

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. C10/....

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de ..., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., împotriva raportului procedurii de atribuire nr. și refuzului autorității contractante de acces la toate documentele dosarului privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare ..., cod CPV ..., de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat obligarea autorității contractante la asigurarea accesului la dosarul achiziției și anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente, cu reevaluarea ofertei câștigătoare, dar și plata cheltuielilor ocazionate de contestație.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ... din, având sediul social în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. J..., având CUI RO..., reprezentată de-administrator, cu sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedura la, în calitate de ofertant câștigător al procedurii, a depus cerere de intervenție, prin care susține poziția autorității contractante, solicitând:

(i) în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, în interesul autorității contractante în temeiul prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 61 alin. (3) din Codul de procedură civilă și admiterea acesteia;

(ii) în subsidiar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară în interes propriu, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 61 din Codul de procedură civilă și admiterea acesteia;

(iii) Pe fondul cauzei, respingerea contestației formulate de către Ana Invest, în principal, ca lipsită de interes și inadmisibilă, iar în subsidiar, drept nefondată și, implicit, menținerea actelor emise în vederea finalizării procedurii de atribuire, respectiv a Raportului procedurii de atribuire nr. și a tuturor actelor anterioare și subsecvente ale acestuia,

(iv) obligarea la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei contestații, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

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 ... solicită obligarea autorității contractante la a-i asigura accesul la toate documentele dosarului achiziției, dar și anularea raportului procedurii organizate de ... pentru atribuirea contractului având ca obiect: *ACHIZIȚIA DE PRODUSE DOTAREA CU MATERIAL DIDACTIC (inclusiv montajul și punerea în funcțiune), din cadrul proiectului „Dotarea cu mobilier, materiale didactice și echipamente digitale a unităților de învățământ preuniversitar de pe teritoriul administrativ*

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul „[...]CONTESTAȚIE pdf.p7m” postat de autoritate în SEAP la ..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr. ... Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Sintetizarea de mai sus nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la dispoziție spre vizualizare și descărcare prin intermediul SEAP întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Prin corespondența cu nr., înregistrată la CNSC sub nr. ..., a fost transmis punctul de vedere al autorității contractante la contestația depusă de către ..., dar și documentele din dosarul achiziției publice, în format electronic – DVD. Prin punctul de vedere la contestație, ... solicită Consiliului să respingă contestația:

1. pe cale de excepție, ca fiind lipsită de interes,
2. ca nefondată.

A. Referitor la respingerea pe cale de excepție, ca fiind lipsită de interes, amintește că:

(1) prin contestația formulată, operatorul economic ..., clasat pe locul 3 în urma evaluării ofertelor, solicită anularea raportului procedurii, precum și toate actele subsecvente și reevaluarea ofertei depuse de operatorul, declarat câștigător;

(2) Contestatorul nu formulează critici privind evaluarea propriei oferte și nu contestă modul de aplicare a criteriilor asupra ofertei sale, ci doar aspecte ce țin de oferta și eligibilitatea altui operator economic;

(3) Potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, are calitatea de „persoană vătămată” orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

i. are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

ii. a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Prin urmare, pentru a exista interes procesual este necesar ca actul contestat să producă efecte juridice directe asupra contestatorului și ca eventuala admitere a contestației să poată schimba poziția sa în procedură, aducându-i un folos concret.

(4) Contestatorul nu justifică un interes actual și direct, întrucât ocupă locul 3 în clasamentul final, iar măsura contestată (declararea câștigătorului - locul 1) nu îi afectează poziția în procedură. Chiar și în ipoteza anulării rezultatului pentru operatorul de pe locul 1, contestatorul nu ar deveni câștigător, întrucât pe locul 2 se află un alt operator cu o ofertă admisibilă și mai bine punctată;

(5) Contestatorul nu invocă nicio vătămare rezultată din modul de evaluare a propriei oferte, ci se limitează la a critica decizia privind oferta unui alt participant, fără a demonstra cum acea decizie i-ar fi produs un prejudiciu direct;

