

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

DECIZIE

Nr. 3515/C8/3761

Data: 11.12.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 68622/28.10.2024, formulată de, în calitate de lider al asocierii ... cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... – administrator și convențional prin ... – Cabinet de avocat, cu sediul în, sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 25399/15.10.2024 și a raportului procedurii nr. 25395/15.10.2024, elaborate de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, reprezentată convențional prin ..., cu sediul în, adresă aleasă pentru comunicarea tuturor actelor de procedură, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„DOTAREA CU MOBILIER A UNITĂȚILOR DE ÎNVĂȚĂMÂNT DIN JUDEȚUL PRAHOVA, ÎN CADRUL PROIECTULUI «ȘCOLI MOTIVANTE ADAPTATE RITMULUI TEHNOLOGIC – PH SMART»”* (....), s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 25399/ 15.10.2024 și a raportului procedurii nr. 25395/15.10.2024;
- anularea decizie prin care oferta depusă de a fost declarată admisibilă, conformă și câștigătoare, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestor documente, precum și a actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei depuse de ...;
- anularea deciziei prin care oferta ... a fost clasată pe locul 2, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, dar și a actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației;
- asigurarea accesului la dosarul constituit la Consiliu, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante înregistrată la Consiliu cu nr. 70974/05.11.2024, ..., cu sediul social

în ..., înregistrată la Consiliu cu nr. 70974/05.11.2024, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ..., reprezentată legal de ..., a solicitat respingerea ca nefondată a contestației depuse de ... și menținerea ca temeinice și legale a actelor autorității contractante.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ... arată, în primul rând, că ulterior primirii adresei de comunicare a rezultatului procedurii a solicitat autorității contractante accesul la informațiile din cadrul propunerii tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost ale tuturor ofertanților, cât și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost, respectiv la procesele verbale elaborate în procesul de evaluare. Autoritatea contractantă nu a acordat acces la nici la procesele intermediare, întocmite în conformitate cu prevederile art. 127 din HG nr. 395/2016, nici la oferta depusă de ..., ofertă a cărei confidențialitate nu a fost dovedită.

Cu toate acestea, contestatorul invocă nelegalitatea și netemeinicia evaluării ofertei depuse de ..., apreciind că aceasta ar fi trebuit respinsă ca neconformă, în temeiul art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și inacceptabilă potrivit art. 134 alin. (5) din același act normativ. În acest sens, arată că oferta menționată are un preț neobișnuit de scăzut, sub 80% din valoarea estimată, motiv pentru care autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări, iar ofertantul avea obligația de a prezenta informații clare cu privire la justificarea prețului și să anexeze dovezi, dovezi care nu au fost anexate.

În ceea ce privește propunerea tehnică depusă de ..., contestatorul arată că și aceasta ar fi trebuit declarată neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, în condițiile în care nu au fost îndeplinite cerințele detaliate în documentație și în răspunsul la clarificări privind graficul, în sensul că nu a fost prezentat graficul detaliat cu identificarea pachetelor de lucru, dependențelor între acestea, resursele umane și materiale implicate. În susținere face referire la răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 5 publicat în SEAP la data de 14.08.2024 precum și la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice din fișa de date a achiziției.

Totodată, contestatorul invocă neconformitatea ofertei depuse de ... și prin prisma neîndeplinirii cerințelor detaliate în documentație, la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice" - Metodologia

de management propusă pentru livrarea contractului nu respectă exigențele impuse prin documentația de atribuire, a neîndeplinirii cerinței de prezentare a declarațiilor din partea furnizorilor de panouri de lemn care să confirme standardele indicate și solicitate de autoritatea contractantă, a nedepunerii declarațiilor de identificare a substanțelor specifice din lista substanțelor candidate REACH, a nedepunerii declarațiilor privind eticheta ecologică, a declarațiilor privind emisiile de formaldehidă, pentru faptul că produsul oferat nu îndeplinește cerințele privind tipul materialului, tipul tehnologiei și dimensiunile.

În plus, în aprecierea contestatorului, oferta ... trebuia respinsă ca neconformă și inacceptabilă și motivat de faptul că aceasta a fost completată și modificată în etapa tehnică.

Prin cererea de intervenție formulată, O... arată că, în mod legal, autoritatea contractantă nu a permis accesul ofertantului contestator la oferta sa și la informațiile din cadrul proceselor-verbale de evaluare, în condițiile în care informațiile din propunerea tehnică și propunerea financiară au fost declarate confidențiale, în baza art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016. În sprijinul legalității refuzului autorității contractante de a permite accesul la informațiile declarate confidențiale, intervenientul invocă și prevederile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016 și art. 123 din HG nr. 395/2016, dar și raportat la art. 12 alin. (1) lit. c) și d) din Legea nr. 544/2001 și la art. 1 coroborat cu art. 11 din Legea nr. 11/1991.

Potrivit intervenientului, oferta sa conține informații ce rezultă din cadrul experienței pe care o deține în acest domeniu de activitate, iar dezvăluirea lor i-ar prejudicia interesele legitime, în special în ceea ce privește secretele tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertei.

În plus, prețurile practicate, întocmite în baza ofertelor de la furnizori reprezintă un secret comercial protejat de lege, fiind rezultatul unor negocieri repetate și al unor relații de colaborare îndelungate, bazate pe respect, încredere și confidențialitate. O eventuală divulgare a acestor informații ar fi de natură a aduce la cunoștința competitorilor informații importante pe care aceștia le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, respectiv pentru a avea acces la prețurile practicate de ... și, implicit, de furnizorii săi, eventual a obține prețuri identice sau mai mici, putând constitui chiar o măsură de presiune a acestora față de furnizori, în cazul în care există furnizori comuni.

Astfel, o asemenea abordare i-ar produce în mod evident un prejudiciu, inclusiv prin pierderea avantajului economic pe care îl are pe piață prin utilizarea unei asemenea soluții tehnice, respectiv prin apelarea la anumiți furnizori și a practicării anumitor prețuri, aducându-se, astfel, o gravă atingere inclusiv principiului concurenței loiale.

În susținerea confidențialității ofertei sale și a legalității deciziei autorității contractante de a nu permite accesul contestatorului la

informațiile declarate confidențiale, intervenientul invocă jurisprudența instanțelor naționale și internaționale precum și pe cea a Curții Constituționale a României.

Referitor la criticile contestatorului privind prețul neobișnuit de scăzut oferat, intervenientul face referire la adresa nr. 23771 din 27.09.2024, prin care comisia de evaluare i-a solicitat clarificări cu privire la modul de formare a elementelor de preț și la răspunsul transmis în termenul impus de comisia de evaluare, în cuprinsul căruia a fost prezentat modul de formare a elementelor de preț, iar, anexat, pentru susținere, a fost depus calculul ofertei desfășurate, aceasta în condițiile calității ... de producător al produselor oferate, din cuprinsul documentelor anexate răspunsului rezultând prețul unitar pentru materiale, preturile cu manopera, cheltuielii indirecte + neprevăzute, transport, profit.

În plus, intervenientul arată că, văzând modalitatea în care comisia de evaluare a transmis solicitarea de clarificare, fără a preciza, în acord cu dispozițiile art. 134 alin. (1) și (4) din HG nr. 395/2016, în mod clar și suficient de detaliat cum anume ar fi trebuit justificat prețul neobișnuit de scăzut, contrar argumentelor din contestație, în niciun caz oferta nu ar fi trebuit respinsă, autoritatea contractantă având obligația de a solicita clarificări suplimentare.

