

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 56379/16.10.2023, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... și convențional de ..., prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ..., împotriva rezultatul procedurii nr. 46255/02.10.2023 și a raportului procedurii nr. 46254/02.10.2023, elaborate de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă (anunț de participare nr. ...), organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare „Oxygen medicinal comprimat - Îmbuteliat”, s-a solicitat:

- constatarea nelegalității restricționării accesului la dosarul achiziției și obligarea autorității contractante la analiza efectivă, de la caz la caz, a caracterului confidențial a fiecărei informații din cuprinsul propunerii tehnice și financiare a ofertei operatorului economic declarat câștigător (în funcție de probele depuse de acesta), astfel încât să asigure accesul la dosarul de achiziție;

- constatarea, ca nelegală și netemeinică a desemnării de către autoritatea contractantă a ofertei depuse de ... pe locul 2 și respectiv de anulare a comunicării, a raportului procedurii, precum și anularea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente precum și a celor conexe acestora, emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire (cum ar fi, dar fără a se limita la deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii, procesele-verbale de evaluare a conformității, fișele individuale de punctaj tehnic etc.);

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, în sensul reevaluării ofertelor tehnice și financiare ale celor doi operatori economici participanți și desemnarea ofertantului câștigător în conformitate cu dispozițiile legale și conform cerințelor și criteriilor de atribuire stabilite prin Caietul de sarcini.

Prin cererea de intervenție nr. 405/16.10.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 58912/27.10.2023, ..., cu sediul în înregistrată la

Registrul Comerțului sub nr. ..., având ..., reprezentată legal de, în calitate de administrator, s-a solicitat admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, în condițiile în care oferta sa a fost declarată câștigătoare a procedurii, respingerea ca nefondată a contestației, precum și obligarea acesteia la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta cauză.

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, ... arată că, urmare a primirii adresei de comunicare a rezultatului procedurii, prin care autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta sa a fost clasată pe locul doi și că oferta ... a fost declarată câștigătoare, a solicitat autorității contractante acces la dosarul achiziției. Autoritatea contractantă i-a acordat doar parțial accesul la dosar, invocând faptul că, mare parte din propunerea tehnică, cât și din propunerea financiară au fost declarate confidențiale.

Făcând trimitere la proceduri anterioare, contestatorul invocă existența unor indicii serioase în sensul că ... a încercat să ascundă anumite elemente potențial prejudiciabile pentru autoritatea contractantă, prin declararea caracterului confidențial al ofertei tehnice și financiare. În acest mod, ... poate include orice fel de condiționări suplimentare, de care ceilalți operatori economici participanți nu au putut lua cunoștință, fapt care intră în contradicție cu principiul transparenței și înlătură dreptul acestora de a contesta procedura de atribuire, drept conferit prin art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la acest aspect, contestatorul apreciază și că ofertantul câștigător nu a motivat confidențialitatea ofertei tehnice și financiare în acord cu exigențele legale, prezentând o motivare pur formală și fără a aduce nicio dovadă.

Raportat la partea din oferta tehnică nedeclarată confidențială și la care i s-a acordat accesul, contestatorul invocă o serie de neconformități ale ofertei, după cum urmează:

- neasumarea obligației existente în cadrul caietului de sarcini potrivit căruia „*Livrarea Oxigenului medicinal se face în maxim 48 ore și în caz de urgență în 24 ore*”;
- în propunerea tehnică sunt incluse condiționări suplimentare impuse de autorității contractante, respectiv:

(1) „verificare ISCIR butelii, dacă acestea corespund normelor si standardelor în vigoare. Linde Gaz Romania va executa aceste operațiuni contra cost, la solicitarea autorității contractante. Dacă autoritatea contractantă nu dorește(...)”; condiționarea menționată a fost inserată cu toate că în caietul de sarcini se prevedea expres „Furnizorul are obligația de a asigura continuitatea livrării de oxigen medicinal comprimat-îmbuteliat și în cazul unor defecțiuni la echipamentele tehnice sau în cazul unor evenimente care împiedică funcționarea acestora, prin achiziție de la terți, cu păstrarea prețului din acordul cadru/contract subsecvent”.

(2) „Produsele livrate nu au ca scop constituirea de stocuri de butelii in locația autorității contractante. Înainte de expirarea acordului cadru sau lunar se vor face confirmări de stocuri legate de numărul buteliilor, pentru fiecare tip de gaz și fiecare capacitate, aflate în incinta autorității contractante.”