(6) Este evident faptul că, în condițiile în care contestația nu este susținută de un interes procesual actual, născut și direct, actul atacat neproducând efecte juridice asupra contestatorului, se impune admiterea excepției, cu consecința respingerea contestației, ca lipsită de interes, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

B. Cu privire la solicitarea de repingere pe fond, netemeinicia contestației constă în următoarele:

1. din parcurgerea contestației, se înțelege că un prim motiv este acela că „declarațiile de confidențialitate nu sunt legale”, atât cea a ofertantului clasat pe locul ..., cât și cea situată pe locul II - Or, sub acest aspect:

(i) Contestatorul - ... a depus la Autoritatea Contractantă o solicitare de transmitere a dosarului achiziției, iar comisia de evaluare a transmis în termenul legal, prin e-mail, tot dosarul achiziției, mai puțin documentele și informațiile declarate de ofertanți ca fiind confidențiale.

(ii) Autoritatea contractantă a transmis contestatorului toate documentele neconfidențiale din dosarul achiziției, în limitele permise de art. 57 din Legea nr. 98/2016;

(iii) Documentele și informațiile declarate confidențiale de către ofertanții ... conțin elemente ce țin de strategia comercială, structura costurilor, metodele de calcul al prețului, precum și strategii de marketing, care se încadrează în categoria secretelor comerciale, protejate potrivit Legii nr. 11/1991; întrucât autoritatea contractantă are obligația de a proteja aceste informații, nu a transmis documentele respective contestatorului.

(iv) în baza prevederilor art. 18 alin. (2), Autoritatea contractată are obligația de a transmite Consiliului, în termenul prevăzut la alin. (1), o copie a dosarului achiziției publice, achiziției sectoriale sau al concesiunii, precum și dovada înaintării punctului de vedere către contestator și orice documente considerate edificatoare, cu excepția anunțurilor de participare publicate în SEAP și a documentației de atribuire, atunci când aceasta este disponibilă și poate fi descărcată direct din SEAP. Autoritatea contractantă menționează că, atașat punctului de vedere, pune la dispoziția completului CNSC, marcat corespunzător (*CONFIDENTIAL*) întreaga ofertă în cauză, pentru analiză exclusivă de către Consiliu, conform practicii constante a CNSC.

2. Referitor la al doilea motiv/critică că „.... ESTE INACCEPTABILĂ”, precizează următoarele:

(i) în legătură cu afirmația că „documentul depus de către societatea ca fiind experiență similară pentru dovedirea capacității economice/financiare, am constatat faptul că acesta ridică suspiciuni de fals”, contestatorul invocă „suspiciuni de fals” pe baza unei examinări vizuale a contractului de furnizare și a procesului-verbal de predare-primire, apreciind că acestea ar prezenta urme de modificări digitale („pixeli lipsă”, „caractere deformate” etc.).

Comisia de evaluare are competența de a verifica ofertele pe baza documentelor prezentate, precum și de a solicita clarificări operatorilor economici în cazul în care constată neconcordanțe, lipsuri sau ambiguități, însă nu are competența de expertiză tehnică asupra autenticității documentelor, ci doar de verificare formală și de solicitare de clarificări, atunci când există neconcordanțe vizibile sau suspiciuni rezonabile.

Totodată, comisia de evaluare nu are atribuții de expertiză tehnică, criminalistică sau informatică, nefiind în măsură să stabilească autenticitatea documentelor prin metode de analiză digitală sau comparare grafică a caracterelor. Astfel:

- comisia de evaluare a examinat documentele depuse de ofertantul declarat câștigător din punct de vedere al conformității formale și al coerenței informațiilor;
- nu au fost identificate neconcordanțe de conținut între contractul de furnizare, procesul-verbal de predare-primire și celelalte documente justificative;
- valoarea, obiectul și beneficiarul contractului sunt consecvente și verificabile în limitele competențelor comisiei;
- în măsura în care contestatorul apreciază că există indicii de fals, competența verificării și constatării unui asemenea fapt revine organelor abilitate ale statului (poliție, parchet, instanță penală), nu autorității contractante.

