme"... nu știe și entitatea contractanta nu întreabă, nu solicită clarificări, deci NECONFORMITATE

4.3. Lumini de navigație și mijloace de semnalizare

Deși entitatea contractanta a clarificat ca nu este nevoie de acest proiector, întrucât este cerut cu mai multe detalii tehnice la 5.6., ... insistă în al oferi și aici, iar entitatea contractanta nu are nimic de zis.

4.9. Instalația electrică

Din nou se referă de „diesel generator” fără a se indica tipul și nici caracteristicile acestuia.

Se menționează un UPS care să asigure minim 20 minute de funcționare echipamentelor din rack, dar nu se spune nimic despre el - producătorul, tipul, caracteristicile. Iar „sistemul de propulsie trebuie să dispună de un sistem de încărcare a bateriilor pe timpul marșului” - din nou ofertantul nu ofertează, nu indică nici un sistem ofertat, nici producătorul, tipul, caracteristicile.

5.2. Radar naval

..... a ofertat în clar SIMRAD Halo20+ indicând la documentație pagina 27 din manualul de instalare SIMRAD, la care sunt menționate caracteristicile modelelor Halo20 și Halo20+, spre a nu se confunda cu pagina 28 unde sunt menționate caracteristicile modelului Halo24 PE CARE NU L-AU OFERIT.

Modelul ofertat Halo20+ NU ESTE CONFORM cu cerințele caietului de sarcini. Modelul Halo24 este. Detaliem în continuare:

Entitatea contractanta, în grabă să de a acoperi problema și bazându-se pe declarația de confidențialitate a tuturor documentelor ofertei, menționează în Anexa 1 la P.V nr. 14707/21.06.2024 la pagina 17 cu continuare în pagina 18, ca a ofertat modelul SIMRAD24+. Acest model de radar NU EXISTĂ ȘI NU A EXISTAT VREODATĂ! Se încearcă inducerea unei erori, „24+” în loc de „24”, pentru ca mai apoi, la nevoie să poată spune că e vorba de „24”, nu de „20+”. Indicarea paginii 27 din manualul SIMRAD este clară și se refera la modelul „Halo20+” așa cum s-a și ofertat, în nici un caz la „Halo24” descris la pagina 28.

Ca de obicei, ... se simte mai în siguranță copiind cerințele în oferta, fără a se strădui să indice performanțele reale ale modelului ofertat și, din nou, entitatea contractanta nu solicită clarificări.

Modelul Simrad Halo 20+ ofertat prezintă 2 neconformități majore, una de gabarit, dar, mai ales 2 de performanță:

a) se solicită „antena de tip dom minim 600mm”. Halo20+ are 510mm (poate nu ar fi esențial, dar exact din acest motiv nu poate atinge performanțele solicitate în continuare);

b) se solicită „unghiul fasciculului de semnal orizontal maxim 2°”, caracteristica pe care o are Halo24 al cărui unghi variază între 3,9° și 2° în funcție de modul de lucru ales (OFF/LOW/MED/HIGH), în timp ce în cazul Halo20+ variația este între 4,9° și 2,5°.

Deci modelul de radar ofertat ESTE NECONFORM.

6.1. a ofertat „Seabat Integrated Dual Head T20-R with additional processor”

Formularea induce faptul că se va livra o configurație „dual-swath” cu 2048 fascicule. Teledyne Reson, producătorul echipamentului ofertat nu a publicat nimic în acest sens. Dacă ar fi adevărat, ar face o întreagă publicitate realizării. Internetul nu ne pune la dispoziție niciun indiciu că aceasta pretenție ar fi reală și, în consecință nu poate fi acceptată decât în urma primirii unui document emis de producător în care să explice ca a

implementat aceasta funcționalitate și ca a testat-o în prezenta unor terți specialiști care au certificat realizarea. Nu am putut identifica nicăieri nimic în acest sens și, după știința noastră, aceasta capacitate nu există.

ECHIPAMENTUL OFERTAT ARE O LUNGA LISTA DE NECONFORMITĂȚI, toate conducând la performanțe inferioare celor solicitate de entitatea contractantă.

Oferta tehnică a NU EXISTĂ, fiind doar o copiere a cerințelor, fără a menționa valorile reale ale caracteristicilor produsului oferat. Iar entitatea contractantă, nu solicită nici o clarificare.

- cerința: „minim 1600 fascicule simultane ...”. Echipamentul oferat asigură doar 1024 fascicule simultane și o eventuală pretenție de 2048, sugerată de procesorul suplimentar nu este susținută de niciun document; Mai mult, produsul oferat nu poate funcționa în mod „dual-swath” pentru simplul motiv că nu are STABILIZARE DUPA TANGAJ. Și, mai mult, când o companie de dragaj din Belgia a solicitat funcționalitate „dual swath” în mod expres, soluția pusă la dispoziție de Teledyne Reson a fost a două sisteme independente și complete, montate unul în fața celuilalt și sincronizate, dar și acestea nu au funcționat corect datorită lipsei stabilizării după mișcarea de tangaj;

- cerința „senzor singular sau combinat, cu acoperire (swath) de minim 220° ...” Echipamentul oferat acoperă „maxim 210°” așa cum arată documentul de referință anexat;

- cerința „Emitător stabilizat la ruliu, tangaj și ambardee, adică „evantaiul de fascicule” este compensat înainte de emisie față de mișcările instantanee de ruliu, tangaj și ambardee, ca și urmărirea, la recepție, a fasciculelor emise.” Echipamentul oferat are stabilizare limitată, urmărind, la recepție, în funcție de ruliu, ecourile fasciculelor emise necontrolat. Nicăieri, în nici o documentație Teledyne Reson, nu se face referire la stabilizarea la emisie și recepție după toate cele trei mișcări unghiulare pentru echipamentele din gama SeaBat, neconforme cu această cerință a caietului de sarcini. Și trebuie să subliniem că Teledyne Reson știe foarte bine ce a solicitat entitatea contractantă, pentru că exact această funcționalitate a introdus ca standard în toate cele 3 echipamente din gama sa HydroSweep (MD/50, MD/30 și DS) și în ale căror documentații scrie în clar „Motion Correction: Roll $\pm 15^\circ$ stabilised, Pitch $\pm 10^\circ$ stabilised Yaw $\pm 5^\circ$ stabilised by active multi-ping”, adică „Corecție de mișcare: Ruliu stabilizare $\pm 15^\circ$, Tangaj stabilizare $\pm 10^\circ$, Ambardee stabilizare $\pm 5^\circ$ prin metoda activă de pinguri multiple”; Atâta timp cât o asemenea detaliere nu este disponibilă de la producător, pentru ECHIPAMENTUL OFERTAT, acesta ESTE NECONFORM;

- cerința „Mod de lucru de tip „numai recepție” / „sonar pasiv” pentru identificarea zonelor zgomotoase din spectru” Echipamentul oferta nu are această capacitate și nici un document emis de Teledyne Reson nu declară că ar avea-o. Deci NECONFORM;

- cerința „Fasciculele trebuie să fie focalizate pentru a evita efectele de câmp apropiat” Așa a declarat și, că „trebuie” dar, în realitate, nu sunt. Nici un document emis de Teledyne Reson nu susține o eventuală afirmație că echipamentul oferat are această caracteristică, dar lipsa ei scade simțitor calitatea datelor achiziționate. Deci NECONFORM;

- software de operare al producătorului - nu menționează ce pachet software oferă și din înscrisurile comunicate nu rezultă că se

anexează niciun document de referință în acest sens. Din nou, entitatea contractantă nu solicită clarificări;

- software hidrografic - Cerința este pentru un software (al producătorului sau nu) cu anumite facilități. nu declara ce oferă, entitatea contractanta nu solicită clarificări. La clarificarea referitoare la certificarea instructorului, declară ca pachetul software este al aceluiași producător. Dar care este acesta? Si, după ce va declara care este, cum demonstrează îndeplinirea cerinței pentru „modul editor ENC care sa permită modificarea/updatarea hărților S-57 existente? Pe aceasta tema a existat si o solicitare de clarificare din partea unui posibil ofertant.