(3) „Autoritatea contractantă este obligată: să asigure depozitarea buteliilor în condiții de securitate, să instruiască personalul în ceea ce privește normele de securitate în depozitarea și manipularea buteliilor, să asigure trasabilitatea buteliilor în sediile spitalului, să se asigure ca buteliile sunt folosite în ordinea cronologică a recepționarii acestora (primele intrate să fie primele consumate), să se asigure că nu are la utilizare butelii care au expirat (datorită depozitarii îndelungate) din punct de vedere al autorizării ISCIR sau a valabilității gazului”.

În aceste condiții, raportat la faptul că societatea contestatoare nu a putut analiza conținutul integral al propunerii tehnice și al celei financiare depuse de ofertantul declarat câștigător, aceasta solicită Consiliului să analizeze conținutul acestora prin raportare la caietul de sarcini și să constate eventuala existență a elementelor suplimentare care atrăgeau respingerea ofertei ca neconformă/inacceptabilă.

Prin punctul de vedere nr. 48953/19.10.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 57660/20.10.2023, autoritatea contractantă a arătat faptul că, în conformitate cu art. 207 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, a permis accesul la datele care nu au fost declarate ca fiind confidențiale, potrivit legii, de către operatorul economic Nu s-a acordat accesul la documentele pe care operatorul economic le-a declarat confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

Potrivit autorității contractante, ofertantul a indicat și motivat, printr-o argumentare temeinică și plauzibilă, potrivit art. 123 alin (1) din HG nr. 395/2016 părțile/elementele din ofertă care sunt confidențiale, acestea fiind secrete comerciale, reprezentând informații rezultate din

raporturi comerciale și financiare în derulare de acesta, dezvăluire acestor informații de către autoritatea contractantă acestora ar fi constituit încălcarea prevederilor legale.

În ceea ce privește criticile formulate de contestatoare cu privire la oferta tehnică, autoritatea contractantă precizează că își menține punct de vedere privind legalitatea evaluării ofertelor depuse, motiv pentru care solicită Consiliului să respingă contestația

Prin cererea de intervenție formulată, ... a solicitat admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, în condițiile în care oferta sa a fost declarată câștigătoare a procedurii, respingerea ca nefondată a contestației precum și obligarea acesteia la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta cauză.

Pe fondul contestației, intervenientul arată că, în mod corect autoritatea contractantă a restricționat accesul contestatorului la documentele declarate confidențiale, această conduită fiind în acord cu prevederile art. 57 alin. (1) și art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin (1) din HG nr. 395/2016 și cu prevederile Legii nr. 11/ 1991 privind combaterea concurenței neloiale.

Totodată, intervenientul susține conformitatea ofertei sale, apreciind ca fiind neîntemeiate criticile contestatorului legate de oferta sa tehnică.

În legătură cu alegația conform căreia nu și-ar fi asumat prin propunerea tehnică cerința referitoare la livrarea oxigenului medicinal într-un termen de maxim 48 de ore, respectiv în situație de urgență în 24 de ore, intervenientul arată că această susținere este falsă în condițiile în care asumarea acestei condiții a fost făcută în mod expres la pag. 5 și 9 din propunerea sa tehnică.

În legătură cu preținsele condiționări de care vorbește contestatorul în cuprinsul contestației, intervenientul arată că:

1. este nelegală îmbutelierea oxigenului în recipiente neautorizați (așteptarea legitimă este ca toți operatorii să cunoască acest aspect, inclusiv Siad);

- îmbutelierea de oxigen medicinal în ambalaje neconforme (o butelie expirată ISCIR este un ambalaj neconform) nu este permisă de ANMDMR, încălcând totodată legislația privind fabricația și ambalarea gazelor sub presiune; o astfel de acțiune în sens contrar prevederilor legale ar pune în pericol tot lanțul de utilizatori, în speță îmbuteliere, distribuție, manipulare, spital, pacient, fapt ce nu numai că ar fi lipsit de moralitate, ci ar conduce la consecințe extrem de grave pentru făptuitor, de la retragerea autorizației de punere pe piață până la atragerea răspunderii sale penale;

- totodată, arată că, adițional faptului că această mențiune respectă întru totul prevederile legale aplicabile, ea nu este una restrictivă, ci doar acordă posibilitatea autorității contractante de a beneficia de aceste servicii dacă va considera necesar și dacă va dori;