Documentele de experiență similară au fost depuse conform cerințelor din documentația de atribuire, respectând prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar comisia de evaluare a verificat:

- existența contractului de furnizare nr. ...
- existența procesului-verbal de recepție nr.,
- coerența valorilor înscrise,
- corespondența cu obiectul achiziției.

Comisia de evaluare nu a fost identificate diferențe de natură să atragă neconformitatea documentelor. Conform art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 *„în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.”*

Prin urmare, autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă pe baza unor suspiciuni subiective de fals, neconfirmate printr-un act oficial, ci doar în baza unor constatări obiective și verificabile.

În concluzie, Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, întrucât criticile contestatorului privind „modificările digitale” nu pot fi verificate în cadrul procedurii de evaluare, iar eventualele suspiciuni privind autenticitatea documentelor pot face obiectul unei sesizări către organele abilitate, însă nu pot fi reținute ca motiv de nelegalitate a procedurii de atribuire.

... a comunicat CNSC, prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., o cerere de intervenție, prin care solicită respingerea contestației ..., ca lipsită de interes, dar și ca nefondată.

Intervenientul invocă excepția lipsei de interes în ceea ce privește capetele de cerere (b) și (c) din contestație referitoare la anularea raportului procedurii și a actelor prin care autoritatea contractantă a declarat oferta depusă de ... ca fiind câștigătoare și obligarea la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii.

Privind aspectele preliminare, intervenientul arată că, C.pr.civ. impune o condiție necesară pentru existența dreptului la acțiune și anume interesul, adică folosul practic, material sau moral, urmărit de către titularul acțiunii, potrivit art. 32 alin. (1) lit. d).

....

Privind caracterul nefondat al contestației.

Intervenientul învederează că sunt neîntemeiate criticile privind caracterul „nedovedit” al declarației de confidențialitate, caracterul confidențial fiind probat prin documentele depuse odată cu oferta. De altfel, încă de la acel moment, era absolut evident că, fiind vorba despre o achiziție publică informații precum modul în care ofertantul a conceput un anumit produs (utilizat în cadrul ofertei tehnice), know-how-ul sau alte metode prin care se atinge rezultatul preconizat reprezintă date cu caracter confidențial.

În plus, pe parcursul procedurii, ... a depus și alte documente justificative, în susținerea ofertei, acestea fiind o probă suplimentară a confidențialității invocate (printre acestea, existau contracte încheiate de ... cu alți furnizori, având incluse clauze de confidențialitate, a căror dezvăluire ar încălca obligația contractuală de confidențialitate).

Or, contractele comerciale care atestă experiența similară încheiate cu beneficiari privați și care au clauză expresă de confidențialitate (conform căreia nu pot fi făcute publice către terți fără acordul părților), propunerea financiară sunt informații care nu pot fi divulgate.

Pe cale de consecință, contrar susținerilor Contestatorului, a fost probată confidențialitatea din informațiilor, atât prin declarația de confidențialitate, cât și prin documentele depuse la dosarul achiziției publice.

Intervenientul precizează că autoritatea contractantă a restricționat în mod corect accesul la informațiile declarate confidențiale. În vederea respectării dreptului la confidențialitate, legea însăși limitează aplicarea principiului transparenței, motiv pentru care nu se poate considera că acesta ar fi fost încălcat.

Restricționarea accesului la date și informații confidențiale s-a făcut în mod legal, cu respectarea jurisprudenței CJUE și a celei naționale în materie de achiziții publice:

....

Intervenientul susține că solicitările ..., privind reevaluarea procedurii și criticile conform cărora Oferta ... trebuia respinsă ca inacceptabilă, sunt neîntemeiate, impunându-se respingerea acestora.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a transmis răspuns la cererea de intervenție, solicitând respingerea ei, ca nefondată și obligarea intervenientului la plata cheltuielilor de judecată.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ...a formulat concluzii scrise solicitând:

- admiterea cererii de intervenție astfel cum a fost formulată (în principal ca intervenție principală, iar în subsidiar ca intervenție accesorie) și, pe cale de consecință:

- respingerea contestației ... ca nefondată, cu consecința menținerii în totalitate a actelor emise în cadrul procedurii de atribuire finalizată prin emiterea Raportului procedurii de atribuire ... și a tuturor actelor anterioare și subsecvente ale acestuia,

Solicită obligarea ... la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei contestații, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ... a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de CEC Bank SA – Sucursala .., în valoare de ... RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

La ..., contestatorul a comunicat, prin corespondența e-mail înregistrată la CNSC sub nr. și extras al raportului de tranzacționare bancară aferent sumei de ..., cheltuieli avansate pentru susținerea contestației, ca onorariu de avocat.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului, pe mai multe loturi, având ca obiect: *ACHIZIȚIA DE PRODUSE DOTAREA CU MATERIAL DIDACTIC (inclusiv montajul si punerea in funcțiune), din cadrul proiectului „Dotarea cu mobilier, materiale didactice și echipamente digitale a unităților de învățământ preuniversitar de pe teritoriul administrativ al ...”, cod F-PNRR-Dotari-...".*

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”.

După evaluarea ofertelor primite, aceasta a întocmit raportul procedurii nr. ... și a comunicat rezultatul evaluării.

Împotriva modului de evaluare a ofertelor și de desemnare a câștigătorului procedurii, dar și împotriva refuzului autorității contractante de a-i asigura acces la conținutul complet al ofertelor concurente, privitor la *LOT ...- MATERIAL DIDACTIC SĂLI DE SPORT*, ... a formulat contestația ce face obiectul dosarului CNSC nr., solicitând cele precizate în partea de început a deciziei.

De asemenea, Consiliul are în vedere că, în contradictoriu cu acesta, ... a formulat cerere de intervenție, în temeiul prevederilor art. 17

alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)”*, Consiliul constată admisibilitatea în principiu a cererii, întrucât autorul ei este câștigătorul desemnat al procedurii, fiind evident interesul acestuia de a participa în litigiu.

Văzând apărările formulate, în sensul menținerii documentelor emise de autoritatea contractantă, inclusiv a actualului rezultat al procedurii, în raport cu dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 65 și art. 67 din Cod procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție accesorie, analiza ei pe fond urmând a fi asigurată împreună cu contestația.

Având a soluționa excepția lipsei de interes a contestatorului, invocată de autoritatea contractantă, dar și de intervenient, în raport cu contestația/cererea de anulare a rezultatului procedurii privind oferta câștigătoare, Consiliul constată lipsa de temei a susținerilor ... și ale...., pentru motivele ce urmează.

Consiliul constată că autoritatea contractantă își motivează excepția invocată pe situația faptică din procedura de atribuire, respectiv faptul că autorul contestației nu atacă decizia de evaluare și stabilire a locului în clasament al ofertei situate pe poziția 2 (aparținând ...) al celui ocupat de oferta ... (locul 3).

De asemenea, Consiliul ia act de faptul că excepția în cauză este formulată și de intervenient, dar numai în raport cu capătul de cerere privind anularea deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare.

Raportat la obiectul contestației, Consiliul constată că, în fapt, autorul ei urmărește, pe lângă acces nerestricționat la documentele procedurii și revizuirea rezultatului actual al procedurii, capete de cerere distincte.

Astfel fiind, Consiliul va trebui să analizeze, pe fond, dacă se confirmă susținerile că autoritatea contractantă a restricționat eronat accesul la informațiile de interes pentru contestator, chiar și dacă, teoretic, s-ar admite excepția în cauză, privitor la capătul de cerere prin care se tinde la revizuirea situației ofertelor declarate admisibile.

