

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

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .., depusă de SRL, cu sediul în, județul, înregistrată în Registrul Comerțului sub nr. .., reprezentată legal prin director tehnic .., privind procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Execuție lucrări, cod CPV 45221110-6 Lucrări de construcții de poduri (Rev.2), de, cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

- admiterea contestației și anularea în parte a rezultatului/raportului procedurii înregistrat sub nr. 2025/25.03.2024 și a adresei nr. 2024/26.03.2024, în ceea ce privește decizia autorității contractante de a declara admisibilă și confirmă oferta depusă de către SRL și a actelor subsecvente acestora;

- admiterea cererii de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate, într-un termen rezonabil, de minim 3 zile, după studierea dosarului achiziției, urmând a comunica această detaliere tuturor părților implicate în procedura din fața Consiliului;

- repunerea în termenul de a detalia/motiva contestația, după studierea dosarului achiziției transmis la Consiliu, având în vedere refuzul autorității contractante de a-i pune la dispoziție părți relevante din dosarul achiziției și imposibilitatea efectivă de a lua la cunostință de informațiile existente în acesta;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertelor și, ulterior, emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile statuate în decizia ce se va pronunța.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. /15.04.2024, depusă de SRL, cu sediul în localitatea, județul, înregistrată în Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator ..., cu sediul procesual ales la, ..., ..., situat în, ..., ..., privind aceeași procedură simplificată, intervenienta a solicitat:

- admiterea, în principiu și admiterea, pe fond, a cererii de intervenție;
 - respingerea, ca inadmisibilă, a cererii de repunere în termen;
 - respingerea, ca inadmisibilă, a cererii de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate, precum și a motivelor/completărilor suplimentare;
 - respingerea contestației, ca inadmisibilă, raportat la nemotivarea contestației conform prevederilor art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016;
 - respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulată de SRL;
 - menținerea, ca legale, a actelor contestate: comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 2025/25.03.2024;
 - obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul demers judiciar.
- Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SRL critică rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 2024/26.03.2024 și raportul procedurii nr. 2025/25.03.2024, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, contestatoarea precizează că, prin raportul procedurii nr. 2025/25.03.2024, autoritatea contractantă a declarat oferta depusă de SRL ca fiind acceptabilă și conformă, cu toate că această ofertă este neconformă și inadmisibilă, așa cum va arăta în continuare:

➤ Oferta tehnică prezentată de SRL este neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele din fișa de date/caietul de sarcini/documentația de atribuire, care ar conduc la respingerea ofertei în temeiul prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Astfel, contestatoarea susține că:

- informațiile prezentate în cadrul propunerii tehnice nu sunt corelate cu cerințele din caietul de sarcini.
- ofertanta nu a prezentat în mod complet, raportat la cerințele din caietul de sarcini abordarea proprie din punct de vedere proces tehnologic (metodologia proprie de execuție) pentru realizarea lucrărilor;
- ofertanta nu a inclus descrieri detaliate pentru metodele de lucru pentru componentele majore ale lucrărilor și nu a prezentat metodologia

de execuție a lucrărilor în condiții climatice nefavorabile, prin raportare la conceptul propriu al ofertantului privind testarea lucrărilor executate;

- ofertanta nu a prezentat întreaga infrastructura tehnică (echipamente/utilaje/mijloace de transport/etc. necesară efectiv în desfășurarea activităților în cadrul contractului, iar pentru utilajele și echipamentele proprii dar și pentru cele închiriate nu a prezentat copii ale documentelor doveditoare privind deținerea utilajelor, conform cerințelor - documente de achiziție, cărți tehnice și certificate de înmatriculare cu dovada efectuării ITP la zi. Sancțiunea pentru nerespectarea acestor cerințe este excluderea ofertantului conform precizării din fișa de date a achiziției;

- ofertanta nu a justificat și nu a prezentat modalitatea de deținere laboratoare de încercări autorizate - pe care ofertantul le va folosi pentru îndeplinirea contractului.

- referitor la personalul de specialitate propus - ofertanta nu a prezentat personalul de execuție necesar astfel încât să fie demonstrată capacitatea de a susține execuția contractului;

- ofertanta nu a prezentat modalitatea prin care și-a asigurat accesul la serviciile personalului de specialitate și nici nu a prezentat documentele solicitate;

- ofertanta nu a prezentat diagrama cu resursele umane propuse a fi implicate în execuția contractului în care se vor figura relațiile de comunicare și subordonare între membrii echipei de experți cheie responsabili de execuția contractului precum și implicarea și contribuția fiecărui expert în cadrul implementării contractului;

- ofertanta nu a prezentat un programul de execuție (diagrama Gantt) pe luni calendaristice, la nivel de categorie de lucrări, care să ilustreze succesiunea tehnologică de realizare a lucrărilor, ordinea și derularea în timp a activităților pe care ofertantul propune să le îndeplinească pentru realizarea lucrărilor, iar cel prezentat este eronat și totodată nu respectă cerințele din documentația de atribuire;

- ofertanta nu a prezentat conform Formularului de Propunere Tehnică graficul de execuție în care să fie menționate principalele faze ce alcătuiesc executarea Contractului (inclusiv achiziții, construcții, inspecții, testare, recepții); obiectele de construcții din care sunt alcătuite Lucrările; categoriile de lucrări sau stadiile fizice care alcătuiesc Lucrările; sectoarele de lucru sau locul în care se vor pune în operă activitățile de construcții precum și durata activităților care trebuie să fie exprimată în zile, luând în considerare: cantitatea de lucrare; dimensiunea frontului de lucru; numărul de resurse umane și Utilaje;

- Graficul de îndeplinire a contractului nu este întocmit pe categorii de activități (cubactivitățile aferente), în succesiunea logică de realizare a acestora cu precizarea duratelor de îndeplinire și a datelor de începere și de finalizare (start-finish), precum și cu indicarea drumului critic, a interdependentelor dintre activități și a reperelor critice (jaloane/

milestones). Principalul element al graficului va fi termenul de execuție a contractului.;

- ofertanta nu a precizat modul de urmărire, raportare și control a progreselor înregistrate, cu realizările aferente, dar și modul în care se propune rezolvarea problemelor ivite pe parcursul execuției lucrărilor, cu indicarea potențialelor elemente ce necesită o astfel de rezolvare;

- ofertanta nu a prezentat Graficul Fizic de execuție în concordanță cu informațiile din Graficul Gantt;

- ofertanta nu a prezentat în mod corect și complet Planul de Asigurare a Calității pentru executarea lucrărilor, conform cerințelor din documentația de atribuire, respectiv prezentarea generală a lucrărilor, descrierea sistemului calității, inclusiv lista procedurilor aferente sistemului calității (P.S.) aplicat la lucrările/tehnologia prevăzute în programul de realizare a lucrărilor, sistemul de gestionare a documentației pentru executarea lucrărilor cât și pe furnizorii antreprenorului, metodele de control aplicate cu privire la utilizarea în scopul execuției lucrărilor numai a documentelor, validate și aprobate; metodele de înregistrare a modificărilor și completărilor la documentație operate pe parcursul execuției lucrărilor; metodele pentru managementul achizițiilor de materiale; modul de abordare a defecțiunilor apărute pe parcursul execuției lucrărilor și remedierilor acestora (cu indicarea procedurilor pentru acțiuni preventive corective); descrierea procedurilor tehnice de execuție a tuturor categoriilor de lucrări care urmează să fie aplicate la realizarea contractului, precum și procedurile tehnice de execuție; planul de control al calității, verificări și încercări pe faze determinate de execuție;

- ofertanta, nu a prezentat și nu a descris principalele proceduri care vor fi utilizate pentru asigurarea/controlul calității activităților desfășurate pe parcursul implementării contractului, cele din perioada de garanție;

- ofertanta nu a prezentat planul cu măsurile privind protecția mediului adaptat la obiectivul de investiții. Documentul trebuie să conțină cel puțin:

- Măsurile adoptate pentru controlul zgomotului și vibrațiilor;
- Măsurile pentru reducerea prafului;
- Managementul deșeurilor; protecția apelor, atmosferei, solului, resurselor naturale, patrimoniului, așezări umane, mediul social și calitatii vieții;

- ofertanta nu a prezentat în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire, planul privind măsurile de supraveghere a lucrărilor în perioada de garanție acordată, cu precizarea modalităților, termenului de intervenție (nu mai mare de 10 zile calendaristice) și a duratelor de remediere a potențialelor defecțiuni datorate viciilor de

execuție, a resurselor financiare, mecanice și de personal alocate pentru punerea în aplicare a planului;

- ofertanta nu a prezentat pentru Organizarea de șantier un proiect al organizării de șantier însoțit de planșe cu dimensiuni și etichete și LCL în care vor include toate lucrările necesare;

- ofertanta nu a prezentat Planul pentru toate Lucrările Temporare necesare pentru păstrarea funcțiunilor lucrărilor existente, conform metodologiei de execuție a lucrărilor precum și a cerințelor din documentația de atribuire;

- ofertanta nu a prezentat un planul de management al traficului adaptat la obiectivul de investiții nu a prezentat abordarea proprie propusă pentru managementul riscurilor în cadrul Contractului, cu luarea în considerare a cerințelor incluse în caietul de sarcini;

- ofertanta nu a prezentat strategia anticorupție, strategia privind prevenirea conflictului de interese, modul de prezentare al înregistrărilor pentru fluxul informațional și financiar;

- ofertanta a prezentat în mod eronat și incomplet pentru resursele principale de materialele propuse a se pune în operă locația exactă de furnizare, respectiv nu a furnizat dovezi prin care să fie atestate conformitatea materialelor cu standardele specificate în caietul de sarcini;

- ofertanta nu a prezentat documente care fac dovada conformității materialelor conform prevederilor HG 668/2017(Cerificare de calitate/Declarații de conformitate/Declarații de performanță, etc.

- Oferta financiară prezentată de SRL este neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele din fișa de date/caietul de sarcini/Documentatia de atribuire

În acest sens, petenta susține că:

- ofertanta nu a cuantificat toate costurile cu materiale, consumabile, echipamente, cheltuieli, salarizarea plus sarcini, cheltuieli generale, paza șantierului cu agenți de pază, profit, impozit pe venit etc. și orice contribuții pentru executarea completă și în întregime a lucrărilor solicitate prin documentația de atribuire; toate costurile cu testarea lucrărilor finalizate și punerea în funcțiune a acestora, întocmirea documentațiilor post-execuție, întocmirea instrucțiunilor legate de exploatare; costurile legate de protejarea mediului, conform normelor legale, precum și cele legate de refacerea cadrului natural după finalizarea lucrărilor;

- deoarece în cadrul Graficului Gantt nu a cuantificat toate resursele materiale, umane și de utilaje, necesare realizării lucrărilor, nu a cuantificat în mod corect costurile aferente realizării lucrărilor;

- mai mult, deoarece locația exactă de furnizare a materialelor este eronată, și cuantificarea costurilor cu transporturile este neconformă;

- valoarea cheltuielilor indirecte oferite nu acoperă cheltuielile necesare realizării lucrărilor conform cerințelor din documentația de

atribuire, prin raportare la prevederile Anexei nr. 6 din Ordinul 1568/2022 pentru aprobarea "Ghidului privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice -Indicativ P91/1.02", pe care le redă;

- dacă s-ar cuantifica doar valoarea retribuițiilor aferente personalului de specialitate solicitat (Manager de proiect, Șef de Șantier, Responsabil Tehnic cu Execuția, Responsabil cu calitatea în construcții, responsabil SSM), valoarea acestora pe durata de realizare a lucrărilor conform Graficului Gantt este insuficientă, fără a mai cuantifica și celelalte cheltuieli;

➤ Oferta prezentată de SRL este inadmisibilă, deoarece nu îndeplinește cerințele de calificare și selecție privind experiența similară și totodată nu au fost prezentate documentele prevăzute în documentația de atribuire pentru terțul susținător.

Contestatoarea arată că în fișa de date a achiziției s-a precizat faptul că în situația în care ofertanții justifică îndeplinirea cerințelor de calificare și selecție prin intermediul unui terț susținător, aceștia au obligația de a prezenta odată cu angajamentul terțului și modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia.

În acest sens, petenta susține că ofertanta desemnată câștigătoare a prezentat angajamentul terțului de susținere dar nu a prezentat modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia în cazul în care ofertanta va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului.

Astfel, suplimentar angajamentului de susținere, ofertanta avea obligația de a prezenta modul efectiv prin care terțul susținător va interveni și va finaliza lucrările în cazul în care ofertanta va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului, invocând în acest sens prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 48 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea precizează că, din interpretarea coroborată a cerințelor documentației de atribuire cu prevederile legale anterior invocate, rezultă că ofertanții sunt obligați să prezinte în susținerea angajamentului și documente din care să rezulte atât faptul că terții susținători vor desfasura efectiv lucrările care fac obiectul susținerii, cât și modul efectiv în care aceștia vor asigura îndeplinirea propriilor angajamente de susținere.

Astfel, autoarea contestației susține că ofertanta nu a furnizat autorității contractante niciun document care să releve modalitatea efectivă în care terțul se va implica în ducerea la îndeplinire a părții din contractul de achiziție, respectiv modul concret de mobilizare a utilajelor, a resurselor personalului tehnic și implicit de intervenție în implementarea contractului.

În lipsa prezentării acestor documente, autoritatea contractantă, în mod eronat, a constatat faptul că ofertantul îndeplinește cerințele de calificare și selecție, prin terțul susținător.

De asemenea, contestatoarea susține că nu sunt lipsite de relevanță argumentele legiuitorului de modificare a prevederilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prin OUG nr. 107/2017.

Totodată, invocă prevederile art. 63 Utilizarea capacităților altor entități, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

Prin urmare, petenta consideră că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea criteriilor care vizează „experiența profesională relevantă” (având în vedere argumentele expuse anterior - „experiența similară”) trebuie să execute efectiv activitățile pentru care a acordat susținere ofertantului.

Aplicând aceste dispoziții legale prezentei spețe, se poate constata că experiența similară privind execuția de lucrări de tipul solicitat prin fișa de date a achiziției, reprezintă „experiența profesională relevantă” la care se face referire în art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea acestei capacități tehnice ar fi trebuit să execute efectiv lucrările în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere.

În ceea ce privește cererea de a studia și ulterior a detalia contestația formulată, petenta consideră că se impune a fi admisă, în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, aducând argumente în acest sens.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 21385/08.04.2024, contestatoarea a răspuns la solicitarea Consiliului formulată prin adresa nr. ..., referitor la motivarea în fapt, în concret, în mod individualizat, a criticilor formulate în cuprinsul contestației, reiterând cele precizate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 21495/08.04.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 21495/08.04.2024, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL, solicitând respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată.

Referitor la motivele de nelegalitate invocate de contestatoare privind prezentarea propunerii tehnice, autoritatea susține că a analizat cu rigurozitate fiecare cerință solicitată la nivelul caietului de sarcini, rezultatul evaluării fiind prezentat punctual în cadrul Procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr 1148 din 16.02.2024.

Cu privire la afirmația contestatoarei privind faptul că oferta tehnică depusă de ofertantul câștigător este neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele din fișa de date și caietul de

sarcini, autoritatea susține că aceasta este neîntemeiată și nejustificată, atâta timp cât petenta nu a solicitat, în termen util, accesul la dosarul achiziției, pentru a face observații asupra de modalității de evaluare a comisiei privind propunerea tehnică, detaliată în cadrul procesului verbal nr. 1148/16.02.2024.

Cererea privind accesul la dosarul achiziției a fost înaintată de contestatoare, prin e-mail, la data de 27.03.2024, prin adresa nr. 88/27.03.2017, cu revenire în data de 28.03.2024, prin adresa nr. 90/28.03.2017, răspunsul autorității fiind comunicat în data de 27.03.2024 și 28.03.2024. Autoritatea arată că răspunsurile sale au avut în vedere declararea de către SRL a ofertei tehnice și financiare, în integralitate, ca fiind confidențială, așa cum de altfel a declarat și contestatoarea.

Referitor la motivele de nelegalitate invocate de contestatoare privind prezentarea propunerii financiare, achizitoarea arată că rezultatul evaluării propunerii financiare este prezentat în cadrul Procesului-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice nr. 1.283/23.02.2024, fiind analizate și evaluate toate aspectele privind fundamentarea ofertei financiare.

De asemenea, autoritatea precizează că propunerea financiară depusă de SRL respectă întocmai cerințele solicitate prin documentația de atribuire, prețul propus nu este neobișnuit de scăzut în raport cu obiectul contractului. Prețul oferat reprezintă 83,40 % din valoarea estimată a achiziției, iar prețul oferat de contestatoare reprezintă 87,97. În graficul de execuție sunt cuantificate costurile aferente realizării lucrărilor, iar în ceea ce privește afirmațiile privind costurile cu forța de muncă oferite de SRL, achizitoarea afirmă că, la data depunerii ofertei, respectă tariful orar prevăzut în OG nr. 93/31.10.2023 privind stabilirea salariului de bază minim brut pe țară, garantat în plată pentru sectoarele construcții, agricol și industria alimentară, astfel că cele susținute de contestatoare nu pot fi probate.

Referitor la aspecte privind cheltuielile indirecte aplicate la lucrare de SRL, autoritatea susține că acestea se încadrează în limitele legale, fiind în procent de 5%, iar marja de profit tot de 5%, identică cu cea aplicată de contestatoare.

În concluzie, față de cele expuse anterior și contrar afirmațiilor prezentate în contestație, autoritatea consideră că oferta prezentată de SRL respectă cerințele solicitate prin documentația de atribuire, fiind declarată câștigătoare ca urmare a aplicării criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut", fiind clasată pe primul loc, conform celor prezentate în procesul verbal nr. 1.283/23.02.2024 și nr. 1.940/21.03.2024.

Față de aspectele menționate anterior, solicită Consiliului să constate că derularea procedurii s-a realizat cu deplina respectare a

dispozițiilor legale, că susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate și, pe cale de consecință, să respingă contestația formulată de SRL, ca neîntemeiată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23074/15.04.2024, ... SRL a răspuns la solicitarea Consiliului formulată prin adresa nr. ..., privind confidențialitatea ofertei.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr./15.04.2024, ... SRL a solicitat:

- admiterea, în principiu și admiterea, pe fond, a cererii de intervenție;

- respingerea, ca inadmisibilă, a cererii de repunere în termen;

- respingerea, ca inadmisibilă, a cererii de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate, precum și a motivelor/completărilor suplimentare;

- respingerea contestației, ca inadmisibilă, raportat la nemotivarea contestației conform prevederilor art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016;

- respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulată de SRL;

- menținerea, ca legale, a actelor contestate: comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 2025/25.03.2024;

- obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul demers judiciar.