6.3. Sonar cu Scanare Laterală

..... copiază cerințele in coloana de oferta, fără a indica vreun producător sau model de echipament, vreo caracteristica tehnica si fără nici un document de referință. Entitatea contractanta, surprinzător sau nu, nu întreabă nimic, nu cere nici o clarificare. De fapt NU A OFERTAT nici un SONAR CU SCANARE LATERALA, DECI OFERTA ESTE NECONFORMA.

6.4. Senzor de măsurare a vitezei sunetului in apa

..... oferă Valeport miniSVS dar nu completează caracteristicile tehnice ale acestuia, preferând, din nou, sa copieze cerințele. Atragem atenția ca echipamentul ofertat are caracteristici diferite de minimele / maximele impuse. Entitatea contractanta nu are nici o problema, din nou nu cere nici o clarificare.

6.5. Profilator de viteza a sunetului in apa

..... oferă Valeport SWiFT SVP dar, in loc sa completeze in oferta caracteristicile acestuia, copiază cerințele, deși valorile reale sunt diferite de minimele / maximele impuse. Entitatea contractanta nu sesizează neconcordanța și din nou nu cere nici o clarificare !!!!!.

6.6 + 6.7 + 6.8 = Senzor de măsură a mișcărilor navei (ruliu, tangaj, ridicare) + Orientare (senzor de drum adevarat) + Sistem de poziționare DGNS RTK MOBIL

Pentru toate cele 3 funcționalități a ofertat un echipament integrat, Applanix POS MV WaveMaster II.

Oferta tehnica nu spune nimic, este copierea cerințelor, îndeplinite sau nu, în coloana de ofertă.

La 6.6 se solicita ca toate performantele minimale calitativ cerute sa fie îndeplinite independent de integrarea acestora cu senzorul de poziție si senzorul de drum adevarat. Studiind documentul anexat ca referință si disponibil pe site-ul applanix.com, se constata următoarele:

- Gamele de măsură solicitate, $\pm 10\text{m}$ pentru ridicare, respectiv $\pm 45^\circ$ pentru mișcările unghiulare de ruliu si tangaj, nu sunt specificate nicăieri in ofertă. Din nou, entitatea contractanta, nu solicita nici o clarificare.

- Rezoluția unghiulara solicitata nu este publicata nicăieri in documentul de referință, prin urmare simpla copierea cerințelor de către în coloana de ofertă nu are nici un suport.

- Acuratețea dinamica de măsură a ruliului si tangajului de maxim $0,02^\circ$, in mod independent, conform solicitării, aflam din documentul de referință că este, de fapt de cel puțin $0,04^\circ$, deci de departe NECONFORM.

La 6.7. se solicita:

- Stabilizare in meridian de maxim 3 minute. Oferta a copiat cerința, iar documentul de referință nu include aceasta caracteristica. Iar entitatea contractanta nu solicita lămuriri.

- Display LCD si taste pentru setări. Echipamentul ofertat nu are, in mod evident, dar, totuși, declara ca are, fără a comunica dimensiunea / rezoluția display-ului si numărul tastelor. Entitatea contractanta nu solicita clarificări.

La 6.8. se solicită ca toate performantele minimale calitativ cerute sa fie îndeplinite indiferent de distanta între antena GNSS principala si IMU imersat (echivalentul celui galben din broșură, dar de forma cilindrica) care se solicita a fi integrat cu ansamblul de senzori multifascicul si monofascicul, deci imersat la cel puțin 0,7-1m. Ori, studiind documentul anexat ca referință si disponibil pe site-ul applanix.com, se constata următoarele: acuratețea in mod RTK, de 8mm + 1ppm x base line este valabila numai in condiția (3) unde scrie "Assumes 1 m IMU-GNSS antenna offset", adică distanta între antena GNSS menționată si senzorul imersat sa fie mai mica de 1m. Ori, având in vedere cum trebuie sa arate un catamaran de survey de 10,5m, si având in vedere ca cele doua antene GNSS, pentru a oferi acuratețea de măsură solicitata, trebuie separate la 3,5-4m in suprastructura, distanta menționată va fi si ea de minim 3m. Cat va fi performanta in acest caz, daca va mai fi conforma, nu se știe. Ce știe este ca ori de cate ori a fost întrebat in trecut, Applanix nu a putut susține o alta afirmație si nu a putut dovedi gradul de degradare al performantei cu distanța dintre cei doi senzori. Bănuim ca este mare, întrucât câțiva milimetri nu contează, teoretic adăugându-se cate unul pentru fiecare kilometru dintre șalupă si stația de referință.

Tot la 6.8 se solicită ca acuratețea de măsură cu corecții satelitare pe baza de abonament sa fie de maxim 8cm. Declarația Applanix este ca acuratețea obținută este de numai 10cm, DECI NECONFORMA.

Tot la 6.8. se solicita ca semnalul de sincronizare PPS sa aibă o acuratețe a ceasului de maxim 20ns. copiază cerința, Applanix nu declara nimic in sprijinul afirmației Entitatea contractanta nu se sesizează si nu cere la muriri.

Tot la 6.8. oferă modemul Trimble TDL450B dar nu da nici o informație despre antena navala cu castig de minim 5dBd.

La 6.9 si 6.10 nu da nici o informație despre antenele UHF folosite pentru a se putea verifica conformitatea cu cerințele caietului de sarcini.

6.1.+6.2.+6.3 La toate aceste capitole s-au solicitat monitoare navalizate cu anumite caracteristici. nu a indicat nicăieri vreun model si nu a anexat nici un document de referință in care entitatea contractanta sa verifice conformitatea cu cerințele caietului de sarcini. In mod anormal, entitatea contractanta nu sesizează si nu cere clarificări.

7.1. Punerea în funcțiune

Necunoașterea necesarului de activități ce trebuie efectuate, ca si nespecificarea in clar a unora de către entitatea contractanta, conform legislației in vigoare nu absolvă pe de obligația executării lor.

La sfârșitul paginii 49 si începutul paginii 50 din oferta tehnica a se menționează următoarele cerințe ale caietului de sarcini: „Punerea in funcțiune si procedurile de calibrare vor fi efectuate de către

personal tehnic specializat, certificat de producătorul echipamentului multifascicul. În cazul în care se folosește un pachet software de la alt producător, personalul tehnic implicat în această etapă de lucrări trebuie să fie certificat și de producătorul pachetului software. Oferta tehnică va include copii după documentele de certificare menționate mai sus. Dacă aceste servicii ce necesită certificare vor fi efectuate de către specialiștii altui operator economic, furnizorul va preciza calitatea în care participă acesta la procedura (subcontractant, asociat) având în vedere că va realiza o parte din propunerea tehnică, cu responsabilitățile și documentarea acestei calități conform legii.