Conform prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, formularea unei căi de atac împotriva actelor emise în procedurile de atribuire este dreptul unui operator economic implicat în procedură și vătămat de acestea: *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

În același timp, art. 3 alin. (1) litera f) din Legea nr. 101/2016 definește calitatea de persoană care se consideră vătămată - *orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire;
și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

De asemenea, alineatul (3) al aceluiași art. 3 este definitoriu în calificarea situației de drept pendinte: *În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.*

Totodată, Codul de procedură statuează asupra condițiilor de admisibilitate a unei acțiuni în instanță, la articolele 32-33, în sensul următor: Art. 32 (1) *Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:*

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;*
- b) are calitate procesuală;*
- c) formulează o pretenție;*
- d) justifică un interes.*

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Art. 33 (1) *Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara.*

Consiliul are în vedere că, în practica instanțelor naționale (inclusiv a CNSC), în situații precum cea din prezenta cauză, se admite că operatorii economici care formulează o cale de atac împotriva modului de analiză a altor oferte, indiferent de numărul lor, își dovedesc interesul promovării acțiunilor lor. De altfel, practica instanței comunitare - CJUE - a influențat aceste tipuri de soluții, fiind relevante soluția și considerentele din Cauza C-131/16, Archus și Gama (în special, punctele 50-51):

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237),

Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C 355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C 689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

De asemenea, prezintă relevanță și soluția din cauza C689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) împotriva Airgest SpA*:

Articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf și alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că se opune ca o cale de atac principală introdusă de un ofertant care are un interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciat sau riscă să fie prejudiciat printr-o presupusă încălcare a dreptului Uniunii în materie de contracte de achiziții publice sau a normelor de transpunere a acestui drept și prin care se urmărește excluderea unui alt ofertant să fie declarată inadmisibilă în temeiul normelor procedurale naționale care prevăd examinarea cu prioritate a căii de atac incidente formulate de acest alt ofertant.

În cauza de față, raportat la specificul procedurii de atribuire, nu prezintă relevanță decisivă faptul că ... atacă doar modul de evaluare a ofertei desemnate câștigătoare, fără a ataca același demers în raport cu oferta clasată pe locul 2.

Pe de o parte, Consiliul reține susținerile contestatorului că informații de interes, privind cea de-a doua ofertă, nu i-au parvenit, din cauza refuzului achizitorului în a i le pune la dispoziție, ceea ce a împiedicat formularea unor critici și motivări reale.

Pe de altă parte, Consiliul are în vedere că, raportat la criteriul de atribuire din procedură ("cel mai bun raport calitate-preț"), nu este cert că doar prețul ofertelor conduce la stabilirea clasamentului; adică, în cazul invalidării punctajului acordat ofertei desemnate câștigătoare, nu este exclusă refacerea clasamentului de o manieră care să fie concordantă cu cererile contestatorului. Astfel, conform algoritmului de calcul aferent factorilor de evaluare (*prețul ofertei și durata de livrare*), punctajul ofertelor este determinat în raport cu valoarea cea mai scăzută a celor două caracteristici/avantaje, care se pot regăsi separat, câte una în fiecare altă ofertă.

Sub acest aspect, al luării la cunoștință a informațiilor din dosarul achiziției și, implicit, al interesului de a formula o contestație, în termen față de momentul asigurării accesului la informații, relevante sunt și

considerentele hotărârii CJUE din Cauza C 532/20, ... împotriva, (inclusiv punctele 27-28):

27 În această privință, trebuie amintit că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 impune statelor membre să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care statele membre pot să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

28 Această dispoziție are vocația de a se aplica în special situației oricărui ofertant care apreciază că o decizie de admitere a unui concurent la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice este nelegală și riscă să îi cauzeze un prejudiciu, acest risc fiind suficient pentru a întemeia un interes imediat pentru formularea unei căi de atac împotriva deciziei menționate, făcând abstracție de prejudiciul care poate, pe de altă parte, să decurgă din atribuirea respectivului contract unui alt candidat (a se vedea prin analogie Ordonanța din 14 februarie 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C54/18, EU:C:2019:118, punctul 36).

Drept care, constatând că autorul contestației, ..., nu este ofertant exclus din procedura de atribuire, iar prin contestație atacă și exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului de a-i limita accesul la unele informații, Consiliul va respinge excepția lipsei de interes a acestuia, ca nefondată, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Privitor la susținerile contestatorului, dar și la apărările formulate de achizitor, legate de restrângerea dreptului de acces la toate informațiile cu caracter public, din dosarul achiziției, Consiliul constată că nu sunt prezentate probe ale caracterului confidențial al documentelor/informațiilor la care fac referire părțile în dispută.