2. citatul invocat de contestator în susținerea includerii unor condiționări suplimentare impuse de autorității contractante, este citat trunchiat prevederea din propunerea tehnică a Linde fiind următoarea: *„în momentul în care se identifică butelii proprietatea clientului, care au termenul de valabilitate al autorizării ISCIR expirat, acestea sunt reținute și este anunțată autoritatea contractantă. Linde Gaz Romania este autorizată pentru verificare ISCIR butelii, dacă acestea corespund normelor și standardelor în vigoare. Linde Gaz Romania va executa aceste operațiuni contra cost, la solicitarea autorității contractante. Dacă autoritatea contractantă nu dorește furnizarea buteliilor, acestea vor fi returnate goale, fără costuri suplimentare”;*

- chiar și dacă clauzele din propunerea tehnică a Linde ar reprezenta propuneri de modificare a clauzelor contractuale (ceea ce nu sunt), pentru a putea vorbi de neconformitatea ofertei Linde (a) acestea ar trebui să fie dezavantajoase pentru Spital (ceea ce nu sunt), iar autoritatea contractantă ar trebui să solicite Linde să renunțe la ele (ceea ce nu a făcut) și Linde ar fi trebuit să refuze să renunțe la clauzele respective (ceea ce nu s-a întâmplat);

- condiția conform căreia așa-zisele propuneri ar trebui să fie dezavantajoase pentru autoritatea contractantă, nu este îndeplinită în cauză în condițiile în care:

- Spitalul oricum are obligația legală de a depozita buteliile în condiții de securitate pentru a asigura integritatea lor și siguranța pacienților, aceeași obligație aplicându-se și în raport de instruirea personalului;

- referitor la prevederile conform căreia Spitalul trebuie să asigure trasabilitatea buteliilor, respectiv principiile de rulaj și verificarea datei expirării, precizăm că medicamentele (inclusiv oxigenul) se eliberează prin farmacia spitalului, prin urmare principiile FIFO - first in first out, respectiv FEFO - first expiry first out se aplică fără excepție;

- aceste principii sunt prevăzute expres în Ghidul privind buna distribuție angro a medicamentelor, respectiv în Ordinul MS nr. 75/2010 pentru aprobarea Regulilor de bună practică farmaceutică fiind obligatorii, totodată, Spitalul având și obligația de a asigura trasabilitatea buteliilor, pentru ca acestea să nu ajungă în spații neadecvate depozitării acestor produse sau chiar să se ajungă la o manipulare defectuoasă și riscantă a acestora;

- prin urmare, nu numai că nu sunt prevederi dezavantajoase pentru Spital, din contră Spitalul este ținut de aceste obligații în temeiul prevederilor legale care îi sunt pe deplin aplicabile.

Prin Notele scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 60287/03.11.2023, face o serie de aprecieri cu privire la punctul de vedere al autorității contractante și la cererea de intervenție formulată de

Referitor la punctul de vedere al autorității contractante apreciază că susținerile din cuprinsul acestuia sunt pur formale, nerăspunzând criticilor din cuprinsul contestației. Referitor la nepermiterea accesului la documentele declarate confidențiale, contestatorul își menține criticile apreciind că Linde s-a limitat doar să declare caracterul confidențial, fără însă a demonstra în vreun fel motivele pentru care aproape toate informațiile din cuprinsul propunerii tehnice și financiare îndeplinesc condițiile legale și pot fi clasificate drept date cu caracter confidențial/secrete tehnice/economic.

Referitor la cererea de intervenție formulată de, contestatorul arată că, nici de această dată, nu se dovedește că informațiile ar fi fost în mod legal declarate ca și confidențiale de acest operator economic.

Potrivit contestatorului, argumentele pe fond ale intervenientului sunt nefondate, sens în care face trimitere la dosarul nr. 607/46/2023 al Curții de Apel Pitești (având ca obiect plângerea formulată de împotriva unei decizii a Consiliului prin intermediul căreia fusese admisă în parte contestația SIAD, prin care s-a contestat, ca și în prezenta cauză, caracterul nelegal al declarării confidențialității, de către ..., instanța pronunțându-se prin decizia nr. 135/F-CONT/26.10.2023. În aprecierea contestatorului, întreaga situație dedusă analizei Consiliului în prezenta cauză este identică celei tranșate de Curtea de Apel Pitești în dosarul menționat, astfel că se impun cu putere de lucru judecat și în prezenta cauză.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 56409/16.10.2023, a înaintat Consiliului, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209591729/1 din data de 12.10.2023, emisă de CEC Bank, în sumă de 45.323 lei.

Prin adresa nr. 48953, înregistrată la Consiliu cu nr. 57776/23.10.2023, autoritatea contractantă a transmis dosarul achiziției.

Consiliul reține că a fost depusă cerere de intervenție de către Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei intervenții accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul evaluării ofertei sale.

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 documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Oxygen medicinal comprimat - Îmbuteliat”, prin publicarea anunțului de participare nr., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la data de 18.07.2023, ora 15:00 și valoarea estimată, fără TVA, de 2.266.150 lei.

Nemulțumit de rezultatul procedurii de atribuire, (clasat pe locul 2) formulează prezenta contestație, solicitând cele prezentate în partea introductivă.

Consiliul reține că petentul reclamă, într-o primă critică, modul în care autoritatea contractantă a dat curs solicitărilor de studiere a dosarului achiziției, respectiv a ofertei câștigătoare depusă de apreciind că au fost nesocotite prevederile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, Consiliul reține că autoritatea contractantă a pus la dispoziția SIAD doar documentele care nu sunt marcate „confidențial”, astfel nu i s-a permis contestatorului studierea ofertei financiare și a ofertei tehnice (în integralitate).

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)."

În soluționarea acestei critici, Consiliul reține conținutul „Declarației privind partea/părțile din ofertă care au caracter confidențial”, întocmită de:

„a. Propunerea tehnică: Propunerea Tehnica pag. 5, 9-14; Fise tehnice de produs ... pag. 62-102 din documentul APP GOX 11.2022+FDS+FT.pdf.p7s, Ghid păstrare si manipulare 02&LG instrucțiuni si ghid utilizare 02;

b. Propunerea financiara- Formularul de oferta si formular 1 a si Formular 1 b;

au caracter confidențial, justificat de faptul că majoritatea elementelor prevăzute în cuprinsul acestora reprezintă know - how și informații sensibile concurențial, care, dacă ar fi dezvăluite celorlalți ofertanți, ar denatura concurența în viitoare proceduri de achiziție. Toate aceste elemente reprezintă secrete comerciale prin sine însele, astfel cum vom dezvolta în continuare.

Elementele din oferta tehnică indicate mai sus sunt confidențiale întrucât acestea conțin elemente clare de know - how și secrete tehnice, precum, dar fără a se limita la: specificații tehnice, tehnologii, certificări specifice, descrieri,

liste de materiale - protejate în egală măsură de angajamentele de confidențialitate cu privire la informațiile rezultate din raporturile comerciale și financiare aflate în derulare. O dezvăluire a acestor secțiuni/anexe indicate mai sus ar permite unui concurent să poată deduce inclusiv (i) oportunități de piață și strategii de vânzare și marketing specifice subscrisei, dar și (ii) modalitatea de calcul a ofertei noastre financiare.

Elementele din oferta financiară indicate mai sus sunt confidențiale întrucât conțin prețul unitar și total oferit de subscrisa, justificări de preț/cost, elementul preț/cost fiind prin esență de natură confidențială, catalogat drept secret comercial. Dezvăluirea prețului ne poate crea semnificative prejudicii comerciale, competitorii noștri direcți putând avea acces, în mod nepermis, la structura costurilor și a componentei acestora, a nivelului cotei de cheltuieli indirecte și profit practicat, încălcându-se astfel normele și procedurile interne de lucru. Mai mult, pentru a putea oferi prețul respectiv, subscrisa s-a bazat inclusiv pe prețuri negociate cu diverși furnizori, fapt de natură a asigura avantajul competitiv al produselor noastre. Astfel, întocmirea ofertei financiare se bazează pe informațiile conținute în oferta tehnică, pe oferte de preț ale furnizorilor, relația partenerială de durată cu aceștia contribuind la obținerea unor facilități referitoare la preț și/sau termen de livrare. Toate aceste secrete comerciale ce se regăsesc în propunerea tehnică și financiară menționate mai sus sunt strict protejate de subscrisa printr-o serie de măsuri interne care constituie dovezi suficiente pentru dovedirea caracterului confidențial, din care indicăm cu titlu de exemplu:

(a) implementarea și utilizarea unui sistem de management integrat, datorită căruia angajaților li se oferă acces limitat doar la informațiile necesare pentru îndeplinirea sarcinilor lor. Acest sistem prevede introducerea diferitelor niveluri de drepturi de acces care determină domeniul de aplicare al informațiilor la care au acces anumiți utilizatori;

(b) funcționarea echipelor de proiect și a echipelor de ofertare permite limitarea accesului la informațiile furnizate în cadrul subscrisei;

(c) contractele individuale de muncă încheiate cu angajații subscrisei conțin clauze stricte de confidențialitate, încălcarea acestei obligații fiind sancționată în mod corespunzător;

(d) introducerea unui sistem de monitorizare a funcționării computerelor și introducerea unei politici de securitate cu privire la drepturile angajaților de a utiliza computerele de serviciu;

În drept, ne prevalăm de următoarele dispoziții legale: (...)

În concluzie, solicitarea subscrisei de confidențializare a elementelor prevăzute în oferta tehnică și financiară indicate mai sus este întemeiată, accesul celorlalți ofertanți la acestea fiind de natură a compromite șansele societății, respectiv posibilitatea reală de a adjuca alte proceduri de achiziție având un obiect similar cu al prezentei proceduri, prejudiciind interesele noastre economice. Dacă s-ar permite acest lucru, respectiv accesul la documentele și informațiile declarate confidențiale s-ar încălca prevederile art. 1 din Legea nr. 11/1991, cu modificările și completările ulterioare, respectiv comerțanții (operatorii economici indiferent de obiectul de activitate) sunt

obligați să își exercite activitatea cu respectarea uzanțelor cinstite și a principiului general al bune-credințe, în interesul celor implicați, inclusiv respectarea intereselor consumatorilor.”

Consiliul constată că declarația privind confidențialitatea unor părți din ofertă este formulată cu titlu general, cu referiri la secrete tehnice, secrete comerciale, know-how, dar și cu citarea unor prevederi din Legea nr. 98/2016, fără a fi însoțite de dovezi ale caracterului confidențial al lor. Cu toate acestea, ... declară că toate cele enumerate reprezintă *„dovezi suficiente pentru dovedirea caracterului confidențial”*.

De asemenea, Consiliul reține că, nici prin intermediul cererii de intervenție, ... nu depune probe în susținerea celor precizate în declarația de confidențialitate. Potrivit art. 57 alin (4) din Legea nr. 98/2016, ofertanții au obligația să indice și să dovedească confidențialitatea ofertei. Însă, în cazul de față s-a limitat doar la indicarea unor pagini din ofertă și a unor titluri de documente, fără a prezenta dovezi pertinente în susținerea celor declarate.

„Dovezile suficiente” enumerate în declarație (cum ar fi: implementarea și utilizarea unui sistem de management integrat, introducerea unui sistem de monitorizarea funcționării computerelor și introducerea unei politici de securitate) nu sunt de natură a clarifica secretul tehnic ori comercial al ofertei ori a altor aspecte considerate confidențiale de către ofertantul câștigător.

Mai mult, în raport cu anumite părți din propunerea tehnică declarate confidențiale, Consiliul constată contrariul celor declarate de De exemplu, deși declară confidențiale informațiile din „Fișe tehnice de produs Linde pag. 62-102”, informațiile de la pag. 441 din dosarul achiziției, marcată „confidențial”, se regăsesc în site-ul ... <https://www.linde-gas.ro/shop/ro/ro-ig/oxigen-medicinal-but-liv-5l-200bar-p20201751#product1>:

„Puritate > 99.5%

Impurități:

-Dioxid de Carbon < 300 ppm,

-Monoxid de Carbon < 5 ppm,

-Umiditate < 67 ppm”.

Or, din moment ce aceste informații sunt puse la dispoziția publicului chiar de operatorul economic (ofertant declarat câștigător în prezenta procedură de atribuire), ele nu pot fi considerate confidențiale, respectiv secrete tehnice în această licitație deschisă.

Cât privește secretul comercial al informațiilor din ofertă, acesta trebuie dovedit/evaluat prin raportate la definiția de la art. 1¹ pct. 3 lit. e) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale:

„secret comercial - informațiile care îndeplinesc **cumulativ** următoarele cerințe:

1. sunt secrete în sensul că **nu sunt**, ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se articulează elementele acestora, **cunoscute la nivel general sau ușor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă**, în mod normal, de tipul de informații în cauză;

2. au valoare comercială prin faptul că sunt secrete;

3. **au făcut obiectul unor măsuri rezonabile**, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi păstrate secrete.”

Luând în considerare această definiție, se poate ușor constata că datele tehnice din ofertă, identificate și pe site-ul ofertantului, nu pot fi considerate confidențiale, întrucât este cunoscut la nivel general, fiind publicate chiar de ofertant (deci nu se respectă condițiile 1 și 3 mai sus citate).