..... nu a declarat nici un asociat și nici un contractor, deci trebuie să îndeplinească aceste operațiuni cu personal propriu certificat de producător. La oferta a anexat o scrisoare de atestare a 3 (trei) ingineri ai Teledyne Reson ce vor executa aceste servicii, Teledyne Reson neavând nicio calitate în această procedură de achiziție, alta decât de furnizor. NU a fost anexată nici o declarație angajantă de disponibilitate din partea celor trei ingineri nominalizați de Teledyne Reson pentru executarea contractului și dovada că aceștia cunosc limba română, deci încă o NECONFORMITATE!

Deși entitatea contractantă nu a cerut în mod expres, punerea în funcțiune implică și reglajele la motoarele de propulsie efectuate de către un tehnician autorizat de producător și inspecția radio inițială în numele Autorității Navale Romane care trebuie efectuată de o firmă autorizată de ANR și care, printre altele va solicita fișele standard de instalare pentru echipamentul radar și echipamentul AIS întocmite de firme autorizate de către ANR. Întrucât nu este autorizată să efectueze nici una din aceste prestații, se impunea nominalizarea unuia sau mai multor subcontractori. Deci încă o neconformitate.

Entitatea contractantă a solicitat certificate de capacitate doar pentru cei implicați în punerea în funcțiune a sistemului multifascicul. Ca atare, și pentru sistemul mono-fascicul și pentru sonarul cu scanare laterală care, la rândul lor se integrează cu o multitudine de alți senzori și care trebuie puși în funcțiune în software HYPACK, este nevoie de certificarea celor ce vor executa operațiunile. După cum spune legislația în vigoare, chiar dacă nu se cere în clar, dar trebuie, trebuie oferit! Nici aceste documente suport nu au fost depuse.

7.2. Instruirea echipajului și a personalului auxiliar

Întrucât nu are nici un subcontractor, nu este constructorul navei și, credem, nu are angajat personal navigant cu brevet valabil, se naște un dubiu rezonabil cu privire la modalitatea de realizare, cu personal propriu, a cerinței de instruire a echipajului ambarcațiunii în „proceduri de exploatare a tuturor instalațiilor și echipamentelor de la bordul ambarcațiunii ...” și în „proceduri de mentenanță a tuturor instalațiilor și echipamentelor de la bordul ambarcațiunii ...”.

După 7.2.2. în încheierea 7.2. Se precizează în clar „Instruirea se va efectua în limba română”.

În ultimul paragraf se solicită „Instruirile se vor efectua de către specialiști autorizați de producătorul fiecărui echipament / sistem, respectiv, certificați în utilizarea pachetelor software furnizate.”

Entitatea contractantă a solicitat, pentru tot ce este instalat la bord, punerea în funcțiune și instruirea ÎN LIMBA ROMÂNĂ și DE CĂTRE PERSONAL

CU CONTRACT PERMANENT DE MUNCA LA, instruirea trebuie efectuată pentru instalația de propulsie și guvernare, pentru generatorul Diesel, pentru sistemul de Aer Condiționat, pentru toate pachetele software furnizate, pentru echipamentul multifascicul, pentru cel monofascicul, pentru sonarul cu scanare laterală, pentru sistemul de poziționare, drum adevărat și monitorizare mișcare, modemele radio, senzorul și profilatorul de viteză a sunetului în apă, stația de nivel portabilă, aparatura de navigație și echipamentele de comunicații. Și a depus un singur document prin care Teledyne Reson (care nu are nici o calitate în procedură) autorizează 3 (trei) specialiști (probabil angajații săi, dar nu e limpede) să efectueze toate activitățile legate de produsul sau și accesoriile acestuia, deci cel puțin îi substituie autorizărilor Trimble, Applanix și Valeport. Nu se precizează/identifică dacă sau care dintre aceștia este vorbitor de limba română pentru a efectua instruirea. Nu există nici o precizare cu privire la restul echipamentelor, exemplificativ cine autorizează specialistul în sonarul cu scanare laterală, fără nume și fără producător.

Relevant în acest sens este faptul că activități susmenționate au fost prevăzute de ofertant ca fiind executate prin personalul propriu, întrucât nu a declarat subcontractanți, nu se prezintă la licitație în asociere, nu are susținere tehnică și profesională din partea unui terț, astfel că era ținut a dovedi că dispune de angajați specialiști autorizați în execuția activităților solicitate, însă ofertantul nu este autorizat în materie navală și nu a făcut dovada că are angajați brevetați, astfel că nu s-a făcut dovada că poate executa în mod legal aceste activități. Mai mult, conform extrasului ONRC depus de la dosarul achiziției, în perioada 2020 - 2022 acesta și-a desfășurat activitatea cu 2 angajați, fiind practic imposibil să execute contractul de achiziție cu această flotă de personal, situație în care nu se poate accepta ulterior ca executarea unei părți din contract să se facă de către un terț, care nu are nicio calitate în raport cu entitatea contractantă.

Or, legalitatea și justetea ofertelor se realizează în baza informațiilor și în raport cu informațiile care sunt prezentate în ofertă și documentele-suport, și nu poate avea în vedere ipotetice împrejurări viitoare

2. nu a depus toate documentele/informațiile cerute prin documentația de atribuire, dar entitatea contractantă i-a permis în mod nejustificat să își completeze documentația prin solicitarea succesivă de clarificări/completări ale documentației depuse.

Astfel cum rezultă din procesul verbal intermediar privind verificarea documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 16921/22.07.2024 întocmit de achizitor, prin adresa nr.15807 din data de 08.07.2024 s-au solicitat clarificări ofertantului SC SRL cu privire la prezentarea documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare cuprinse în fișa de date și întrucât răspunsul ofertantului nu a fost complet, prin adresa nr 16255/15.07.2024 s-a transmis o nouă solicitare de clarificare cu același conținut privind certificatele de atestare fiscală.

Conform procesului verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare nr. 14707/21.06.2024, au fost solicitate clarificări și cu privire la Modul de prezentare al propunerii tehnice prin adresa nr. 14304/18.06.2024, cu privire la DUAE necompletat în conformitate cu cerințele stabilite de

entitatea contractantă prin adresa nr. 13014/04.06.2024 (inacceptabilă conf art. 143 alin. (2) lit. b) din normele metodologice aprobate prin H.G. 394/2016), cu privire la Propunerea Tehnică prin adresele nr. 13091/04.06.2024 și nr. 14479/19.06.2024, acestea fiind singurele documente comunicate contestatorului.

Prevederile art. 221 din Legea nr. 99/2017, deși prevăd la alin. 1 faptul că „entitatea 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/solicitărilor de participare” în cazul în care „informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente”, această procedură se derulează cu „respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”, iar potrivit alin. 2 „entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”. Având în vedere că prin dispozițiile art. 221 alin. 1 se instituie expres o situație de excepție în sensul că „entitatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților/candidaților, de regulă, cel mult de două ori în cursul procesului de evaluare clarificări/completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței” numai în cazul „procedurilor simplificate organizate pentru atribuirea contractelor din cadrul proiectelor de infrastructură finanțate din fonduri europene”, rezultă că entitatea contractantă nu poate solicita clarificări/completări discreționar până când ofertantul vizat consideră că este în măsură să răspundă.

Astfel, solicitările succesive de clarificări și completări priveau nedepunerea unor înscrisuri prevăzute în documentația de atribuire și completarea ofertei tehnice, fără să existe o justificare obiectivă ori o împrejurare mai presus de voința ofertantului care l-ar fi împiedicat să depună documentele în termenul limită inițial stabilit.

Entitatea contractantă nu avea dreptul să solicite și să accepte completarea ofertei deoarece prin această conduită se încalcă art. 221 alin. (2) din Legea cu nr. 99/2016, determinându-se apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului declarat câștigător, care, prin depunerea documentelor lipsă și-a transformat oferta din neconformă, în admisibilă, fiind avantajat, în mod clar, în raport cu petenta care a depus de la bun început toate documentele necesare și nu a beneficiat de timp suplimentar pentru a-și completa oferta, așa cum s-a întâmplat în cadrul ofertantului declarat câștigător.

Întrucât prin răspunsul la solicitările de clarificări, ofertantul a depus documentele doveditoare pentru specificațiile tehnice, este evident că nu poate fi vorba despre vicii de formă, deoarece nu avem de-a face cu erori sau omisiuni din cadrul unui document, ci cu lipsa totală din ofertă a unor documente care ar fi trebuit să se regăsească în ofertă.

În aceste condiții, oferta trebuia respinsă ca neconformă în temeiul art. 228 alin. (5) din legea cu nr. 99/2016 și al art. 143 alin. (3) lit. a) din normele metodologice aprobate prin H.G. 394/2016 - nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Prezenta se constituie și cerere de repunere în termenul de motivare a contestației, în temeiul prev. art. 186 C.pr.c. raportat la art. 68 și art. 8 din

Legea nr. 101/2016, în termenul de 10 zile prevăzut de art. 8 din Legea 101/2016 de la momentul la care i s-a acordat accesul la documentele dosarului CNSC și accesul limitat la actele depuse de ofertantul câștigător.

Pentru toate argumentele mai sus expuse, precum și al celor dezvoltate în contestație și în apărările depuse la dosar, se solicită Consiliului să dispună admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și precizată.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... intervenienta SRL a depus CONCLUZII prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea ca nefondată a contestației formulate de SRL, lider al asocierii SRL - SRL.

Față de Notele scrise depuse de contestatoare în data de 16.09.2024, se solicită respingerea ca inadmisibile a criticilor noi depuse după împlinirea termenului de formulare a contestației, având în vedere dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea solicită repunerea în termenul de motivare a contestației, pe motiv că ar fi fost în imposibilitatea motivării corespunzătoare a contestației sale, aspect care însă nu este de natură a înlătura de la aplicare prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care dispune că *„este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*.

Contestatoarea poate utiliza alte mijloace procesuale pentru valorificarea informațiilor pretins vătămătoare după studierea dosarului la CNSC, potrivit dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, însă nu are dreptul de a completa contestația cu motive noi.

În concluzie, se solicită respingerea ca inadmisibile a tuturor criticilor formulate de contestatoare în documentul înregistrat la CNSC sub nr. 58499/16.09.2024.

În ce privește celelalte critici ale contestatoarei, se solicită a se lua act că acestea sunt nefondate:

a) Lipsa motivării Raportului procedurii. Susținere nefondată

Raportul procedurii nr. 17109/24.07.2024 este corespunzător motivat, cu respectarea prevederilor art. 230 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, fiind precizate toate elementele în baza cărora a fost stabilit ofertantul câștigător.

De altfel, contestatoarea nu indică ce anume lipsește din conținutul Raportului procedurii.

Pentru aceste motive, se solicită CNSC a reține respectarea de către entitatea contractantă a dispozițiilor art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/2016 și a respinge ca nefondate susținerile contestatoarei.

b) Caracterul nefondat a contestației privind pretinsa neconformitate a ofertei SRL

Pretinsa neconformitate a ofertei intervenientei este întemeiată în contestație pe susținerea că SRL este „singura companie română agrementată și autorizată de producătorul pachetului software batimetric solicitat prin documentele achiziției și singura companie română ce are angajați specialiști autorizați și certificați de producător la nivel național în utilizarea pachetelor software hidrografice Hypack aflate în dotarea beneficiarului”. Urmare a acestei afirmații, contestatoarea susține că niciun

alt operator economic, inclusiv subscrisa, nu am fi putut îndeplini cerințele din caietul de sarcini.

Toate criticile contestatoarei privind cerințele din caietul de sarcini care ar restrânge, în opinia acesteia, concurența, sunt tardive raportat la momentul formulării contestației.

Pe de altă parte, în ce privește criticile privind oferta intervenientei, contestatoarea nu aduce niciun argument concret, contestația nefiind motivată, cu încălcarea prevederilor art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la cerința de la pct. 7.1. din caietul de sarcini, despre care contestatoarea pretinde că nu ar fi îndeplinită de ofertă, în acord cu Punctul de vedere al entității contractante, aceasta nu a solicitat ca cerință tehnică furnizarea sau deținerea unei licențe Hypack MAX & Hysweep, așa cum eronat susține contestatoarea.

Contestația este nefondată:

- textul cerințelor de la pct. 6.2. și 6.3. nu menționează obligația unei licențe Hypack MAX & Hysweep, așa cum eronat susține contestatoarea. Se menționează că ofertanții vor asigura mentenanță 24 de luni pentru „*Software hidrografic pus la dispoziție de autoritatea contractantă, Hypack MAX, aflat în program de mentenanță la zi*”;

- așa cum rezultă din pagina 34 din oferta SRL, din răspunsul la solicitarea de clarificare și anexele acesteia, înregistrate la SRL cu nr. 93 din 14.06.2024, cerința este îndeplinită de subscrisa, fiind depuse documente din care rezultă că avem capacitatea tehnică și operațională de a îndeplini specificația tehnică din caietul de sarcini;

- susținerea că SRL ar fi singura companie românească autorizată de producătorul pachetului software hidrografice Hypack, motiv pentru care numai aceasta ar putea aduce la îndeplinire obiectul contractului întrucât deține specialiști ce pot asigura instruirea în limba română, nu constituie un argument care să demonstreze necoformitatea ofertei subscrisei, instalarea, punerea în funcțiune și instruirea personalului se efectuează pentru produsele livrate de ofertant/contractant (echipamente, software etc.) și nu pentru produsele pe care beneficiarul le deține deja, cum este software Hypack MAX;

- teoretic orice operator economic, chiar dacă nu este de naționalitate română, poate asigura o instruire a personalului în limba română; entitatea contractantă în mod corect nu a impus condiții de naționalitate a ofertanților în documentația de atribuire, întrucât o astfel de cerință ar fi încălcat principiul nediscriminării prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. Drept urmare, argumentul potrivit căruia contestatoarea este singurul operator roman autorizat de Hypack Max ce poate asigura instruire a utilizatorilor beneficiarului în limba română este nefondat.

