

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. 955/C8/880

Data: 15.04.2024

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 21.03.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17403/21.03.2024, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin administrator ... – administrator și convențional prin avocat ..., cu sediul profesional ... împotriva rezultatului procedurii emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Servicii de pază protecție monitorizare a sistemelor de alarmare și servicii conexe*” (anunț de participare CN1062850), s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare nr. 7221/14.03.2024 și a raportului procedurii nr. 7218/14.03.2024, precum și a tuturor actelor privind evaluarea ofertei asocierii ... în ceea ce privește desemnarea drept admisibilă și câștigătoare a acestei oferte;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de asocierii

Prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante, înregistrată la Consiliu cu nr. 19295/29.03.2024, ..., cu sediul în ..., și cu sediul ales pentru comunicare actelor de procedură în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... – administrator, a solicitat admiterea cererii de intervenție, respingerea ca nefondată a contestației și menținerea Raportului procedurii nr. 7218/14.03.2024.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 67 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ..., în calitate de operator economic a cărui ofertă a fost clasată pe locul 2, critică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare a procedurii oferta depusă de asocieria, în condițiile în care, potrivit propriilor aprecieri, ofertantul menționat nu are capacitatea de a executa contractul și nu respectă cerințele minime impuse prin caietul de sarcini.

Preliminar, contestatorul arată că autoritatea contractantă a refuzat să-i pună la dispoziție propunerile tehnică și financiară ale ofertantului clasat pe primul loc, motivat de faptul că aceasta ar fi fost declarate confidențiale. În opinia sa, este nelegală declararea propunerilor tehnice și financiară ca fiind confidențiale, în tot, inclusiv a răspunsurilor la solicitările de clarificări ce au vizat respectivele propuneri. În opinia sa, o simplă declarație a ofertantului în acest sens este insuficientă pentru a se constata caracterul confidențial al ofertei.

Astfel, apreciază că, prin refuzul autorității contractante de a-i pune la dispoziție respectivele documente, aceasta a eludat însuși scopul Legii nr. 101/2016, fiindu-i încălcat dreptul la apărare și la o cale efectivă de atac.

În ceea ce privește capacitatea asocierii de a executa contractul, contestatorul face referire la faptul că, din acordul de asociere prezentat de asocieria menționată, reiese faptul că va efectua serviciile de paza umană de la obiectivul Spitalul Clinic Județean de Urgență Buzău cu 7 oameni, în timp ce va efectua servicii de pază umană la obiectivele Secția Maternitate, Secția TBC - CTD, Secția de Oncologie, Secția exterioară Parscov precum și servicii de monitorizare, intervenție, conectare obiective și mentenanță sistemelor beneficiarului, cu 6 oameni.

De asemenea, arată că, potrivit Anexei 1b prezentate de către ... aceasta deține înregistrate, pe raza județului Buzău, 4 autovehicule cu care efectuează intervenție în nu mai puțin de 9 localități, respectiv Buzău, Râmnicu-Sărat, Berceni, Mărăcineni, Pătârlagele, Costești, Pogoanele, Nehoiu și Stâlpul.

Potrivit mențiunilor caietului de sarcini anterior enunțate, prestatorul are obligația de a deține minim 4 echipaje de intervenție în municipiul Buzău, astfel încât să se poată încadra într-un timp de intervenție de 7 minute în mediul urban, respectiv 30 de minute în mediul rural.

De asemenea, contestatorul arată că, potrivit acordului de asociere ... nu prestează servicii de intervenție în legătură cu contractul, ceea ce a trecut neobservat autorității contractante, care s-a lăsat indusă în eroare de faptul că asocierea declarată câștigătoare a înaintat și documentele unui autoturism aparținând liderului de asociere (B-122-TMG). Atât timp cât acest autoturism nu este utilizat în executarea contractului nu putea fi avut în vedere de către autoritatea contractantă în evaluarea cerinței de calificare impuse de caietul de sarcini.

Data fiind împrejurarea că alocă 4 autoturisme de intervenție unui număr de 9 localități situate la distanțe apreciabile de municipiul Buzău este imposibil a fi respectate dispozițiile prevăzute de art. 97 alin. (1) din HG 301/2012 (timpii de intervenție de 15 min în mediul urban și 30 de minute în mediul rural), astfel încât să se fi putut considera că acestea ar deservi numai municipiul Buzău.

Astfel, în mod eronat, autoritatea contractantă ignoră acordul de asociere anterior menționat din care rezultă că serviciile de intervenție vor fi prestate exclusiv de către, reținând în Procesul-verbal nr. 4865/19.02.2024 de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini un autoturism aparținând, care însă nu va efectua astfel de servicii, deci nu ar fi putut fi avut în vedere în privința evaluării ofertei.

Eludând prevederile legale, asocierea declarată câștigătoare a indicat un număr de 5 autoturisme de intervenție, 4 aparținând, în legătură cu care pretinde că ar presta servicii pe raza municipiului Buzău (deși acestea deserves și un număr de alte 5 localități în legătură cu care staționând pe raza municipiului Buzău nu se poate încadra în timpii legali de intervenție), respectiv un autoturism aparținând(deși acest agent economic nu execută servicii de intervenție conform acordului de asociere).

În contextul celor de mai sus, contestatorul apreciază că oferta tehnică a asocierii declarate câștigătoare nu corespunde cerințelor autorității contractante solicitate expres prin documentația de atribuire, inclusiv în ceea ce privește obligația de a indica locul de staționare a echipelor de intervenție.

Neindicarea locului de staționare a echipelor de intervenție reprezintă o abatere de la documentația de atribuire care nu ar fi trebuit să rămână nesancționată.

Ofertantul declarat câștigător nu face dovada că ar deține 4 echipaje de intervenție rapidă avizate pe raza municipiului Buzău și nici că ar avea posibilitatea de a interveni în caz de necesitate în 7 minute în mediul urban, respectiv 30 de minute în mediul rural.

În aceste condiții, contestatorul apreciază că ofertantul declarat câștigător a prezentat o ofertă neconformă, fapt ce ar fi trebuit sesizat și de către autoritatea contractantă cu ocazia evaluării acesteia în raport de dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 coroborate cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la propunerea financiară depusă de ofertantul declarat câștigător, contestatorul arată că, din procesul-verbal nr. 6550/06.03.2024, privind evaluarea propunerilor financiare reiese că asocierii ... i-au fost solicitate clarificări cu privire la o serie de erori aritmetice identificate în urma analizei documentelor prezentate în fundamentarea costurilor pentru un post de pază și a modului de calcul al prețului pentru tariful unitar al ofertei și că, răspunsul transmis a fost declarat concludent iar oferta a fost apreciată ca fiind admisibilă.

Potrivit contestatorului, Formularul de deviz al ofertei financiare în domeniul serviciilor de pază are la baza salariul minim brut pe economie, reglementat de HG nr. 900/2023, respectiv suma de 3.300 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 165,333 ore pe lună, reprezentând 19,960 lei/oră. Acestei sume i se adaugă sporul de noapte, sporul de weekend, sporul pentru munca prestată în zilele de sărbătoare legală și indemnizația pentru concediul de odihnă. Costurilor salariale li se adaugă fondul de handicap și contribuia asiguratorie pentru muncă și, în plus, trebuie prevăzute și cheltuielile directe cu executarea contractului, respectiv profit.

Costurile salariale la care se adaugă sporurile aferente, respectiv contribuia asiguratorie pentru muncă sunt în legătură directă, fiind o componentă decisivă în formarea tarifului ofertat.

În opinia contestatorului, orice pretinsă eroare de calcul îndreptată în ceea ce privește costurile salariale de bază, sporurile sau contribuția asiguratorie pentru muncă nu pot conduce decât la modificarea ofertei, astfel că, în mod eronat, comisia de evaluare a permis așa-zisa

îndreptare a erorilor apreciind răspunsul la solicitarea de clarificări ca fiind unul concludent, în condițiile în care ar fi trebuit să constate că oferta este inacceptabilă.

Contestatorul consideră că este evident că asocierea declarată câștigătoare și-a modificat oferta financiară, chiar dacă în final, a propus un tarif similar ofertei inițiale, având în vedere faptul că orice eventuală eroare de calcul ar influența rezultatul întregii oferte.

Mai arată contestatorul că, deși autoritatea contractantă pretinde că răspunsul la solicitarea de clarificări a fost unul concludent, totuși, în contextul în care se pretinde că au fost îndreptate anumite erori de calcul, îndreptate anumite erori de calcul, prețul total a rămas neschimbat, ceea ce, raportat la faptul că sumele utilizate în calcul costurilor salariale decurg una din cealaltă, a presupus o modificare fie a profitului, fie a cheltuielilor directe sau indirecte, modificare cu impact asupra caracterului acceptabil al ofertei.

În final, contestatorul invocă și faptul că oferta declarată câștigătoare a procedurii nu respectă legislația în domeniul fiscalității și al relațiilor de muncă. În acest sens, arată că salariului de bază este obligatoriu a i se adăuga sporul de noapte, sporul de weekend, sporul pentru munca prestată în zilele de sărbătoare legală și indemnizația pentru concediul de odihnă.

Potrivit contestatorului, ponderea orelor de noapte într-o lună este de 33%, calculul sporului de noapte fiind efectuat după formula (art. 126 alin. 1 lit. (b) din Codul muncii): $3.300 \times 25\% \times 33\% = 272,25$ lei/lună/agent : $165,333$ ore/lună = $1,64$ lei/oră/agent $\times 347.247,36$ ore/acord = $571.804,139$ lei spor de noapte/acord.

Reducerea timpului de muncă în condițiile art. 126 lit. (a) din Codul muncii presupune pentru angajator plata dublă a unei ore de muncă întrucât serviciile de pază se vor desfășura cu preponderență pe timpul nopții, iar ora liberă acordată impune prezența unui alt salariat care la rândul sau trebuie să beneficieze de drepturile bănești convenite pentru munca prestată.

În acest din urmă caz, ofertantul ar fi trebuit să adauge în mod obligatoriu în cadrul costurilor salariale indemnizația de concediu de odihnă convenită agentului înlocuitor pentru ora liberă de care beneficiază agentul înlocuit. Mai mult, această cheltuială cu ora liberă plătită trebuia inclusă la calculul concediului de odihnă fiind o cheltuială directă înaintea calculării contribuției asigurătorii pentru muncă (CAM).

În concret, la calculul concediului de odihnă ofertantul trebuia să adauge concediul de odihnă al salariatului care prestează o oră în locul salariatului căruia i-a fost redus programul de lucru cu o oră. Ulterior,

acestui cost suplimentar trebuia să i se aplice și CAM - 2,25% conform art. 220 ind. (3) și ind. (4) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal.

Referitor la contribuția pentru fondul de handicap contestatorul invocă dispozițiile art. 78 alin. (2) și (3) din Legea nr. 448/2006 apreciind că ofertantul declarat câștigător era obligat să calculeze o astfel de contribuție (4%). În cazul în care valoarea fondului de handicap este diminuată trebuia să existe dovada că, la data depunerii ofertei, fie are angajate persoane cu handicap (extras REVISAL și certificatele persoanelor încadrate în grad de handicap), fie să prezinte dovada achiziției de produse de la unități protejate (contracte, facturi, ordine de plată).

Oferta financiară trebuia să fie întocmită astfel încât să includă absolut toate costurile aferente executării contractului, respectiv: dotările postului de paza (tomfa, spray iritant lacrimogen, documente tipizate specifice postului, alte mijloace de dotare a postului), uniforma de serviciu pentru vară și iarnă, servicii sănătate și securitate în muncă, apărării împotriva incendiilor și proiecției mediului, servicii de medicina muncii și teste psihologice, formare profesională continuă, cheltuieli administrare societate (sediu și activități specifice desfășurate pentru furnizarea serviciilor de pază) costuri personal desemnat pentru control, asigurare profesională societate, cota parte-salarii personal TESA, abonament telefonic mobilă.

Mai mult, contestatorul apreciază că, în situația dată, era obligatoriu a fi expusă modalitatea în care ofertantul va asigura prestarea efectivă a serviciilor și costurile pe care le presupun deplasarea personalului, cazarea sau eventual diurna.

În plus, costurile ocazionate de intervenția echipei specializate era obligatoriu a fi incluse în cheltuielile ocazionate de executarea contractului.

În aceste condiții, contestatorul apreciază că oferta asocierii ... ar fi trebuit să fie declarată inacceptabilă potrivit art. 137 alin. (2) lit. d) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 8159/26.03.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 18804/27.04.2024, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere față de contestație, precum și dosarul achiziției.

Potrivit acesteia, în data de 18.03.2024 a pus la dispoziția contestatorului dosarul achiziției, mai puțin documentele declarate confidențiale de către .. caracterul confidențial al ofertei fiind argumentat prin declarația atașată de către ofertant odată cu depunerea ofertei.

De asemenea, autoritatea contractantă mai arată că, la capitolul II) Activitatea de monitorizare și intervenție rapidă - literele e) și f) din caietul de sarcini, ofertantul a prezentat în copie "Regulamentul de Organizare și Funcționare", al dispeceratului avizat și anexele 1 a și 1 b în conformitate cu art. 98, alin. (2) din HG nr. 301/2012, prin care face dovada ca dispune de un echipaj și asociatul ... de 4 echipaje de intervenție în Buzău și localitățile enumerate în anexa 1b la ROF dispeceratelor. Prin propunerea tehnică ofertantul își asumă timpii de intervenție din caietul de sarcini, respectiv 7 minute în mediu urban și 30 minute în mediul rural, precum și procedurile și modul de intervenție/acțiune ce vor fi implementate de către personalul propriu. Pentru susținerea informațiilor sunt prezentate: procesul verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. 6550/06.03.2024 și documentele ofertei tehnice ale asocierii ...

În ceea ce privește oferta financiară depusă de ofertantul declarat câștigător, autoritatea contractantă precizează că ofertanții asocierii au respectat modul de prezentare al propunerii financiare și de formare a prețului conform Codul muncii, Codul fiscal cât și prevederile HG 900/2023. În urma solicitării de clarificări la care face referire contestatoarea, ofertantul ... nu și-a modificat oferta, valoarea ofertei cât și prețul/post pază rămânând neschimbat.

Prin cererea de intervenție voluntară formulată, ..., în calitate de lider al asocierii, a precizat următoarele:

- criticile contestatoarei vizavi de refuzul autorității contractante de a-i permite accesul la oferta câștigătoare și la răspunsurile la clarificările ce au fost solicitate, sunt neavenite, în contextul în care aceasta nu poate justifica vreo vătămare; în al doilea rând, arată că oferta sa a fost declarată confidențială deoarece documentele acesteia sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, reprezentând o soluție proprie de executare a serviciului de securitate.

Prin cererea de intervenție voluntară formulată, ..., în calitate de lider al, a precizat următoarele:

- criticile contestatoarei, vizavi de refuzul autorității contractante de a-i permite accesul la oferta câștigătoare și la răspunsurile la clarificările ce au fost solicitate, sunt neavenite, în contextul în care aceasta nu

poate justifica vreo vătămare; în al doilea rând, arată că oferta sa a fost declarată confidențială, deoarece documentele acesteia sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, reprezentând o soluție proprie de executare a serviciului de securitate;

- documentele transmise conțin informații cu privire la modalitatea prin care se vor îndeplini cerințele din caietul de sarcini, modalitate optimizată din punct de vedere al strategiei, a elementelor componente și, pe cale de consecință, a corespondentului acestor elemente în formarea și justificarea tarifului ofertat, aceste informații sunt rezultatul eforturilor resurselor umane proprii și a investițiilor societății și au caracter secret;

- propunerea tehnică conține dovezi în ceea ce privește personalul propriu, cu date și documente ce sunt direct sau indirect sub incidența Legii nr. 363/2018, iar în propunerea financiară au fost folosiți, în alcătuirea prețului, algoritmi interni extrași din datele contabile interne ale societății (care nu sunt publice), pentru a calcula anumiți parametri financiari ai ofertei (cheltuieli indirecte, profitabilitate etc.), informații care, dacă ar fi divulgate concurenței, ar putea aduce atingere, în mod direct, intereselor economice ale societății, ce pot genera imediat pierderi și prejudicii;

- a prezentat Anexa 1B aprobată sub nr. 2.474.049/18.11.2022, cu dispunerea echipajelor de intervenție ale dispeceratului, din care rezultă că deține 4 mijloace auto de intervenție rapidă ce pot realiza intervenția în municipiul Buzău, fiind deci satisfăcută cerința minimă a autorității contractante din caietul de sarcini la care face trimitere contestatoarea;

- este lipsit de relevanță, din perspectiva respectării timpilor de intervenție, prevăzuți la art. 97 alin. 1 din HG nr. 301/2012, faptul că cele 4 mijloace auto de intervenție rapidă, menționate în Anexa 1B aprobată sub nr. 2.474.049/18.11.2022 pot realiza intervenția și în alte 8 localități din județul Buzău, câtă vreme autoritatea contractantă nu a solicitat declararea și depunerea modalității de dispunere în teren a echipelor de intervenție; mai mult decât atât, dispozițiile art. 98 alin. (1)

și (2) din HG nr. 301/2021, prevăd posibilitatea dimensionării echipajelor de intervenție în funcție de abonați pentru fiecare areal de protecție.

Sușinerile contestatorului vizavi de modificarea propunerii financiare, generată de răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 5661/27.02.2024, sunt nefondate deoarece, potrivit art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, un ofertant poate opera modificări în cadrul propunerii sale financiare doar dacă aceste modificări reprezintă erori aritmetice, adică erori materiale survenite fie la înmulțirea cantităților ofertate cu prețurile unitare fie la adunarea valorilor, iar modalitatea de remediere a erorii este refacerea calculelor împreună cu valoarea ofertei și nicidecum modificarea conținutului propunerii financiare prin ajustarea prețurilor unitare în funcție de valoarea totală ofertată; prevederile art. 134 alin. 10 din HG nr. 395/2016 dispun în mod expres și imperativ care sunt modificările propunerii financiare pe care autoritatea contractantă le poate accepta, iar în speță aceste modificări sunt chiar cele incidente, astfel încât oferta, în mod corect, a fost considerată acceptabilă.

Criticile privind nerespectarea legislației în domeniul fiscalității și în domeniul relațiilor de muncă sunt nefondate, în condițiile în care prețul ofertat reprezintă 95,73% din valoarea maximă estimată de autoritatea contractantă, fiind evident că nu sunt incidente dispozițiile legale privind ofertarea unui preț aparent neobișnuit de scăzut, prin raportare la prevederile art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016; în plus, și prețul ofertat de contestator, respectiv de 9.131.635,58 lei, este comparabil cu cel ofertat de ..., diferența fiind foarte mică.

Prin concluziile scrise, înregistrate la Consiliu cu nr. 22084/10.04.2024, contestatorul a solicitat respingerea cererii de intervenție formulată de ..., menținându-și solicitările și argumentația din cuprinsul contestației.

Preliminar, Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210077495/1, emisă de CEC Bank în data de 25.03.2024, în cuantum de 122.123 lei.

Consiliul reține că a fost depusă cerere de intervenție de către și apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei intervenții accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul respingerii contestației formulate de

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că ..., în calitate de ofertant câștigător, a solicitat respingerea contestației formulate de ofertantul, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție, astfel cum a fost calificată.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de pază protecție monitorizare a sistemelor de alarmare și servicii conexe”, prin publicarea anunțului de participare ..., criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată a acordului-cadru este cuprins între 7421524,42 și 9.159.164,49 fără TVA iar valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent are urmează a fi încheiat în cadrul acordului-cadru este de 3.053.054,83 lei.

Nemulțumit de rezultatul procedurii, ... critică modul de evaluare a ofertei câștigătoare, depusă de asocierea, solicitând cele precizate în partea introductivă a prezentei decizii.

Contestatorul arată că ofertantul câștigător nu îndeplinește cerințele din caietul de sarcini:

„ e)Prestatorul trebuie **să dețină minim 4 (patru) echipaje de intervenție** în municipiul Buzău și va prezenta copii după Regulamentul de Organizare și Funcționare avizat al dispeceratului și anexele nr. 1a și nr. 1b în conformitate cu art. 98, al. (2) din H.G. 301/2012, din care să rezulte dotările, precum și copii conforme de pe cărțile de identitate față-verso, certificatele de înmatriculare a vehiculelor cu ITP în termen și asigurarea RCA, conforme cu anexa nr. 1b la ROF-ul dispeceratului, pentru autovehiculele care vor interveni efectiv la obiectivele achizitorului.

f) **Timpul de intervenție, este de maxim 7 minute în mediul urban și maxim 30 minute rural**, conform Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 333/2003. Pentru demonstrarea capacității de intervenție în timpul solicitat, **ofertanții vor preciza locul de staționare a echipelor de intervenție pentru fiecare obiectiv, și timpul de intervenție la obiectiv. Pentru fiecare obiectiv, ofertanții vor detalia modul în care se intervine cu echipe specializate de intervenție.**”

Referitor la cerința privind deținerea a minim 4 echipaje, Consiliul constată că, în ofertă asocierea a inclus următoarele documente și informații relevante:

- acordul de asociere, prin care:

- ... se obligă să asigure paza umană la cele 7 posturi de pază;
- ... se obligă să asigure paza umană la cele 6 posturi de pază, precum și servicii de monitorizare, intervenție, conectare la obiective și mentenanță;
- propunerea tehnică, în care, la secțiunea „B. Metodologia de prestare a Serviciilor de (dispecerat) și intervenția rapidă”, se precizează următoarele: *„Asocierea dispune în permanentă și pune la dispoziția Beneficiarului pe toată durata acordului cadru un număr de 5 echipaje de intervenție, 1 echipaj ... S.R.L. și 4 echipaje agenți echipați adecvat pentru o intervenție eficientă în cazul oricărui tip de situație), ce sunt dispuse pe raza obiectivelor, în conformitate cu Anexele 1b la ROF Dispecerat avizată de IGPR. (...) Serviciul de intervenție se va desfășura conform Procedurilor și modurilor de intervenție/acțiune, ce vor fi implementate în diferite situații de urgență, de către personalul propriu al .. Procedurile la care se face referire sunt atașate și fac parte integrală din prezenta Propunere Tehnică.”*

Din cele de mai sus, Consiliul constată că, pentru prestarea serviciilor de intervenție, asocierea a stabilit că are nevoie de 5 echipaje de intervenție. Însă, potrivit acordului de asociere, activitatea de intervenție revine doar asociatului, așa cum se arată tot în propunerea tehnică (fapt confirmat și de intervenientul ... în cererea sa).

Contrar înțelegerii scrise între asociați, tot în propunerea tehnică sunt introduse, la secțiunea *Documente auto de intervenție rapidă*, pag. 61-62, documente auto pentru un autoturism (B-122-TMG) aparținând firmei

Astfel, întrucât asocierea a arătat că pentru îndeplinirea serviciului de intervenție rapidă are nevoie de 5 autoturisme, iar ... (asociatul responsabil cu această activitate) face dovada deținerii doar a 4 autoturisme, se constată incapacitatea ofertantului câștigător de a presta legal această activitate.

Consiliul observă că intervenientul, prin susținerile sale (prin care arată că activitatea de intervenție se va realiza de cu 4 mijloace auto, aduce modificări propunerii tehnice (în care arată că este nevoie de 5 echipaje), fapt nepermis după termenul de depunere a ofertelor. Nu pot fi validate nici aprecierile intervenientului că se respectă cerința minimă de 4 mijloace auto, din moment ce prin ofertă s-a stabilit că este nevoie de 5 autoturisme.

În fapt, prin modul de verificare a îndeplinirii acestei cerințe, autoritatea contractantă a ignorat cerințele caietului de sarcinii, respectiv nu a verificat capacitatea ofertantului de a presta serviciile de intervenție rapidă.

Cât privește cerința tehnică *f) - timpul de intervenție, de maxim 7 minute*, Consiliul observă că, din procesul-verbal nr. 4865/19.02.2024, lipsește o analiză a modului de îndeplinire a ei de către asocierea câștigătoare, deși față de ofertanta clasată pe locul secund a fost consemnată conformarea la caietul de sarcini. Astfel, sub acest aspect, comisia de evaluare a încălcat principiul tratamentului egal, dar și prevederile art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, de verificare a propunerii tehnice prin raportare la dispozițiile caietului de sarcini.

Mai mult decât atât, prin propunerea sa tehnică, asocierea câștigătoare nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor următoare, parte a cerinței *f) - timpul de intervenție: „ofertanții vor preciza locul de staționare a echipelor de intervenție pentru fiecare obiectiv, și timpul de intervenție la obiectiv. Pentru fiecare obiectiv, ofertanții vor detalia modul în care se intervine cu echipe specializate de intervenție.”*.

De altfel, intervenientul confirmă lipsa acestor informații, precizând că autoritatea contractantă „nu ne-a solicitat să declarăm și să depunem modalitatea de dispunere în teren a echipelor de intervenție”, ceea ce demonstrează nerespectarea caietului de sarcini.

Pe de altă parte, prin punctul de vedere, achizitorul arată că a considerat îndeplinită cerința prin faptul că asocierea și-a asumat timpii declarați.

Consiliul consideră că, și sub acest aspect, evaluarea ofertei câștigătoare s-a realizat prin abatere de la cerințele caietului de sarcini. Prin caietul de sarcini s-a solicitat, explicit, detalierea modului de intervenție, pentru fiecare obiectiv, demonstrarea timpului de intervenție și dispunerea în teren a echipelor de intervenție, dar acestea au fost nesocotite în procesul de evaluare a ofertei asocierii câștigătoare.

Din apărările intervenientului, Consiliul constată că acesta încearcă o negociere asupra ofertei sale, în sensul transformării caracterului neconform al propunerii tehnice, într-unul conform. Un astfel de demers nu poate fi acceptat, întrucât constituie o încălcare a principiului tratamentului egal și al principiului transparenței, instituite de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în Hotărârea sa din 11 mai 2017, cauza C 131/16, Archus, Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA:

„27 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului (a se vedea în

acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10,

EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013,

Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 31).

28 Astfel, a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de

tratament (Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10,

EU:C:2012:191, punctul 37).”

Prin urmare, oferta asocierii se dovedește a fi neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Cât privește modul de evaluare a propunerii financiare, Consiliul reține că, deși ... are sediul în județul Gorj, iar are sediul în București, comisia de evaluare nu a verificat costurile alocate deplasării personalului

în județul Buzău, la obiectivele de pază. În detalierea costurilor (pag. 204 din dosarul achiziției) lipsesc astfel de cheltuieli.

De altfel, nici intervenientul, dar nici autoritatea contractantă nu formulează nicio apărare în acest sens, nu demonstrează suficiența propunerii financiare pentru acoperirea acestor costuri.

Nici față de includerea în valoarea propunerii financiare a celorlalte costuri cu dotarea posturilor de pază intervenientul nu aduce explicații prin cererea sa, nu demonstrează că poate acoperi toate costurile necesare, pe toată durata de 36 de luni.

Potrivit art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare avea obligația verificării corelării propunerii financiare cu propunerea tehnică [Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului, să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Lege sau să nu reprezinte o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.]

Nu are relevanță faptul că propunerea financiară câștigătoare reprezintă 95,73% din valoarea estimată a contractului, dacă nu cuprinde toate costurile ce vor fi generate de prestarea serviciilor.

Referitor la critica privind corectarea erorii de calcul, apărută la întocmirea propunerii financiare câștigătoare, Consiliul constată lipsa vreunei explicații, atât din procesul-verbal de evaluare, cât și din punctul de vedere al achizitorului, dar și din cererea intervenientului.

Pentru a demonstra existența unei erori de calcul, asocierea ofertantă avea obligația demonstrării ei.

Consiliul constată că, prin adresa nr. 6241/04.03.2024, comisia de evaluare i-a solicitat asocierii SRL clarificări cu privire la modul de formare a prețului.

Asocierea a transmis un răspuns, la care a atașat o calculație de preț, în format diferit de cel cuprins în propunerea financiară, fără a fi posibilă identificarea facilă a eventualei erori de calcul.

Consiliul observă că, în calculația atașată propunerii financiare, s-a luat în considerare un număr de 4,43 de agenți (pag. 206 din dosarul achiziției), conform propunerii tehnice: *„Pentru îndeplinirea Acordului Cadru se obliga sa asigure si sa puna la dispoziția Beneficiarului pentru numărul maxim de 374.247,36 ore de prestatie solicitate, un număr de 64 agenți de paza calculat astfel: 14 posturi 24/24 ore x 4,43 agenti/post. 1 post de 8 ore/zi x 1,48 agenti/post = 1,48 agenți Total necesar agenți de paza = 62,02+1,48 = 63,5 =rotunjit 64 agenți de paza.”*

Prin răspuns, asocierea a indicat că are nevoie de 4,495 agenți (pag. 221).

Faptul că, prin corectare nu s-a modificat prețul oferat, nu constituie un motiv de acceptare a răspunsului, din moment ce nu a fost indicată proveniența erorii aritmetice.

Din modul de analizare a propunerii financiare, Consiliul constată că asocierea câștigătoare nu a demonstrat cuprinderea tuturor costurilor aferente executării contractului, ceea ce determină stabilirea, ca neconformă a ofertei, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016, deoarece *„(...) propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice”*.

Cât privește critica adusă îngrădirii, de către achizitor, a dreptului de acces a contestatorului la documentele dosarului de achiziție, Consiliul constată că, în susținerea confidențialității ofertei, autoritatea contractantă invocă declarația de confidențialitate depusă de, care conține următoarele informații:

„Următoarele informații cuprinse în propunerea tehnică/propunerea financiară sunt confidențiale :

1. Propunerea tehnica integral si documentele aferente: tabele, atestate, anexe, declarații, convenții, etc.

2. Propunerea financiara integral (mai puțin valoarea ofertei) si documente aferente : Formular de oferta , Anexe , Fundamentare preț, calcul tarif, mod de calcul , centralizator , anexe , răspunsuri la clarificări ,

corespondenta integrala cu autoritatea contractanta (solicitări de clarificări si răspunsuri la acestea), tabele, convenții , atestate, anexe, declarații etc.

Atașăm prezentei dovezi care conferă caracterul confidențial al informațiilor indicate ca fiind confidențiale deoarece sunt (se va bifa varianta corecta):

X -Date cu caracter personal;

X - Secrete tehnice sau comerciale;

X - Sunt protejate de un drept de proprietate intelectuala;

Înțelegem ca informațiile indicate de noi, din propunerea tehnică/din propunerea financiară ca fiind confidențială trebuie să fie însoțite LA DATA DEPUNERI OFERTEI ca dovezi care le confer caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrat oferta fiind considerate publică iară a fi solicitate clarificară cu privire la acest aspect.

Înțelegem ca nu este suficienta simpla mențiune ca oferta este confidențială si de asemenea înțelegem ca in cazul in care nu atașam dovezile solicitate mai sus sau daca ele nu sunt concludente, oferta noastră in integritatea ei va fi document public. (...).

Precizăm că îndeplinesc condițiile de confidențialitate:

1. Propunerea tehnică: în totalitate;

2. Propunerea financiara și anexele sale, precum și toate documentele suport anexate acesteia, respectiv convențiile încheiate cu AJOFM, rapoartele REVISAL, certificatele de încadrare în handicap.

Încadrarea datelor înscrise în aceste documente ca fiind confidențiale se datorează faptului că acestea sunt protejate de un drept de proprietate intelectuala întrucât reprezintă o soluție proprie de executare a serviciului de securitate.

Or, divulgarea lor este de natura a aduce atingere și a ne prejudicia interesele comerciale legitime, deoarece conceperea, planificarea și nu în ultimul rând modalitatea de punere în aplicare a ofertei tehnice este un drept individual stabilit prin lege ce nu poate face obiectul publicității, cu atât mai mult cu cât, în cadrul ei sunt enumerate o mare parte din capacitățile noastre tehnice și comerciale.

Accepțiunea asupra secretului comercial este reglementată de art. 1 lit. b) din Legea nr. 298/2001 pentru modificarea și completarea Legii nr. 11/1991.

Cum documentele transmise conțin informații cu privire la modalitatea prin care se vor îndeplini cerințele din caietul de sarcini, modalitate optimizată

din punct de vedere al strategiei, al elementelor componente și pe cale de consecință a corespondentului acestor elemente în formarea și justificarea tarifului ofertat, aceste informații sunt rezultatul eforturilor resurselor umane proprii și a investițiilor societății și au caracter secret.

În ceea ce privește propunerea tehnică și datele conexe ale acesteia, având în vedere că prin documentația de atribuire s-a solicitat prezentarea capacității de asigurare a personalului necesar contractului, noi am depus dovezi în ceea ce privește personalul propriu - date și documente ce sunt direct sau indirect sub incidența Legii nr. 363/2018. Astfel, este strict confidențial, orice tip de document ce face referire direct sau indirect la datele personale ale angajaților săi, respectiv CI, CIM, Extrase Revisal, documente din care rezultă experiența similară, documente eliberate de terțe instituții (ex.: ANOFM, AJOFM), documente ce fac referire la cele anterior menționate etc.

Mai mult, având în vedere caracterul concurențial al ofertei și secretele noastre interne, în ceea ce privește modalitatea de prezentare și de formare a propunerii tehnice, documentele ce fac referire directă sau indirectă la propunerea tehnică, sunt considerate documente proprietate privată, care, dacă sunt dezvăluite, aduc atingere, în mod direct, intereselor noastre economice, ce pot genera imediat pierderi și prejudicii, deoarece pot fi utilizate pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, situație în care noi pierdem avantajele economice pe care le aveam pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

În ceea ce privește propunerea noastră financiară, precizăm că am folosit în alcătuirea prețului, pe lângă uzanța dispozițiilor legale, algoritmi interni extrași din datele contabile interne ale societății (care nu sunt publice), pentru a calcula anumiți parametri financiari ai ofertei (cheltuieli indirecte, profitabilitate etc.), care, dacă ar fi divulgate concurenței, ar putea aduce atingere, în mod direct, intereselor noastre economice, ce pot genera imediat pierderi și prejudicii.

Mai mult, având în vedere caracterul concurențial al ofertei depuse, în ceea ce privește documentele ce dovedesc experiența similară, documente ce indică sau arată date legate de activitatea comercială, sau economică a societății, sunt confidențiale. Acestea, dacă ar fi prezentate, ar putea destabiliza situația noastră comercială în piață.

În ceea ce privește situațiile generate de convențiile încheiate cu AJOFM, acestea au fost puse la dispoziția entității contractante și „aduc atingere la informații confidențiale ce țin de organizarea, patrimoniul și funcționarea” societății noastre, deoarece în cadrul ofertei financiare se regăsește modul de formare a prețului și soluția financiară de deducere prin utilizarea ajutorului de stat.

Mai mult decât atât documentele suport ale propunerii noastre financiare cuprind date cu caracter personal ale angajaților noștri, supuse protecției potrivit Directivei (UE) 2016/680 și Regulamentului (UE) 2016/679.”

Față de susținerile din contestație, Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor Legii nr. 98/2016, accesul la dosarul achiziției publice, la

sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6), potrivit cărora:

„(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii. (6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale”.

De asemenea, sunt reținute și prevederile art. 57 din același act normativ, alin. (1):

„Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală” și alin. (4): „Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau

sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)".

Din economia acestor prevederi legale, această interpretare este susținută de faptul că excepția indicată la art. 217 alin. (6), anterior citat, face referire la termenul în care ofertanților/candidaților în cadrul unei proceduri de achiziție publică li se asigură accesul și la tipul de documente la care le este permis accesul, iar nu la legislația în baza căreia se realizează acest demers.

Numai prin respectarea art. 57 alin. (1) și (4) și art. 217 alin. (5) și (6) din Legea 98/2016 poate fi asigurat accesul la o cale de atac efectivă și dreptul la apărare, conform Legii nr. 101/2016 și Directivei 89/665/CEE.

În lipsa accesului la informațiile din dosarul achiziției, dreptul la o cale de atac este golit de conținut, devenind o formă fără fond, iar transparența procedurii de atribuire este complet anihilată.

Din documentele transmise de autoritatea contractantă se constată că nu a fost depusă de către vreo dovadă a caracterului confidențial al documentelor din oferta prezentată în cadrul acestei proceduri, în afară de cele referitoare la datele personale ale celor care vor fi implicați în contract.

Simpla afirmație din cuprinsul declarației că „încadrarea datelor înscrise în aceste documente ca fiind confidențiale se datorează faptului că acestea sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală întrucât reprezintă o soluție proprie de executare a serviciului de securitate” nu dovedește confidențialitatea ofertei. De altfel, nicio dovadă a unui prejudiciu nu a fost depusă.

Or, astfel de susțineri ale ofertantei nu puteau fi luate în considerare ca dovezi pentru limitarea accesului contestatorului la oferta

În acest sens, Consiliul apreciază ca relevantă practica judiciară, respectiv:

- Hotărârea nr. 506/2023 din 27.09.2023, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, dosar nr. 420/57/ 2023, în care s-au reținut următoarele: „Curtea reamintește că, tot *supra*, a reținut că în cuprinsul art. 57 alin. 1 și alin. 4 din Legea nr. 98/2016, legiuitorul vorbește expres despre dovezi privind caracterul confidențial al unor informații din cuprinsul ofertei, nicidecum despre motive/argumente/susțineri/ alegații/teoretizări. Astfel, pentru probarea caracterului confidențial al informațiilor indicate ca atare, nu este suficientă

menționarea în cuprinsul ofertei a informațiilor cu caracter confidențial și a cauzei/motivelor/argumentelor/ susținerilor/alegațiilor/ teoretizărilor privind caracterul confidențial al acestora, ci, trebuie indicate dovezile privind acest caracter, nefiind suficientă nici măcar indicarea dovezilor privind acest caracter, ci, corelativ indicării lor exprese în cuprinsul ofertei, dovezile trebuie anexate acesteia - ele devenind astfel, anexe la ofertă. Practic, verificarea îndeplinirii de către ofertant, a celor patru obligații de rezultat expuse supra pct. 1-4, cumulativ impuse de art. 57 alin. 1 și 4 din Legea 98/2016, pentru activarea obligației autorității contractante, prevăzută de art. 57 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, de a nu dezvălui informațiile de al căror caracter confidențial se prevalează acesta, presupune în final, posibilitatea identificării și corelării dovezilor de confidențialitate anexate ofertei, cu dovezile de confidențialitate indicate în cuprinsul ofertei”;

- Hotărârea nr. 591/10.10.2023, pronunțată de Curtea de Apel Brașov în dosarul nr. 481/64/2023: „Respinge ca neîntemeiată plângerea formulată în dosarul nr. 481/64/2023 de către petenta Asocieria Gott Strasse S.R.L. – Perfect Consult Europe S.R.L., prin lider al Asocierii, Gott Strasse S.R.L., în contradictoriu cu intimații Municipiul Codlea și Euro Strada S.R.L., împotriva Deciziei nr. 2038/C8/2181,2185 din data de 01.09.2023 emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor. Respinge ca neîntemeiată plângerea formulată în dosarul conexat nr. 485/64/2023 de către petenta societatea Euro Strada S.R.L. în contradictoriu cu intimații Municipiul Codlea și societatea Gott Strasse S.R.L., împotriva Deciziei nr. 2038/C8/2181,2185 din data de 01.09.2023 emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor. Obligă petenta Gott Strasse S.R.L., în calitate de lider al Asocierii Gott Strasse S.R.L. – Perfect Consult Europe S.R.L., să plătească intimatului Municipiul Codlea suma de 4.462,5 lei cu titlu de cheltuieli de judecată. Obligă petenta societatea Euro Strada S.R.L. să plătească intimatului Municipiul Codlea suma de 4.462,5 lei cu titlu de cheltuieli de judecată. Definitivă. Pronunțată azi, 10.10.2023, prin punerea soluției la dispoziția părților prin mijlocirea grefei instanței”, de menținere a deciziei nr. 2038/C8/2181,2185/ 01.09.2023, prin care s-a dispus: „Admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de EURO STRADA SRL. Conexează contestațiile formulate de GOTT STRASSE SRL și de EURO STRADA SRL. Admite, în parte, contestațiile formulate de GOTT STRASSE SRL și de EURO STRADA SRL, în contradictoriu cu MUNICIPIUL CODLEA și anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare. Obligă autoritatea contractantă să refacă raportul

procedurii și să emită noi comunicări privind rezultatul procedurii, cu respectarea dispozițiilor art. 215 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, potrivit considerentelor prezentei decizii și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și să permită contestatoarelor accesul la dosarul achiziției, cu excepția documentelor declarate și probate ca fiind confidențiale. Respinge, ca premature, restul cererilor contestatoarelor, cu referire la ofertantele aflate înaintea lor în clasament (ofertanta declarată câștigătoare și/sau cea clasată pe locul 2). Admite cererea de intervenție formulată de EURO STRADA SRL”;

- Decizia nr. 135 din 26.10.2023, emisă de Curtea de Apel Pitești, pronunțată în dosarul nr. 607/46/2023, într-o cauză similară:

«Curtea constată că în cuprinsul declarației de confidențialitate depuse la Consiliu, justificările consemnate apar a avea un conținut mai mult teoretic, abstract, afirmându-se că secretele comerciale ce sunt conținute de respectivele documente sunt protejate prin măsuri apreciate de ofertant ca fiind dovezi suficiente pentru a demonstra caracterul confidențial, enumerând patru astfel de măsuri, *cu titlu de exemplu, fără a se regăsi însă dovezi privind aceste măsuri, în documentația pusă la dispoziția instanței.*

Caracterul teoretic al justificărilor este vădit, în special, în raport cu anumite documente din conținutul propunerii tehnice, spre exemplu cele intitulate „Fișa cu date de securitate”, în cadrul cărora sunt redată secțiunile 2 – 16, *aceleași fișe fiind accesibile oricărei persoane pe site-ul Linde Gaz S.R.L., într-un conținut identic cu cel redat de documentele astfel intitulate depuse în cadrul propunerii tehnice.*

Într-un asemenea context, este dificil de conceput că un document care este accesibil oricărei persoane, poate fi declarat confidențial și, astfel, inaccesibil participanților interesați într-o procedură de atribuire a contractului de achiziție publică, procedură ce este caracterizată, esențialmente, prin transparență. La fel, dificil de conceput este și că prezumția generală reținută de consiliu, acoperă astfel de documente.

Potrivit art. 57 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, datele și informațiile ce pot fi indicate ca fiind confidențiale, de către operatorii economici participanți la o procedură de atribuire, sunt numai cele care se încadrează în una dintre categoriile enumerate de acest text legal, și anume date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau date/informații protejate de un drept de proprietate intelectuală, același regim juridic avându-l fundamentările/justificările de preț/cost și, în toate cazurile, dreptul operatorilor economici de a le declara confidențiale trebuie să îndeplinească dubla condiție expres prescrisă de legea internă, și anume condiția de a justifica caracterul confidențial, indicând categoria căreia îi aparțin datele/informațiile declarate confidențiale și condiția de a dovedi acest caracter.

Se subînțelege, astfel, că, în cazuri precum cel aici analizat, în care se afirmă că documentele declarate confidențiale constituie secrete comerciale, în înțelesul Legii nr. 11/1991, nu este suficientă o simplă declarație de

confidențialitate dată în acest sens, fiind necesară, pentru a opera prezumția reținută de Consiliu, o argumentare tehnică și plauzibilă, cerință ce nu este îndeplinită în cauza de față în ceea ce privește documentele referite în exemplul redat în precedentele considerente.

Curtea consideră că, având la dispoziție dosarul achiziției publice, Consiliul putea și trebuia să observe caracterul insuficient justificat al declarației de confidențialitate pentru datele și informațiile de natura celor din documentele menționate cu titlu de exemplu și, astfel, să oblige autoritatea contractantă să acționeze în conformitate cu legea, iar nu să mențină această restricție în totalitate pentru propunerea financiară și în parte pentru propunerea tehnică, dispunând a se permite accesul petentei „la partea din propunerea tehnică depusă de Linde Gaz S.R.L. nedeclarată confidențială”, întrucât, așa cum rezultă din dispozițiile legale analizate, simpla declarație de confidențialitate nu este suficientă pentru a se restricționa accesul altui participant la respectivele date/informații.

Mentținerea restricției doar în considerarea declarației de confidențialitate unită cu prezumția generală reținută de Consiliu, deși confidențialitatea a fost insuficient justificat, este contrară prevederilor art. 217 alin. 4, 5 și 6 din Legea nr. 98/2016 (...).

Așa cum rezultă din textele legale redade, *condiția probării caracterului confidențial este esențială pentru ca datele/informațiile având acest caracter să beneficieze de protecție*, în acest sens fiind prevederile art. 57 alin. 4 din Legea nr. 98/2016, conform cărora: (4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de *dovada* care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1) ale aceluiași articol, potrivit căruia: Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de

operatorii economici *indicate și dovedite* de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

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

„(...) 5) Articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citit în lumina principiului general de drept al Uniunii la o bună administrare, trebuie interpretate în sensul că o autoritate contractantă, sesizată de un operator economic cu o cerere de comunicare a informațiilor considerate confidențiale

cuprinse în oferta unui concurent căruia i-a fost atribuit contractul, nu este

obligată să comunice aceste informații atunci când transmiterea lor ar conduce la încălcarea normelor de drept al Uniunii referitoare la protecția informațiilor confidențiale, chiar dacă cererea operatorului economic este prezentată în cadrul unei căi de atac a aceluiași operator privind legalitatea aprecierii de către autoritatea contractantă a ofertei concurentului. Atunci când refuză să transmită asemenea informații sau când, odată cu formularea unui astfel de refuz, respinge calea de atac administrativă formulată de un operator economic cu privire la legalitatea aprecierii ofertei concurentului în cauză, autoritatea contractantă este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului la 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.

6) Articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, trebuie interpretate în sensul că instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante prin care se refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în

documentația transmisă de concurentul căruia i-a fost atribuit contractul sau cu

o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia. În acest scop, instanța menționată, care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate, trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative dacă acestea sunt nelegale și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.”

Față de cele prezentate, Consiliul determină că, în mod nelegal, autoritatea contractantă nu i-a asigurat accesul contestatorului la documentele din oferta depusă de

Având în vedere neconformitatea vădită a ofertei, atât din punct de vedere tehnic, cât și financiar, Consiliul nu va mai analiza restul criticilor.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de ... și va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare, în ceea ce privește evaluarea ofertei asocierii Totodată, va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la reevaluarea ofertei asocierii ..., conform celor reținute în considerentele deciziei.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de ...

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de ...

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ... și anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare. Obligă autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertei asocierii ..., conform celor reținute în considerentele deciziei, în termen de maximum 10 de zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului.

Pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei,

...

Redactată în 5 exemplare, conține 20 de pagini.