

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2242/C11/2582

Data: 25.09.2023

Prin contestația datată le emitentă 14.09.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 50335/14.09.2023, formulată de SRL, cu sediul social în municipiul, ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin și convențional de ..., împotriva procesului verbal nr. 12673/11.09.2023 și a deciziei de stabilire a ofertei câștigătoare, emise în cadrul procedurii simplificate organizată de autoritatea contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare oxigen medicinal și verificări butelii de oxigen”, cod CPV 24111900-4, anunț de participare simplificat nr. SCN1128852/27.07.2023, s-au solicitat următoarele:

- anularea procesului verbal nr. 12673/11.09.2023, prin care i s-a restricționat dreptul de acces la dosarul de achiziție, precum și a actelor anterioare acestuia, și obligarea autorității contractantă la analizarea, de la caz la caz, a caracterului confidențial a fiecărei informații din cuprinsul propunerii tehnice și financiare a ofertei operatorului economic declarat câștigător, astfel încât să asigure accesul la dosarul de achiziție și a respecta dreptul acesteia de a putea contesta procedura de atribuire. În considerarea acestei nereguli de ordin procedural care împiedică SRL să analizeze oferta declarată câștigătoare, vă rugăm, ca, în cazul admiterii prezentului capăt de cerere, să repuneți în termenul de contestare a procedurii de atribuire de la data la care autoritatea contractantă își va îndeplini obligația de a ne asigura accesul la dosarul de achiziție;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, existând indicii serioase în sensul că oferta declarată câștigătoare adaugă condiționări suplimentare cerințelor minime impuse de autoritatea contractantă.

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 SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În preambul, contestatoarea prezintă o scurtă descriere a procedurii de atribuire, precizând că, ulterior stabilirii rezultatului procedurii, a solicitat accesul la dosarul achiziției, în vederea analizării ofertei depuse de SRL, iar autoritatea contractantă, prin intermediul procesului-verbal atacat a informat-o că nu îi poate acorda acest acces la această ofertă întrucât atât propunerea tehnică, cât și propunerea financiară au fost declarate confidențiale.

Contestatoarea susține că în proceduri anterioare în care a depus ofertă alături de SRL, au existat clauze abuzive inserate de SRL, care conduceau la majorarea valorii totale a achiziției, astfel încât contestatoarea susține că există motive serioase să considere că dreptul SRȘ la declararea caracterului confidențial a anumitor informații este utilizat în mod abuziv, pentru a masca eventuale costuri suplimentare inserate în ofertă.

În acest sens, contestatoarea a invocat practica CNSC, respectiv Decizia nr. 1618/C1/1528 din 12.07.2023 și Decizia nr. 2070/C3/2132 din 06.09.2023.

Contestatoarea, cunoscând conduita SRL din alte proceduri de atribuire, crede că există indicii serioase în sensul că operatorul economic criticat a încercat să ascundă anumite elemente potențial prejudiciabile pentru Autoritatea Contractantă prin declararea caracterului confidențial al ofertei tehnice și financiare, situație în care ofertantul criticat poate include orice fel de condiționări suplimentare, de care ceilalți operatori economici participanți nu au putut lua cunoștință, fapt care intră în contradicție cu principiul transparenței și înlătură dreptul acestora de a contesta procedura de atribuire, drept conferit prin art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că i s-a respins accesul la propunerea tehnică și financiară a SRL, în contextul în care, în raportul procedurii nr. 12497/07.09.2023 s-a menționat că ofertantul nu a declarat „nicio informație din oferta prezentată ca fiind confidențială, clasificată/protejată de un drept de proprietate intelectuală.”. În legătură cu acest aspect, contestatoarea consideră că reprezintă o neînțelegere și nu o conveniență între SRL și autoritatea contractantă.

Contestatoarea susține că scopul prevederilor art. 57 din Legea nr. 98/2016 este acela de a proteja anumite informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară, întrucât acestea sunt date

cu caracter personal sau secrete tehnice/comerciale, însă această prevedere nu se aplică de plano întregului conținut al ofertei Linde România SRL.