În cuprinsul acesteia, intervenienta aduce argumente în susținerea excepțiilor invocate și în combaterea criticilor din cuprinsul contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 25609/24.04.2024, contestatoarea a formulat concluzii scrise în urma studierii dosarului achiziției publice la CNSC, precizând că își menține, în totalitate, criticile formulate în cadrul contestației, iar în baza informațiilor sumare la care a avut acces argumentează anumite critici.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 26559/29.04.2024, intervenienta a formulat concluzii scrise, prin care înțelege să sumarizeze criticile sale, pentru respingerea contestației.

Prin adresa nr. 3047/29.04.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 26831/29.04.2024, autoritatea contractantă a formulat concluzii scrise, solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 27350/07.05.2024, contestatoarea a formulat note scrise, precizând că își menține toate criticile formulate și detaliate prin pozițiile procesuale depuse la dosarul cauzei.

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

În vederea atribuirii contractului având ca obiect .. -, JUD, cod CPV 45221110-6 Lucrări de construcții de poduri (Rev.2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura

simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...

Din informațiile anunțului de participare simplificat amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări este de 9.521.607,89 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 15.01.2024, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 2024/26.03.2024 și Raportul procedurii nr. 2025/25.03.2024, prin care oferta depusă de SRL a fost desemnată câștigătoare, iar oferta asocierii SRL – ... SRL a fost clasată pe locul 2, ... SRL a depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 88.000,00 lei, conform art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. .., eliberată de CEC Bank – Sucursala-Iulia, la data de 04.04.2024.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere că, după depunerea contestației SRL, înregistrată la Consiliu sub nr. 20297/03.04.2024, ... SRL a formulat Cererea de intervenție voluntară accesorie înregistrată la Consiliu sub nr./15.04.2024.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de SRL, Consiliul are în vedere că, în ceea ce o privește pe intervenientă, interesul acesteia este evident în condițiile în care oferta sa este declarată câștigătoare în cadrul procedurii de atribuire, conform raportului procedurii nr. 2025/25.03.2024, motiv pentru care, în conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SRL, în condițiile în care intervenția vizează menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației, și având în vedere că autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de SRL, la data de 03.04.2024, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în termenul legal.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va

analiza cererea de intervenție SRL, împreună cu contestația formulată de SRL.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform căroră: Art. 19. - (1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

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

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

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea contestatoarei de studiere a dosarului cauzei, ... SRL depunând Concluzii scrise, înregistrate la Consiliu sub nr. 25609/24.04.2024.

Potrivit art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt prevăzute următoarele:

„(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.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității contractante prevăzute la art. 145 și 215 în legătură cu transmiterea spre publicare a anunțului de atribuire și, respectiv, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire către candidați/ofertanți.

(3) Autoritatea contractantă poate impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

(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).”

La art. 217 din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a prevăzut următoarele:

„Art. 217:

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a întocmi dosarul achiziției publice pentru fiecare contract de achiziție publică/acord-cadru încheiat, respectiv pentru fiecare sistem dinamic de achiziții lansat.

(2) Dosarul achiziției publice se păstrează de către autoritatea contractantă atât timp cât contractul de achiziție publică/acordul-cadru produce efecte juridice, dar nu mai puțin de 5 ani de la data încetării contractului respectiv.

(3) În cazul anulării procedurii de atribuire, dosarul se păstrează cel puțin 5 ani de la data anulării respectivei proceduri.

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

(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii.

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

(7) Conținutul dosarului achiziției publice se stabilește prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi."

Dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016 prevăd următoarele:

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

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

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

Iar dispozițiile art. 123 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 prevăd următoarele: „(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile."

Se reține faptul că, potrivit *Raportului procedurii nr. 2.025 din 25.03.2024* la prezenta procedură au prezentat declarații de confidențialitate următoarele ofertante, respectiv:

2.4.8 Informații din cadrul ofertelor declarate de ofertanti ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală (în sensul prevederilor legislației în domeniul achizițiilor publice/sectoriale)

Ofertantul ... **tert sustinator** a declarat **atat oferta tehnica si oferta financiara in integralitate ca fiind confidențiale.**

Ofertantul .. Subcontractant - nu a declarat oferta ca fiind confidențială

Ofertantul SRL leader - ... asociat - a declarat atat oferta tehnica si oferta financiara in integralitate ca fiind confidențiale.

Verificând declarațiile de confidențialitate depuse de societatea contestatoare și ofertanta declarată câștigătoare, Consiliul redă conținutul acestora:

✓ SRL:

Toate documentele cuprinse in propunerea tehnica și propunerea financiară.

au caracter confidențial/sunt clasificate/sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală, având în vedere obligațiile prevăzute la:

1) art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare: "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 contractanta are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor";

2) art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare: "Informațiile indicate de operatorii economici ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor, trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1) ";

3) art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare: "Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile ";

4) Art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare: "Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii";

5) Art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare: "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 din cadrul documentelor de calificare, precum și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală ";

Art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare: La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă ";

Art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare: "În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți".

Precizam ca motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din propunerea tehnica si din propunerea financiara sunt confidențiale sunt următoarele:

obligațiile Autorității contractante prevăzute în cadrul art. 57 alin (I) din Legea 98/2016 „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 transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor.

1. Art. 123, alin (1) din HG 395/2016 „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile ”

2. Art. 217, alin (5) din Legea 98/2016 "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 sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii. "

3. Art. 217, alin (6) din Legea 98/2016 "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 pornirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți un drept de proprietate intelectuală".

4. Art. 19, alin (1) din Legea 101/2016 " La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă."

5. Art. 19, alin (3) din Legea 101/2016 "în sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți."

De asemenea, în virtutea art. 123, alin (1) din HG 395/2016, precizăm că motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din propunerea tehnică și din propunerea financiară sunt confidențiale sunt următoarele:

Motivele care stau la baza declarării acestor documente din propunerea tehnică și financiară, precum și a clarificărilor ulterioare referitoare la propunerea financiară și la modul de formare al preturilor, ca și confidențiale nu țin de intenția de a limita transparența evaluării ofertei societății noastre sau de faptul că avem ceva de ascuns ci de faptul că în cadrul acestor secțiuni se afla informații care ar aduce atingere intereselor societății noastre și în unele cazuri societăților colaboratoare, ținând cont de faptul că activăm într-o piață concurențială.

Dezvăluirea anumitor date din cadrul societății către o societate concurentă ar duce la imposibilitatea desfășurării unor proceduri de achiziție corecte, eludând în acest fel însuși scopul Legii 98/2016, adică acela de a asigura cadrul legal necesar pentru realizarea achiziționării de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială. Tocmai pentru protejarea informațiilor confidențiale și fără a atinge dispozițiile legale privind liberul acces, legiuitorul a stipulat în legislație obligativitatea protejării de către autoritățile contractante a informațiilor transmise de către operatorii economici (art. 57, alin (1) din Legea 98/2016). Nu avem nimic împotriva ca membrii comisiei de evaluare sau organismele responsabile cu caile de atac să aibă acces la toate informațiile necesare, aceștia semnând în acest sens declarațiile de confidențialitate și imparțialitate, însă reprezentanții unor societăți concurente nu pot păstra anumite informații confidențiale și în același timp nu pot fi considerați imparțiali. Protejarea informațiilor confidențiale are drept scop evitarea deschiderii unei „Cutii a Pandorei” prin care unii participanți la procedura ar încerca eliminarea celorlalți participanți prin efectuarea unor evaluări paralele, sau mai mult prin care s-ar încerca participarea la anumite proceduri și promovarea contestațiilor exclusiv pentru a afla anumite informații sau date confidențiale cu privire la concurenții de pe piață.

Interesant este si modul in care sunt definite in îndrumări privind instrumentarea de către Consiliul Concurenței a cererilor întreprinderilor de acordare a caracterului confidențial a unor documente informațiile secret de afaceri si alte informații confidențiale:

„1. Informațiile ce pot fi clasificate ca informații secret de afaceri sunt conform prevederilor pct. 17 din Instrucțiunile privind regulile de acces la dosarul Consiliului Concurenței în cazurile referitoare la art. 5, 6 si 9 din Legea Concurenței nr. 21/1996, art. 101 si 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, precum si în cazurile de concentrări economice, acele informații despre activitatea economica a unei întreprinderi a căror dezvăluire către terii ar putea dauna gra\ intereselor acelei întreprinderi. Informațiile ce ar putea fi calificate drept secret de afaceri sunt cu titlu de exemplu: Informații tehnice si/sau financiare how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese si secrete de producție, surse de aprovizionare, cantitati produse si vândute, cote de piața, liste de clienți si distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor si a preturilor, strategia de vanzari. ”

Se poate lesne observa faptul ca propunerea tehnica conține informații tehnice referitoare la tehnologiile utilizate, resursele folosite, inclusiv resurse umane, modalitățile de control si documente interne referitoare la sistemul de calitate, furnizorii de materiale, etc. deci informații de natura informațiilor confidențiale.

Propunerea financiara conține preturi unitare pentru materiale, manopera, utilaje si transporturi. In virtutea confidențialității contractelor încheiate cu furnizorii de materiale si a preturilor practicate de aceștia in raport de societatea noastra, consideram faptul ca divulgarea preturilor unitare la materiale reprezintă un lucru care aduce o atingere grava intereselor societății noastre si chiar intereselor societărilor colaboratoare. De asemenea in cadrul acestei secțiuni se afla informații care conțin rețete pentru materialele produse de către societatea noastra, oferte de la furnizori si contracte de furnizare, structura si desfășurătoarele de preț pentru materiale, manopera, utilaje si transporturi, deci informații confidențiale prin dezvăluirea carora s-ar aduce un grav prejudiciu societății noastre si s-ar crea un avantaj incorect al concurenților noștri fata de societatea noastra in cadrul unor proceduri viitoare.

Ținând cont de aceste aspecte, societatea noastra a cautat ca in întreaga activitate sa mențină pe cat posibil confidențialitatea datelor cu care fiecare angajat vine in contact, in acest sens administratorul societarii emitând decizii de confidențialitate pentru fiecare compartiment al societatii.

NOTĂ: Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică 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 art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, în virtutea art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precizam că motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din Propunerea Tehnică și din Propunerea Financiară sunt confidențiale sunt următoarele:

Toate documentele cuprinse in propunerea tehnica și propunerea financiară.

✓ SRL:

Referința din Propunerea Tehnică sau Propunerea Financiară

Propunerea tehnica in intregime Propunerea financiara in intregime

Precizăm că motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din Propunerea Tehnică și din Propunerea Financiară sunt confidențiale sunt următoarele:

Motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din Propunerea Tehnică și din Propunerea Financiară sunt confidențiale

1.Întreaga oferta tehnica conține tehnologii proprii de execuție, contractul conține informații cu caracter personal ale personalului participant la contract, metodologia pentru realizarea lucrării prezintă descrierea tehnologiilor proprii de execuție a lucrărilor

2. Propunerea financiara- preturile sunt personalizate pentru firma noastra, pastrarea confidentialitatii furnizorilor de materiale, echipamente, tehnologii proprii de calcul.

În virtutea rolului său activ, Consiliul a solicitat ofertantei SRL, prin intermediul adresei nr. .. următoarele:

Având în vedere „Declarația pe proprie răspundere privind partea/părțile din propunerea tehnica și/sau din propunerea financiara declarate confidențiale, clasificate sau

protejate de un drept de proprietate intelectuală” din oferta depusă de dvs. în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, **vă solicităm să justificați încadrarea propunerii tehnice și financiare în categoria documentelor confidențiale și să depuneți mijloacele de probă care stau la baza acestei încadrări**, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

..... SRL a răspuns prin adresa neînregistrată, datată 12.04.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 23074/15.04.2024 precizând următoarele:

- **„RĂSPUNS la solicitarea transmisă de CNSC privind confidențialitatea ofertei subscrisei** prin care înțelegem să arătăm că NE OPUNEM accesului contestatorului la documentele de calificare, propunerea noastră tehnică și financiară, existând un prejudiciu concret adus noua prin eventuala dezvăluire a informațiilor.

În primul rând, potrivit art. 21 alin. 3 din Legea 101/2016: Este INADMISIBILĂ prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

Raportat la motivele contestației, studierea ofertei subscrisei nu ar avea nicio utilitate în soluționarea cauzei, neexistând o critică concretă a ofertei subscrisei. Î

În al doilea rând, subscrisa am declarat ca fiind confidențiale:

Propunerea tehnică și clarificările ulterioare; Propunerea financiară și clarificările ulterioare;

În acest sens, art. 231 din Legea nr. 99/2016 stabilește următoarele:

„ (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. 70 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii.

Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, entitatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire 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. (...)”

În egală măsură, art. 19 din Legea nr. 101/2016 exclude accesul părților din contestația vizând o procedură de atribuire la documentele declarate de către participanți ca fiind confidențiale, iar, potrivit alin. (3) al acestui articol, „documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.”

Documentele de calificare, propunerea tehnică și financiară oferite de către subscrisa în cadrul procedurii de atribuire sus menționate au fost expres declarate ca fiind confidențiale, prin completarea Declarației privind partea/părțile din propunerea tehnică și propunerea financiară care au caracter confidențial.

In cadrul acestui formular, subscrisa am declarat expres ca informatiile indicate in propunerea tehnica si din propunerea financiara au caracter strict confidential si am justificat succint aceasta decizie, conform art. 129 alin. (1) din HG nr394/2016.

Astfel am arătat că:

Propunerea tehnică este confidențială întrucât constituie experiența proprie societății noastre. Toate aceste documente reprezintă în fapt organizarea noastră internă și modul de a aborda lucrările, motiv pentru care le considerăm concept propriu.

În ceea ce privește abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea lucrărilor, subscrisa a prezentat propria tehnologie de execuție a lucrărilor precum și aspecte organizationale generale si specifice proiectului, planificarea activitatilor contractului modul de realizare a lucrărilor. Modul în care subscrisa prezintă documentele solicitate pentru îndeplinirea acestei cerințe din Fisa de Date precum si informatiile care le conțin aceste documente sunt elaborate in urma participării la numeroase; licitatii si a unei experiente dobândite in execuția unor lucrări. De asemenea aceste documente reprezintă conceptul propriu al societății noastre.

În ceea ce privește resursele (personal și instalații/echipamente), subscrisa am prezentat resursele proprii necesare executării lucrărilor, resurse calculate în urma experienței proprii iar aceste documente reprezintă conceptul propriu al societății noastre. Dezvăluirea acestor informații ar duce încercarea de recrutare pe viitor a unor angajați ai subscrisei întrucât sunt prezente date personale {CNP, serii si numere de buletin, adrese ale angajaților, considerate date protejate}. Accesul la echipamentele societății sunt confidențiale întrucât conțin date financiar contabile (exemplu pret achiziție, amortizare lunara)

În ceea ce privește programul de realizare a lucrărilor (diagrama Gantt) pe luni calendaristice, la nivel de categorie de lucrări (deviz), care sa ilustreze succesiunea tehnologica de realizare a lucrărilor, ordinea și derularea în timp a activităților pe care ofertantul propune sa le îndeplinească pentru realizarea lucrărilor, subscrisa am arătat că reprezintă organizarea noastră internă și modul de a aborda lucrările propriu.

In ceea ce privește Propunerea financiara am arătat că accesul altor operatori economici la propunerea noastră financiară, la ofertele noastre de preț primite de la diverși furnizori, permite celorlalți operatori să vadă prețuri unitare folosite, deducerea unor tehnologii proprii de aplicare la lucrare, posibilitatea de creare a unei baze de date cu prețuri pentru materiale/manoperă/utilaje/ transporturi pe care ulterior sa le aplice in calitate de concurenta în cadrul unor viitoare proceduri de achiziție publica .

In ceea ce privește documentele de calificare am arătat ca informatiile prezentate in cadrul acestei secțiuni, prezintă documente confidențiale ale ofertantului si subcontractantilor (nume de administratori, adrese, cnp- uri si serii de buletine).

In ceea ce privește garanția de participare am arătat că il considerăm confidențial deoarece pe acest document se regaseste valoarea garanția, suma care este negociata cu brokerii de asigurare, precum si date de contact considerate confidențiale. Subscrisa nu avem calitatea de operator economic nou înființat care urmărește să intre pe piață.

O astfel de justificare este suficienta potrivit legii si reprezintă expresia practicii curente a ofertanților la proceduri de atribuire similare.

Astfel de motivări extinse in cadrul formularelor de participare la licitatii ar fi si redundante, in condițiile in care noțiunea de secret comercial are o definiție legala la art. 11 lit. d) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale:

d) secret comercial - orice informație care, total sau parțial, nu este in general cunoscuta sau nu este ușor accesibila persoanelor din mediul care se ocupa in mod obișnuit cu acest gen de informație si care dobândește o valoare comerciala prin faptul ca este secreta, pentru care deținătorul legitim a luat masuri rezonabile tinand seama de circumstanțe, pentru a fi mentinuta in regim secret; protecția secretului comercial opereaza atat timp cat condițiile enunțate anterior sunt îndeplinite in mod cumulativ.

Or, aceste condiții sunt întrunite în privința informațiilor care compun ofertele tehnice și financiare ale oricărui dintre ofertanți la o procedură de atribuire precum cea din prezentul dosar, inclusiv în privința ofertei noastre.

Cat privește dovezile concrete solicitate, aceste dovezi rezidă în chiar conținutul propunerii tehnice și financiare depuse de către subscrisa, deoarece acestea conțin, așa cum vom detalia mai jos, secrete comerciale.

(...).

Informațiile care compun oferta tehnică și oferta financiară ale unui participant la o procedură de atribuire nu sunt accesibile celorlalți posibili ofertanți. Dimpotrivă, fiecare ofertant are propria echipă cu ajutorul căreia face analizele necesare și elaborează ofertele pe care estimează că are capacitatea de a le respecta, mai mult, prin aplicarea criteriului de atribuire, să înfrângă competiția și să obțină contractul de achiziție publică.

Informațiile care compun documentele de calificare, oferta tehnică și oferta financiară ale unui participant la o procedură de atribuire dobândesc valoare comercială prin faptul că sunt secrete. Într-adevăr, dacă aceste informații ar fi dezvăluite altor potențiali ofertanți, aceștia ar putea elabora oferte de aceeași calitate, anihilând astfel avantajul de know-how pe care ofertantul inițial și 1-a creat prin propriile sale resurse (umane, financiare, tehnologice) și prin propria experiență anterioară.