În ce privește personalul tehnic specializat conform cerințelor prevăzute la art. 7.1. și art. 7.2. din Caietul de sarcini, contestația formulată este de asemenea nefondată.

Din cele de mai sus rezultă două condiții:

a) pentru echipamentul multifascicul punerea în funcțiune se va efectua de către personal tehnic certificat de producător

și

b) instruirea personalului beneficiarului se face în limba română.

Cerința este îndeplinită de oferta intervenientei.

Prin solicitarea de clarificări nr. 13598/10.06.2024, entitatea contractantă a solicitat clarificarea modului de îndeplinire a cerințelor, mai sus citate, privind certificatele de la producător, astfel încât prin adresa nr. 93/14.06.2024 intervenienta a depus aceste documente, astfel cum au fost solicitate.

De asemenea, nesuținute sunt și afirmațiile contestatoarei că personalul propriu ar trebui să dețină certificările/autorizările de la producător și că nu am nominalizat niciun subcontractant/asociat/terț susținător care să efectueze operațiunile de punere în funcțiune.

Se solicită a se reține și aspectele subsidiare învederate în Cererea de intervenție, cu privire la aplicarea prevederilor art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2016 cu privire la clauzele nescrise.

Cerințele privind calificările/autorizările reprezintă cerințe de calificare privind capacitatea tehnică și profesională potrivit art. 192 din Legea nr. 99/2016, ce nu au fost menționate în anunțul de participare. În acest sens, urmează a se constata că la pct. III.1.3) din anunțul de participare - Capacitatea tehnică și profesională singura cerință impusă de entitatea contractantă este experiența similară, nu și certificări/autorizări ale personalului tehnic.

Cum aceste cerințe nu sunt menționate în anunțul de participare, cerința reprezintă clauză nescrisă conform art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2016, care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise.

În subsidiarul celor de mai sus, față de motivele noi invocate de contestatoare pe calea concluziilor scrise, motive inadmisibile, intervenienta precizează următoarele:

Se arată, desigur eronat, că entitatea contractantă ar fi evaluat superficial oferta intervenientei, care reprezintă o copie a caietului de sarcini.

Astfel, cu privire la cerința de la pag. 4 - caracteristici constructive/certificare, contestatoarea arată că intervenienta nu cunoaște și nu nominalizează entitatea care va clasifica nava.

Caracterul nefondat al susținerilor rezultă chiar din cerința entității contractante, care nu obligă ofertanții să menționeze entitatea care va clasifica nava.

Șantierul producător va supune certificării ambarcațiunea ofertată, cu respectarea prevederilor internaționale și sub supravegherea unei societăți de clasificare IACS ce eliberează documentele finale de clasificare. Orice șantier naval colaborează cu una sau mai multe societăți de clasificare.

Societățile de clasificare membre IACS se regăsesc la adresa <https://iacs.orR.uk/membership/iacs-members>.

Lista Organizațiilor Recunoscute publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C 220 din 08.7.2017 (2017/C 220/08) și a celor recunoscute de ANR se găsesc pe pagina: <https://portal.rna.ro/Pagini/Certific%C4%83ri-nave.aspx>.

Este important a preciza că cerințele caietului de sarcini au fost modificate prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări 11507/16.05.2024.

Entitatea contractantă a adăugat la cerința din caietul de sarcini cu privire la ANR sintagma „sau la regulile unei societăți de clasificare recunoscută de A.N.R.". Cerințele din caietul de sarcini referitoare la certificarea/clasificarea ambarcațiunii în varianta inițială luau în calcul doar situația în care aceasta se construiește în România, în „regie proprie" (cu materiale de la furnizori externi), adică exact situația asocierii contestatoare - ElectroScoica.

Din aceste considerente, contestația este nefondată.

În ceea ce privește materialele folosite, vopsirea și marcajele, contestatoarea susține despre intervenientă că *„nu cunoaște tipul și proveniența materialelor folosite și nu știe cine le clasifică"*.

Afirmația este generală și nu se raportează la cerințele caietului de sarcini. Obligația contractantului este ca certificatele produselor/materialelor folosite să fie puse la dispoziție la livrarea ambarcațiunii.

Sistemul de propulsie: și în acest caz contestatoarea afirmă că, în fapt, intervenienta nu ar avea cunoștințe despre ceea ce ofertează. Așa cum rezultă din ofertă, propulsia oferită de SRL - modelul Volvo Penta D4-300 (2 x 300 hp), este superioară ca putere față de cea propusă de-EelectroScoica (2 x 230 hp).

Și cu privire la generator (raportat la cerința nr. 3.5. din caietul de sarcini), contestatoarea susține că intervenienta nu a comunicat toate informațiile către entitatea contractantă. Critica se bazează pe presupuneri cu privire la faptul că intervenienta a luat în calcul în oferta financiară a unui preț pentru generator și un alt preț pentru acumulatori. Critica este ambiguă, solicitând CNSC respingerea acesteia.

Cu privire la cabină, instalația de ancorare și instalația de manevră, contestatoarea susține că nu ne-am asuma propunerea tehnică. Se solicită, în acest sens, a se lua act de declarațiile cu privire la valabilitatea ofertei și toate documentele din propunerea tehnică și financiară, care reprezintă angajamentul ferm al intervenientei.

Contestatoarea afirmă că luminile de navigație și mijloacele de semnalizare nu sunt corect oferite, întrucât *„deși autoritatea contractantă a clarificat că nu este nevoie de acest proiector, întrucât este cerut cu mai multe detalii tehnice la 5.6., ... insistă în a-l oferi și aici"*. Intervenienta a menționat în ofertă același model de proiector la ambele puncte; cele două cerințe de la 4.3 și 5.6 se referă la același echipament. A fost solicitată clarificare referitor la specificațiile proiectorului iar entitatea contractantă a răspuns că dorește un singur proiector conform specificațiilor tehnice de la cerința 5.6., ceea ce am și oferit.

Instalația electrică este corespunzător descrisă și oferită, cu respectarea cerințelor din caietul de sarcini. Critica contestatoarei se referă la lipsa în oferta noastră a specificației producătorului pentru anumite componente ale instalației, însă rugăm a se observa că nici contestatoarea nu a menționat acești producători în oferta sa. Cerința *„sistemul de propulsie trebuie să dispună de un sistem de încărcare a bateriilor pe timpul marșului"*- se referă la alternatoarele montate pe motoare (care se livrează împreună cu

motoarele, făcând parte din componența acestora), iar cerința este respectată și asumată inclusiv la pct. 3.5 - Sistemul de propulsie.

Cât privește restul specificațiilor tehnice din Notele de ședință ale contestatoarei, se solicită a se reține faptul că acestea sunt în totalitate afirmații nedovedite: contestatoarea doar afirmă că oferta intervenientei este neconformă, fără a demonstra care sunt în mod concret aceste neconformități și fără a analiza corespunzător oferta noastră la care a avut acces în mod nelegal.

Spre exemplu, se afirmă că echipamentul nu îndeplinește cerința privind minimum 1600 de fascicule simultane, ci ar asigura doar 1024 fascicule „și o eventuală pretenție de 2048”. Contestatoarea ignoră documentația emisă de producător, care arată că cerința este îndeplinită prin procesor suplimentar.