De asemenea, invocând art. 217 alin. (4)-(6) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea susține că principiul transparenței în materia achizițiilor publice reprezintă garanția imparțialității și a corectitudinii modalității de desfășurare a procedurilor de atribuire, principiu care se reflectă și în dreptul operatorilor economici de acces la dosarul de achiziție conform ci poate fi limitat în cazul în care anumite informații sensibile pot afecta interesul economic al unui participant, astfel că acesta are dreptul declarării caracterului confidențial a acestor informații din cuprinsul ofertei.

Informațiile care pot fi protejate prin intermediul declarării confidențialității trebuie să îndeplinească anumite condiții, respectiv să fie incluse în categoria informațiilor prevăzute la art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, și caracterul confidențial să fie dovedit conform art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, susține contestatoarea, cu privire la prima condiție, categoria de informații care pot fi protejate prin declararea confidențialității sunt date cu caracter personal, secretele tehnice, secretele comerciale și informațiile protejate de un drept de proprietate intelectuală, iar, cu privire la a doua condiție, declarațiile depuse trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracter confidențial, dovadă care devine anexă la ofertă.

Contestatoarea invocă și Îndrumarea privind analiza confidențialității ofertelor, publicată de ANAP în data de 07.03.2023 [*Așadar, din prevederile sus citate se desprind următoarele concluzii: legislația în materie conferă dreptul operatorilor economici de a declara confidențiale doar anumite informații/elemente din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare și/sau fundamentări/justificări de preț/cost, drept care este condiționat însă de obligația operatorilor de a justifica caracterul confidențial al acestora întrucât sunt date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Subliniem că 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 SIMPLA DECLARAȚIE DATĂ ÎN ACEST SENS, CI O ARGUMENTARE TEMEINICĂ ȘI PLAUZIBILĂ, conform prevederilor art. 57 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 123 alin. (1) din Anexa la HG nr. 395/2016, 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 de activitate al acestuia, cu atât mai mult cu cât respectivele informații/elemente declarate confidențiale pot viza date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau date protejate de un drept de proprietate intelectuală*], din conținutul căreia rezultă că secretele comerciale sunt informații valoroase, pe care firmele, cercetătorii și inventatorii le țin, în general, secrete și le utilizează doar în cadrul organizației sau al rețelelor de parteneri din care fac parte, cu scopul de a obține și a păstra astfel un avantaj competitiv, acestea putându-se referi la două tipuri de informații: (i) tehnice (proces de fabricație, rețete, compuși chimici etc.); (ii) comerciale (liste de clienți, rezultatele unor studii de piață, date privind lansarea unui produs etc.).

Contestatoarea susține că sunt secrete comerciale informațiile care îndeplinesc cumulativ următoarele cerințe [art. 11 lit. (e) din Legea nr.

11/1991] în sensul că nu sunt, ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se articulează elementele acestora, cunoscute la nivel general sau ușor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informații în cauză; au valoare comercială prin faptul că sunt secrete; au făcut obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi păstrate secrete, fiind imposibilă ipoteza ca toate informațiile din cuprinsul propunerii tehnice și financiare a SRL să îndeplinească condițiile de mai sus și să fie clasificate drept date cu caracter confidențial/secrete tehnice/economice.

Prin raport la concluzia de mai sus, contestatoarea consideră că la dosarul de achiziție nu există dovezile privind caracterul confidențial al întregii oferte, conform îndrumarului ANAP, potrivit căreia ofertantul ar trebui să poată demonstra că a luat măsuri rezonabile pentru protecția informațiilor declarate ca fiind secrete comerciale, printr-o politică internă de protecție a secretelor comerciale cunoscută și asumată de personalul companiei, care poate cuprinde: modul în care a identificat la nivel organizațional secretele comerciale; modul în care a pus în practică proceduri pentru protecția secretelor comerciale (pentru acea informație declarată ca fiind secret comercial); modul în care a restricționat accesul la secretele comerciale; existența unor clauze contractuale în contracte încheiate cu partenerii, furnizorii, clienții și angajații pentru protecția secretelor comerciale; registrul acordurilor de confidențialitate încheiate cu partenerii, furnizorii, clienții și angajații pentru protecția secretelor comerciale; documentele semnate de angajați la momentul angajării pentru păstrarea respectivului secret comercial sau la părăsirea locului de muncă prin care se asigură că nu mai au acces la secretele comerciale (dacă este aplicabil, în funcție de tipul secretului comercial).

Cu privire la conținutul propunerii tehnice înaintată de SRL, contestatoarea susține că având în vedere experiența anterioară cu acest operator economic, prezumă că există la nivelul acesteia o serie de costuri/condiționări suplimentare.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Punctul de vedere nr. 12989/18.09./2023 a fost înregistrat la CNSC cu nr. 51106/19.09.2023, atașat acestuia fiind depus și dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulată de SRL pentru următoarele motive:

În fapt, la data de 08.09.2023, operatorul economic S.R.L. a solicitat acces la dosarul achiziției, astfel că, în vederea punerii la dispoziție a documentelor solicitate autoritatea contractantă a procedat la analiza „Declarației privind partea/partile din oferta care au caracter confidențial” depusă în cadrul procedurii de către ofertantul SRL.

Din analiza documentului a reieșit ca ofertantul își declară oferta tehnică și financiară ca fiind confidențiale, caracterul confidențial fiind

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

„Elementele din oferta tehnică indicate mai sus sunt confidențiale întrucât acestea conțin elemente clare de know - how și secrete tehnice, precum, dar fără a se limita la: specificații tehnice, tehnologii, certificări specifice, descrieri, liste de materiale - protejate în egală măsură de angajamentele de confidențialitate cu privire la informațiile rezultate din raporturile comerciale și financiare aflate în derulare. O dezvăluire a acestor secțiuni / anexe indicate mai sus ar permite unui concurent să poată deduce inclusiv (i) oportunități de piață și strategii de vânzare și marketing specifice subscrisei, dar și (ii) modalitatea de calcul a ofertei noastre financiare.

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

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

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

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

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

În drept, susține autoritatea contractantă, ... SRL declară că s-a prevalat de prevederile art. 57 alin. (1), art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din HG 395/2016, art. 19 alin. (1) și (3) din Legea 101/2016 și a precizat că solicitarea de confidențialitate a elementelor prevăzute în oferta tehnică și financiară indicate mai sus este întemeiată, accesul celorlalți ofertanți la acestea fiind de natură a compromite șansele societății, respectiv posibilitatea reală de a adjuca alte proceduri de achiziție având un obiect similar cu al prezentei proceduri, prejudiciind interesele noastre economice, iar prin permiterea accesului la documentele și informațiile declarate confidențiale s-ar încălca prevederile art. 1 din Legea nr. 11/1991.

Autoritatea contractantă susține că a permis contestatoarei accesul la dosarul achiziției conform Procesului verbal nr. 12673/11.09.2023, cu

excepția ofertei tehnice și financiare ale operatorului economic participant S.R.L. ce au fost declarate de acesta ca fiind confidențiale.

Astfel, în ceea ce privește primul aspect legat de restrictionarea autorității contractante cu privire la accesul la dosarul achiziției publice, aceasta menționează că a procedat 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 oferta tehnică și financiară ale ofertantului câștigător, care au fost declarate confidențiale.

Autoritatea contractantă susține că, raportat la textul legal invocat și la documentele achiziției, a verificat susținerile ofertantului ... SRL cu privire la caracterului confidențial al conținutului ofertei tehnice și financiare, constatând că acestea au fost arătate în cuprinsul declarației de confidențialitate, prin invocarea angajamentelor de confidențialitate cu privire la informațiile rezultate din raporturile comerciale și financiare aflate în derulare în concordanță cu prevederile art. 1 din Legea nr. 11/1991, neputându-se permite ofertantului contestator să studieze documentele declarate confidențiale. În sprijinul acestei aprecieri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14.