Subliniem, în plus, că valoarea comercială imprimată informațiilor prin caracterul secret este argumentată și prin faptul că în cazul acestei proceduri ofertele nu sunt limitate la elementele de preț, ci cuprind și soluții tehnice valorificabile sau cantități de materiale pe care ofertanții le pot determina în mod diferit în funcție de cunoștințele și de experiențele proprii.

În sensul celor de mai sus, este evident că, în ceea ce privește Propunerea tehnică, așa cum au fost ele prevăzute în Declarația de confidențialitate precum și în Propunerea noastră financiară, acestea conțin fiecare informații care, dacă ar fi dezvăluite, ar înfrânge principiul concurenței loiale și ar cauza asocierii noastre prejudicii concrete.

Astfel, confidențialitatea ofertei noastre rezultă în concret din următoarele:

În propunerea financiară sunt detaliate prețurile cu care în mod cert subscrisa participăm la mai multe licitații în zonă. Cunoașterea de către concurenți a tuturor acestor prețuri conduce la dezavuarea secretului comercial. Mai mult, oferta financiară conține elemente de formă procentului de cheltuieli indirecte și profit. Ori cunoașterea de către ofertanți a acestor procente duce la cunoașterea politicii sale, și implicit, induce vulnerabilitatea sa în procedurile următoare.

- potrivit Legii nr.298/07.06.2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, acesta prevede:

"Art. 1. - în înțelesul prezentei legi:

a) este considerată ca fiind contrară uzanțelor comerciale cinstite utilizarea în mod neloial a secretelor comerciale ale unui comerciant prin practici de genul neexecutării unilaterale a contractului sau utilizării unor proceduri neloiale, abuzului de încredere, incitării la delict și achiziționării de secrete comerciale de către terți care cunoșteau că respectiva achiziție implică astfel de practici, de natură să afecteze poziția comercianților concurenți pe piață;

b) constituie secret comercial informația care, în totalitate sau în conținutul ei, are elementele acesteia, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă* iar deținătorul a luat măsuri rezonabile, ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret; protecția secretului comercial operează atâta timp cât condițiile enunțate anterior sunt îndeplinite.

Ori propunerea financiară este secret comercial tocmai deoarece informația nu este cunoscută niciodată în totalitate de concurență.

Prețurile oferite sunt rezultatul următoarelor procese: pentru materiale proprii rezultatul unei eficientizări permanente a procedurilor de lucru, a utilajelor folosite sporite. Pentru materialele de la furnizori prețurile sunt obținute ca urmare a unor negocieri intense și rezultate în mai mulți ani de colaborare, oferirea accesului la oferta financiară constituind și pentru aceste motive un prejudiciu concret.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică intră în competiție concurenți de pe aceeași piață cu interese contrarii. Într-un astfel de

context, informațiile confidențiale au o valoare extrem de importantă, rațiunea protejării lor fiind, în fapt, extrinsecă procedurii de achiziție publică în cauză.

In cadrul propunerii tehnice sunt procedurile tehnice pe care le folosește subscrisa, metodologia detaliată de execuție/prestație care ne permite întocmirea de oferte competitive. Tot aici sunt prezentate informații cu privire la sursele materialelor, și lista furnizorilor, care, la fel, sunt obiectul unor negocieri și relații comerciale îndelungate și care, odată cunoscute de concurența și-ar pierde valoarea.

Tot astfel, personalul folosit în cadrul propunerii tehnice - constituie secret comercial contractele noastre cu personalul sau contractele de colaborare și angajamentele de care beneficiem pentru aceasta lucrare. Tot astfel, diplomele și calificările personalului sunt confidențiale și conțin totodată și date cu caracter personal. Cunoașterea datelor confidențiale ale personalului prezentat la lucrare (care reies din CV, diplome) poate duce în avantaj competitorii care vor avea cunoștința despre datele specialiștilor care îndeplinesc cerințele de experiență cerute de autoritatea contractantă.

La fel, echipamentele utilizate sunt protejate de secretul comercial. Marca/modelul/vechimea utilajelor arată capacitățile de execuție, numărul de utilaje arată timpii de execuție pe care îi poate oferta societatea noastră, toate acestea de mai sus trebuind a fi analizate cumulativ pentru a înțelege pe deplin dimensiunea prejudiciilor ce pot fi cauzate societății noastre prin oferirea accesului la aceste informații.

Divulgarea informațiilor din cadrul propunerii tehnice dezavuează modalitatea în care subscrisa întocmește propunerile tehnice, modalitățile de execuție, procedeele de execuție, etc. Propunerea tehnică este un element complex al ofertei, mai ales în cadrul unor astfel de proceduri, sunt sute de pagini de informații care ar dezvălui modalitatea de lucru și organizația noastră, informații ce sunt ferm confidențiale.

Considerăm că dezavuarea tuturor acestor informații către concurența este de natură a ne face vulnerabili în viitoare proceduri, dând posibilitatea concurenței inclusiv să preia în viitoarele sale oferte toate informațiile care fac ca oferta noastră să fie una competitivă, acesta constituind un prejudiciu concret.

Fiecare dintre participanții la această procedură de atribuire a luat măsuri rezonabile pentru a menține în regim secret informațiile care compun oferta tehnică și oferta financiară și acest lucru s-a realizat prin completarea Declarației privind confidențialitatea.

În al treilea rând, arătăm că accesul la aceste informații confidențiale nu poate fi dobândit printr-o simplă solicitare; dimpotrivă, caracterul confidențial se menține și pe parcursul unor astfel de proceduri contencioase, pentru ofertanții interesați, cât și în privința reprezentanților acestora.

Fata de cele menționate anterior, se desprind următoarele concluzii;

-Legea nr. 101/2016 nu da posibilitatea Consiliului de a face cunoscute ofertele tehnice sau financiare ale ofertanților în procedura de contestație, fără acordul scris al acestora. O încălcare a dispozițiilor legale menționate echivalează cu o gravă încălcare a principiului tratamentului egal și nediscriminării, vătămarea care i-ar putea fi produsă subscrisului neavând impact doar în ceea ce privește procedura de achiziție ce face obiectul cauzei, ci și pe cele ulterioare, iar o reparație de genul "restitutio in integrum" nu ar fi posibilă! În analiza sa Consiliul ar trebui să aibă în vedere și scopul unor cereri formulate în acest caz de către intervenienți, respectiv acela că, pe această cale, ofertantul care ar solicita acces la oferta subscrisului să încerce să dobândească accesul la oferte net superioare din punct de vedere competitiv, pentru a-și asigura succesul în proceduri viitoare.

-Ținând cont de aceste aspecte, Consiliul nu are niciun temei legal pentru a da curs vreunei solicitări de acest gen, motiv pentru care, în măsura în care există o astfel de cerere, se impune respingerea acesteia de către CNSC în vederea respectării prevederilor legale antementionate.

Prevederile citate, respectiv art. 20 din Legea nr. 101/2016 dau dreptul la acces - în condițiile alin. 3) - doar la dosarul constituit la Consiliu.

-Mai mult decât atât alineatul 2. subliniază încă o dată faptul că dosarul constituit la Consiliu nu trebuie confundat cu dosarul achiziției publice ce este sau va fi transmis de către autoritate.

Aceasta este de altfel, si practica Consiliului care intr-o decizie de speța similara a dispus astfel: "Important de retinut este faptul ca principiul proiectiei informațiilor confidențiale, precum si al secretelor comerciale trebuie pus in aplicare astfel incât sa fie compatibil cu cerințele unei protectii juridice efective si cu respectarea dreptului la aparare al părților in litigiu si, in cazul unei cai de atac astfel incât sa se asigure respectarea faptului ca procedura, in ansamblul sau, respecta dreptul la un proces echitabil.

Pe de alta parte in cadrul unei cai de atac ca cea de fata, principiul contradictorialitatii nu implica faptul ca părțile au drept de acces nelimitat si absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedura de atribuire care au fost depuse la organismul administrativ jurisdictional. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus in balanța cu dreptul altor operatori economici la proiectia informațiilor confidențiale si al secretelor comerciale ale acestora."

(...)

Rezulta astfel ca, in cadrul unei cai de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractanta referitoare la o procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradicționalitatii nu implica faptul ca părțile au un drept de acces nelimitat si absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedura de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectiva. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus in balanța cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale si a secretelor comerciale ale acestora.

Principiul protectiei informațiilor confidențiale, precum si a secretelor comerciale trebuie pus in aplicare astfel incat sa fie compatibil cu cerințele unei protectii juridice efective si cu respectarea dreptului la aparare al părților in litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotararea din 13 iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. 1-6675, punctul 40) si, in cazul unei cai de atac in fata unei instante sau el unei cai de atac in fata unei alt organism care este o instanta sau tribunal in înțelesul articolului 234 CE, astfel incat sa se asigure respectarea faptului ca procedura, in ansamblul sau, respecta dreptul la un proces echitabil.

In acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind caile de atac trebuie in mod necesar sa poate dispune de informații pentru a se putea pronunța in cunoștința de cauza, inclusiv ele informațiile confidențiale si de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotararea Mobistar, citata anterior).

Având in vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegala a anumitor informații către un concurent, organismul mentionat trebuie ca, inainte de a comunica aceste informații unei parti la litigiu, sa dea posibilitatea operatorului economic vizat sa invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotararea .. citata anterior).

Prin urmare, trebuie sa se răspundă la întrebarea adresata ca articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, coroborat cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36, trebuie interpretata in sensul ca organismul responsabil cu procedurile privind caile de atac prevaute la articolul 1 alineatul (1) mentionat trebuie sa garanteze confidențialitatea si dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații continute in dosarele care ii sunt comunicate de către părțile la litigiu, in special de către autoritatea contractanta, organismul respectiv avand totuși dreptul sa cunoasca el insusi aceste informații si sa le ia in considerare. (...).

In concluzie, ne menținem pozitia cu privire la caracterul confidențial al informațiilor din cadrul ofertei subscrisei, in cadrul procedurii de achiziție publica avand ca obiect atribuirea contractului de achiziție publica antementionat.

Din înscrisurile existente la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a permis accesul contestatoarei punând la dispoziție doar procesul-verbal vizualizare oferte și raportul procedurii de atribuire.

Consiliul prin intermediul adresei nr. .. a invitat societatea contestatoarea la studierea dosarului achiziției publice, respectiv:

Urmare a cererii dumneavoastră din cuprinsul contestației înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20297/03.04.2024, cu privire la procedura simplificată pentru atribuirea contractului având ca obiect Execuție lucrări, JUD, organizată de autoritatea contractantă, inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. .., vă

comunicăm faptul că, în vederea studierii documentelor aflate în dosarul nr. 1068/2024 (cu excepția documentelor declarate confidențiale), vă puteți prezenta la sediul instituției noastre în data de 19.04.2024, între orele 11:00 – 13:00, sens în care este necesar să dețineți o împuternicire, însoțită de actul de identitate, pentru persoana delegată în acest scop, precum și CD sau stick pentru a putea primi documentele transmise de autoritatea contractantă pe suport electronic.

Eventualele concluzii scrise pot fi transmise până la data de 23.04.2024 (cu atașarea dovezii transmiterii acestora către părțile cauzei).

Luând act de documentele aflate la dispoziția sa și susținerile părților, Consiliul a decis să nu pună la dispoziția contestatoarei care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, documentele declarate confidențiale ale contracandidata sa SRL, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară.

Conduita achizitoarei de a nu pune la dispoziția contestatoarei documentele aferente procesului de evaluare nu este judicioasă, așa cum a fost anterior reținut autoritatea contractantă a permis accesul contestatoarei punând la dispoziție doar procesul-verbal vizualizare oferte și raportul procedurii de atribuire.

Consiliul în ceea ce privește documentele întocmite de autoritatea contractantă respectiv procesele verbale de evaluare și documentele de calificare ale ofertantei SRL, acestea au fost puse de Consiliu la dispoziția autoarei contestației, aceasta depunând concluzii scrise.

Autoritatea contractantă a avut acces la întregul dosar al achiziției publice, la fel și Consiliul.

Referitor la criticile aduse de contestatoarea SRL privind nedovedirea informațiilor din cuprinsul declarației de confidențialitate, Consiliul constată netemeinicia acestor susțineri. În stabilirea acestei finalități se are în vedere că SRL a avut aceeași conduită ca și ofertanta SRL respectiv a declarat confidențiale propunerea tehnică și propunerea financiară, depunând declarație de confidențialitate în acest sens, al căror conținut a fost anterior redat.

În aceste condiții, autoarea contestației având exact aceeași conduită ca și contracandidata sa care a depus declarație de confidențialitate, nu poate solicita un tratament diferit, respectiv acordarea accesului la întreaga oferta depusă a concurente sale, în condițiile în care și ea, beneficiază de aceeași protecție. Tratamentul egal presupune și aplicarea aceluiași tratament tuturor ofertanților, or, în măsura în care ofertanta contestatoare pretinde respectarea confidențialității ofertei sale, nu există niciun motiv pentru care ofertantele contracandidate nu ar beneficia de același tratament.

Având în vedere că cele 2 ofertante au depus declarații de confidențialitate și au invocat în mod similar în justificarea caracterului confidențial al informațiilor cuprinse în cuprinsul documentelor, dispozițiile legale incidente vizavi de confidențialitatea furnizorilor, preturi unitare pentru materiale, manopera, utilaje și transporturi, contractele încheiate cu furnizorii de materiale și a preturilor practicate

de aceștia, resursele (personal și instalații/echipamente, abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea lucrărilor, elemente de know-how elemente privind capacitatea tehnică și de exercitare a activității profesionale a societății), conduita Consiliului de a nu pune la dispoziția autoarei contestației a documentelor declarate confidențiale de contracandidata sa SRL, este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

Contrar celor susținute de contestatoare, ... SRL vizavi de nedovedirea informațiilor cuprinse în declarația de confidențialitate de ofertanta SRL, Consiliul face apel la informațiile cuprinse în pagini de internet oficiale ale Uniunii Europene:

-<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/ro/sheet/36/proprietatea-intelectuala-industrial-a-si-comerciala>

-https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/trade-secrets/index_ro.htm

potrivit cărora se precizează:

Secretele comerciale:

Practica păstrării confidențialității asupra informațiilor comerciale („know-how”) are o tradiție seculară. În multe țări există instrumente legale pentru a proteja secretele comerciale, fie că sunt sau nu definite ca parte a DPI. Nivelul de protecție acordat informațiilor confidențiale nu poate fi comparat cu alte domenii ale dreptului proprietății intelectuale, cum sunt brevetele, drepturile de autor și mărcile, dar poate, în principiu, să se aplice pe termen nelimitat, mai degrabă decât pentru o perioadă limitată. Protecția secretelor comerciale diferă de la un stat la altul mai mult decât alte domenii ale dreptului proprietății intelectuale și poate fi chiar mai avantajoasă și mai ieftină decât solicitarea protecției oficiale a brevetelor. Din 2016, a existat un cadru juridic al UE, și anume Directiva (UE) 2016/943 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale.

Secretele comerciale pot include o cantitate vastă de informații și cunoștințe care nu sunt protejabile sau care nu pot fi protejate corespunzător prin brevete, ca de exemplu:

- invenții aflate în faze incipiente
- procesele de fabricație
- liste de furnizori și clienți

Informațiile protejate de secrete comerciale pot fi strategice pe termen lung (de ex., rețete sau compuși chimici) ori pe termen scurt (de ex. rezultatele unui studiu de marketing, o denumire de marcă, prețul și data lansării unui produs nou sau prețul oferit în cadrul unei licitații).

Punerea la dispoziția societăților competitorare a unor informații cu privire la lista de furnizori și clienți și prețurile negociate cu furnizorii și clienți, modelele de echipamente, procesele de fabricație, documentele și informațiile privind produsului oferit (tip, model, caracteristici), denumirea producătorului, denumirea laboratoarelor de testare, titlurile, numerele și conținutul rapoartelor de testare depuse în cadrul ofertei, informații tehnice de fabricație, de calitate, organizatorice și de testare a produsului oferit (elemente de know-how elemente privind capacitatea tehnică și de exercitare a activității profesionale a societății), afectează interesele comerciale ale societății, prin divulgarea *secretului comercial*. Astfel, o dată luată la cunoștință asemenea informații de către competitorii săi, aceștia vor dobândi un avantaj evident în privința elaborării și depunerii ofertelor în cadrul unor proceduri de atribuire

viitoare cu obiect similar, pe această cale fiind afectate inclusiv principiile tratamentului egal, promovării concurenței între operatorii economici și al asigurării integrității desfășurării procesului de achiziție publică.

Având în vedere că cele 2 ofertante au depus declarații de confidențialitate și au invocat în mod similar în justificarea caracterului confidențial al documentelor dispozițiile legale incidente, justificarea faptului că prețurile unitare reflectă tehnologiile proprii, confidențialitatea furnizorilor, confidențialitatea nivelului de salarizare, confidențialitatea dotărilor, echipamentelor tehnologice, conduita achizitoare/ Consiliului de a nu pune la dispoziția contestatoarei a documentelor declarate confidențiale de contracandidata sa este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

Date fiind rigorile la care este supusă atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul prin regulile precitate, precum și declarațiile ofertantei ..nu au fost puse la dispoziția ofertantei contestatoare, documentele provenind de la contracandidata sa, declarate confidențiale. Prin urmare, Consiliul a acordat contestatoarei dreptul de a studia dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale.

La nivel național, tema confidențialității ofertelor depuse în procedurile de achiziție publică este reglementată, cu titlu general, prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și normele sale de punere în aplicare, Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale și normele sale de punere în aplicare și 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.

Liberul acces la informații de interes public este garantat, fără a fi însă un drept/o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la informații de interes publică comportă limitări. Astfel, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale (secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor).

Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care acestea le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

Legiuitorul a reglementat, cu titlu de principiu - de plano, faptul că accesul la informații de interes public este liber. Fără a nega sau încalca prevederile principiului transparenței, în procesul de achiziție publică/sectorială această aplicare a sa, de plano, fără o analiză apriorică fundamentată, în caz contrar, contracandidații ar intra în posesia unor informații sensibile și extrem de importante pe care le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, entitatea a cărei ofertă va fi

făcută publică pierzând inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

Astfel, prin simpla invocare a principiului transparenței, nu se poate crea un avantaj sau/și oferirii datelor vitale din sistemul de producție a unui ofertant, unui contracandidat în procedură.

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

Așadar, este perfect justificată menționarea ca și confidențiale a unor informații a căror dezvăluire ar putea prejudicia ofertanții. Acest aspect, este tratat și de legiuitor, care protejează, de plano, în etapa contestației, informațiile cuprinse în ofertele depuse declarate confidențiale, condiționând accesul la consultarea documentelor confidențiale de acordul scris al respectivilor ofertanți.

În concluzie, în vederea respectării dreptului la confidențialitate, legea însăși limitează aplicarea principiului transparenței, unul dintre principiile fundamentale din domeniul achizițiilor publice.

Potrivit jurisprudenței CJUE (Hotărârea Curții din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, Varec SA c. Etat belge, în prezenta Diehl Remscheid GmbH & Co), în etapa căilor de atac, obligația de respectare a confidențialității informațiilor se transmite de la autoritatea/entitatea contractantă către organismul responsabil cu soluționarea respectivei căi de atac – C.N.S.C., acesta din urmă fiind obligat să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici.

Orice decizie și motivare contrară din partea C.N.S.C. ar crea precedente cu privire la scopul pentru care unii operatori economici ar promova calea contestației, de la scopul imediat - de a încerca eliminarea celorlalți participanți din procedură, prin efectuarea unei evaluări paralele - până la distorsionarea gravă a concurenței prin participarea la anumite proceduri și promovarea contestațiilor exclusiv pentru a afla anumite informații sau date confidențiale cu privire la concurenții de pe piață (ex. informații cu privire la resursele umane și/sau tehnice, informații privind managementul costurilor, furnizori, colaboratori, oferte și discount-uri, date bancare etc).

Jurisprudența a demonstrat că atât timp cât organismul responsabil cu soluționarea căii de atac – C.N.S.C., dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, acesta are posibilitatea de a cenzura dreptul de acces la toate informațiile referitoare la procedura de atribuire, astfel încât să fie asigurată menținerea concurenței loiale.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât calea de atac este formulată împotriva actului autorității contractante, ofertantul, ale cărui informații sunt în pericol a fi dezvăluite, fiind un terț față de litigiul respectiv.

Nu există repere obiective și dispoziții neechivoce în legislația română în materie față de care să se poată aprecia punctul de echilibru între contradictorialitate/transparență și confidențialitate, practica fiind singura care va stabili o anumită predictibilitate a acestor situații.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

În lumina celor reținute, după cum s-a arătat mai sus, nu se putea permite ofertantelor contestatoare și ofertantei interveniente să studieze documentele declarate confidențiale.

Prin urmare, Consiliul a acordat contestatoarei dreptul de a studia dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale.

Aceeași abordarea a fost reținută de Consiliu și cu ocazia pronunțării Deciziei nr. 1635/C4/1486,1500 din data de 14.07.2023, fiind de interes considerentele reținute, respectiv:

Consiliul va respinge, ca nefondată critica având în vedere că atât autoritățile contractante, cât și „organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) (notă: DIRECTIVA 2007/66/CE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 11 decembrie 2007) menționat trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților în litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil” (cauza C 450/06 Varec împotriva État belge).

În același timp, .. și-a declarat, la rândul său, confidențială oferta, prin urmare, atâta timp cât solicită protecție pentru oferta sa, nu poate justifica încălcarea aceleiași protecții pentru contracandidatul său, acest lucru echivalând cu susținerea inegalității în drepturi între ofertanți.

Consiliul mai reține, în acest sens, și considerentele din cauza C 927/19 din 07.09.2021, „Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB, în care Marea Cameră a stabilit următoarele: „în cadrul unei căi de atac referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 51).

Dimpotrivă, astfel cum s a arătat în esență la punctul 121 din prezenta hotărâre în contextul obligațiilor care revin în această privință autorităților contractante, obligația de a furniza ofertantului respins informații suficiente pentru a i garanta dreptul la o cale de atac eficientă trebuie să fie evaluată comparativ cu

dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

130: În consecință, instanța națională competentă trebuie să verifice, ținând seama pe deplin atât de necesitatea de a proteja interesul public privind menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, cât și de aceea de a proteja informațiile cu adevărat confidențiale și îndeosebi secretele comerciale ale participanților la procedura de cerere de ofertă, că autoritatea contractantă a considerat în mod întemeiat că informațiile pe care a refuzat să le comunice solicitantului erau confidențiale. În acest scop, instanța națională competentă trebuie să efectueze o examinare completă a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. De aceea, trebuie să poată dispune în mod necesar de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 53).

131: Presupunând că instanța menționată consideră de asemenea că informațiile în cauză au un caracter confidențial care se opune din acest motiv divulgării lor către concurenții operatorului în cauză, trebuie amintit că, astfel cum a statuat Curtea, deși principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta, în anumite cazuri, poate fi necesar să nu comunice anumite informații părților în vederea conservării drepturilor fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 47). 132 Or, printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private și a comunicațiilor consacrat de articolul 7 din cartă, precum și dreptul la protecția secretelor comerciale care a fost recunoscut de Curte ca principiu general de drept al Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctele 48 și 49). 133 Așadar, având în vedere importanța protecției informațiilor confidențiale, evidențiată în special la punctele 131 și 132 din prezenta hotărâre, organismul responsabil cu soluționarea căii de atac în domeniul atribuirii unui contract de achiziții publice trebuie să poată decide, dacă este cazul, că anumite informații cuprinse în dosarul de care dispune nu trebuie să fie transmise părților și avocaților acestora (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 43)".

Prin urmare, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a procedat în mod corect, având în vedere că a asigurat aceeași protecție și contestatoarei, care nu se poate plânde de vreo încălcare a dreptului său.

În aceeași direcție acționează și instanțele de judecată relevantă fiind Hotărârea nr. 354/2021 din data de 08.03.2021 emisă de Curtea de Apel Ploiești, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal care a reținut următoarele:

"În ceea ce privește **critica referitoare la asigurarea accesului la întregul dosar al cauzei** (în principal) sau cel puțin la înscrisurile care nu au fost declarate confidențiale de către Supercom la momentul depunerii ofertei (în subsidiar), petenta a susținut că solicitarea sa a fost respinsă atât de către autoritatea contractantă cât și de către CNSC, fără temei și fără argumente credibile/întemeiate, pe motiv că ofertele criticate sunt confidențiale în integralitate deoarece ofertanții le-au declarat confidențiale. Învederează petenta că acest refuz a determinat încălcarea dreptului la apărare și a accesului la probele care urmau a fi analizate de către CNSC, încălcarea principiul transparenței și al echității ("egalității armelor), petenta fiind în mod evident într-o poziție inferioară față de autoritatea contractantă, încercând să dovedească o situație de fapt și de drept fără a avea acces concret la dosarul de achiziție publică.

Curtea constată că, în mod neîntemeiat, petenta susține că se află într-o poziție de inferioritate față autoritatea contractantă, esențială este asigurarea principiului egalității de tratament între ofertanți și nu în raport cu autoritatea contractantă.

Principiul egalității de tratament între ofertanți a fost respectat având în vedere faptul că toți ofertanții au depus declarații de confidențialitate în aceleași condiții. Pe de altă parte, autoritatea contractantă a avut acces la întregul dosar al achiziției publice, la fel și Consiliul.

Accesul la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii: „(l) 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/entității contractante, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. 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.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității/entității contractante prevăzute la art. 66 și art. 91 și nici publicarea părților din contractele de concesiune încheiate fără caracter confidențial, inclusiv a eventualelor modificări ulterioare.

(3) Autoritatea/entitatea contractantă poate impune operatorilor economici cerințe care vizează protejarea caracterului confidențial al informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elementele 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 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)".

Accesul părților la dosarul cauzei, la sediul CNSC, se face conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. (3) în sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.". Raportat la legislația în vigoare incidentă, se constată că, la autoritatea contractantă, ofertanții indică și dovedesc în cuprinsul ofertelor care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale (conform dispozițiilor art. 41 din Legea nr. 100/2016).

Curtea constată că S.C. Supercom SA a depus Declarația de confidențialitate odată cu depunerea ofertei (fila 242), iar adresa nr. 10793/04.11.2020 reprezintă dovedirea caracterului confidențial al înscrisurilor declarate, fiind astfel respectate dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 și art. 19 alin (1) din Legea nr. 101/2016.

(...)

Mai mult, Curtea constată că petenta a prezentat la rândul său declarație de confidențialitate, acționând în aceeași manieră ca și intimata. Astfel, asocierea SC RER SUD SA - SC Rer Ecologic Service București Rebu SA a prezentat declarație de confidențialitate cu privire la:

(...)

Potrivit jurisprudenței CJUE din cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Conseil d'Etat (Belgia), „Obligațiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce privește respectarea confidențialității informațiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerința unor căi de atac eficiente prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 coroborat cu articolul 7 alineatul (1), cu articolul 9 alineatul (3) și cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispozițiilor menționate și, prin aceasta, să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum

și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi. În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar. Rezultă astfel că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

52. Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, *Mobistar*, C-438/04, Rec., p. 1-6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53. În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea *Mobistar*, citată anterior, punctul 40).

54. Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea .., citată anterior, punctul 29)".

În sprijinul celor antemenționate este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, *Varec SA împotriva État belge*, în considerentele căreia s-a statuat:

"34 Obiectivul principal al normelor comunitare în materie de contracte de achiziții publice constă în deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre (a se

vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, *Stadt Halle și RPL Lochau*, C-26/03, Rec.,

p. I-1, punctul 44).

35 Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare.

36 În plus, atât prin natura acestora, cât și potrivit sistemului reglementării comunitare în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Aceștia din urmă trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi.

37 Pentru aceste motive, articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 prevede că autoritățile contractante au obligația de a respecta caracterul confidențial al tuturor informațiilor puse la dispoziție de acești furnizori.

38 În cadrul specific al comunicării către un candidat sau un ofertant respins a motivelor respingerii candidaturii sau a ofertei acestuia, precum și în cel al publicării anunțului de atribuire a unui contract, articolul 7 alineatul (1) și articolul 9 alineatul (3) din respectiva directivă recunosc autorităților contractante posibilitatea de a nu comunica anumite informații, în cazul în care divulgarea acestora ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale întreprinderilor publice sau private sau ar aduce atingere concurenței loiale dintre furnizori.”

De asemenea, în Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14, s-au reținut următoarele:

”46 În cazul în care instituția vizată decide să refuze accesul la un document a cărui comunicare îi este cerută, aceasta îi revine, în principiu, obligația de a furniza explicații cu privire la modul în care accesul la acel document ar putea să aducă atingere concret și efectiv interesului protejat de o excepție prevăzută la articolul 4 din Regulamentul nr. 1049/2001 pe care această instituție o invocă. În plus, riscul unei astfel de atingeri trebuie să fie previzibil în mod rezonabil, iar nu pur ipotetic. Cu toate acestea, este permis instituției în cauză să se întemeieze în această privință pe prezumții generale care se aplică anumitor categorii de documente, considerații de ordin general similare fiind susceptibile să se aplice unor cereri de divulgare cu privire la documente de aceeași natură (Hotărârea din 29 ianuarie 2013,

Cosepuri/EFSA, T-339/10 și T-532/10, EU:T:2013:38, punctul 90).

47 Rezultă din jurisprudență că ofertele depuse de ofertanți în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă pot intra în domeniul de aplicare al excepției referitoare la protecția intereselor comerciale, în special datorită elementelor economice și tehnice cuprinse în oferte (a se vedea

în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T-339/10 și T-532/10,

EU:T:2013:38, punctul 95).

48 Pe de altă parte, protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este prevăzută de dispozițiile relevante din Regulamentul financiar și în special la articolul 113 alineatul (2) din acesta, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute. Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele Uniunii în materie de contracte de achiziții publice, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de

atribuire ulterioare (Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T-339/10 și T-532/10,

EU:T:2013:38, punctul 100).

49 Având în vedere cele ce precedă, jurisprudența a stabilit existența unei prezumții generale potrivit căreia accesul la ofertele ofertanților aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013,

Cosepuri/EFSA, T-339/10 și T-532/10, EU:T:2013:38, punctul 101).

50 Trebuie subliniat însă că prezumția generală menționată la punctul 49 de mai sus nu exclude posibilitatea de a demonstra că un anumit document a cărui divulgare este solicitată nu face obiectul acestei prezumții sau că există un interes public superior care justifică

divulgarea (Hotărârea din 28 iunie 2012, Comisia/Éditions Odile Jacob, C-404/10 P, EU:C:2012:393, punctul 126).

51 Prezenta cauză trebuie examinată în lumina acestor principii.

52 În primul rând, trebuie arătat că, în speță, reclamantei i-a fost refuzat accesul la oferta depusă de ofertantul reținut, din care fac parte borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ. În plus, anexa I.A la contract, la care Comisia a refuzat de asemenea accesul în întregime, cuprinde și borderoul de prețuri al ofertei ofertantului reținut. În ceea ce privește anexa II la contract, la care a fost refuzat de asemenea accesul, aceasta conține oferta ofertantului reținut. Prin urmare, este vorba despre exact același tip de documente ca cele avute în vedere de Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA (T-339/10 și T-532/10, EU:T:2013:38). Contrar celor susținute de reclamantă, nu se poate deduce din această hotărâre că privește numai o cerere de acces la ansamblul ofertelor ofertanților, iar nu o cerere de acces doar la oferta ofertantului reținut.

53 Astfel, este evident că documentele avute în vedere de prezenta cerere de acces, prin natura lor, pot conține elemente tehnice și economice confidențiale ale ofertantului reținut, printre care și informații cu privire la competențele și la metodele de lucru ale acestuia, la know-how-ul său, la organizarea sa internă, la costurile sale și la prețurile propuse.

54 În aceste împrejurări, comisia a statuat în mod întemeiat, în deciziile atacate, că oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri, anexa I.A la contract, care conține borderoul de prețuri, și anexa II la contract, care conține oferta ofertantului reținut, erau acoperite de o prezumție generală potrivit căreia divulgarea lor ar aduce atingere, în principiu, protecției intereselor comerciale.

55 Pe de altă parte, trebuie subliniat că, tocmai în scopul de a menține confidențialitatea acestor informații comerciale sensibile, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu prevede comunicarea ofertei ofertantului reținut către ofertanții respinși și stabilește chiar că este posibilă omiterea comunicării anumitor elemente dacă aceasta ar aduce atingere intereselor comerciale legitime sau ar putea denatura concurența loială.

56 În al doilea rând, trebuie să se constate că, în nicio etapă a procedurii, reclamanta nu a prezentat nici cel mai slab argument care să permită să se demonstreze că documentele solicitate nu erau acoperite de prezumția menționată mai sus.

57 În ceea ce privește borderoul de prețuri în ansamblul său, reclamanta susține că divulgarea acestui document nu ar putea aduce atingere intereselor comerciale ale ofertantului reținut, întrucât anunțul de atribuire indica nivelul prețurilor din oferta acestuia. Acest argument nu poate fi reținut, întrucât borderoul de prețuri este un document mult mai detaliat care indică, la fiecare rubrică, prețul serviciilor propuse, în timp ce anunțul de atribuire se limitează să indice în mod global valoarea contractului atribuit.

58 Situația este aceeași în cazul borderoului de prețuri recapitulativ care figurează în anexa la ofertă. Trebuie să se constate că acest document conține de asemenea informații referitoare la prețul serviciilor propuse, care sunt mai detaliate decât informația divulgată prin anunțul de atribuire. Prin urmare, borderoul recapitulativ intră de asemenea în domeniul de aplicare al prezumției menționate mai sus.

59 În consecință, Comisia era îndreptățită să considere că documentele în discuție, și anume oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri și borderoul de prețuri

recapitulativ, și anexele I.A și II la contract erau acoperite de excepția referitoare la protecția intereselor comerciale, fără a proceda la examinarea lor concretă și individuală, după cum pretinde reclamanta.

60 În ceea ce privește argumentele reclamantei referitoare la existența unui presupus interes public superior care justifică divulgarea, acestea vor fi examinate mai jos, în cadrul celui de al patrulea aspect.

61 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul reclamantei potrivit căruia informațiile care

i-au fost furnizate de Comisie cu privire la prețul ofertei reținute nu îndeplinesc cerințele

articolului 113 din Regulamentul financiar, chiar dacă s-ar presupune că sunt admisibile, este

necesar să se constate că, contrar celor sugerate de reclamantă, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu impune obligația de a comunica ofertantului respins, cu titlu de caracteristici și de avantaje ale ofertei reținute, informații detaliate privind prețurile."

Elocvente sunt și următoarele considerente ale Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexe T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâștigător la documente celui declarat câștigător:

"[...] protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este coerentă cu dispozițiile relevante din Regulamentul financiar, în special articolul 100 alineatul (2) din acesta, vizat în egală măsură de EFSA în decizia sa din 15 septembrie 2010, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute (a se vedea, cu privire la divulgarea ofertei reținute, Ordonanța Evropaiki Dynamiki/AEE, punctul 49 de mai sus, punctul 39 și jurisprudența citată). Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele în materie de achiziții publice ale Uniunii, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a atinge acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare. În plus, atât prin natura lor, cât și potrivit sistemului reglementării Uniunii în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Operatorii economici trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi [...]."

În aceeași cauză *Varec*, C-450/06, în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac, s-au stabilit următoarele:

"39 Desigur, aceste dispoziții vizează conduita autorităților contractante. Totuși, se impune să se recunoască faptul că efectul util al acestora ar fi grav compromis dacă, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, toate informațiile privind această procedură de atribuire ar trebui, fără nicio limitare, puse la dispoziția autorului acestei acțiuni și chiar a altor persoane, precum intervenienții.

40 Într-un asemenea caz, simpla introducere a unei căi de atac ar da acces la informații

care ar putea fi utilizate pentru a denatura concurența sau pentru a aduce atingere intereselor legitime ale operatorilor economici care au participat la procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție. O astfel de posibilitate ar putea chiar stimula operatorii economici să introducă acțiuni doar în simplul scop de a obține acces la secretele comerciale ale concurenților lor.

41 În cadrul unei asemenea acțiuni, pârâtul este autoritatea contractantă, iar operatorul economic ale cărui interese pot fi lezate nu este în mod necesar parte la litigiu și nici nu este

chemat în cauză pentru a-și apăra aceste interese. Pentru acest motiv, este cu atât mai

important să se prevadă mecanisme care garantează în mod corespunzător interesele unor astfel de operatori economici.

42 Obligațiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce privește respectarea confidențialității informațiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerința unor căi de atac eficiente prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 coroborat cu articolul 7 alineatul (1), cu articolul 9 alineatul (3) și cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispozițiilor menționate și, prin aceasta, să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi.

43 În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar.

44 Se pune problema dacă această interpretare este conformă noțiunii de proces echitabil în sensul articolului 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 (denumită în continuare „CEDO”).

45 Într-adevăr, după cum reiese din decizia de trimitere, Varec a invocat în fața Consiliului

d'État că dreptul la un proces echitabil implică garantarea caracterului contradictoriu al oricărei proceduri judiciare, că principiul contradictorialității reprezintă un principiu general de drept, că își găsește temeiul în articolul 6 din CEDO și că acest principiu implică dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de toate înscrisurile sau observațiile prezentate instanței pentru a influența decizia acesteia și pentru a le discuta.