Or, dreptul de acces neîngrădit al ..., ca al oricărui ofertant din procedură, rezultă din evocatele prevederi ale art. 217 alin. (6) din Legea 98/2016: "(6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale".

Existența unor declarații de confidențialitate, indiferent de nivelul de detaliu al acestora, fără dovezi materiale ale caracterului confidențial al unor informații/documente, nu poate proba temeinicia cenzurării accesului la acestea, de către achizitor.

De altfel, în raport cu obiectul achiziției de față (furnizare produse cu largă răspândire în comerț), este evident că ofertanții nu sunt ținuti la a prezenta soluții tehnice inovative sau modalități de constituire a prețurilor în altă manieră decât pornind de la valorile comerciale comune. De altfel,

documentația de atribuire nu a impus și ofertanții nu aveau motive pentru a include în oferte informații legate de soluțiile tehnice de fabricare a produselor oferite sau a justificării costurilor de producție a lor.

Din conținutul ofertelor (propunerea tehnică și propunerea financiară) puse la dispoziție, Consiliul nu regăsește informații care, prin natura lor, ar trebui protejate față de alți participanți la procedura publică de achiziție.

În situația de față, declarațiile de confidențialitate nici nu indică și nici nu probează existența unor informații care, prin simpla luare la cunoștință de către contestator, ar conduce la prejudicierea deținătorilor lor originali. Chiar accesarea neautorizată a unor informații confidențiale/cu caracter personal, în general, nu ar îndreptăți pe posesorul neautorizat să le utilizeze în alte scopuri decât cel care a fost urmărit la transmiterea lor inițială (în cazul de față, pentru întocmirea ofertelor care participă la o competiție publică).

Prin urmare, nu sunt evidente motive întemeiate pentru autoritatea contractantă să refuze contestatorului accesul la informațiile solicitate, iar Consiliul va admite solicitarea pendinte, în sensul că va obliga organizatorul procedurii să pună la dispoziția ... a ofertelor contracandidate.

Consiliul a asigurat, la conform solicitării formulate de intervenient, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesul la documentele din dosarul cauzelor conexe, care nu sunt însoțite de dovezi ale caracterului confidențial.

În legătură cu modul de analiză a ofertei desemnate câștigătoare, criticile contestatorului sunt bazate, în principal, pe lipsa unei evaluări la nivelul impus prin documentația de atribuire, în special, în privința capacității tehnice a respectivului ofertant.

Cât privește modalitatea de dovedire a nivelului minim al experienței similare în livrarea produselor, Consiliul reține regulile stabilite de autoritatea contractantă, prin secțiunea specifică din fișa de date a achiziției:

III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala

Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:

Experiența similară în livrări de produse [...]

Operatorul economic clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor după aplicarea criteriului de atribuire, asupra ofertelor admisibile, face dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin înscrișuri reprezentând certificări/documente constatatoare pentru acele livrări de bunuri pe care ofertantul considera că autoritatea contractantă trebuie să le ia în considerare pentru evaluarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară.

Nivelul minim impus privind experiența similară se raportează la valoarea minimă estimată a contractului subsecvent care se anticipează că va fi atribuit.

Modalitate prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței

Dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin înscrișuri reprezentând certificări/documente constatatoare pentru acele livrări de bunuri pe care ofertantul considera că Autoritatea contractantă trebuie să le ia în considerare pentru evaluarea îndeplinirii cerinței privind experiența

similară. Ofertantul trebuie să facă dovada că în ultimii 3 ani de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor a livrat, la nivelul unui contract sau mai multe contracte, produse similare de natura și complexitate similară/comparabilă sau superioară cu produsele care fac obiectul contractului în valoare/valoare cumulată aferentă fiecărui LOT.

Raportat la aceste cerințe, Consiliul constată că autoritatea contractantă, la momentul evaluării dovezilor prezentate de ofertantul desemnat câștigător, nu a sesizat existența, cel puțin, a indiciilor că informațiile din contractul evocat de părți (nr. 1 din 27.05.2025) nu sunt concordante total cu cele din procesul-verbal de recepție a livrărilor.