Astfel, cel puțin sub acest aspect, nu este suficientă o simplă declarație din partea ..., fiind necesară o motivare tehnică pertinentă.

Așadar, Consiliul constată că, nefiind dovedit caracterul confidențial al tuturor informațiilor marcate, în acest sens, de către ofertantul, autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 57 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016.

În vederea conformării la aceste dispoziții, autoritatea contractantă are obligația ca, preliminar, să verifice, pentru fiecare dintre documentele enumerate în declarația de confidențialitate, existența dovezilor privind caracterul confidențial, dovezi ce constituie anexe la ofertă sau, cel puțin, furnizarea unei justificări plauzibile privind riscul unei atingeri aduse intereselor comerciale ale ofertantului, riscare trebuie să fie previzibil în mod rezonabil, iar nu pur ipotetic.

În acest scop, autoritatea contractantă are posibilitatea să solicite intervenientei accesorii explicații și lămuriri.

Autoritatea contractantă trebuie să asigure accesul la documentele care au caracter public și care incorect au fost declarate confidențiale.

Totodată, autoritatea contractantă are obligația să refuze motivat accesul la datele/informațiile indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Relevantă în acest sens este Decizia nr. 135/F din 26.10.2023, emisă de Curtea de apel Pitești, într-o cauză similară, ce privea confidențialitatea ofertei depuse de ...:

«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 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 nedecarată 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 redate, *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.”

În aceste condiții, Consiliul va admite cererea contestatorului și va obliga autoritatea contractantă să îi permită acestuia accesul la dosarul achiziției, cu excepția documentelor declarate și probate ca fiind confidențiale.

În contextul analizat, neavând acces la dosarul achiziției, contestatorul s-a văzut pus în situația de a contesta actul comunicat, dar fără a cunoaște care sunt în concret raționamentele acestuia în luarea deciziei atacate, astfel încât să le combată cu argumente de fapt și de drept eficiente și precise, iar organismul de soluționare să nu poată cunoaște argumentele comisiei de evaluare în luarea deciziei analizate, pentru a verifica în cunoștință de cauză legalitatea actului atacat.

Determinând că a fost privată de a face o analiză, în mod concret, a caracteristicilor ofertei desemnate câștigătoare și, implicit, de o motivare în consecință, Consiliul apreciază că se impune reevaluarea ofertei depuse de, sub aspectul confidențialității documentelor depuse de aceasta și acordarea accesului ofertantului la dosarul achiziției, cu respectarea considerentelor deciziei și a legislației mai sus enunțată.

În considerarea celor prezentate, Consiliul apreciază criticile contestatoarei sub aspectul, mai sus evocat, ca fiind întemeiate.

Văzând cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația și va anula raportul procedurii și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta, din punct de vedere al confidențialității, și să-i permită contestatorului accesul la documentele din dosarul achiziției care nu au caracter confidențial, conform motivării.

În aceste condiții, Consiliul va respinge, ca premature, restul cererilor contestatorului, cu referire la ofertantul câștigător, precum și de reevaluare a ofertei proprii.

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

Cât privește cererea intervenientei de acordare cheltuieli de judecată, Consiliul o va respinge, ca inadmisibilă.

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. Totodată, conform art. 61 din Codul de procedură civilă, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta.

Intervenția este accesorie când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă,

intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale.

Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației (...)”, or nu se poate stabili culpa procesuală a contestatoarei în raport cu intervenientul accesoriu, întrucât acesta sprijină apărarea autorității contractante.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere și practica instanțelor de judecată (decizia nr. 1098 din 1 martie 2012, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 4599/CA/2013-R din 18 decembrie 2013, Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 861 din 13 septembrie 2016, Curtea de Apel Suceava, SCAF; deciziile civile nr. 1464 din 21 martie 2013, nr. 8253 din 9 octombrie 2014 și nr. 4898 din 14 iulie 2015, Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal).

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, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu și anulează raportul procedurii și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta ..., din punct de vedere al confidențialității, și să-i permită contestatorului accesul la documentele din dosarul achiziției care nu au caracter confidențial, conform motivării.

Respinge, ca premature, restul cererilor contestatorului, cu referire la ofertantul câștigător, precum și de reevaluare a ofertei proprii.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de și ca inadmisibilă cererea de acordare cheltuieli de judecată.

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 în 5 exemplare originale, conține 14 pagini.