46 În această privință, trebuie subliniat că articolul 6 alineatul (1) din CEDO prevede, printre altele, că „[o]rice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și

într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială [...]”.

Potrivit jurisprudenței constante a Curții Europene a Drepturilor Omului, caracterul contradictoriu al unei proceduri reprezintă unul dintre elementele care permit să se aprecieze caracterul echitabil al acesteia, însă poate fi pus în balanță cu alte drepturi și interese.

47 Principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta. Cu toate acestea, în anumite cazuri, poate fi necesar ca anumite informații să nu fie comunicate părților pentru a putea garanta drepturile fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un

interes public important (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Rowe și Davis împotriva Regatului Unit din 16 februarie 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II,

§ 61, și Hotărârea V. împotriva Finlandei din 24 aprilie 2007, nepublicată încă în Recueil des arrêts et décisions, § 75).

48 Printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private, consacrat la articolul 8 din CEDO și care decurge din tradițiile constituționale comune statelor membre și este reafirmat la articolul 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, proclamată la Nisa la 7 decembrie 2000 (JO C 364, p. 1) (a

se vedea în special Hotărârea din 8 aprilie 1992, Comisia/Germania, C-62/90, Rec., p. I-2575,

punctul 23, și Hotărârea din 5 octombrie 1994, X/Comisia, C-404/92 P, Rec., p. I-4737, punctul

17). În această privință, din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului reiese că nu se poate considera că noțiunea de viață privată trebuie interpretată ca excluzând activitățile profesionale sau comerciale ale persoanelor fizice sau juridice (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Niemietz împotriva Germaniei din 16 decembrie 1992, série A,

nr. 251-B, § 29, Hotărârea Société Colas Est și alții împotriva Franței din 16 aprilie 2002,

Recueil des arrêts et décisions 2002-III, § 41, precum și Hotărârea Peck împotriva Regatului

Unit din 28 ianuarie 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-I, § 57), activități care pot

include participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice.

49 De altfel, Curtea de Justiție a recunoscut protecția secretelor comerciale ca un principiu general (a se vedea Hotărârea din 24 iunie 1986, AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, 53/85, Rec., p. 1965, punctul 28, precum și Hotărârea din 19 mai 1994,

SEP/Comisia, C-36/92 P, Rec., p. I-1911, punctul 37).

50 În sfârșit, menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței citate la punctul 47 din prezenta hotărâre.

51 Rezultă astfel că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

52 Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea

din 13 iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. I-6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac

în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53 În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

54 Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea ., citată anterior, punctul 29).

55 Prin urmare, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, coroborat cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36, trebuie interpretat în sensul că organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) menționat trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil."

În același sens s-a reținut și în Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55).

Și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenței].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia – Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T-353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Consiliul va respinge, ca nefondată critica privind nelegalitatea acordării accesului la documentele declarate confidențiale de către ofertantei SRL având în vedere că atât autoritățile contractante, cât și „organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) (notă: DIRECTIVA 2007/66/CE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 11 decembrie 2007) menționat trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților în litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil” (cauza C450/06 Varec împotriva État belge).

În același timp, ... SRL și-a declarat, la rândul său, confidențiale propunerea tehnică și propunerea financiară, prin urmare, atâta timp cât solicită protecție pentru oferta sa, nu poate justifica încălcarea aceleiași protecții pentru contracandidatul său, acest lucru echivalând cu susținerea inegalității în drepturi între ofertanți.

Consiliul mai reține, în acest sens, și considerentele din cauza C927/19 din 07.09.2021, „*Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*” UAB, în care Marea Cameră a stabilit următoarele: „În cadrul unei căi de atac referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, **principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punctul 51).

Dimpotrivă, astfel cum sa arătat în esență la punctul 121 din prezenta hotărâre în contextul obligațiilor care revin în această privință autorităților contractante, **obligația de a furniza ofertantului respins informații suficiente pentru ai garanta dreptul la o cale de atac eficientă trebuie să fie evaluată comparativ cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.**

130: În consecință, instanța națională competentă trebuie să verifice, ținând seama pe deplin atât de necesitatea de a proteja interesul public privind menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, cât și de aceea de a

proteja informațiile cu adevărat confidențiale și îndeosebi secretele comerciale ale participanților la procedura de cerere de ofertă, că autoritatea contractantă a considerat în mod întemeiat că informațiile pe care a refuzat să le comunice solicitantului erau confidențiale. În acest scop, instanța națională competentă trebuie să efectueze o examinare completă a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. De aceea, trebuie să poată dispune în mod necesar de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punctul 53).

131: Presupunând că instanța menționată consideră de asemenea că informațiile în cauză au un caracter confidențial care se opune din acest motiv divulgării lor către concurenții operatorului în cauză, trebuie amintit că, astfel cum a statuat Curtea, deși principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta, în anumite cazuri, poate fi necesar să nu comunice anumite informații părților în vederea conservării drepturilor fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punctul 47). 132 Or, printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private și a comunicațiilor consacrat de articolul 7 din cartă, precum și dreptul la protecția secretelor comerciale care a fost recunoscut de Curte ca principiu general de drept al Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punctele 48 și 49). 133 Așadar, având în vedere importanța protecției informațiilor confidențiale, evidențiată în special la punctele 131 și 132 din prezenta hotărâre, organismul responsabil cu soluționarea căii de atac în domeniul atribuirii unui contract de achiziții publice trebuie să poată decide, dacă este cazul, că anumite informații cuprinse în dosarul de care dispune nu trebuie să fie transmise părților și avocaților acestora (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punctul 43)."

În aceste condiții, autoarea contestației contestatoare având exact aceeași conduită ca contracandidata sa care a depus declarație de confidențialitate, nu poate solicita un tratament diferit, respectiv acordarea accesului la oferta competitorii sale, în condițiile în care și ea, beneficiază de aceeași protecție.

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca neîntemeiate, criticile contestatoarei vizavi de punerea la dispoziție a informațiilor din propunerea tehnică și financiară declarate confidențiale de ofertanta SRL motivate de pretinsa nedovedire a caracterului confidențial de către aceste ofertantă, constatându-se că în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul a ținut seama de solicitarea formulată de SRL privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate confidențiale, conform celor menționate anterior în considerentele expuse, dat fiind dispozițiile legiuitorului, care a prevăzut la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: „În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți”. Un astfel de acord din partea ofertantei SRL nu a fost pus la dispoziția societății contestatoare.

Referitor la solicitarea contestatoarei privind *repunerea în termenul de a detalia/motiva prezenta contestație, după studierea dosarului achiziției transmis la Consiliu, având în vedere refuzul autorității contractante de a ne pune la dispoziție părți relevante din*

dosarul achiziției si imposibilitatea efectivă de a lua la cunostință de informațiile existente în acesta, Consiliul constată temeinicia acesteia.

Autoritatea contractantă nu a făcut nici dovada că procesele-verbale întocmite de comisia de evaluare i-ar fi fost puse la dispoziție contestatoarei spre a fi consultate. Cum acestea au putut fi consultate doar în cadrul procesului la Consiliu, de la momentul accesului la acestea a început să curgă termenul legal de contestare, care nu era împlinit la data transmiterii contestației.

În sensul celor mai sus precizate este de amintit și Decizia nr. . din data de 31.01.2024, menținută de Curtea de Apel Cluj prin Decizia Civilă nr. 319/2024 din 15.03.2024, pronunțată în dosarul ., instanța a reținut că termenul de detaliere, precizare și contestare curge de la data luării efective la cunoștință de documentele ofertei, considerentele reținute de Consiliu fiind următoarele:

În ceea ce privește sintagma „începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal”, Consiliul subliniază că, în cauza C-532/20, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Curtea de Apel București (România), CJUE s-a pronunțat cu privire la termenele de atac, astfel:

„29. (...), Directiva 92/13 nu se opune, în principiu, unei reglementări naționale care prevede că orice cale de atac împotriva unei decizii a autorității contractante trebuie formulată

într-un termen prevăzut în acest scop și că orice neregularitate a procedurii de atribuire

invocată în sprijinul acestei căi de atac trebuie invocată în același termen, sub sancțiunea decăderii, în așa fel încât, după împlinirea acestui termen, nu mai este posibil să se conteste o asemenea decizie sau să se invoce o asemenea neregularitate, în măsura în care termenul respectiv este rezonabil (a se vedea prin analogie Ordonanța din 14 februarie 2019,

Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, punctul 40 și jurisprudența

citată). (...)

32. În această privință, trebuie amintit că nu se pot asigura căi de atac efective împotriva încălcărilor dispozițiilor aplicabile în materia atribuirii contractelor de achiziții publice decât dacă termenele prevăzute pentru introducerea acestor căi de atac încep să curgă numai de la data la care reclamantul a luat cunoștință sau ar fi trebuit să ia cunoștință despre pretinsa încălcare a dispozițiilor menționate (a se vedea prin analogie Ordonanța din 14

februarie 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, punctul 45 și

jurisprudența citată).”.

Referitor la considerentele punctelor 29 și 32, anterior citate, din decizia CJUE pronunțată în cauza C-532/20, Consiliul subliniază că, potrivit prevederilor art. 8, alin. (1), partea introductivă, coroborat cu prevederile art. 611, partea introductivă, din Legea nr. 101/2016, „Art. 8 - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)

Art. 61¹ - (1) Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează: (...)."

Prin urmare, raportat la interpretarea pronunțată de CJUE (ale cărei decizii preliminare sunt obligatorii atât pentru instanța de trimitere, cât și pentru toate instanțele din statele membre) în cauza C-532/20 anterior menționată, care se aplică și în cauza care face obiectul prezentei, termenul în care un ofertant poate formula, în condițiile legii, o contestație împotriva unei decizii a autorității contractante, începe să curgă nu de la data primirii acestei decizii, ci de la data luării la cunoștință, de către acesta, a motivelor pertinente ale deciziei menționate, care garantează că acest ofertant a avut cunoștință sau a putut să aibă cunoștință despre eventuale încălcări ale dreptului Uniunii care viciază o astfel de decizie.

În acest context, este evident că, potrivit Directivelor în materie și deciziei CJUE pronunțată în cauza C-532/20 (în care se face referire la art. 8 din Legea nr. 101/2016), doar contestația este calea de atac, fiind reglementată, în Legea nr. 101/2016, distinct de concluziile scrise și de cererea de intervenție.

Așadar, nu este lipsit de relevanță faptul că, deși contestatorul ... nu a avut acces la dosarul achiziției publice constituit la autoritatea contractantă, în integralitate, acesta a avut acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în data de 26.01.2024 (Adresa CNSC nr. ., pag. 000133 vol. 1/7 al dosarului cauzei).

Astfel, Consiliul reține că, în urma studierii documentelor dosarului constituit la Consiliu, .. a avut, din data de 26.01.2024, acces la informații legate de ofertele criticate, implicit și la motivele care au condus autoritatea contractantă la deciziile privind ofertele respective, fiindu-i garantat astfel .. SRL că, la data respectivă, a avut cunoștință sau a putut să aibă cunoștință despre eventuale încălcări ale Legii nr. 98/2016, care ar fi viciat deciziile în cauză, cu privire la aceste oferte, depuse de către ..

Cu toate acestea, contestatorul .. SRL nu a profitat de oportunitatea, în urma studierii dosarului constituit la CNSC, de a prezenta punctual, detaliat, în condițiile art. 8 alin. (1) lit. a) coroborat cu art. 10 din Legea nr. 101/2016, critici cu privire la aspectele vizate, vizavi de ofertele sus menționate, însoțite de mijloacele de probă relevante, astfel încât să demonstreze caracterul nesustenabil și real al acestor oferte.

Având în vedere decizia pronunțată de CJUE în cauza C-532/20, rezultă fără nici un dubiu, în cazul de față, că un nou termen de formulare a unei contestații cu privire la ofertele depuse de . (de 10 zile, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016), începea să curgă începând cu ziua următoare luării la cunoștință (în data de 26.01.2024, sus precizată), de către reprezentanții . SRL, a informațiilor din documentele aflate în dosarul cauzei cu nr. 23/2023, constituit la CNSC.

Astfel, . SRL a avut posibilitatea ca, în urma studierii documentelor în discuție, să formuleze o nouă contestație în termenul respectiv, care, în baza art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, ar fi fost conexată, în vederea soluționării în etapa respectivă, cu contestația formulată, la acel moment, tot de ...

Consiliul subliniază că acest lucru ar fi fost chiar conform Hotărârii din 17 noiembrie 2022, prin care CJUE s-a pronunțat în cauza C-54/21, declarând că: „4) Articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014, trebuie interpretat în sensul că în cazul constatării, în cursul soluționării unei căi de atac formulate împotriva unei decizii de atribuire a unui contract de achiziții publice, a unei obligații a autorității contractante de a divulga reclamantului informații care au fost tratate în mod eronat ca fiind confidențiale și a unei încălcări a dreptului la o cale de atac efectivă din cauza nedivulgării acestor informații, această constatare nu trebuie în mod necesar să conducă la adoptarea de către această autoritate contractantă a unei noi decizii de atribuire a contractului, cu condiția ca dreptul procedural național să permită instanței sesizate să adopte, în cursul judecății, măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă sau să îi permită să considere că reclamantul poate formula o nouă cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate.

Termenul de introducere a unei astfel de căi de atac nu trebuie să curgă decât din momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informațiilor care au fost calificate în mod eronat drept confidentiale.”.

Aceeași abordarea a îmbrățișat și Cureaua de Apel Oradea cu ocazia pronunțării Deciziei nr. .. și Curtea de Apel Cluj Oradea cu ocazia pronunțării Deciziei nr. .., unde s-a statuat care este momentul de la care curge termenul de formulare a criticilor în procedura achizițiilor publice, în sensul că acest moment este momentul luării la cunoștință despre neconformitatea reclamată, adică de la momentul studierii dosarului de achiziție de către contestatoare.

Astfel, Consiliul determină că termenul de formulare a criticilor în prezenta cauză, este momentul luării la cunoștință de către contestatoare despre neconformitățile reclamate, adică de la momentul studierii dosarului achiziției transmis la Consiliu.

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modalitatea de evaluare a ofertantei SRL declarate câștigătoare apreciind că aceasta trebuia respinsă, fiind inacceptabilă și neconformă. Astfel sunt invocate o serie de cerințe a căror neîndeplinire este reclamată.

Consiliul va analiza criticile în ordinea formulării acestora, așa cum au fost redată în contestație, pentru o identificare facilă.

Referitor la criticile care vizează faptul că Oferta Tehnică prezentată de SRL este neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele din Fișa de Date/Caietului de sarcini/Documentației de atribuire, ca o chestiune prealabilă, Consiliul punctează faptul că autoarea contestației a înșiruit cerințele prevăzute în documentația de atribuire și a concluzionat că neîndeplinirea acestora conduce la respingerea ofertei în temeiul prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Petenta a preluat informații din documentația de atribuire, le-a inclus în contestație și a adus acuzații speculative/nedovedite în privința propunerii tehnice depusă de SRL.

În virtutea rolului activ Consiliul a solicitat prin intermediul adresei nr. .. contestatoarei SRL:

(...) în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, vă solicităm, ca, în termen de 3 zile de la primirea prezentei, să ne comunicați, **motivarea în fapt, în concret, în mod individualizat, a criticilor formulate în cuprinsul contestației, precum și mijloacele de probă de care dispuneți.**

..... SRL a furnizat prin intermediul adresei înregistrată la Consiliu sub nr. 21385/08.04.2024 următoarele precizări:

Raportat la solicitarea de indicare în concret a criticilor, precum și a dovezilor pe care le dețineți arătăm următoarele

Onorat Consiliu, ofertanta SRL, a declarant oferta sa ca fiind confidențială în totalitate.

Raportat la această declarație, NEDOVEDITĂ conform prevederilor legale în materia achizițiilor publice, Autoritatea Contractantă a refuzat subscrisei accesul la Dosarul achiziției, inclusiv la Rapoartele de evaluare a ofertelor și la solicitările de clarificări transmise de Autoritatea Contractantă.

Astfel aceste documente - Rapoartele de evaluare a ofertelor și la solicitările de clarificări transmise - nu sunt sub incidența declarației de confidențialitate prezentată de ofertanta SRL, deoarece acestea sunt documente ale Comisiei de Evaluare - Autorității Contractante.

În lipsa accesului la documentele dosarului achiziției publice - atât ale ofertantei desemnate câștigătoare (deoarece acestea nu pot avea caracter confidențial inclusiv prin prisma îndrumării privind analiza confidențialității ofertelor emisă de ANAP) subscrisa nu este în măsură de a indica mijloacele de probă care susțin criticile formulate.

(...)

Astfel raportat la conduita Autorității Contractante de a nu permite accesul nici la documentele proprii - Rapoartele de evaluare a ofertelor și la solicitările de clarificări transmise - ni s-a încălcat dreptul la un proces echitabil, respectiv la dreptul de a studia dosarul achiziției/a documentelor neconfidențiale pentru a indica în mod punctual mijloacele de probă care susțin criticile formulate.

Totodată raportat la informațiile pe care le deținem, arătăm faptul că ofertanta SRL, nu a prezentat o ofertă conformă și admisibilă, raportat la cerințele din Documentația de Atribuire.

Ulterior studierii dosarului achiziției publice la Consiliul, autoarea contestației a formulat Concluziile scrise înregistrate la Consiliu sub nr. 25609/24.04.2024, criticile formulate vizavi de propunerea tehnică SRL fiind în continuare nemotivate.

Acest aspect a fost reținut și de autoritatea contractantă, aceasta precizând următoarele:

Cu privire la nemotivarea contestației

Asa cum se observa din documentele transmise de contestator, acesta a reprodus în contestație cerințele din fișa de date și din specificațiile tehnice aferente documentației de atribuire, acuzând în opinia sa, ca oferta câștigătoare nu îndeplinește aceste condiții fara ca aceste acuzații să fie justificate - probate. Acest tip de motivare nu reprezintă o motivare validă a contestației, acuzațiile contestatorului fiind nejustificate.

Pentru acest motiv, solicitam, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației prin prisma criticilor vagi, generale și neprobate, ca inadmisibilă.

În mod similar și autoarea intervenției are aceeași abordare precizând următoarele:

După cum am arătat, în speță, lipsește motivarea contestației, COSTRUCTUS SRL limitându-se la a face speculații/aprecieri generale privind oferta subscrisei.

Pentru acest motiv, solicitam, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației prin prisma criticilor vagi, generale și neprobate, ca inadmisibilă.