Având în vedere cele de mai sus, precum și aspectele din Cererea de intervenție, intervenienta solicită respingerea contestației ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii, astfel cum rezultă din actele emise de entitatea contractantă.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., emisă de, în valoare de ... RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Ambarcațiuni pentru măsurători hidrografice”, cod CPV 34520000-8.

În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea totală estimată a contractului fiind de 5.958.960 lei, fără TVA.

În Raportul procedurii nr. 17109/24.07.2024, s-a consemnat depunerea a două oferte, respectiv ofera S.R.L. - ofertant unic și oferta Asocierii S.R.L. (lider de asociere) & S.R.L. (asociat).

Potrivit Raportului procedurii nr. 17109/24.07.2024, oferta S.R.L. a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară în cuantum de 5.756.950 lei, fără TVA, iar oferta contestatorului s-a clasat pe locul doi.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire consemnat în Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 17111/24.07.2024 și în Raportul procedurii nr. 17109/24.07.2024, ... SRL a formulat contestația ce face obiectul dosarului nr. ...

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SRL; aceasta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnată câștigătoare procedura de atribuire, potrivit Raportul procedurii nr. 17109/24.07.2024, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

Totodată, Consiliul respinge excepția tardivității cererii de intervenție, invocată de contestator, având în vedere că respectivul document a fost transmis în data de 12.08.2024 la CNSC, prin poșta electronică (e-mail),

astfel fiind respectat termenul de 10 zile de la data publicării în SEAP, de către entitatea contractantă, a contestației (01.08.2024).

În ceea ce privește fondul cauzei, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Din analiza contestației depuse, Consiliul reține că SRL își întemeiază acțiunea în principal pe refuzul autorității contractante de a-i acorda accesul în totalitate la oferta contracandidatului său, considerând că declarația de confidențialitate depusă de SRL nu ar fi justificată.

Potrivit dispozițiilor art. 231 alin. (4)-alin.(6) din Legea nr.99/2016,

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

(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției sectoriale potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

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

Cu privire la oferta depusă de SRL , contestatorul afirmă că *„prin preluarea de către achizitor ca atare a declarației SRL potrivit căreia absolut toate documentele depuse în cadrul propunerii tehnice și financiare sunt confidențiale, se naște o bănuială legitimă cu privire la intenția de a ascunde grave vicii de procedură.”* De asemenea, contestatorul susține *„îngrădirea absolută a dreptului de acces la aceasta, cu consecința evidentă ca asocierea contestatoare să nu poată lua la cunoștință de neconformități/inacceptabilități ale ofertelor ofertanților din procedură și să nu își poată fundamenta suficient contestația.”*

Ori, în opinia Consiliului, dreptul de a contesta nu este prevăzut de lege pentru a obține cu orice preț câștigarea unei proceduri, indiferent de calitatea sau competitivitatea propriei oferte, în detrimentul drepturilor celorlalți participanți la procedură și fără respectarea altor norme legale. Contestarea are rolul de a remedia o vătămare care ar rezulta dintr-un act al autorității contractante, însă această vătămare trebuie să fie demonstrată, nu doar presupusă, „bănuită”.

În acest context, se observă că SRL nu contestă în nicio parte modul în care a fost evaluată propria sa ofertă, care nu s-a „clasat pe primul loc” nici din punct de vedere tehnic și mai ales din punct de vedere financiar. Cu toate acestea, contestatorul SRL presupune, fără niciun fundament factual sau juridic, că neacordarea accesului la oferta confidențială a contracandidatului său, așa cum este prevăzut de norme legale imperative, reprezintă o discriminare și un tratament preferențial pentru acesta.

Dispozițiile legale din materia achizițiilor publice permit declararea informațiilor din oferta depusă de un participant la o procedură de achiziție publică ca fiind confidențiale. Este adevărat că principiul transparenței și caracterul public al dosarului achiziției publice sunt acceptate în legislația specifică, însă oferta, în ansamblul său, reprezintă un produs intelectual, care poate furniza informații sensibile despre situația economică a ofertantului și capacitatea sa financiară și tehnică. Din acest motiv, s-a impus necesitatea de a proteja, în limitele legii, acele informații care ar putea afecta interesele comerciale ale operatorilor economici implicați în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Solicitarea de a avea acces la o ofertă depusă la o procedură de achiziție publică nu se poate substitui unor motive concrete de formulare a unei contestații iar formularea unor noi critici pe calea concluziilor scrise (formulate ulterior accesului la dosarul achiziției publice) are caracter inadmisibil, potrivit dispozițiilor art.21 alin.(3) din Legea nr.101/2016.

Așa cum a mai fost anterior reținut, formularea unei contestații referitoare la ofertele cu care un operator economic se află în competiție nu este și nu poate fi condiționată de accesul la ofertele depuse în integritate, din moment ce acestea au fost declarate confidențiale. Argumentul potrivit căruia contestatorul consideră că este discriminat prin raportare la celălalt ofertant din procedură, întrucât nu a avut acces la oferta competitorului său nu poate fi primit ca întemeiat de Consiliu, cu atât mai mult cu cât modalitatea de evaluare a ofertelor nu poate fi criticată avându-se în vedere posibile deficiențe în procesul de evaluare, ci motive concrete care ar conduce la o asemenea concluzie.

Principiul transparenței se aplică la toate etapele procedurilor de achiziții publice, începând de la publicarea anunțului de participare până la evaluarea ofertelor și atribuirea contractului, dar, în același timp, un aspect important al achizițiilor publice este că o procedură de atribuire a unui contract aduce în competiție operatori economici concurenți pe aceeași piață, cu interese incontestabil contrarii. În acest context, este evident că informațiile confidențiale din ofertele acestora au o valoare importantă pentru concurență, iar protejarea acestor informații este justificată.

Faptul că ofertantul asociere SRL-& SRL a ales să nu depună o declarație de confidențialitate este alegerea sa, dar acest aspect nu presupune că alt participant la procedura de achiziție publică nu putea să o facă, având în vedere și specificitatea obiectului contractului, respectiv „Ambarcațiune pentru măsurători hidrografice”.

În ceea ce privește criticile contestatorului potrivit cărora Raportul procedurii nr. 17109/24.07.2024 ar fi nemotivat, fiind încălcat principiul transparenței, Consiliul le apreciază ca fiind neîntemeiate.

Contrar acestor susțineri, Raportul procedurii conține toate elementele impuse de dispozițiile art. 230 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, care dispune:

(2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puțin următoarele documente/informații:

a) denumirea și adresa entității contractante, obiectul și valoarea contractului sectorial/acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziții;

b) dacă este cazul, rezultatele procesului de calificare și/sau selecție a candidaților/ofertanților și/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire;

c) motive le respingerii unei oferte care are un preț neobișnuit de scăzut;

d) denumirea ofertantului declarat câștigător și motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câștigătoare;

e) în măsura în care sunt cunoscute, partea/părțile din contractul sectorial/acordul-cadru pe care ofertantul declarat câștigător intenționează să o/le subcontracteze unor terți și denumirea subcontractanților;

f) justificarea motivelor privind alegerea procedurii de atribuire, în cazul aplicării procedurii de negociere fără invitație prealabilă la procedura concurențială de ofertare;

g) justificarea motivelor pentru care entitatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire;

h) atunci când este cazul, motivele pentru care au fost folosite alte mijloace de comunicare decât cele electronice pentru depunerea ofertelor; i) atunci când este cazul, conflictele de interese identificate și măsurile luate în acest sens.