Autoritatea contractantă a invocat Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, care 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.

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.

Având în vedere specificul contractului de achiziție publică supus procedurii în cauză, care a determinat elaborarea unei propuneri tehnice și financiare cuprinzând o serie de 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, conduita autorității contractante de a nu pune la dispoziția contestatorului a documentelor declarate confidențiale de ofertanta declarată câștigătoare este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

Date fiind rigorile la care este supusă atât autoritatea contractantă, precum și declarația operatorului economic S.R.L. nu au fost puse la dispoziția ofertantului contestator, documentele declarate confidențiale, provenind de la operatorul economic menționat.

Luând această decizie, considerăm că nu i se poate reproșa nimic entității contractante, în condițiile în care a permis contestatorului acces doar la documentele care nu au fost declarate confidențiale de ofertanta declarată câștigătoare, solicitând respingerea, ca neîntemeiată, a solicitării S.R.L. de acces la documentele declarat confidențiale de S.R.L.

Cu privire la cel de-al doilea aspect referitor la faptul că exista indicii serioase ca oferta declarată câștigătoare adaugă condiționări suplimentare cerințelor minime impuse de autoritatea contractantă, comisia de evaluare a constatat ca autoarea contestației nu a adus nicio critică concretă care, ulterior, ar fi putut fi eventual completată.

Contestatarul a formulat critici la modul general bazate pe experiențe similare, dar care nu au legătură cu aceasta procedura, suspiciunile contestatorului pornind de la declararea de către S.R.L. a propriei oferte ca fiind confidențială. Or, declararea ofertei confidențiale nu creează o prezumție că respectiva ofertă ar avea lipsuri sau nereguli.

În lipsa vreunui argument concret care să susțină neîndeplinirea vreunei cerințe minime/specificație tehnică impuse prin documentația de atribuire enunțate, în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare, autoritatea contractantă consideră că se află în prezența unei contestații bazată pe considerații de ordin general.

În final, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de SRL.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 51820/22.09.2023, autoritatea contractantă a completat dosarul achiziției cu Declarația de confidențialitate depusă de SRL.

..... SRL a constituit cautiunea în sumă de 2.308 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209493746/1 din data de 13.09.2023, eliberată de CEC BANK SA – Sucursala Piața Alba Iulia.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură simplificată, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare oxigen medicinal și verificări butelii de oxigen”, cod CPV 24111900-4, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1128852/27.07.2023, stabilind termenul limită de depunere a

ofertelor pentru 16.08.2023, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, cuprinsă între 62.750 lei și 547.600 lei.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 2 operatori economici, ... SRL și SRL, ulterior evaluării acestor oferte, autoritatea contractantă stabilind rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 12497/07.09.2023, potrivit căruia a fost stabilită câștigătoare oferta depusă de SRL, în timp ce oferta depusă de SRL a fost poziționată pe locul 2 în clasamentul final.

Ulterior primirii acestui rezultat, ... SRL a solicitat autorității contractante acces la dosarul achiziției, iar ca urmare a modalității în care autoritatea contractantă i-a acordat accesul la dosar, a depus contestația care face obiectul prezentei cauze, solicitând următoarele:

- anularea procesului verbal nr. 12673/11.09.2023, prin care i s-a restricționat dreptul de acces la dosarul de achiziție, precum și a actelor anterioare acestuia, și obligarea autorității contractantă la analizarea de la caz la caz a caracterului confidențial a fiecărei informații din cuprinsul propunerii tehnice și financiare a ofertei operatorului economic declarat câștigător, astfel încât să asigure accesul la dosarul de achiziție și a respecta dreptul acesteia de a putea contesta procedura de atribuire. În considerarea acestei nereguli de ordin procedural care împiedică SRL să analizeze oferta declarată câștigătoare, a solicitat, în cazul admiterii prezentului capăt de cerere, repunerea în termenul de contestare a procedurii de atribuire de la data la care autoritatea contractantă își va îndeplini obligația de a asigura accesul la dosarul de achiziție;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, existând indicii serioase în sensul că oferta declarată câștigătoare adaugă condiționări suplimentare cerințelor minime impuse de autoritatea contractantă.