Simpia reproducere în contestație a unora sau a tuturor cerințelor din fișa de date ori a specificațiilor din documentația de atribuire, dublată de acuza că oferta câștigătoare nu le îndeplinește, în opinia și interpretarea sa subiectivă, nu reprezintă o motivare validă a contestației, reieșind astfel netemeinicia criticilor contestatorului.

Subliniem că nicio critică punctuală nu este concret invocată și probată, contestatoarea îmitându-se la a expune supoziții personale, bănuieli și informații incerte, Consiliul putând fi investit cu controlul legalității actelor emise de autoritatea contractantă și nicidecum cu evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii, procesul de evaluare fiind exclusiv prerogativa comisiei de evaluare potrivit art. 127 din HG nr. 395/2016.

De asemenea, arătăm că CNSC-ul nu are posibilitatea legală de a efectua o anchetă pe cont propriu pentru a verifica dacă un ofertant îndeplinește sau nu cerințele din documentația de atribuire, ci poate doar verifica dacă raționamentul probat de contestator este corect sau nu. Or, în speța pendinte, nu se poate discuta despre un raționament probat de contestatoare, pentru simplul motiv că acesta lipsește cu desăvârșire.

Autoarea contestației este conștientă de superficialitatea motivării contestației sale în lipsa vreunei probe sau fundament concret, însă demarează procedura de contestație în speranța că, urmare a studierii dosarului achiziției publice, va descoperi noi motive pe care își poate fundamenta anularea rezultatului procedurii. Or, motivarea unei contestații nu se poate asigura după promovarea ei ci, în mod obligatoriu, prin chiar conținutul depus.

Separat de faptul că nu a adus argumente concrete în susținerea afirmațiilor sale, contestatoarea nu a demonstrat că, propunerea tehnică SRL nu satisface în mod corespunzător cerințele din fișa de date/caietului de sarcini/documentației de atribuire.

Față de cele de mai sus, se constată că autoarea contestației SRL a făcut o înșiruire a unor cerințe ale fișei de date a achiziției și caietului de sarcini și a apreciat că SRL nu a îndeplinit anumite cerințe impuse, fără însă vreo referire concretă și fără depunerea vreunei probe în susținere.

Petenta a preluat informații din documentația de atribuire, le-a inclus în contestație și a adus acuzații speculative/nedovedite în privința propunerilor tehnice.

De altfel, în cererea de intervenție formulată SRL a răspuns contestatoarei punctual la fiecare dintre acuzații, prin indicarea în concret a paginilor unde se regăsesc informațiile/documentele a căror pretinsă lipsă este reclamată.

Așadar, analizând contestația formulată de SRL în ceea ce privește propunerea tehnică, se constată că aceasta a fost bazată exclusiv pe generalități și speculații, fără vreun argument concret cu privire la ofertele asocierilor concurente.

Din cuprinsul contestației, se poate constata că motivele concrete de nelegalitate și netemeinicie a deciziei autorității contractante nu apar menționate. În contestație figurează doar motive de ordin ipotetic, simple presupuneri emane de cel care a redactat contestația și răspunsul, fără vreo legătură concretă cu actele depuse de ofertant și cu evaluarea realizată de autoritatea contractantă.

Societatea SRL a ales să depună o contestație incompletă, lipsită de motivarea efectivă a acuzelor aduse autorității și ofertei concurente. Întreaga motivare a contestației constă în redarea cerințelor din fișa de date/caietul de sarcini și corelarea acestora cu motive speculative vizavi de propunerea tehnică depusă de SRL.

Motivarea contestației, reprezentând un element esențial al acesteia, trebuia prezentată în cuprinsul ei, în interiorul termenului legal de contestare. Nicidecum motivarea contestației nu se poate realiza abia după ce contestatorul consultă dosarul cauzei.

Simpla reproducere în contestație a unora dintre cerințele din documentația de atribuire, dublată de acuza că SRL nu le

îndeplinește, nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia acuzelor rămase la nivel declarativ.

Autoarea contestației a motivat că în lipsa accesului la documentele dosarului achiziției publice nu este în măsură de a indica mijloacele de probă care susțin criticile formulate.

Însă, chiar și atunci când contestatoarea invocă faptul că înscrisurile se află la partea adversă (autoritatea contractantă), el este ținut să își motiveze acțiunea, respectiv să explice de ce este nelegal actul autorității pe care îl atacă, în termenul prescris imperativ de lege.

În cuprinsul concluziilor scrise înregistrate la Consiliu sub nr. 25609/24.04.2024, ... SRL a avut aceeași abordarea vizavi de criticile aduse, mărginindu-se să reclame pretinsa neîndeplinire a unor cerințelor reclamate, fără să motiveze pretinsele neconformități, insuficiența motivări este vădită în contextul în care contestatoarea doar a indicat cerințele pretinse a fi neîndeplinite, raportându-se la cerințele cuprinse în cadrul documentației de atribuire.

Consiliul susține că, nu este totuna **a afirma** încălcarea dreptului cu a prezenta **argumentele** pentru care se susține că dreptul a fost încălcat. A motiva nu se limitează la a susține încălcarea dreptului, ci presupune indicarea tuturor împrejurărilor care justifică o atare afirmație.

Motivarea trebuie să explice într-un mod rezonabil pretinsa relație de contrarietate dintre actele atacate ale autorității contractante și normele legale de referință, nu doar să afirme existența unei pretinse încălcări, **neindividualizate în concret**.

Astfel, Consiliul va analiza doar criticile pentru care autoarea contestației a indicat în concret motivarea în fapt și în drept , respectiv cele referitoare la graficul Gantt și graficul general general de execuție.

Referitor la graficele mai sus indicate, contestatoarea a argumentat în favoarea criticilor care vizează neconformitatea acestor grafice următoarele aspecte:

- Conform mențiunilor din cadrul Procesului Verbal de Evaluare a propunerilor tehnice nr. 836/06.02.2024, Graficul general de realizare a contractului, are doar o pagină, respectiv pag. 544 din oferta tehnică;

- Raportat la această mențiune, privind numărul paginilor aferente acestui document, Graficul de îndeplinire a contractului nu este întocmit și nu cuprinde toate categorii de activități (cu subactivitățile aferente), în succesiunea logică de realizare a acestora cu precizarea duratelor de îndeplinire și a datelor de începere și de finalizare (start-finish), precum și cu indicarea drumului critic, a interdependentelor dintre activități și a reperelor critice (jaloane/ milestones).

(...)

- Conform mențiunilor din cadrul Procesului Verbal de Evaluare a propunerilor tehnice nr. 836/06.02.2024, pag. 17, se precizează faptul că „Graficul Fizic în concordantă cu informațiile din Graficul Gantt „ conține 3» pagini și se regăsește la „ pag. 545 - 547 din oferta tehnică ;

- *Onorat Consiliu, graficul fizic care corelat cu informațiile din Graficul Gantt, dacă este întocmit respectând toate cerințele din Documentația de Atribuire, nu se poate prezenta pe 3 pagini, decât în măsura în care nu prezintă toate informațiile.*

În cererea de intervenție formulată SRL a răspuns contestatoarei, punctual la fiecare dintre acuzații, prin indicarea în concret a paginilor unde se regăsesc informațiile/documentele a căror pretinsă lipsă este reclamată.

Vizavi de acuzele aduse, intervenienta a precizat următoarele:

Cu privire la criticile de la pct. (28) (29) (30) - In cadrul Propunerii Tehnice există un întreg capitol care are ca obiect Programului de Execuție (inclusiv diagrama Gantt), organizat pe luni calendaristice, împartit pe categorii de lucrări, unde comisia de evaluare a putut să vadă succesiunea tehnologica de realizare a lucrărilor, ordinea si modul de derularea a acestora etc.

Aceste aspecte se regăsesc în Propunerea noastră tehnică începând cu pag. 544. Arătăm că au fost prezentate toate elementele solicitate de Beneficiar în vederea redactării graficului de execuție si au fost respectate toate cerințele din Fisa de Date, Caietul de Sarcini sau orice alt document pus la dispoziție de Beneficiar.

Totodată, arătăm că graficul la care face referire Contestatorul a fost întocmit cu respectarea succesiunii logice, precizând datele de "start-finish", a fost indicat drumul critic în Graficul Gantt etc.

(...)

Cu privire la critica de la pct. (32) - Graficul fizic de realizare a investiției se regăsește în propunerea tehnică, la pag 501. Activitățile sunt reprezentate pe luni si atât activitățile cat si perioadele de execuție a acestora sunt corelate cu Graficul Gantt (durata zile, data început, data sfârșit), acesta regasindu-se cum s-a menționat mai sus la pag 544.

Din examinarea propunerii tehnice, Consiliul a regăsit informațiile de mai sus la paginile amintite și a constatat că ofertanta SRL a prezentat documentele mai sus amintite, într-un mod detaliat, cuprinzând toate informațiile pretinse a fi lipsă, la care face referire contestatoarea.

Se reține că în cadrul propunerii tehnice există un întreg capitol care are ca obiect *Programul de execuție, planul de lucru și grafic general* la **paginile 500-549** fiind detaliat și drumul critic, inclusiv în partea narativă (paginile 538-540). Graficul Gantt se regăsește la paginile 544-549, fiind organizat pe luni calendaristice, detaliat pe categorii de lucrări, cuprinzând informații despre lucrările ce urmează a fi executate, durata, personalul și utilajele implicate.

În ceea ce privește graficul general de execuție (graficul fizic de realizare a investiției) acesta se regăsește la pagina 501. În cadrul graficului activitățile sunt reprezentate pe luni, iar activitățile și perioadele de execuție a acestora sunt corelate cu Graficul Gantt (durata zile, dată început, dată sfârșit), acesta regăsindu-se cum s-a menționat mai sus la pag 544-548.

În raport de cele mai sus reținute se constată caracterul nefondat al criticilor referitoare la graficele depuse de ofertanta SRL, acestea înscriindu-se în rigorile documentației de atribuire.

Așadar, în raport cu cele mai sus reținute Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor aduse de SRL vizavi de pretinsa neconformitate a propunerii tehnice depusă de SRL.

Următoarele critici vizează faptul că propunerea financiară prezentată de SRL este neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele din fișa de date/caietului de sarcini/documentatiei de atribuire.

Sintetizând, criticile formulate vizează următoarele aspecte:

a) *Ofertanta în cadrul propunerii financiare nu a cuantificat toate costurile cu materiale, consumabile, echipamente, cheltuieli, salarizarea plus sarcini, cheltuieli generale, paza șantierului cu agenți de pază, profit, impozit pe venit etc. și orice contribuții pentru executarea completa și în întregime a lucrărilor solicitate prin Documentația de Atribuire; toate costurile cu testarea lucrărilor finalizate și punerea în funcțiune a acestora, întocmirea documentațiilor post-execuție, întocmirea instrucțiunilor legate de exploatare; costurile legate de protejarea mediului, conform normelor legale, precum și cele legate de refacerea cadrului natural după finalizarea lucrărilor;*

b) *Ofertanta, deoarece în cadrul Graficului Gantt nu a cuantificat toate resursele materiale, umane și de utilaje, necesare realizării lucrărilor, nu a cuantificat în mod corect costurile aferente realizării lucrărilor;*

c) *Mai mult deoarece locația exactă de furnizare a materialelor este eronată, și cuantificarea costurilor cu transporturile sunt neconforme;*

d) *Onorat Consiliu, valoarea cheltuielilor indirecte oferite de SRL nu acoperă cheltuielile necesare realizării lucrărilor conform cerințelor din Documentația de Atribuire, prin raportare la prevederile Anexei nr. 6 din Ordinul 1568/2022 pentru aprobarea "Ghidului privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice -Indicativ P91/1.02"(...);*

e) *Astfel, dacă cuantificăm doar valoarea retribuițiile aferente personalului de specialitate solicitat (Manager de proiect, Șef de Șantier, Responsabil Tehnic cu Execuția, Responsabil cu calitatea în construcții, responsabil SSM), valoarea acestora pe durata de realizare a lucrărilor conform Graficului Gantt, este insuficientă, fără a mai cuantifica și celelalte cheltuieli.*

Ca și în cazul criticilor anterior analizate care au vizat propunerea tehnică, Consiliul constată caracter lor general, fără motivarea aferentă.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a argumentat conformitatea propunerii financiare astfel:

Menționăm în primul rând că, propunerea financiară depusă de SRL. respectă întocmai cerințele solicitate prin documentația de atribuire, prețul propus nu este neobișnuit de scăzut în raport cu obiectul contractului. Prețul ofertat reprezintă 83,40 % din valoarea estimată a achiziției, iar prețul ofertat de contestator reprezintă 87,97.

În graficul de execuție sunt cuantificate costurile aferente realizării lucrărilor, iar în ceea ce privește afirmările privind costurile cu forța de muncă oferite de SRL, la data depunerii ofertei respectă tariful orar prevăzut în OG nr. 93/31.10.2023 privind stabilirea salariului de bază minim brut pe țară, garantat în plată pentru sectoarele construcții, agricol și industria alimentară, astfel că cele susținute nu pot fi probate.

Referitor la aspecte privind cheltuielile indirecte aplicate la lucrare de SRL, se încadrează în limitele legale fiind în procent de 5%, iar marja de profit fiind tot de 5%, identică cu cea aplicată de contestatoare.

În concluzie, față de cele expuse mai sus și contrar afirmațiilor prezentate în contestație de către operatorul economic, se poate constata că oferta prezentată de SRL, respectă cerințele solicitate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, fiind declarată câștigătoare ca urmare a aplicării criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut", fiind clasată pe primul loc, conform celor prezentate în Procesul verbal nr. 1.283 /23.02.2024 și nr. 1.940 din 21.03.2024.

În cererea de intervenție s-a arătat că:

Resursele necesare realizării investiției au fost cotate în întregime, după cum reiese din resursele cumulate rezultate după rularea investiției - C6,C7,C8,C9 - pag (49-56)

Resursele umane și utilaje au fost cuantificate în corelare cu graficul gantt după cum se poate observa în graficul cu alocare resurse pag 545-546.

Locația de furnizare a materialelor este corect specificată la pag 975. Transportul este calculat raportat la aceste distanțe, sau în cazul unor anumiți furnizori în care transportul este inclus în prețul materialelor livrate, acest fapt reiese din ofertele de pret.

Conform dispozițiilor din Ordinul nr. 1568/2022, cheltuielile indirecte și profitul se aplică tuturor componentelor printr-un program de întocmire a devizelor, la nivelul stabilit de societate și în limitele stabilite de legiuitor, program care se utilizează la orice modificare/actualizare, cu respectarea aceluiași formule, procentul acestor categorii de cheltuieli fiind parte a ofertei, astfel că rămâne același aplicat unor cheltuieli variabile (directe).

În acest sens, rugăm onorat Consiliu să aibă în vedere că potrivit Ordinului Ministerului Finanțelor publice nr. 18261/22.12.2016, cheltuielile indirecte nu se pot justifica pe un anumit proiect, ci pe toată activitatea unei societăți: "Cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei. (b) Cheltuielile indirecte cuprind: - regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție, care rămân relativ constante, indiferent de volumul producției".

Toate argumentele aduse de autoarea contestației sunt de ordin general și nu depășesc nivelul declarativ. Argumentația autoarei contestației, în justificarea pretenției nesustenabilității a propunerii financiare, nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare prin raportare la nivelul generic de exprimare al contestatorului, Consiliul consideră că se impune aplicarea dispozițiilor art. 249 din N.C.P.C., potrivit căroră "*Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească (...)*", deoarece, în opinia sa, argumentele contestatorului sunt lipsite de consistență, deopotrivă în fapt și în drept, aspect ce vine în contradicție cu principiul, "*actori incumbit probatio*", conform căruia "*sarcina probei incumbă, în mod exclusiv, reclamantului*".

Simplele presupuneri, nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia acuzelor rămase la nivel declarativ.

Contestatoarea este ținută să își motiveze acțiunea, respectiv să explice de ce este nelegal actul autorității pe care îl atacă în termenul prescris imperativ de lege.

Contestația trebuie să cuprindă motivarea integrală a ei, în fapt și în drept, altminteri, contestația este socotită a fi completă și se poate trece imediat la soluționarea ei.

Consiliul nu se poate substitui autoarei sesizării în ce privește invocarea motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate. Sesizarea trebuie realizată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, care servește la determinarea

exactă a obiectului judecății administrative, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării. Altminteri, judecata ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

Contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții.

Simpla reproducere în contestație a unora sau a tuturor cerințelor din fișa de date a achiziției ori a specificațiilor din caietul de sarcini, dublată de acuza că ceilalți ofertanți nu le îndeplinește, nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia acuzei rămase la nivel declarativ.

În susținerea afirmațiilor sale, reclamanta a invocat faptul că autoritatea contractantă i-a refuzat accesul și nu a pus la dispoziția acesteia documentele din cadrul ofertei depusă de SRL, autoritatea contractantă motivând că ofertanta a declarat confidențiale propunerea tehnică și financiară,.

Relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei nu trebuie să depindă motivarea contestației sau soluționarea ei. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac –, iar nu să fie o formă fără fond, motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice. Contestația este și rămâne o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părți, cum s-a spus mai înainte.

Motivarea contestației, reprezentând un element esențial al acesteia, trebuie prezentată în cuprinsul ei, în interiorul termenului legal de contestare sau, cel mai târziu, în termenul dat de Consiliu în baza art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Chiar și atunci când contestatoarea invocă faptul că înscrisurile se află la partea adversă (autoritatea contractantă/Consiliu), el este ținut să își motiveze acțiunea, respectiv să explice de ce este nelegal actul autorității pe care îl atacă, în termenul prescris imperativ de lege.

Contestația, s-a reținut mai sus, trebuie să cuprindă motivarea integrală a ei, în fapt și în drept, iar singura ipoteză în care se admite completarea motivării este aceea de la art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, când Consiliul apreciază că în contestație nu se regăsește motivarea ei, ocazie cu care pune în vedere autoarei să își regularizeze (completeze) contestația în termen de trei zile. După cum se cunoaște, părțile au obligația să îndeplinească actele de procedură în condițiile, ordinea și termenele stabilite de lege sau de judecător, să își probeze pretențiile și apărările [art. 10 alin. (1) noul C. proc. civ.]. Altminteri, contestația este socotită a fi completă și se poate trece imediat la soluționarea ei. În plus, este de știut că, în lumina Legii nr. 101/2016,

formularea și, implicit, motivarea contestației sunt independente de studiul dosarului cauzei de către contestator, dosar care, evident, nici nu există la data depunerii contestației, ci se întocmește ulterior de către organul administrativ-jurisdicțional. În consecință, și soluționarea contestației este și trebuie să fie independentă de studierea dosarului cauzei de către reclamantă. Bunăoară, nicio prevedere în vigoare nu leagă și, cu atât mai puțin, nu împiedică soluționarea contestației de către Consiliu de absența studierii dosarului de către părțile în conflict, în cele 20 de zile de care dispune organul jurisdicțional, dimpotrivă, mai cu seamă că la art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 se statuează că depunerea concluziilor – scrise sau orale – trebuie realizată în cursul procedurii, evident fără a fi afectată curgerea intervalului de 20 de zile.

Insuficiența motivării este vădită în contextul în care contestatoarea doar a indicat cerințele pretinse a fi neîndeplinite, raportându-se la cerințele cuprinse în cadrul documentației de atribuire.

Pentru a răspunde exigențelor de legalitate, respingerea ofertei în temeiul dispozițiilor legale cuprinse în Legea nr. 98/2016 și în H.G. nr. 395/2006 presupune, fără excepție, identificarea și expunerea a celor cerințe din documentația de atribuire de la care s-a abătut ofertantul, însoțite de o argumentare care să probeze inacceptabilitatea/neconformitatea ofertei cu respectivele cerințe.

Jurisprudența Consiliului este constantă în ceea ce privește faptul că o contestație trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, printre care tocmai motivarea, în fapt și în drept, cu titlu de exemplu fiind Decizia nr. ..

Pe cale de consecință criticile formulate de autoarea contestației în referire la pretinsa neconformitate a propunerii tehnice și a nesustenabilității propunerii financiare SRL nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare, urmând a fi respinse ca nefondate, acestea fiind neîntemeiate.

Următoarele critici vizează faptul că oferta prezentată de SRL este inadmisibilă, deoarece nu îndeplinește cerințele de calificare și selecție privind experiența similară și totodată nu au fost prezentate documentele prevăzute în documentația de atribuire pentru terțul susținător.

Argumentele aduse de contestatoare în favoarea criticilor formulate se bazează pe următoarele aspecte:

- Conform prevederilor din Fișa de Date a Achiziției s-a precizat faptul că în situația în care ofertanții justifică îndeplinirea cerințelor de calificare și selecție prin intermediul unui terț susținător, aceștia au obligația de a prezenta odată cu angajamentul terțului și modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia;

- Ofertantul a prezentat angajamentul terțului de susținere dar nu a prezentat modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia în cazul în

care ofertantul va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului;

- Astfel suplimentar angajamentului de susținere, ofertantul avea obligația de a prezenta modul efectiv prin care terțul susținător va intervenii și va finaliza lucrările în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului.

Concluzia la care ajunge contestatoarea este aceea că, în lipsa prezentării în mod concret a modalității de implicare a terțului susținător, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a constată că ofertantul îndeplinește cerințele de calificare și selecție din documentația de atribuire.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a argumentat admisibilitatea ofertei astfel:

Asa cum reiese din documentele depuse de ofertantul declarat castigator, tertul sustinator vine in sustinerea ofertantului din punct de vedere al experientei similare prezentand document justificativ prin contractul de lucrari nr. 497757 din 27.12.2018 inleiat cu ..

In ceea ce priveste formularul de angajament al tertului sustinator acesta respecta formularul atasat in sectiunea Formulare din anexele la documentatia de atribuire. Sustinerea terului nu are legarura nici cu personalul nici cu utilajele si echipamentele pe care ofertantul le-a prezentat in propunerea tehnica.

De asemenea, din cuprinsul angajamentului ferm prezentat de catre Tertul susținător, conform Formulelor puse la dispozitie de către UAT, reiese modul in care tertul susținător va interveni si va finaliza lucrărilor in măsura în care ofertantul declarat castigator nu va putea finaliza lucrările.

În cererea de intervenție s-a arătat că:

Astfel, din anagajamentul ferm prezentat de către Tertul susținător, conform Formulelor puse la dispoziție de către autoritatea contractantă, reiese clar modul in care tertul susținător va interveni si va finaliza lucrărilor in măsura în care subscrisa nu voi putea finaliza lucrările.

Prin documentele suport este probata experienta similara a tertului sustinator si, cel mai important, modul prin care tertul sustinator a mai gestionat buna desfasurare a contractelor de care a fost răspunzător.

Potrivit angajamentului de susținere este prevăzută si modalitatea de susținere, sens in care PROCONS GROUP SRL se obligă în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să pună la dispoziția subscrisei "resursele tehnice și/sau profesionale necesare pentru îndeplinirea integrala, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică."

Trecând la soluționarea celor reclamate, Consiliul reține incidența următoarelor dispoziții legale:

- Legea nr. 98/2016:

- Art. 172. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

- **Art. 182.** - (1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

a) în cadrul unei profesii reglementate cum ar fi, dar fără a se limita la: activități medicale, activități contabile, activități de audit financiar, activități de asistență și reprezentare juridică specifice profesiei de avocat, activități de arhitectură;

b) în baza deținerii unei autorizații/certificări/atestări specifice fără de care nu poate fi exercitată activitatea ce face obiectul contractului de achiziție publică, cum ar fi, dar fără a se limita la: activități în domeniul gazelor naturale, activități în domeniul infrastructurii feroviare.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) **Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.**

Art. 193:

solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională bazându-se pe capacitățile altor entități, invocând, după caz, susținerea unui terț, DUAЕ, împreună cu angajamentul de susținere, trebuie să fie completat separat și de către terțul/terții susținător (i) pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul. DUAЕ prezentat de terțul/terții susținător (i) va include toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și informațiile de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță pentru susținerea acordată în cadrul procedurii de atribuire respective.

(3) În cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți.

- Hotărârea de Guvern nr. 395/2016:

Art. 48. - (1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, **respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul**

unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacități ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant.

Art. 49. - În scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către terțul/terții care acordă susținere, în condițiile art. 183 alin. (1) din Lege, autoritatea contractantă poate solicita terțului/terților susținător(i), oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente și informații suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele prezentate, în cazul în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligațiilor asumate prin respectivul angajament.

Art. 50. - (1) În cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, iar susținerea acordată de unul sau mai mulți terți vizează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca prin actul încheiat cu terțul/terții susținător (i) să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm. Prevederile contractuale dintre autoritatea contractantă și contractantul principal vor asigura că autoritatea contractantă poate aplica această obligație.

(2) Autoritatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contract clauze specifice care să permită autorității contractante să urmărească orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terțului/terților susținător/susținători pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin angajamentul ferm, cum ar fi, dar fără a se limita la, printr-o cesiune a drepturilor contractantului către autoritatea contractantă, cu titlu de garanție.

Art. 51. - (1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă."

Cerința a cărei neîndeplinire este reclamată se regăsește la nivelul fișei de date fiind redactat astfel:

„ IV, 4.3 Modul de prezentare al ofertei

Pentru a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertanti, operatorii economici au obligația să se înregistreze în Sistemul Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), conform Legii nr. 98/2016. Vor fi acceptate numai ofertele depuse online în SEAP. Adresa la care se depune oferta este mtnv.e-licitatie.ro. Formularul DUAE configurat de autoritatea contractantă direct în SEAP se completează de operatorii economici după autentificarea în sistemul electronic, ținând seama de calitatea în care aceștia participă la procedura (ofertant, asociat, subcontractant, tert sustinător). Pentru cazurile în care ofertantul este o asocierie de operatori economici sau

pentru cazurile în care ofertantul are subcontractanți sau terți sustinatori, fiecare operator economic se va autentifica în SICAP și va accesa prezenta procedură de atribuire în vederea completării DUAE în calitatea în care a fost inclus prezenta procedură de atribuire (asociat, subcontractant, tert susținător). **O data cu DUAE se vor depune acordul de asociere/acordul de subcontractare/angajament ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia.**

Din interpretarea coroborată a cerințelor documentației de atribuire cu prevederile legale anterior menționate rezultă că ofertanții sunt obligați să probeze, pe de o parte, că *dispun efectiv de resursele terțului*, iar pe de altă parte, că terțul *deține* resursele respective. Cu alte cuvinte, ofertanții sunt obligați să prezinte în susținerea angajamentului și documente care să indice care sunt concret resursele tehnice și profesionale pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm, cât și modul efectiv în care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Din examinarea ofertei depuse de SRL se rețin următoarele înregistrări prezentate:

- formularul 4 - *Angajamentul ferm* din partea PROCONS GROPU SRL privind susținerea tehnică și/sau profesională;

- în cuprinsul angajamentului sunt precizate următoarele:

Terț susținător tehnic și/sau profesional SC .

ANGAJAMENT FERM

privind susținerea tehnică și/sau profesională a ofertantului/grupului de operatori economici cu privire la procedura de atribuirea contractului Executie lucrari „.....”.

Noi . (...), ne obligăm, în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția SC . SRL toate resursele tehnice și profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de acesta, conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă.

Acordarea susținerii tehnice și profesionale nu implică alte costuri pentru achizitor, cu excepția celor care au fost incluse în propunerea financiară.

În acest sens, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția SC . SRL resursele tehnice și/sau profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.

Susținerea tehnică și/sau profesională se referă la:

■ **capacitatea tehnică și profesională pentru îndeplinirea cerinței de calificare de la capitolul III. 1.3 (a) din Fișa de Date a Achiziției,**

Noi, SC .SRL, declarăm că înțelegem să răspundem față de autoritatea contractantă pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de SC . SRL, în baza contractului de achiziție publică și pentru care SC . SRL a primit susținerea tehnică și profesională conform prezentului angajament, renunțând în acest sens, definitiv și irevocabil, la invocarea beneficiului de diviziune sau discuțiune.

Noi, SC . SRL, declarăm că înțelegem să răspundem pentru prejudiciile cauzate autorității contractante ca urmare a nerespectării obligațiilor prevăzute în angajament.

Noi, SC . SRL, declarăm că înțelegem să despăgubim

Noi, SC . SRL, declarăm că înțelegem să renunțăm definitiv și irevocabil la dreptul de a invoca orice excepție de neexecutare, atât față de autoritatea contractantă, cât și față de SC ., care ar putea conduce la neexecutarea, parțială sau totală, sau la executarea cu întârziere sau în mod necorespunzător a obligațiilor asumate de noi prin prezentul angajament.

Beneficiarul pentru orice daune, pierderi și cheltuieli (inclusiv taxe și cheltuieli de judecată) suportate de Beneficiar în cazul în care nu respectăm obligațiile asumate prin acest angajament ferm sau îndeplinim aceste obligații în mod defectuos.

In conformitate cu prevederile art. 184 din Legea 98/2016, operatorul economic SC . SRL și terțul/terții susținători vor răspunde solidar pentru executarea contractului.

Prezentul reprezintă angajamentul nostru ferm încheiat în conformitate cu prevederile art.182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care dă dreptul autorității contractante de a solicita, în mod legitim, îndeplinirea de către noi a anumitor obligații care decurg din susținerea tehnică și profesională acordată . SRL

Data: 04.01.2024

Terț susținător, . SRL

(stampila și semnătura autorizată)

Angajamentul ferm este însoțit de Formularul 3- *DECLARAȚIE terț susținător privind experiența similară* cuprinzând lista-principalelor lucrări/servicii executate. Respectiva declarație este anexă la „Formularul nr. 4 - Angajamentul ferm” privind susținerea tehnică și/sau profesională oferită SC . SRL, respectând formulare puse la dispoziție de autoritatea contractantă.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de faptul că ofertanta SRL a prezentat angajamentul terțului susținător . SRL, dar nu a prezentat modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului.

Astfel contestatoarea susține că, suplimentar angajamentului de susținere, ofertanta avea obligația de a prezenta modul efectiv prin care terțul susținător va interveni și va finaliza lucrările în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului.

Se vor reține și argumentele aduse de autoritatea contractantă în replică la cele reclamate, potrivit cărora din angajamentul ferm depus de ofertanta declarată câștigătoare, *terțul susținător vine în susținerea ofertantei din punct de vedere al experienței similare, prezentând document justificativ prin contractul de lucrări nr. 497757 din 27.12.2018 încheiat cu . - soluție inovativă pentru creare undă verde pentru tramvai .*

Achizitoarea a adăugat și faptul că în ceea ce privește formularul de angajament al tertului sustinator, acesta respecta formularul atașat în secțiunea *Formulare* din anexele la documentația de atribuire. De asemenea, menționează și că din cuprinsul angajamentului ferm prezentat de catre tertul susținător, reiese modul în care tertul susținător va interveni si va finaliza lucrărilor in măsura în care ofertantul declarat castigator nu va putea finaliza lucrările, iar susținerea terțului nu are legatură, nici cu personalul, nici cu utilajele și echipamentele pe care ofertanta le-a prezentat în propunerea tehnică.

Autoarea intervenției SRL a susținut următoarele:

In primul rând, susținerea terțului privea partea de experiență similară si nu partea de utilaje sau personal, cum încerca contestatorul sa argumenteze.

Experiența similară nu este altceva decât o informație care rezultă din declarația data dovedită prin contractele derulate (procese-verbale de recepție, recomandări, etc) că

ofertantul a realizat astfel de lucrări, cerință care nu poate fi îndeplinită decât prin astfel de documente și nu, cum în mod greșit, contestatorul considera, prin transferul acestor resurse.

Experiența similară reprezintă cerință de calificare distinctă de cea care ar putea privi personalul sau utilajele deținute de ofertant, cerință cu care pare să fi confundat contestatorul cerința referitoare la experiența similară.

Susținerea terțului vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare referitoare la experiența similară, reflectate prin prezentarea unui contract executat într-o perioadă anterioară, iar angajamentul ferm prezentat de ofertant garantează autorității contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tertul susținător își asumă angajamentul prin care se obligă să asigure îndeplinirea integrală reglementară și în termen a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă.

Tocmai de aceea, prin documentele suport este probată experiența similară a tertului susținător și, cel mai important, modul prin care tertul susținător a mai gestionat buna desfășurare a contractelor de care a fost răspunzător.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă și autoarea intervenției, respectiv că prin anexa angajamentului ferm este probată experiența similară a tertului susținător și, cel mai important, modul prin care tertul susținător a mai gestionat buna desfășurare a contractelor de care a fost răspunzător, așa cum a fost mai sus reținut potrivit dispozițiilor legale incidente (mai sus redată) ofertanții sunt obligați să probeze, pe de o parte, că *dispun efectiv de resursele tertului*, iar pe de altă parte, că tertul *deține* resursele respective. Astfel, ofertanții sunt obligați să prezinte în susținerea angajamentului și documente care să indice care sunt concret resursele tehnice și profesionale pe care tertul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și tertul susținător prin angajamentul ferm, cât și modul efectiv în care tertul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Sunt adevărate susținerile achizitoarei și ale autoarei intervenției, că în angajamentul de susținere este prevăzută și modalitatea de susținere, *sens in care* . SRL se obligă în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să pună la dispoziția subscrisei "resursele tehnice și/sau profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică" însă niciunde nu se regăsește modalitatea efectivă prin care tertul susținător va duce la îndeplinire contractul, în situația în care contractantul va fi în imposibilitatea executării contractului.

Pentru achizitoarea prezintă interes proba faptului și modalitatea în care . SRL, prin punerea la dispoziția ofertantei .a resurselor tehnice și/sau profesionale necesare asigură îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.

Sunt juste susținerile achizitoarei și autoarei intervenției potrivit cărora prin documentația de atribuire nu s-a solicitat depunerea niciunui document suplimentar la angajamentul de susținere, însă potrivit dispozițiilor legale incidente, art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către tertul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv

prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

Consiliul din lecturarea conținutului angajamentului ferm prezentat constată că este menționată la nivel declarativ faptul că *"SC PROCONS GROUP SRL se obligă în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să pună la dispoziția subscrisei "resursele tehnice și/sau profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică" și nicidecum modul efectiv în care acesta va asigura îndeplinirea propriilor angajamente de susținere.*

Mai mult, cerința din fișa de date a fost ca, din angajamentul ferm să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia.

Se rețin și argumentele aduse de societatea intervenientă cu ocazia formulării *concluziilor scrise* înregistrate la Consiliu sub nr. 26550/29.04.2024, respectiv:

- *Astfel, . SRL se obligă în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să pună la dispoziția subscrisei "resursele tehnice și/sau profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică"*

- *Suplimentar, în Propunerea tehnică, începând cu:*

Pagina 675 - regăsim Contractul de prestări servicii nr. 10/10.11.2023 pentru care terțul, . SRL, se obligă să pună la dispoziția beneficiarului muncitori calificați si necalificați,

Pagina 681, sunt enumerate toate utilajele/infrastructura detinute/ă de către această societatea si care vor fi utilizate la executarea lucrării, inclusiv dovada deținerii, autorizării, registrul mijloace fixe etc.

Pagina 738 - Contractul de închiriere nr. 152/01.10.2023, prin care se închiriază utilajele necesare executării lucrării precum si orice alte utilaje necesare.

- *Subliniem că potrivit Angajamentului de susținere se precizeaza expres că acordarea susținerii tehnice și profesionale nu implică alte costuri pentru achizitor, cu excepția celor care au fost incluse în propunerea financiară.*

Așadar, potrivit documentelor depuse mai sus enumerate ofertanta SRL probează, pe de o parte, că dispune efectiv de resursele terțului, iar pe de altă parte, că terțul deține resursele respective.

Ceea ce nu rezultă din cuprinsul angajamentului ferm și nici din cuprinsul ofertei depusă de SRL este modalitatea efectivă în care se va implica terțul în ducerea la îndeplinire a contractului de achiziție, respectiv modul concret de mobilizare a utilajelor, a resurselor personalului tehnic și implicit de intervenție în implementarea contractului.

Față de cele mai sus reținute Consiliul obligă autoritatea contractantă să clarifice cu ofertanta SRL modul de implicare a terțului susținător, în ducerea la îndeplinire a din contractului de achiziție, respectiv modul concret de mobilizare a utilajelor, a resurselor personalului tehnic și implicit de intervenție în implementarea contractului. Astfel, va solicita ofertantei SRL depunerea în

susținerea angajamentului ferm a unor documentele din care să rezulte modul efectiv în care prin care terțul susținător va interveni și va finaliza lucrările (în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului), respectiv modul în care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Se vor reține și precizările contestatoarei în replică la precizările intervenientei, respectiv:

(Faptul că intervenienta deține un contract de închiriere pentru personalul și utilajele tenului susținător, acest document nu înlocuiește sau suplinește obligația de a prezenta modul efectiv prin care terțul susținător va interveni și va finaliza lucrările în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului.

Contractul de închiriere este un contract comercial prin care locatorul pune la dispoziția chiriașului anumite utilaje.