De altminteri, contestatorul nu indică ce anume lipsește din conținutul documentului invocat, mai mult, elementele în baza cărora a fost stabilit ofertantul câștigător rezultă fără echivoc din conținutul raportului procedurii.

Astfel, la pct. 2.4.2 din Raportul procedurii 17109/24.07.2024 se arată detaliat cum a fost calculat punctajul pentru fiecare subfactor de evaluare, atât cel tehnic, cât și cel financiar:

Nr. Crt.	Ofertant	Punctaj total factori de evaluare <i>TEHNICI</i>
1.	SC SRL	3. PERIOADA DE GARANȚIE PENTRU SONDA HIDROGRAFICĂ MULTIFASCICUL ofertata: 4ani. Conform Algoritm de calcul Punctajul se acorda astfel: a) Pentru o perioadă de garanție a sondei multifascicul de 3 ani se acordă 10 puncte; b) Pentru o perioadă de garanție a sondei multifascicul de 4 ani sau peste se acordă 20 puncte Pentru garanție de minim 2 ani nu se acorda punctaj, punctaj acordat :20 puncte b.2, PERIOADA DE GARANȚIE EXTINSĂ PENTRU MOTOARELE AMBARCAȚIUNII ofertata :4 ani Conform Algoritm de calcul Punctajul se acorda astfel: b.2.a) Pentru o perioadă de garanție a motoarelor ambarcațiunii de 3 ani, se acordă 5 puncte b.2.b) Pentru o perioadă de garanție a motoarelor ambarcațiunii de 4 ani sau peste se acordă 10 puncte Pentru garanție de minim 2 ani nu se acorda punctaj, punctaj acordat :10 puncte Punctaj total obținut: 30 puncte.
2.	Asocierea SRL (lider asociere) & SC SRL (asociat)	1. PERIOADA DE GARANȚIE PENTRU SONDA HIDROGRAFICĂ MULTIFASCICUL ofertata: 0 ani. Conform Algoritm de calcul Punctajul se acorda astfel: c) Pentru o perioadă de garanție a sondei multifascicul de 3 ani se acordă 10 puncte; d) Pentru o perioadă de garanție a sondei multifascicul de 4 ani sau peste se acordă 20 puncte Pentru garanție de minim 2 ani nu se acorda punctaj, punctaj acordat :0 puncte 4. PERIOADA DE GARANȚIE EXTINSA PENTRU MOTOARELE AMBARCAȚIUNII ofertata :0 ani Conform Algoritm de calcul Punctajul se acorda astfel: a) Pentru o perioadă de garanție a motoarelor ambarcațiunii de 3 ani, se acordă 5 puncte b) Pentru o perioadă de garanție a motoarelor ambarcațiunii de 4 ani sau peste se acordă 10 puncte. Pentru garanție de minim 2 ani nu se acorda punctaj, punctaj acordat :0 puncte Punctaj total obținut: 0 puncte

În ce privește punctajul acordat propunerii financiare, entitatea contractantă a redat, în mod transparent, prețurile ofertate de cei doi operatori:

Ofertant	Valoare estimată Lei, fără TVA	Valoare ofertată Lei, fara TVA	„Prețul Ofertei” ⁵ 70% - 70 puncte
1.SC SRL		5.756.950,00 (96,51% din valoarea estimată)	70 puncte
2. Asocierea (lider asociere) & SC SRL (asociat)	5.958.960,00	5.958.950,00 (99,99% din valoarea estimată)	67,63 puncte

Prin urmare, se reține respectarea de către entitatea contractantă a dispozițiilor art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la susținerile contestatorului privind oferta S.R.L. ca fiind *„neconformă și inacceptabilă întrucât nu deține calificările și personalul necesar și nu respectă documentele achiziției, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.”*, respectiv *„nelegalitatea și netemeinicia rezultatului procedurii, încălcarea principiilor egalității de tratament, proporționalității și transparenței”*, Consiliul reține următoarele:

Pretinsa neconformitate a acestei oferte este întemeiată în contestație pe susținerea că SRL este *„singura companie română agrementată și autorizată de producătorul pachetului software batimetric solicitat prin documentele achiziției și singura companie română ce are angajați specialiști autorizați și certificați de producător la nivel național în utilizarea pachetelor software hidrografice Hypack aflate în dotarea beneficiarului”*.

Ori, aceste susțineri sunt evident eronate, întrucât elaborarea unor cerințe în caietul de sarcini care nu ar fi putut fi îndeplinite doar de un singur operator economic ar fi avut ca finalitate restricționarea concurenței.

Însă, la pct. 7. Servicii, subpunctul 7.1 Punere în funcțiune și subpunctul 7.2. Instruirea echipajului și a personalului auxiliar din caietul de sarcini sunt menționate următoarele:

„Contractantul va realiza toate configurările/setările necesare pentru a pune produsele în funcțiune. Punerea în funcțiune include, de asemenea, toate ajustările și setările necesare pentru a asigura instalarea corespunzătoare, în ceea ce privește performanța și calitatea, cu toate configurațiile necesare pentru o funcționare optimă. (...)

Punerea în funcțiune și procedurile de calibrare vor fi efectuate de către personal tehnic specializat, certificat de producătorul echipamentului multifascicul. În cazul în care se folosește un pachet software de la un alt producător, personalul tehnic implicat în această etapă de lucrări trebuie să fie certificat și de producătorul pachetului software.

Oferta tehnică va include copii după documentele de certificare menționate mai sus.

Dacă aceste servicii ce necesită certificare vor fi efectuate de către specialiștii altui operator economic, furnizorul va preciza calitatea în care participă acesta la procedură (subcontractant, asociat) având în vedere că va realiza o parte din propunerea tehnică, cu responsabilitățile și documentarea acestei calități conform legii.”

„Contractantul este responsabil pentru instruirea personalului desemnat de beneficiar. Scopul instruirii este de a transfera cunoștințele

necesare pentru utilizarea și întreținerea echipamentelor, motoarelor și a sistemelor instalate. Numărul persoanelor care vor fi instruite este de 5 persoane (2 persoane echipaj + 3 operatori sistem). (...) Instruirea se va efectua în limba română.

Contractantul trebuie să propună orice subiect suplimentar care ar putea fi necesar pentru a se asigura că personalul beneficiarului este pe deplin instruit, pentru a asigura utilizarea corespunzătoare a produsului. De asemenea trebuie să furnizeze informații despre mentenanța de rutină care trebuie să fie efectuată de către utilizator, depistarea problemelor și diagnosticare de bază, etc.

Contractantul va asigura pe durata sesiunii de instruire materiale suport în limba română, care includ cel puțin manualul de operare pentru fiecare echipament montat.

Costurile de instruire a reprezentanților achizitorului, vor fi în sarcina contractantului. Instruirile se vor efectua de către specialiști autorizați de producătorul fiecărui echipament/sistem, respectiv, certificați în utilizarea pachetelor software furnizate."

Din cele de mai sus rezultă două condiții:

a) pentru echipamentul multifascicul punerea în funcțiune se va efectua de către personal tehnic certificat de producător și b) instruirea personalului beneficiarului se face în limba română.