Analizând contestația, Consiliul constată că aceasta vizează două aspecte:

- modalitatea în care autoritatea contractantă i-a acordat acces la dosarul achiziției;

- în legătură cu propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător, prezumă că există la nivelul acesteia o serie de costuri/condiționări suplimentare.

Cu privire la prima critică a contestatoarei, Consiliul constată următoarele:

Ulterior comunicării rezultatul procedurii, ... SRL a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 12575/08.09.2023, în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile Legii nr. 544/2011, punerea la dispoziție a comunicărilor privind rezultatul procedurii și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora, a raportului procedurii, precum și transmiterea unei copii în format electronic a ofertei operatorului economic SRL, respectiv a documentelor de calificare, a propunerii tehnice și a celei financiare.

Prin adresa nr. 12590/08.09.2023, autoritatea contractantă a transmis ofertantului SRL răspuns la solicitarea acestuia, menționând că, în conformitate cu prevederile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, este de acord cu accesul neîngrădit al ofertantului la dosarul achiziției, cu excepția informațiilor din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale. În acest sens, autoritatea contractantă a precizat că atât oferta tehnică, cât și cea financiară a ofertantului SRL au fost declarate confidențiale, motiv pentru care acestea nu pot fi accesate decât ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice având din acel moment caracter de document public conform dispozițiilor art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Ca urmare a studierii de către reprezentantul SRL, la sediul autorității contractante, la data de 11.09.2023, a dosarului achiziției, a fost încheiat procesul verbal nr. 12673/11.09.2023, în cadrul acestuia menționându-se că a fost pus la dispoziție pentru studiere întregul dosar al achiziției publice mai puțin oferta tehnică și oferta financiară ale ofertantului declarat câștigător, ... SRL, acestea fiind declarate confidențiale.

În analiza corectitudinii modalității în care autoritatea contractantă a permis contestatoarei acces la dosarul achiziției, sunt importante a fi reținute dispozițiile art. 217 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora:

„(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”.

De asemenea, prezintă relevanță speței Hotărârea Curții Europene de Justiție în cauza Varec, C-450/06, prin care s-au stabilit următoarele:

«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, acesteia 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 nenedaturată. 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.»

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 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 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”), se consideră că achizitoarea avea dreptul de a restricționa accesul la documentele declarate confidențiale aferente propunerii tehnice și financiare.

Or, din conținutul Declarației privind partea/părțile din ofertă care au caracter confidențial, depusă de SRL, rezultă că ofertantul a declarat confidențiale următoarele informații:

„a. Propunerea tehnică pag. 4-9, fișe tehnice de produs Linde pag. 62-102 din documentul APP GOX 11 2022+FDS+FT.pdf.p7s. Documentul Ghid păstrare și manipulare 02&LG Instrucțiuni și ghid de utilizare 02 pdf p7s.

b. Propunerea financiară Formularul nr. 2 - Formularul de ofertă Anexa nr. 1 la formularul de ofertă. Justificarea de preț (dacă va fi cazul)”.

Prin raportare la cele cuprinse în declarația depusă de SRL (care a formulat justificări în sprijinul dovedirii caracterului confidențial al documentelor invocate în declarație), Consiliul reține că autoritatea contractantă a ținut parțial seama de rigorile la care este supusă, prin regulile precitate, conform art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care, în legătură cu propunerea tehnică depusă de SRL, au fost declarate confidențiale doar anumite părți ale acesteia, iar achizitoarea a refuzat accesul contestatoarei la întreaga propunere tehnică, aspect consemnat în procesul verbal nr. 12673/11.09.2023.

Astfel, Consiliul constată că, în ceea ce privește informațiile declarate confidențiale de SRL, autoritatea contractantă în mod corect nu a permis accesul contestatoarei la acestea, aceasta procedând conform propriilor aprecieri cu privire la obligațiile ce îi revin în privința accesului la oferta declarată câștigătoare, prin raportare la dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016. Însă, în ceea ce privește informațiile din propunerea tehnică depusă de SRL care nu au fost declarate confidențiale, așa cum rezultă din Declarația privind partea/părțile din

ofertă care au caracter confidențial, în mod greșit acestea nu au fost puse la dispoziția contestatoarei.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că se impune ca autoritatea contractantă să permită contestatoarei accesul la documentele din propunerea tehnică depusă de SRL, care nu au fost declarate confidențiale de acesta, critica formulată fiind parțial întemeiată.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei cu privire la repunere sa în termenul de contestare, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Lege nr. 101/2016:

„(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: (...)

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

Prin urmare, termenul de 7 zile stabilit de legiuitor se calculează de la data luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

În ceea ce privește forma în care poate fi atacat actul autorității contractante considerat nelegal, ulterior depunerii unei contestații, Consiliul consideră că aceasta trebuie să îmbrace tot forma unei contestații, cu îndeplinirea tuturor obligațiilor prevăzute în acest sens, dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 stabilind că 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.

Cu privire la critica referitoare la faptul că propunerea tehnică depusă de SRL ar conține clauze abuzive, Consiliul constată că aceasta este nesusținută, contestatoarea făcând simple aprecieri în legătură cu acest aspect. Or, potrivit informațiilor din cadrul procesului verbal înregistrat sub nr. 11467/23.08.2023, în etapa de evaluare a propunerii tehnice depusă de SRL, membrii acesteia nu au constatat existența unei astfel de situații, stabilind că oferta depusă este conformă.

Referirile contestatoarei la practica CNSC nu poate fi reținută de Consiliu ca relevantă în condițiile în care, fiecare cauză are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți (Astfel, în prima speță invocată obiectul contractului cuprindea și chiria aferentă utilizării

buteliilor/ recipientelor, iar în prezenta speță, buteliile aparțin entității achizitoare. Pe de altă parte, în cea de-a doua speță invocată, ofertantul criticat avea o valoare ofertată aparent neobișnuit de scăzută, situându-se sub pragul de 80% din valoarea estimată, iar în prezenta cauză, valoarea ofertată este de cca. 90% din valoare estimată).

De altfel, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

În aceste condiții, în lipsa unor critici concrete care să vizeze modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat propunerea tehnică depusă de SRL, Consiliul nu poate aprecia în sensul celor susținute, la modul general, de contestatoare. Critica formulată de SRL se bazează pe presupuneri și nu pe situații concrete incidente speței.

Cu privire la solicitarea subsidiară a contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, o astfel de măsură neputând fi dispusă din următoarele două motive:

- aprecierile generale ale contestatoarei cu privire la oferta depusă de SRL nu au putut fi reținute de Consiliul;
- în cadrul procedurii de atribuire au fost declarate admisibile ambele oferte depuse, caracterul admisibil al ofertei contestatoarei nefăcând obiectul vreunei critici.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu și să anuleze în parte procesul verbal nr. 12673/11.09.2023, respectiv consemnările referitoare la accesul contestatoarei la propunerea tehnică depusă de SRL.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește accesul contestatoarei la partea din propunerea tehnică depusă de SRL nedecarată confidențială.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu și anulează, în parte, procesul verbal nr. 12673/11.09.2023, respectiv consemnările referitoare la accesul contestatoarei la propunerea tehnică depusă de SRL.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește accesul contestatoarei la partea din propunerea tehnică depusă de SRL nedeclarată confidențială.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire.

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

Împotriva ei 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 4 exemplare, conține 14 pagini.
Redactată practica deciziei ...