Totodată, prin acest contract nu se face dovada punerii la dispoziție a întregului personal și a tuturor utilajelor necesare realizării lucrărilor, sens în care dacă se analizează modul efectiv prin care terțul susținător va intervenii și va finaliza lucrările în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului, prin prisma acestui contract de închiriere se constată că terțul susținător nu deține toate echipamentele, utilajele și personalul necesar finalizării lucrărilor, așa cum s-a angajat.

Așadar, cu ocazia dispunerii procesului de reevaluare a ofertei depuse de SRL, autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaulare va fi obligată să analizeze temeinicia/netemeinicia criticilor formulate de contestatoare.

Susținerile contestatoarei vizavi de sancționarea ofertantei cu declararea ofertei inacceptabilă, *motivat de faptul că ofertanta nu a prezentat modalitatea de implicare a terțului în situația în care ofertanta întâmpină dificultăți, la momentul depunerii ofertei, contrar cerințelor exprese din documentația de atribuire, apreciind că în situația în care s-ar solicita clarificări sub acest aspect se încalcă principiul tratamentului egal, așa cum de altfel s-a reținut în cadrul jurisprudenței CJUE nu este temeinică*, nu sunt judicioase, o astfel de măsură fiind disproporționată.

Atâta vreme cât SRL a depus angajamentul ferm, potrivit documentelor depuse mai sus enumerate ofertanta SRL probează, pe de o parte, că dispune efectiv de resursele terțului, iar pe de altă parte, că terțul deține resursele respective, astfel că solicitarea modului concret implicare a terțului susținător, în ducerea la îndeplinire a din contractului de achiziție, respectiv modul concret de mobilizare a utilajelor, a resurselor personalului tehnic și implicit de intervenție în implementarea contractului reprezintă un demers care se circumscrie dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 (în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței. Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin

clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat) documentele depuse ulterior, din care să rezulte modul efectiv în care prin care terțul susținător va interveni și va finaliza lucrările (în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți și nu va putea realiza obiectul contractului), respectiv modul în care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, fiind documente în susținerea angajamentului ferm.

Aceeași abordare a îmbrățișat Consiliul și cu ocazia pronunțării *Deciziei nr. 720/C1/48, 51, 55, 95 din 21.03.2024*, fiind reținute următoarele considerente:

Totodată, din analiza cerințelor stipulate în cadrul documentației de atribuire mai sus iterate, rezultă că documentele prezentate trebuie să indice care sunt concret resursele tehnice pe care terțul le mobilizează în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm.

(...).

Din interpretarea coroborată a cerințelor documentației de atribuire cu prevederile legale anterior menționate rezultă că ofertanții sunt obligați să prezinte în susținerea angajamentului și documente din care să rezulte atât faptul că terții susținători vor desfășura efectiv lucrările care fac obiectul susținerii, cât și modul efectiv în care aceștia vor asigura îndeplinirea propriilor angajamente de susținere.

Din verificarea dosarului achiziției, transmis de către autoritatea contractantă în format electronic la dosarul cauzei, Consiliul constată că, la pag. 404 – 410 din fișierul „17.4. Doc calificare FRASINUL.pdf”, se regăsește declarația DUAE depusă de . în care se menționează, la secțiunea „C: Capacitatea tehnică și profesională” că asocieria . SRL îndeplinește cerința privind experiența similară pentru execuție lucrări prin terțul susținător .fiind depus în acest sens „Angajamentul ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică- experiența similară” (pag. 146 din același fișier) din care rezultă că acesta din urmă se angajează: „(...) în situația în care contractantul Asocieria . . SRL întâmpină dificultăți de natură tehnică pe parcursul derulării contractului, garantăm necondiționat și irevocabil, Autorității Contractante susținerea necesară pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a obligațiilor asumate de Asocieria . prin contractul ce urmează a fi încheiat între ofertant și Autoritatea Contractantă.

(...) vom răspunde față de Autoritatea Contractantă în cazul în care contractantul întâmpina dificultăți în derularea contractului. Astfel, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil să ducem la îndeplinire integrală, reglementară și la termen obligațiile asumate de Asocieria . SRL prin contractul ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă, pentru partea asumată prin prezentul angajament”.

La pag. 144-145 din fișierul cu documentele de calificare aparținând asocierii . SRL se regăsește înscrisul intitulat „declarație privind descrierea modalității concrete de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale ce urmează să fie puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, sau modul concret în care va interveni terțul în situația în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea contractului”, în care . menționează că „(...) în calitate de terț susținător (...) dispune atât de know-how-ul necesar în managementul contractelor de infrastructură rutieră cât și de personalul și dotarea tehnică necesară” și că „în cazul în care Asocieria . SRL, va întâmpina dificultăți pe parcursul îndeplinirii contractului, noi . ne vom mobiliza resursele, utilajele, personalul pentru a interveni în termen de 15 zile, pentru neexecutarea oricărei obligații asumate de Asocieria .”.

În continuarea paragrafelor anterior reproduse, declarația terțului mai conține o prezentare generală a firmei, similară unei reclame comerciale, fără însă, a menționa, în mod clar și concret, modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament.

Astfel, din analiza documentelor mai sus iterate rezultă că, în afară de modelul de angajament și declarație generică semnate de terțul susținător, **asocieria . SRL nu a reușit să furnizeze autorității niciun document care să releve modalitatea efectivă în care**

terțul se va implica în ducerea la îndeplinire a părții din contractul de achiziție respectiv modul concret de mobilizare a utilajelor, a resurselor personalului tehnic și implicit de intervenție în implementarea contractului.

După cum s-a reținut mai sus, autoritatea a cerut ca, odată cu DUAЕ, să se aducă atât angajamentul ferm al terțului susținător, cât și documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea angajamentului de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament și care au lipsit cu desăvârșire în cazul ofertei depuse.

Prin urmare, Consiliul reține că, prin documentele transmise autorității contractante, contestatorul nu a demonstrat că terțul susținător va desfășura efectiv lucrările pentru care acordă susținere, astfel încât, simpla enumerare în format tabelar (pag. 151 – 152 din fișier) a detaliilor aferente unor contracte executate anterior, a avut ca rezultat doar îndeplinirea pur formală a cerinței de calificare privind experiența similară impusă de autoritatea contractantă.

Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 Cod proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatorul FRASINUL SRL nu a reușit să probeze că angajamentul terțului include modul efectiv prin care acesta va asigura execuția lucrărilor în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere, simpla sintagmă: „*ne vom mobiliza resursele, utilajele, personalul pentru a interveni în termen de 15 zile*” nu poate fi considerată „*modul efectiv*” în care terțul asigură îndeplinirea angajamentului de susținere, astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, ci, doar o argumentație generică.

(...)

În soluționare, Consiliul reține că prevederile art. 63 Utilizarea capacităților altor entități, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, prevăd următoarele:

„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. (...)”.

În aceste condiții, rezultă că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea criteriilor care vizează „*experiența profesională relevantă*” (având în vedere argumentele expuse anterior – „*experiența similară*”) trebuie să execute efectiv activitățile pentru care a acordat susținere ofertantului.

(...).

Prin urmare, nu pot fi reținute alegațiile contestatorului FRASINUL SRL potrivit cărora terțului „(...) îi sunt cunoscute etapele și planificarea activităților în cadrul contractului și își asumă transferul resurselor umane în termen de 15 zile, în funcție de etapele din graficul de execuție - necesarul fiind stabilit în funcție de stadiul lucrărilor și conform programului de execuție actualizat la data la care apare ca necesară intervenția terțului susținător, respectiv doar în condițiile în care Contractantul nu își va îndeplini responsabilitățile asumate prin contract”.

În cauza **C-324/14, Partner Apelski Dariusz** împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, cu participarea Remondis sp. z o.o., MR Road Servi-ce sp. z o.o., CJUE s-a pronunțat astfel:

„33 Potrivit unei jurisprudențe constante, articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 și 33).

34 O asemenea interpretare este conformă cu obiectivul deschiderii achizițiilor publice spre o concurență cât mai extinsă posibil pe care îl urmăresc directivele în materie, nu numai în interesul operatorilor economici, ci și al autorităților contractante. În plus, aceasta este totodată de natură să faciliteze accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice, obiectiv spre care tinde de asemenea Directiva 2004/18, astfel cum se arată în considerentul (32) al acesteia (Hotărârea din 10 octombrie 2013, *Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino*, C 94/12, EU:C:2013:646, punctul 34 și jurisprudența citată).

35 Rezultă că, ținând seama de importanța pe care o prezintă în cadrul reglementării Uniunii în materie de achiziții publice, dreptul consacrat la articolul 47 alineatul (2) și la articolul 48 alineatul (3) din directiva menționată constituie o normă generală de care autoritățile contractante trebuie să țină seama atunci când își exercită competențele de verificare a aptitudinii ofertantului de a executa un contract determinat.

(...)

37 În aceste împrejurări, trebuie precizat, în primul rând, că, deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, *Holst Italia*, C 176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată).

38 Astfel, conform articolului 47 alineatul (2) și articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, un ofertant nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă

(...)

41 De asemenea, nu se poate exclude ca, în împrejurări deosebite, având în vedere natura și obiectivele unui contract determinat, capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat să nu poată fi transmise ofertantului. În consecință, în astfel de împrejurări, ofertantul nu se poate prevala de respectivele capacități **decât dacă entitatea terță participă direct și personal la executarea contractului în discuție.**

42 În speță, instanța de trimitere exprimă îndoieli cu privire la aspectul dacă capacitățile PUM pot fi transmise în mod valabil către Partener, în sensul că pot determina punerea la dispoziție a mijloacelor necesare pentru executarea contractului în discuție în litigiul principal, conform dispozițiilor articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, ținând seama de împrejurarea că o astfel de punere la dispoziție s-ar concretiza prin simpla exercitare a unor activități de consultanță și de formare, în lipsa oricărei participări directe a PUM la executarea acestui contract.

(...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera întâi) declară:

1) Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:

– recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, **cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și**

– nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract”.

Din analiza acestor considerente ale Hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene în **C-324/14**, se poate reține că ideile principale din cauza judecată, referitor la rolul terțului în ofertă, sunt următoarele:

- fără capacitățile financiare și economice, precum și tehnice și/sau profesionale ale terțului, ofertantul nici nu putea fi admis să participe la procedură (idee prezentă și în cauza C-234/14);

- ofertantului îi incumbă să facă dovada că dispune „efectiv” de mijloacele acestor organisme sau întreprinderi, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare executării contractului;

precum și faptul că

- terțul, prin susținerea experienței similare, se obligă să execute părți din contract.

Prin urmare, Consiliul apreciază că pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, terțul susținător trebuia să prezinte pe lângă angajamentul ferm întocmit conform prevederilor legale, documente din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere respectiv modul în care vor fi utilizate efectiv în executarea contractului resursele enumerate și nu doar afirmarea disponibilității acestora (resurse tehnice și profesionale, consiliere și asistență tehnică pentru instalare, mentenanță, instruire personal prin personal specializat); așadar, dovedirea nu trebuie să rămână la nivel de angajament de susținere, respectiv la nivel de hârtii, terțul neavând numai atribuții declarative. Mai mult decât atât, din conținutul angajamentului de susținere prezentat în cadrul ofertei, rezultă că terțul susținător garantează ofertantului susținerea condiționată: *„în situația în care contractantul (...) întâmpină dificultăți în derularea contractului”* prevedere abrogată de OUG nr. 107/2017 [fostul art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016] în care terțul susține că poate interveni *„ori de câte ori situația o va impune”*.

Astfel, având în vedere că experiența similară nu poate fi o resursă transmisibilă, întrucât, demonstrează că beneficiarul respectivei experiențe a mai executat contracte de aceeași complexitate cu cel care urmează a se încheia, asocierea FRASINUL SRL - PERFECT CONSULT EUROPE SRL trebuia să probeze că terțul (HYDROSTROY AD) va desfășura, în mod efectiv, lucrările pentru care a fost acordată susținerea, potrivit art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ceea ce nu este cazul în prezenta procedură, deoarece, ofertantul nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă, ci, trebuie să dovedească că terțul, prin susținerea experienței similare, se obligă să execute părți din contract, acest raționament regăsindu-se și în considerațiile **Curtii de Apel București** exprimate în cadrul **Deciziei nr. 353/17.03.2020**, referitoare la rolul și atribuțiile terțului susținător în cadrul unei proceduri de achiziție publică.

(...).

Consiliul va reține ca fiind relevantă, cu titlu jurisprudențial, și Decizia invocată de contestatoare, respectiv:

În jurisprudența recentă, respectiv **Decizia nr. 232/R/30 aprilie 2024 pronunțată de Curtea de Apel Târgu-Mureș, în dosarul 113/43/2024** s-a reținut: *Raportat la cerința privind experiența similară, terțul susținător trebuia să prezinte pe Reținem cu prioritate că în sensul art. 182 alineat 1 din Legea 98/2016 " Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/ acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi."*

Art. 182 alineat 3 și 4 din același act normativ dispun suplimentar: „ În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților. Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

În același sens, art. 50 alineat 1 din HG 395/2016 prevede că „În cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, iar susținerea acordată de unul sau mai mulți terți vizează îndeplinirea

criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca prin. actul încheiat cu terțul/terții susținător(i) să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm."

Art. 48 alineat 2 din același act normativ : „Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant."

Așadar, în sensul dispozițiilor legale anterior indicate, în cazul în care terțul susținător nu are și calitatea de subcontractant, este necesar ca ofertantul să probeze pe de o parte că va dispune efectiv de resursele terțului iar pe de altă parte că terțul deține resursele respective.

În acord cu petenta constatăm că art 182 alineat 2 și 2 indice 1 nu au relevanță în cauză, vizând aspecte ce țin de calificările educaționale și profesionale sau experiența profesională relevantă, ce nu fac obiectul prezentei proceduri. De remarcat că în fapt și Comisia de evaluare s-a raportat strict la art. 182 alineat 4 din Legea 98/2016. Reținem din textele de lege anterior citate că. atunci când se prevalează de susținerea unui terț pentru a face dovada îndeplinirii unei cerințe de calificare, ofertantul nu se poate prevala doar de angajamentul ferm al terțului, dispozițiile legale incidente în cauză impunând depunerea de documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

(...)

Practica citată anterior, vizează inclusiv acest aspect al modului de interpretare a **Îndrumării ANAP privind terții susținători**, iar instanța a reținut următoarele:

"Or, instrucțiunea la care se face referire în răspunsul la clarificări, arată că **„Terțul susținător nu dobândește calitatea de ofertant si nici, în mod automat, pe aceea de subcontractant, însă, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să poată beneficia efectiv de obligațiile asumate de terțul susținător, astfel încât această susținere să nu fie formală si să asigure ducerea la bun sfârșit a contractului"**.

În continuare Instrucțiunea cuprinde la secțiunea *„Modalitatea de materializare a îndeplinirii criteriului de calificare referitor la capacitatea tehnică și profesională de către terțul susținător/terții susținători"* documentele care se vor depune de terțul susținător odată cu oferta : angajament ferm dar și documente din care să rezulte că terțul dispune de resursele tehnice și profesionale pe care le va mobiliza în executarea contractului.

În nota 4 se exemplifică „ Implicarea efectivă a terțului susținător, acolo unde este cazul, se poate concretiza: - fie prin mobilizarea și implicarea resurselor umane si tehnice ale terțului susținător în execuția contractului de achiziție publică/sectorial (caz în care rămân valabile cele de mai sus); - fie prin asumarea de către terț a rolului de subcontractant (caz în care se vor depune doar: DUAE, Formulare/declarații solicitate prin documentația de atribuire si acordul de subcontractare".

Așadar, în măsura în care terțul susținător nu are și calitatea de subcontractant, acesta își dovedește implicarea efectivă prin mobilizarea și implicarea resurselor umane și tehnice ale terțului susținător în execuția contractului de achiziție publică.

În continuare Instrucțiunea cuprinde formulare - anexă cu privire la angajamentul ferm al terțului și la documentația anexă la angajament. Din documentele prezentate de terț trebuie să reiasă cum se va face transferul acestor resurse către contractant (inclusiv termenele în care resursele vor fi puse la dispoziția contractantului), astfel încât acestea să fie disponibile contractantului la momentul în care trebuie să fie implicate în derularea/executarea contractului de achiziție publică/sectorial.

Transferul resurselor invocate trebuie să fie posibil în orice moment începând cu data semnării contractului de achiziție publică/sectorial. Acestea se vor constitui în anexe la prezentul angajament ferm".

Recapitulând ansamblul considerentelor anterior expuse se impune clarificarea cu ofertanta SRL prin solicitarea unor documente care

să releve modalitatea efectivă în care terțul se va implica în ducerea la îndeplinire a părții din contractul de achiziție, respectiv modul concret de mobilizare a utilajelor, a resurselor personalului tehnic și implicit de intervenție în implementarea contractului.

După cum s-a reținut mai sus, potrivit dispozițiilor legale incidente și Instrucțiunii ANAP, secțiunea *„Modalitatea de materializare a îndeplinirii criteriului de calificare referitor la capacitatea tehnică și profesională de către terțul susținător/terții susținători”*, angajamentul ferm trebuie să fie însoțit de documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea angajamentului de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

În raport de cele mai sus reținute se constată caracterul întemeiat al criticilor cu privire la angajamentul ferm al terțului susținător, impunându-se reevaluarea ofertei SRL, în limita considerentelor deciziei.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic/financiar.

Față de cele reținute mai sus cu prilejul soluționării contestației depusă de SRL, Consiliul va respinge cererea de intervenție depusă de SRL privitor la aceasta.

Cu privire la cererea autoarei intervenției SRL de suportare de către contestatoarea a cheltuielilor prilejuite de întocmirea și susținerea intervenției, se reține că a fost depusă la dosarul cauzei factura seria BBR nr. 3422/05.04.2024, în valoare de 5.950,00 lei, emisă de . . și istoricul contului corespunzător acestei sume.

Cât privește cheltuielile de judecată solicitate de intervenienta SRL, Consiliul le va respinge având în vedere respingerea cererii de intervenție.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu

Anulează *Procesul-verbal nr. 1.940 din 21.03.2024 privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE* privind evaluarea documentelor depuse de ofertantul . SRL, în referire la angajamentul ferm al terțului susținător . și *Raportul procedurii nr. 2025 din 25.03.2024*, în parte care privește ofertanta ., inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă, în termen de cel mult 15 zile de la primirea prezentei, să procedeze în cazul ofertei SRL la reevaluarea ofertei în referire la angajamentul ferm angajamentul ferm al terțului susținător, cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Totodată, obligă autoritatea contractantă la emiterea unui nou raport al procedurii și a unor noi comunicări, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice.

În conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SRL și o respinge.

Respinge solicitarea intervenientei SRL privind plata cheltuielilor de judecată reprezentând onorariu avocat ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 5 exemplare originale, conține 55 pagini.