Legat de aceste cerințe, în Fișa de date a achiziției, pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice s-a solicitat:

„2. Certificate emise de producătorul echipamentului multifascicul pentru personalul tehnic care va realiza punerea în funcțiune și calibrarea sistemului batimetric în configurația instalată, (introducere offset-uri, efectuarea întregii proceduri standard „patch-test” (parametrii de roii pitch, yaw și latency). 3. Certificat emis de producătorul pachetului software pentru personalul tehnic, în cazul în care acesta folosește un pachet software de la un producător, diferit de producătorul echipamentului multifascicul”.

Prin solicitarea de clarificări nr. 13598/10.06.2024, entitatea contractantă a solicitat clarificarea modului de îndeplinire a cerințelor privind certificatele de la producător, astfel încât prin adresa nr. 93/14.06.2024 SRL a depus aceste documente, astfel cum au fost solicitate.

Faptul că certificarea este oferită de alt producător decât Hypack Max nu contravine cerințelor caietului de sarcini, unde nu s-a impus pentru echipamentul multifascicul o astfel de condiție restrictivă, așa cum pretinde contestatorul.

Prin urmare, se reține că, în propunerea sa tehnică, ofertantul SRL a declarat faptul că dispune de personal tehnic specializat, certificat de producătorul echipamentului multifascicul și a prezentat certificatul de competență privind personalul autorizat pentru instalarea, punerea în funcțiune și calibrarea echipamentului multifascicul, precum și instruirea operatorilor.

De asemenea, Consiliul reține și faptul că la pct. 6 Sistem cercetare batimetrică. subpunctul 6.1. Sondă hidrografică multifascicul din caietul de sarcini nu a fost solicitată o licență Hypack MAX & Hysweep, cum în mod eronat susține contestatorul; cerințele caietului de sarcini sunt următoarele:

„Sistemul va fi format din:

6.1. Sondă hidrografică multifascicul

Software de operare al producătorului echipamentului: configurare, calibrare, achiziție, filtrare și logare; funcționare sub sistem de operare Windows sau echivalent. Acest pachet software se livrează configurat într-un PC construit pentru mediu industrial, instalabil în rack de 19", cu performanțe conforme cu cerințele producătorului echipamentului și monitor navalizat (cu accept de tip recunoscut în UE) cu diagonala de minim 24", TFT color cu iluminare LED și rezoluție HD, cu bridă orientabilă și posibilitate de „dimmer”;

Software hidrografic (furnizorul va acoperi costurile de mentenanță pentru 24 luni): proiectare survey, calibrare, colectare și procesare a datelor în sistem multifascicul; colectarea datelor în format RAW; logarea datelor cu informația completă a coloanei de apă pentru fiecare fascicul; program de parametri geodezici; proiectarea liniilor de cercetare; proiectarea liniilor de cercetare prin introducerea canalului ce trebuie cercetat; generarea și operarea de fișiere matriciale; capacitate de import și afișare a fișierelor CAD/GIS; configurarea echipamentelor din sistem; colectarea datelor de la un număr mare de senzori; procesarea datelor, interpretarea corectă a informației de maree; procesarea corecțiilor necesare în funcție de viteza sunetului în apă în coloană de cercetare; export în format DXF/DGN; plotare de înaltă calitate către orice ploter / imprimantă sub Windows sau echivalent; calcul de volume în funcție de secțiune; calcul de volume în funcție de modelul de suprafață; contururi în format DXF; modelare 3D în scară de gri sau color; vizualizare 3D în mișcare cu facilități de navigare; colectare și procesare date de scanare laterală; capacitate de desenare a formelor navei în 2D și 3D; posibilitate de lucru cu determinări în minim două frecvențe; capacități multiple de modelare pentru reducerea setului final de date; modul de raportare a condițiilor canalului cu generarea raportului în format compatibil NOAA; va permite corectare ulterioară a datelor achiziționate din punct de vedere al alinierii și întârzierilor; modul de editare cu facilități complexe care să permită verificarea și editarea parametrilor ficși și dinamici (pase, mișcările navei, direcția de deplasare, maree, pescaj, viteza sunetului, etc.); introducerea de filtre automate sau editare manuală pentru (adâncime minimă/ maximă, singularități, suprapuneri topografice, limitări ale unghiului spotului, anularea anumitor spoturi, limitări babord/tribord), filtre statistice, etc.; modul editor ENC care să permită modificarea/updatarea hărților S-57 existente; posibilitatea de a afișa planul de cercetare și situația instantanee pe displayul distant de la poziția de guvernare, independent de acțiunile și activitățile hidrografului și informația afișată pe displayul local."

La subpunctul 6.2. se indică software-ul hidrografic „pus la dispoziție de entitatea contractantă, Hypack MAX", iar la subpunctul 6.3. se menționează faptul că „Datele achiziționate vor putea fi prelucrate și cu software-ul hidrografic Hypack MAX aflat în dotarea beneficiarului”;

Din formularea cerinței rezultă faptul că nu se limitează posibilitatea de prelucrare a datelor cu un anumit software, software-ul Hypack Max fiind menționat ca unul dintre software-urile hidrografice acceptate însă nu unicul, cum în mod eronat susține contestatorul.

După cum reiese din oferta SRL (pag.34), din răspunsul la solicitarea de clarificare și anexele acesteia, înregistrate la SRL cu

nr. 93 din 14.06.2024, cerința este îndeplinită, fiind depuse documente din care rezultă capacitatea tehnică și operațională de a îndeplini specificația tehnică din caietul de sarcini.

În opinia Consiliului, susținerea că SRL ar fi singura companie românească autorizată de producătorul pachetului software hidrografice Hypack, motiv pentru care numai aceasta ar putea aduce la îndeplinire obiectul contractului întrucât deține specialiști ce pot asigura instruirea în limba română, nu constituie un argument care să demonstreze necoformitatea ofertei concurente. Instalarea, punerea în funcțiune și instruirea personalului se efectuează pentru produsele livrate de ofertant/contractant (echipamente, software etc.) și nu pentru produsele pe care beneficiarul le deține deja.

În aprecierea Consiliului, orice operator economic, chiar dacă nu este de naționalitate română, poate asigura o instruire a personalului în limba română; entitatea contractantă în mod corect nu a impus condiții de naționalitate a ofertanților în documentația de atribuire, întrucât o astfel de cerință ar fi încălcat principiul nediscriminării prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. În consecință, argumentul potrivit căruia contestatorul este singurul operator român autorizat de Hypack Max ce poate asigura instruirea utilizatorilor beneficiarului în limba română nu apare ca fiind relevant.

În ceea ce privește criticile noi depuse de contestatorul SRL, Consiliul le apreciază ca fiind inadmisibile, având în vedere dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora „este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”.

Deși contestatorul solicită repunerea în termenul de motivare a contestației pe motiv că ar fi fost în imposibilitatea motivării corespunzătoare a contestației sale, acest aspect nu este de natură a înlătura de la aplicare prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, dispoziții imperative, speciale și derogatorii de la dreptul comun.

În ceea ce privește solicitarea intervenientului SRL privind obligarea contestatorului la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea cauzei, Consiliul o va respinge având în vedere caracterul accesoriu al cererii, pentru aceste cheltuieli nefiind oricum depuse dovezi în susținere.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SRL.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.