Se confirmă susținerea contestatorului că semnatarul procesului-verbal, din partea livratorului, este altă persoană juridică decât cea cu care a fost încheiat contractul, aspect pe care autoritatea contractantă și intervenientul nu îl combat pe fond, contrar prevederilor art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, ce stabilesc această obligație: *Părțile au obligația de a expune situația de fapt la care se referă pretențiile și apărările lor în mod corect și complet, fără a denatura sau omite informațiile care le sunt cunoscute.*

Se confirmă și faptul că, din înscrisurile amintite (contract de furnizare și proces-verbal de recepție), nu rezultă certitudini privind livrările respective, documentele în cauză nefiind însoțite de probe asupra plăților efectuate pentru livrările parțiale, considerate experiență similară. Astfel, contractul în speță, având ca termen de finalizare data de, formal, nu poate sta la baza unor inscrisuri reprezentand certificari/documente constatatoare pentru acele livrări de bunuri (condiția din fișa de date a achiziției).

Pentru probarea livrărilor parțiale, conform clauzelor contractului evocat (art. 9 și art. 13), recepția se face pe baza avizului de însoțire a mărfii, document ce nu a fost prezentat în procedura de față.

Cât privește suspiciunile contestatorului în legătură cu modalitatea de evidențiere, în cele două documente (contract și proces-verbal), a valorii produselor livrate, Consiliul consideră că nu prezintă interes imediat, în soluționarea disputei. Pe de o parte, sunt evidente neconcordanțele amintite, privind identitatea părților contractante și lipsa dovezilor de livrare conforme cu contractual. Pe de altă parte, din formatul electronic pus la dispoziția Consiliului nu rezultă că redactarea celor două documente ar avea indicii de contrafacere/modificare unilaterală. Cu toate acestea, nimic nu o împiedică pe autoritatea contractantă în a solicita, la nevoie, prezentarea documentelor în formatul lor original, pentru confruntarea cu formatul în copie.

Practic, comisia de evaluare a ofertelor a omis a analiza dovezile privind experiența similară a ofertantului desemnat câștigător, în raport cu amintitele reguli din documentația de atribuire, ceea ce relevă lipsa certitudinii că oferta în cauză este admisibilă.

Prin urmare, se confirmă faptul că autoritatea contractantă a stabilit ofertantul câștigător ignorând obligațiile ce-i sunt opozabile, conform dispozițiilor art. 207 alin. (1) litera a) din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în invitația de participare/anunțul de participare și în documentele achiziției, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții: a) oferta respectivă îndeplinește toate*

cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției [...].

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite solicitarea de anulare a raportului procedurii nr. și a actelor subsecvente, în privința desemnării ofertei câștigătoare și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 10 zile de la primirea deciziei prezente, prin reevaluarea acestei oferte, cel puțin, în legătură cu modul de îndeplinire a cerinței de experiență similară. Totodată, autoritatea contractantă va asigura contestatorului acces la dosarul achiziției, în condițiile sus arătate.

În mod implicit, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție accesorie, în susținerea autorității contractante, formulată de

Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă și intervenientul accesoriu, părți căzute în pretenții, la plata solidară, către contestator, a sumei de ... lei, cheltuieli avansate pentru susținerea contestației, ca onorariu de avocat.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și anulează raportul procedurii nr. ... și actele subsecvente, în privința desemnării ofertei câștigătoare.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 10 zile de la primirea deciziei prezente, prin reevaluarea ofertei câștigătoare (aparținând ...), cel puțin, în legătură cu modul de îndeplinire a cerinței de experiență similară.

Obligă autoritatea contractantă la a-i asigura contestatorului acces la dosarul achiziției, conform motivării ce precede.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție accesorie, formulată de

Obligă autoritatea contractantă și intervenientul accesoriu, părți căzute în pretenții, la plata solidară, către contestator, a sumei ... lei, cheltuieli avansate pentru susținerea contestației.

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.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale.