



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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 960/18.04.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20635/19.04.2023, formulată de SC ...SRL, cu sediul în ..., reprezentată legal prin administrator Florin Cristian Panfil și asistată și/sau reprezentată juridic prin ..., cu sediul profesional în ..., împotriva refuzului autorității contractante de a-i acorda acces, în format electronic, la consultarea ofertelor depuse la loturile 1 și 2, din cadrul procedurii de licitație deschisă privind atribuirea contractului având ca obiect „furnizare dezinfectanți în cadrul proiectului Consolidarea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 prin dotarea corespunzătoare a unităților de învățământ preuniversitar de stat din Orașul ..., județul ...” – Loturile 1 și 2, cod CPV 33741300-9, organizată de ORAȘUL ... (PRIMĂRIA ORAȘULUI ...), cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la acordarea consultării în format electronic a propunerilor tehnice și financiare ale ofertelor competitorilor la loturile 1 și 2;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată - onorariu avocat în sumă de 2.200 lei (anexa nr. 1) - în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și art. 453 alin. (1) C.pr.civ.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluționeze contestația formulată de SC ...SRL, prin care critică refuzul autorității contractante de a-i acorda acces, în format electronic, la consultarea ofertelor depuse la loturile 1 și 2, învederând următoarele:

În fapt, la data de 10.04.2023, autoritatea contractantă a publicat în SEAP raportul rocedurii nr. 6720/10.04.2023 și comunicarea rezultatului procedurii nr. 6742/10.04.2023 (lotul 1) și nr. 6750/10.04.2023 (lotul 2).

Petenta arată că, în exercitarea dreptului legal la consultarea datelor și informațiilor cuprinse în ofertele competitorilor săi plasați pe poziții superioare în clasamentul final, la data de 12.04.2023 a solicitat autorității contractante să-i acorde acces, în format electronic, la propunerile tehnice și financiare ale acestora.

Autoritatea contractantă a refuzat, motivând astfel: „Fără a nega sau minimiza importanța acestui principiu, autoritatea contractantă consideră însă că transparent în procesul de achiziție publică nu poate fi aplicată „de plano” (automat), fără o analiză apriorică fundamentată, situație în care aceasta trebuie să verifice dacă (verificări care în prezenta speță au fost efectuate): (i) există o declarație de confidențialitate în legătură cu documentele pentru care a fost transmisă cererea de studiu și (ii) dacă declarația de confidențialitate este întocmită potrivit legii, respectiv dacă în cuprinsul acesteia există mențiuni referitoare la faptul că respectivele documente conțin informații clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, etc.

Contestatoarea invocă, în susținere, prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și considerentele Hotărârii CJUE din 7 septembrie 2021 în cauza C-927/19.

Aceasta consideră că a fost vătămată de autoritatea contractantă care i-a încălcat dreptul prevăzut de art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit mențiunilor din raportul procedurii de atribuire (pag. 53-55), între ofertele competitorilor la cele două loturi, există unele care nu au invocat protecția confidențialității: la lotul 1 – SC ...SRL.

Așadar, petenta consideră că refuzul autorității contractante este nefondat în ceea ce privește aceste oferte, ofertanții respectivi nefăcând solicitarea/declarația de confidențialitate privitoare la date și informații ale ofertelor lor.

De asemenea, arată că anumiți operatori economici, care au depus declarații de confidențialitate, au manifestat oarecare reținere în exercitarea (abuzivă) a dreptului lor de a obține protecția confidențialității:

- SC ... SRL - există documente pentru care ofertantul nu revendică protecția confidențialității: Propunere tehnica pag. 1 -8; Fișa tehnică produs ofertat - pag. 9-11; Fișa securitate produs ofertat - pag. 12-19; Aviz eliberat de Ministerul Sănătății – pag. 23-26; Rapoarte testare eficacitate - pag. 27-88; Buletin analiză pag. 89; Declarație substanță activă - pag. 90-91; Declarație de conformitate produse ofertate pag. 119; Declarație de stabilitate produse ofertate - pag. 92-99, 120;

Propunerea Financiară Lot 1 de la pag. 1 la pag. 3; Formular ofertă: Formular nr. 6 pag. 1 – 3.

Așadar, consideră că autoritatea contractantă nu avea niciun temei să nu îi comunice documentele aflate la paginile respective.

- ofertele la loturile 1 și 2 prezintă ștampila „Confidențial document” pe documentele ofertei tehnice ce privesc rapoartele și testările produsului ofertat, așadar autoritatea contractantă nu avea niciun temei să nu comunice celelalte documente ale propunerii tehnice și financiare;

- propunerile financiare ale SC SRL, la loturile 1 și 2, nu au fost declarate ca fiind confidențiale - așadar autoritatea nu avea niciun temei să nu comunice aceste propuneri.

Contestatoarea consideră că, prin raportare la prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016, poziția autorității contractante este greșită și constituie o încălcare a dreptului său la consultare.

În opinia sa, obligațiile operatorilor economici care pretind a avea informații și date confidențiale în ofertele lor sunt astfel stabilite prin art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, rezultând că:

- doar unele informații și date pot face obiectul declarației de confidențialitate, nu toată oferta

- datele și informațiile care pot fi protejate sunt „date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”.

- operatorii economici trebuie să prezinte o declarație de confidențialitate și să creeze o anexă la ofertă în care să acumuleze dovezile pretențiilor lor de confidențialitate.

Autoritatea contractantă nu a exercitat obligația sa de a verifica dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru acordarea protecției confidențialității unor date și informații din oferta oricărui operator economic - declarația + dovezile privind confidențialitatea, constituite în anexa la dosarul ofertei.

Motivarea caracterului confidențial al informațiilor/elementelor din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare și/sau fundamentărilor/justificărilor de preț/cost declarate, nu implică doar o simplă declarație dată în acest sens, ci o argumentare temeinică și plauzibilă, prin prezentarea motivelor concrete în temeiul cărora ofertantul dorește să păstreze confidențiale unele informații/elemente din cadrul propunerii tehnice și/sau din propunerea financiară prin raportare la domeniul său de activitate.

În acest sens, contestatoarea invocă Hotărârea CJUE din 17 noiembrie 2022 în cauza C-54/21.

Cu referire la fondul chestiunii - confidențialitatea unei oferte de dezinfectanți (produs biocid în speță), actele ținând de autorizarea vânzării unui dezinfectant pe teritoriul României - avizele C.N.P.B. și temeiurile emiterii lor, contestatoarea arată că nu pot fi ascunse în spatele unei pretinse confidențialități, fiind informații publice - *„orice informație care privește activitățile sau rezultă din activitățile unei autorități publice sau instituții publice, indiferent de suportul ori de*

forma sau de modul de exprimare a informației” - art. (2) lit. b) Legea nr. 544/2001.

În concluzie, contestatoarea învederează că, dacă în urma consultării ofertelor prezentate de competitorii săi la loturile 1 și 2 rezultă motive de inadmisibilitate a acestor oferte care nu i-au fost cunoscute din cauza acțiunii autorității contractante, urmează să formuleze - în termen - o nouă contestație împotriva eronatei evaluări a ofertelor.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare în soluționarea contestației, atașate punctului de vedere nr. 7686/25.04.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 22210/25.04.2023, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Clasamentul pentru lot 1 Dezinfectant mâini și Lot 2 Dezinfectant pentru dezinfectare obiecte mici-suprafețe este următorul:

POZIȚIA IN CLASAMENT	DENUMIRE PARTICIPANT	OFERTA DE PRET	Punctaj tehnic	Punctaj financiar	PUNCTAJ TOTAL
Lot 1 Dezinfectant mâini					
1	Asocierea ...S.R.L. CIF:	409.689,00	40,00	27,35	67,35
2	...- RO ...	186.729,00	0,83	60,00	60,83
3	...- RO ...	195.090,00	0,83	57,43	58,26
4	...- ...	234.944,10	8,33	47,69	56,02
5	...RO...	236.895,00	1,67	47,29	48,96
6	B....- RO ...	278.700,00	0,24	40,20	40,44
7	...- ...	608.959,50	0,53	18,40	18,96
Lot 2 Dezinfectant pt. dezinfectare obiecte mici- suprafete					
1	Asocierea ...S.R.L. CIF: ... - ... S.R.L. CIF: ...	47.940,00	40,00	28,09	68,09
2		22.440,00	1,67	60,00	61,67
3	...	27.744,00	0,83	48,53	49,36
4	...- ...	40.800,00	8,33	33,00	41,33
5	...	42.840,00	8,00	31,43	39,43
6	...	56.916,00	0,56	23,66	24,22
7	...	57.528,00	0,56	23,40	23,96

În continuare, autoritatea contractantă detaliază aspectele ce demonstrează lipsa interesului SC ...SRL în promovarea contestației:

Potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. 1) din Legea nr. 101/2016, pentru a putea fi considerată persoană vătămată într-un drept sau într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante este necesar ca operatorul economic să justifice atât interesul în legătură cu procedura de atribuire, cât și prejudiciul suferit sau care ar putea să-l sufere ca urmare a actelor emise de autoritatea contractantă.

În virtutea dispozițiilor art. 33 din C. proc, civ., interesul este înțeles ca o condiție pentru promovarea unei acțiuni civile, trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

Potrivit literaturii de specialitate, pentru a stabili dacă o parte are interes în exercitarea acțiunii civile, este necesar să se prefigureze folosul efectiv pe care aceasta l-ar obține în ipoteza admiterii forme procedurale exercitate.

Prin raportare la împrejurările de fapt și de drept, autoritatea apreciază că SC ...SRL, în calitate de participant în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, nu justifică un interes determinat, legitim, personal, născut și actual, întrucât derularea procesului de evaluare a ofertelor nu creează un prejudiciu materializat în pierderea șansei de câștig a procedurii de atribuire. Ofertantul contestator este clasat pe locul 6 din 6 participanți, fiind admis în evaluare, însă cu oferta necâștigătoare.

Scopul promovării unei contestații este de a proteja pe de o parte drepturile și interesele legitime ale părții, iar pe de altă parte, desfășurarea întregii procedurii de achiziție publică în condiții de legalitate.

Aceasta precizează că interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerințe:

- Determinat - când apelarea la un mijloc procesual ce intră în conținutul acțiunii civile poate fi justificată de un avantaj, de un folos practic concret. Acest caracter determinat se apreciază de către judecător de la speță la speță, nu de principiu.

- Legitim - când nu contravine legii sau bunelor moravuri, interesul fiind și juridic, nu doar economic;

- Personal - folosul practic trebuie să îl vizeze pe cel care recurge la forma procedurală.

- Născut și actual - trebuie să existe în momentul în care se exercită acțiunea civilă, în sensul că partea s-ar expune la un prejudiciu numai dacă nu ar recurge în acel moment la acțiune. Interesul este actual din momentul în care a fost încălcat un drept subiectiv;

Prin adresa nr. 7080/13.04.2023 s-a comunicat contestatorului ...SRL:

Pentru respectarea declarațiilor de confidențialitate depuse de operatorii economici participanți la loturile menționate, menționez că suntem în imposibilitatea transmiterii pe adresa dvs de e-mail, în format electronic, a ofertelor tehnice și financiare ale competitorilor dvs.

Cu respectarea principiului transparenței, vă transmitem centralizat denumirea produselor oferite de competitorii dvs, astfel:

Denumire ofertant	Denumire produs	Producator
Lot 1 Dezinfectant mâini		
Asocierea ...SRL CIF: ...	KASEPT	KYNITA
..	DERMOFARM	...SA
...	PRIMAGEL PLUS	ALLEGRIINI S.p.A Italia
...	PROTECT RPNG GEL	SC ROMCHIM PROTECT SRL
...	ALCHOSEPT	KLINTENSIV
B...	PROMANUM PURE	B BRAUN MELSUNGE N prin BRAUN SEMPACH ELVEȚIA
Lot 2 Dezinfectant pt. dezinfectare obiecte mici-suprafete		
Asocierea	KLINALL	...SRL
...	...SUPRAFEȚE RTU	KLINTENSIV
...	5230 DERMOFARM DEZINFECTANT SUPRAFEȚE	...SA
...	PROTECT RP SEPT Dezinfectant	SC ROMCHIM PROTECT SRL
...	HIGIANCA DEZINFECTANT	SC ... SRL

În speranța că informațiile furnizate vă sunt utile, vă asigurăm de tot sprijinul și disponibilitatea noastră și totodată vă stăm la dispoziție pentru eventualele informații suplimentare, având în vedere faptul că până la data de maximum 12.05.2023 suntem obligați să finalizăm proiectul (livrare produse, emitere factura fiscală și depunere documente în platforma MySmis), în caz contrar se pierd angajamentele bugetare.”

De asemenea, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 148 din HG nr. 395/2016 și ale art. 19 din Legea nr. 101/2016, arătând că prin raportul procedurii, s-a făcut cunoscut faptul că ofertanții au declarat în mod justificat că unele informații din ofertele prezentate trebuie tratate ca fiind confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală.

În ceea ce privește primul aspect legat de refuzul nejustificat al autorității contractante de a transmite în format electronic toate ofertele tehnice și financiare ale ofertanților din cadrul Lotului 1 și 2, aceasta învederează că a indicat contestatorului «vă asigurăm de tot sprijinul și disponibilitatea noastră și totodată vă stăm la dispoziție pentru eventualele informații suplimentare», în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, singurele documente care nu au fost puse la dispoziția contestatorului fiind înscrisurile întocmite în etapa de evaluare, care conțineau informații din ofertele declarate confidențiale, acest demers fiind unul în conformitate cu prevederile art. 217 din Legea nr. 98/2016, care prevăd că accesul neîngradit se poate acorda doar la informațiile care nu au fost declarate neconfidențiale.

În speța, consideră că prezintă relevanță dispozițiile art. 57 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, iar raportat la textul legal și la documentele achiziției, a constatat că, în susținerea caracterului confidențial, ofertanții au indicat în cuprinsul declarației de confidențialitate:

- ...SRL (locul 3 în cadrul Lotului 1)

Ofertantul prezintă DECLARAȚIE privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial, prin care se declară următoarele părți/informații din propunerea tehnică și din propunerea financiară au caracter confidențial pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală:

Propunere tehnica - pag. 1-8

Fișa tehnică produs ofertat - pag. 9-11

Fișa securitate produs ofertat - pag. 12-19

Aviz eliberat de Ministerul Sănătății - pag. 23-26

Rapoarte testare eficacitate - pag. 27-88

Buletin analiză - pag. 89

Declarație substanta activă - pag. 90-91

Declarație de conformitate produse oferite - pag. 119

Declarație de stabilitate produse oferite - pag. 92-99, 120 P Propunerea Financiară LOT 1 de la pag. 1 la pag. 3

Formular ofertă: Formular nr. 6 - pag. 1-3

- ...SRL (locul 5 în cadrul Lot 1 și locul 2 în cadrul Lot 2)

Propunerea tehnică conține următoarele informații confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele de confidențialitate:

Compoziție, Structură, Utilizări speciale/relevante, Compatibilitatea cu alte produse; Propunerea Tehnică conține documente: Avizul, Fișa Tehnică, Fișa cu Date de Securitate, Eticheta, Buletine de analiză, etc., sunt specifice produsului respectiv care a necesitat costuri pentru producător și nu suntem de acord să le punem la dispoziția competitorilor;

Rapoartele de testare sunt făcute în laboratoare specializate din Uniunea Europeană și pentru care s-au plătit sume considerabile și nu suntem de acord să le punem la dispoziția competitorilor;

Sunt informații în care s-au investit sume destul de mari pentru obținerea acestor produse și constituie secret de fabricație.

- ...SRL (locul 1 în cadrul lotului 1 și 2) prezintă declarație privind confidențialitatea ofertei: *"Întreaga propunere tehnică și financiară a asocierii, este protejată de declarația de confidențialitate, fiind furnizori direcți și având drept de proprietate intelectuală asupra matritelor produselor furnizate, precum și a prețurilor oferite.*

- Ofertanții ...- (loc 2 pentru Lot 1), ...- (loc 4 pentru Lot 1), B....- (loc 6 pentru Lot 1), precum și contestatorul ...(locul 7 pentru Lot 1) nu declară documente din ofertele prezentate ca fiind confidențiale clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.

- Ofertanții ...- (loc 3 pentru Lot 2), ...- (loc 4 pentru Lot 2), ... (loc 5 pentru Lot 2) , contestatorul ...(locul 6 pentru Lot 2), precum și ...S.R.L.

- (locul 6 pentru Lot 7) nu declara documente din ofertele prezentate ca fiind confidențiale clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Or, arată autoritatea contractantă, în condițiile în care s-a efectuat această verificare, asumându-și decizia de a nu permite accesul în format electronic la informațiile confidențiale conținute în oferte, aceasta solicită respingerea motivărilor contestatoarei ca nefondate.

Autoritatea contractantă precizează că nu a refuzat studierea dosarului achiziției, ci doar transmiterea în format electronic a documentelor declarate a fi confidențiale, astfel că petenta nu a fost în imposibilitatea de a formula cale de atac împotriva deciziei de a declara oferta acestuia admisibilă, dar necâștigătoare.

În sprijinul acestei aprecieri, autoritatea contractantă invocă Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cauza C- 450/06, Varec SA împotriva Etat Belge, Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14, Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), cauza Varec, C-450/06, Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55).

De asemenea, aceasta indică și Legea concurenței nr. 21/1996, în care 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].

În același sens, 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 Prima Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T-353/94, PostbankNV 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.

Autoritatea contractantă concluzionează că, având în vedere specificul contractului de achiziție publică supus procedurii în cauză, care a determinat elaborarea unei propuneri tehnice și financiare cuprinzând elemente particulare fiecărui ofertant, având ca sursă posibilitatea autoarelor acestora de a interveni în maniera proprie în satisfacerea necesităților de achiziție ale autorității contractante, preluarea informațiilor în rapoartele și procesele-verbale întocmite de comisia de evaluare, decizia de a nu pune la dispoziția contestatorului în FORMAT ELECTRONIC a documentelor declarate confidențiale de ofertanții

participanți în procedura este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

În ceea ce privește cel de-al doilea aspect referitor la susținerile contestatoarei legate de faptul că *dacă în urma consultării ofertelor rezultă motive de inadmisibilitate a acestora, urmează să formuleze o nouă contestație*, autoritatea contractantă învederează Consiliului că prin contestația introdusă de ...S.R.L. s-a menționat doar că acesta nu a avut acces la ofertele depuse de contracandidații săi (6 competitori Lot 1, respectiv 5 competitori Lot 2), simpla afirmație că se va formula, în termen, o nouă contestație neavând temei legal.

Împotriva comunicării rezultatului procedurii și a raportului procedurii se putea formula o contestație în termen de 10 zile de la data comunicării acestor documente.

Astfel, arată autoritatea, chiar dacă petenta afirma că înțelege să conteste propunerile tehnice și financiare ale celorlalți operatori economici clasați pe locurile 1-6 / 1-5 (în urma constatării de ...a unor motive de inadmisibilitate a ofertelor), urmând ca ulterior studierii dosarului achiziției publice să depună o nouă contestație, în fapt, contestatorul nu a adus nicio critică concretă care ulterior ar fi putut fi eventual completată, în condițiile în care formularea unei contestații, cu respectarea prevederilor impuse de Legea nr. 101/2016, nu este condiționată de consultarea/accesul la dosarul achiziției publice și a ofertelor depuse de contracandidați, ci de demonstrarea caracterului de „persoana vătămată” a celui care inițiază un astfel de demers legal.

Obligația de a motiva cererea este expres prevăzută de legea specială (art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016), dar și de dreptul comun, respectiv de Codul de procedură civilă la art. 194, cererea de chemare în judecată va cuprinde:[...] d) aratarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea.

Scopul obligației de motivare este acela de a arăta organismului administrativ-jurisdicțional sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru dezlegarea litigiului și, totodată, explicațiile pentru care drepturile reclamantului au fost lezate prin conduita presupus ilicită a pârâtului.

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 sau printr-o nouă contestație cum susține ...SRL, în urma accesului la dosarul achiziției publice.

Mai precizează autoritatea că, în etapa de evaluare a ofertelor, a respectat prevederile legale aplicabile și si-a asumat răspunderea asupra deciziilor luate în cadrul procedurii de atribuire, rezultatele evaluărilor efectuate fiind consemnate în procesele-verbale de analiza intermediare și în raportului procedurii nr. 6720/10.04.2023, conform căruia atât propunerile tehnice, cât și cele financiare depuse de cei 6 participanți sunt conforme.

Referitor la solicitarea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată - onorariu avocat în suma de 2.200 lei, aceasta

precizează că în conformitate cu prevederile art. 453 alin. (1) C.proc.c. partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. Pentru acordarea cheltuielilor de judecată nu este suficientă dobândirea calității de parte într-un proces, ci mai este necesar și ca acea parte să câștige procesul, adică să obțină total sau în parte pretențiile solicitate prin cererea de chemare în judecată, în speță prin contestație. Prin contestația introdusă se solicită obligarea autorității contractante la acordarea consultării în format electronic a propunerilor tehnice și financiare ale ofertelor competitorilor la Lotul 1 și Lotul 2.

Autoritatea contractantă reiterează că a indicat societății ...SRL, prin adresa nr. 7080/13.04.2023: *„în speranța că informațiile furnizate vă sunt utile, vă asigurăm de tot sprijinul și disponibilitatea noastră și totodată vă stăm la dispoziție pentru eventualele informații suplimentare, având în vedere faptul că până la data de maximum 12.05.2023 suntem obligați să finalizăm proiectul (livrare produse, emitere factură fiscală și depunere documente în platforma MySmis), în caz contrar se pierde angajamentele bugetare”*.

Astfel, solicită respingerea cererii de acordare a cheltuielilor de judecată, ca nefondată, întrucât contestația este depusă cu rea-intenție, contestatorul clasat pe locul 7 în cadrul Lotului 1 și pe locul 6 în cadrul Lotului 2 neavând un interes determinat, legitim, personal și direct, născut și actual.

Urmare punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, contestatoarea a transmis adresa nr. 1037/02.05.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 23193/02.05.2023, prin care precizează următoarele:

1. Referitor la excepțiilor lipsei de interes și a calității de parte vătămată, contestatoarea solicită respingerea acestora ca nefondate.

În opinia sa, prin simpla raportare la prevederile art. 3 alin. (1) și (3) din Legea nr. 101/2016, rezultă că, pe de o parte, are calitatea de persoană vătămată (refuzul accesului, în format electronic, la datele și informațiile ofertelor competitorilor îi vatămă dreptul prevăzut de art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, cât și dreptul la exercitarea unei contestații eficace împotriva modului în care autoritatea a evaluat ofertele acestora), iar pe de altă parte, are și interesul presupus de acțiunea sa (este încă în competiția pentru atribuirea contractului).

2. Privind fondul contestației:

2.1. Refuzul de a transmite datele și informațiile solicitate în format electronic:

Contestatoarea arată că, în cuprinsul punctului de vedere, nu există nicio motivare - în fapt și/sau în drept - pentru care a refuzat comunicarea în format electronic a datelor și informațiilor ofertelor competitorilor (nici măcar a acelor care nu erau indicate a fi confidențiale).

2.2. Autoritatea contractantă nu justifică de ce nu a comunicat datele și informațiile ofertanților care nu au făcut nicio declarație de confidențialitate:

- la lotul 1 - ...SRL, B ...SRL,

- la lotul 2 - ATS NOVUS" SRL, ..." SRL.

Contestatoarea consideră că autoritatea a depășit limitele unei atitudini echidistante în raporturile cu operatorii economici ofertanți, făcând acte nesolicitate de aceștia.

2.3. Autoritatea contractantă nu justifică de ce nu a comunicat datele și informațiile care nu au fost menționate (în propriile lor declarații) ca fiind confidențiale.

Și în cazul acestor oferte, petenta consideră că autoritatea a depășit limitele unei atitudini echidistante în raporturile cu operatorii economici ofertanți, făcând acte nesolicitate de aceștia.

2.4. În ce privește pretinsa confidențialitate a unor date și informații din ofertele - ..., petenta arată că este situația similară celei descrise în Hotărârea CJUE din 17 noiembrie 2022 în cauza C-54/21.

Inadmisibilitatea declarării unei întregi oferte ca fiind confidențială (cazul speței - oferta ...) este așadar stabilită de jurisprudența CJUE.

În ce privește confidențialitatea ofertelor ... și ..., petenta arată că nici în raportul procedurii, nici în punctul de vedere nu există vreo mențiune referitoare la modul în care ofertantele au dovedit caracterul confidențial al datelor și informațiilor din cuprinsul documentelor enumerate, fiind sarcina autorității de a veghea la respectarea prevederilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

În susținere, contestatoarea indică Decizia CNSC nr. 574/C1/93, 94, 415/14.03.2023, pag. 17-18, precum și Hotărârea CJUE din 07.09.2021 în cauza C-927/19.

2.5 Referitor la dreptul său de contestare a actelor de atribuire a contractelor pentru loturile 1 și 2, petenta apreciază că, în această fază de împiedicare a informării privind evaluarea ofertelor, aprecierile autorității contractante sunt lipsite de orice conținut concret.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209014543/1, în valoare de 151.621,04 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, la data de 27.03.2023.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

ORAȘUL ... (PRIMĂRIA ORAȘULUI ...), în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „furnizare dezinfecțanți în cadrul proiectului Consolidarea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 prin dotarea corespunzătoare a unităților de învățământ preuniversitar de stat din Orașul ..., județul ...”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr.

Ca urmare a comunicării rezultatului procedurii prin care i s-a adus la cunoștință că ofertele sale pentru Loturile 1 și 2, au fost situate pe

locurile 7, respectiv 6, a formulat contestație împotriva refuzului autorității contractante de a-i pune la dispoziție ofertele clasate înaintea sa în format electronic.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes în promovarea contestației și a lipsei vătămării, Consiliul reține că argumentele autorității contractante sunt unele de fond, ce vor fi analizate ca atare, motiv pentru care va respinge excepția, practica europeană (cauzele Varec, Klaipedos și Antea Polska) fiind constantă în sensul că accesul la informații din oferte poate forma obiectul unei căi de atac.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă i-a pus la dispoziție contestatoarei, în format electronic, documentele întocmite în cadrul procedurii, dar nu i-a transmis și ofertele contracandidaților săi.

Aceasta arată că nu toți ofertanții și-au declarat ofertele confidențiale, situația de fapt demonstrând că unii și-au declarat ofertele confidențiale în integralitatea lor, alții în parte, iar alții nu le-au declarat confidențiale, iar refuzul autorității de a-i comunica integral ofertele este nejustificat. Mai subliniază contestatoarea caracterul vădit formal al declarațiilor de confidențialitate, invocând în acest sens, considerentele CJUE nr. 86 și 87 din cauza C-54/21 Antea Polska, nr. 32 și 37 din cauza C-532/20 Alstom, referiri la definiția informațiilor publice și trimiteri la Regulamentul UE nr. 528/2012 privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide, respectiv art. 66 alin. (2) și (3) privind confidențialitatea informațiilor, art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține că pretenția contestatoarei de a i se pune la dispoziție integral ofertele contracandidaților săi, în format electronic, nu are suport legal.

În ceea ce privește legislația națională, respectiv art. 2 lit. b) din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, „prin informație de interes public se înțelege orice informație care privește activitățile sau rezultă din activitățile unei autorități publice sau instituții publice, indiferent de suportul ori de forma sau de modul de exprimare a informației”, este lesne de observat că acesta se referă la documentele întocmite de autorități publice sau raportări specific ale acestora. Ofertele depuse într-o procedură sunt și rămân ale operatorilor economici participanți, accesul la ele realizându-se potrivit normelor din Legea nr. 98/2016: „(6) Prin excepție de la prevederile [alin. \(5\)](#), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale”.

Deci, autoritatea contractantă nu are nicio obligație de a preda ofertele oricărui operator economic solicită acest lucru, ci doar de a permite analiza conținutului lor, în măsura în care acestea nu au fost declarate confidențiale, iar confidențialitatea a fost dovedită.

Contestatoarea nu solicită, după cum rezultă *expressis verbis*, accesul la dosar, ci predarea ofertelor în format digital, ori acest lucru este pus în discuție tocmai de practica CJUE invocată.

În ceea ce privește confidențialitatea ofertelor, practica CJUE este extrem de bogată, cele mai detaliate și uzitate cauze fiind HOTĂRÂREA

CURȚII (Marea Cameră) din 7 septembrie 2021- cauza C-927/19

Klaipedos, Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec - C 450/06, iar recent, Hotărârea Curții (Camera a patra) din 17 noiembrie 2022 din cauza C-54/21 Antea Polska.

Această ultimă hotărâre tranșează această problematică amplu dezbătută și tratată într-o manieră neunitară atât de practica națională românească, dar și de practica altor state europene, problematica informațiilor confidențiale din cadrul ofertelor.

Relevantă, din punctul de vedere al speței pendinte, nu este întrebarea nr. 5 și considerentele referitoare la aceasta, citate de contestatoare, ci întrebarea nr. 1 cu considerentele aferente, respectiv 46-68, din care Consiliul le va cita pe cele mai relevante:

46 *Prin intermediul primei întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 18 alineatul (1) și articolul 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că se opun unei legislații naționale în materie de achiziții publice care impune, cu singura excepție a secretelor comerciale, ca informațiile transmise de ofertanți autorităților contractante să fie publicate în mod integral sau comunicate celorlalți ofertanți, precum și unei practici a autorităților contractante care constă în a accepta în mod sistematic cererile de tratament confidențial cu titlu de secret comercial(..)*

51 *În speță, din decizia de trimitere reiese că cererea reclamantei din litigiul principal privind accesul la informațiile transmise autorității contractante de CDM Smith, de Arup și de Multiconsult a fost examinată în temeiul Legii privind achizițiile publice. În conformitate cu articolul 8 din această lege, secretele comerciale fac obiectul, la cererea ofertanților care le dețin, al unui tratament confidențial, astfel încât orice altă informație transmisă de ofertanți autorității contractante trebuie făcută publică, în temeiul articolului 96 din legea menționată, în anexa la procesul-verbal întocmit de această entitate(..)*

60 *În temeiul articolului 50 alineatul (1) din directiva menționată, autoritatea contractantă trebuie să emită pentru publicare, la sfârșitul procedurii de achiziții publice, un anunț de atribuire care conține, în conformitate cu partea D din anexa V la aceeași directivă, anumite informații referitoare printre altele la ofertantul căruia i-a fost atribuit contractul, precum și la oferta pe care a prezentat-o acest ofertant. Cu toate acestea, articolul 50 alineatul (4) din Directiva 2014/24 prevede și că aceste informații pot să nu fie publicate în cazul în care divulgarea lor ar împiedica aplicarea legii, ar fi contrară în alt mod*

interesului public, ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale unui anumit operator economic sau ar putea aduce atingere concurenței loiale.

- 61 De asemenea, deși articolul 55 alineatul (2) din Directiva 2014/24 permite în mod expres oricărui ofertant care a prezentat o ofertă admisibilă să solicite autorității contractante să îi comunice motivele respingerii ofertei sale, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei reținute, precum și numele ofertantului câștigător, se prevede totuși, la alineatul (3) al acestui articol, că autoritatea contractantă poate decide să nu comunice unele dintre aceste informații, atunci când această divulgare ar împiedica asigurarea aplicării legii, ar fi contrară interesului public, ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale unui operator economic sau ar aduce atingere concurenței loiale.
- 63 **În consecință, articolul 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24 coroborat cu articolele 50 și 55 din această directivă, pe de o parte, nu se opune ca un stat membru să instituie un regim care delimitează domeniul de aplicare al obligației de tratament confidențial întemeindu-se pe o noțiune de secret comercial care corespunde în esență celei care figurează la articolul 2 punctul 1 din Directiva 2016/943. Pe de altă parte, el se opune unui astfel de regim atunci când acesta nu cuprinde un ansamblu adecvat de norme care să permită autorităților contractante, în împrejurările în care se aplică aceste articole 50 și 55, să refuze în mod excepțional divulgarea unor informații care, deși nu intră sub incidența noțiunii de secret comercial, trebuie să rămână inaccesibile în temeiul unui interes sau al unui obiectiv vizat la articolele 50 și 55 menționate.**
- 67 **Astfel, autoritatea contractantă poate, în special și cu condiția ca dreptul național care îi este aplicabil să nu se opună acestui lucru, să comunice într-o formă rezumată anumite aspecte ale unei candidaturi sau ale unei oferte, precum și caracteristicile tehnice ale acestora, astfel încât informațiile confidențiale să nu poată fi identificate. În plus, presupunând că informațiile neconfidențiale sunt adecvate pentru a asigura respectarea dreptului ofertantului respins la o cale de atac efectivă, autoritatea contractantă va putea solicita operatorului a cărui ofertă a fost reținută să îi furnizeze o versiune neconfidențială a documentelor care conțin informații confidențiale (Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punctele 124 și 125).**
- 68 **Având în vedere ansamblul considerațiilor care precedă, este necesar să se răspundă la prima întrebare adresată că articolul 18 alineatul (1) și articolul 21 alineatul (1) coroborate cu articolul 50 alineatul (4) și articolul 55 alineatul (3) din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că se opun unei legislații naționale în materie de achiziții publice care impune, cu singura excepție a secretelor comerciale, ca informațiile transmise de ofertanți autorităților contractante să fie publicate în mod integral sau comunicate celorlalți ofertanți, precum și unei practici a autorităților contractante care constă în a accepta în mod sistematic cererile de tratament confidențial cu titlu de secret comercial.**

Prin urmare, Curtea a stabilit că legislația națională nu poate impune ca ofertele depuse de operatorii economici să fie publicate integral, cu singura excepție a informațiilor confidențiale. Curtea face trimitere la informațiile stabilite de art. 50 și 55 din Directiva 2014/24,

vorbind de transmiterea informațiilor într-o formă rezumată, deci acele informații vor fi comunicate, ori acele informații au fost comunicate operatorului economic contestator.

Astfel, Consiliul conchide că legislația națională, în concordanță cu legislația comunitară, nu stabilește o obligație de comunicare integrală a ofertelor către operatorii economici din procedură, dar permite accesul la informații, către operatori comunicându-se un rezumat.

Consiliul reține că dispozitivul hotărârii de mai sus stabilește o marjă de apreciere largă pentru autoritățile contractante de a decide ce documente divulgă contracandidaților. În niciun caz, nu poate fi vorba de o comunicare integrală a ofertelor de către autoritatea contractantă celui care solicită acest lucru.

Consiliul mai consideră a fi în favoarea autorității contractante, și prevederile din Regulamentul UE nr. 528/2012 privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide, citate de contestatoare, în condițiile în care acestea atestă, fără niciun dubiu, că o serie de date tehnice din dosarul de atestare a dezinfectanților sunt secrete comerciale, iar o serie de date sunt publice. Ori, din moment ce contestatoarea solicită transmiterea integrală a ofertelor, înseamnă că propriile argumente sunt contrare cererilor sale.

Consiliul are în vedere și faptul că în măsura în care legiuitorul dorea ca accesul participanților la ofertele depuse să se facă și on-line, fără deplasarea la sediul autorității contractante, ofertanții ar fi primit accesul vizionării direct a ofertelor depuse în SEAP, fără a mai implica autoritatea contractantă, ori o atare prevedere nu există.

Totodată și din definiția din DEX on line pentru „accès, (1) accesuri, (2) accese, s.n. 1. Posibilitate de a pătrunde, drept de a ajunge până într-un loc sau până la o persoană; p. ext. intrare”, reiese că sensul pentru „acces la oferte” este de „a merge spre oferte”, „de a se îndrepta spre oferte” și nu de a aduce ofertele către noi.

Prin urmare, modul în care s-a practicat, cel puțin până acum și nu este niciun motiv întemeiat de a nu continua astfel, este că studiul dosarului achiziției, potrivit art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 se efectuează la sediul autorității contractante.

Chiar dacă au fost și cazuri în care autoritatea contractantă a transmis on-line documente spre studiu, acestea au fost excepții și, în niciun caz, nu au fost transmise un volum așa de mare de documente, așa cum este cazul în această speță, când trebuie transmise 11 oferte integrale.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respectat prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, punând la dispoziție informații relevante din oferte, rezumate în raportul procedurii, în concordanță cu prevederile art. 50 și 55 din Directiva nr. 24/2014.

Nu în ultimul rând, contestatoarea a studiat dosarul cauzei la Consiliu, și nu a formulat concluzii scrise în termenul solicitat, astfel cum i s-a pus în vedere prin adresa nr. 23699/1051/C4/04.05.2023, deși a studiat dosarul în data de 05.05.2023.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL ... (PRIMĂRIA ORAȘULUI ...).

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 exemplare, conține 16 (șasprezece) pagini.