Referitor la celelalte critici privind neîndeplinirea cerințelor documentației de atribuire, intervenientul arată că:

- cerința privind graficul de livrare a fost respectată, în cadrul ofertei fiind depus, la pag. 21, din propunerea tehnică, graficul de furnizare, iar, la solicitarea comisiei de evaluare nr. 22664 din 17.09.2024, au fost prezentate informații suplimentare ale acestuia, în cauză fiind în prezența unui veritabil viciu de formă acceptabil în domeniul achizițiilor publice, așa cum este prevăzut la art. 135 din HG nr. 395/2016;

- cerința privind Metodologia de management propusă pentru livrarea contractului a fost, de asemenea, respectată, Metodologia în cauză putând fi găsită la pag. 17 din propunerea tehnică;

- în propunerea tehnică a fost prezentată declarația privind emisia de formaldehidă, din cuprinsul căreia rezultă asumarea faptului că PANOURILE DE LEMN îndeplinesc cerințele valorii caracteristice de materiale a materialelor pe bază de lemn și îndeplinesc EN 13986, precum și instrucțiunile cu privire la clasa de formaldehidă E1;

- de asemenea, au fost prezentate, declarația privind lista substanțelor candidate REACH, declarația privind eticheta ecologică precum și declarația privind emisia de formaldehidă.

De asemenea, intervenientul apreciază că oferta sa nu poate intra sub incidența prevederilor art. 134 alin. (5) și (6) și art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016, propunerea tehnică nefiind modificată în etapa tehnică.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 70942/05.11.2024, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației

Referitor la criticile legate de nepermiterea accesului la oferta declarată câștigătoare, arată că susținerile contestatorului nu au natura unui motiv de contestare a actelor autorității contractante, astfel cum acestea sunt definite de dispozițiile art. 8 raportat la art. 3 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016, ci natura unei cereri de acces la documentele dosarului achiziției publice, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Raportat la extrasul din procesul verbal încheiat la data de 24.10.2024 cu ocazia studierii documentelor solicitate, arată că, în cauză, nu există rapoarte intermediare, procedura nefiind organizată în etape și nici rapoarte de specialitate întocmite de experți cooptați, nefiind desemnați în cauză astfel de specialiști potrivit prevederilor art.128 din HG nr.395/2016. În plus, conținutul proceselor verbale intermediare este reluat în conținutul proceselor verbale finale indicate în raportul procedurii; prin urmare, raportat la cele anterior învederate, cererea contestatorului legată de accesul la aceste documente este lipsită de obiect.

În ceea ce privește presupusa nelegalitate a confidențializării informațiilor din procesele verbale de evaluare, criticile formulate de ...sunt nefondate, în condițiile în care autoritatea contractantă are obligația de a asigura confidențialitatea informațiilor din cuprinsul documentelor depuse de ofertanți, iar confidențialitatea privește informațiile, iar nu documentele care formează oferta.

Sunt nefondate susținerile contestatorului că nu este probată confidențialitatea documentelor menționate, sens în care trebuie observat că .. nu s-a limitat la o simplă invocare în cadrul declarației de confidențialitate a unor texte legale, ci a arătat în concret faptul că informațiile din cuprinsul propunerii tehnice și financiare conțin secrete tehnice și comerciale referitoare atât la tehnologia de fabricație a produselor propriu-zis oferate, desene, materiale etc., cât și la prețurile unitare ce conțin prețurile furnizorilor, cheltuieli indirecte, profit.

În cadrul procedurii a fost prezentată Declarația de confidențialitate-formularul 13 în cuprinsul căreia au fost indicate în mod expres documentele care conțin informații clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, respectiv care conțin secrete comerciale. În egală măsură, se observă că în cuprinsul Declarației de confidențialitate s-au prezentat inclusiv motivele care au condus la declararea informațiilor din propunerea tehnică/ propunerea financiară ca fiind informații cu caracter confidențial;

- mai mult, în aceeași manieră a procedat și contestatorul care a declarat ca fiind confidențiale propunerea tehnică și financiară, prin utilizarea aceluiași formular - 13 nefiind însoțit de alte documente

justificative, motivele invocate fiind similare; prin urmare, cu respectarea principiului egalității de tratament, nu a acordat acces contestatorului la oferta

În ceea ce privește propunerea financiară, criticile sunt apreciate de autoritatea contractantă ca fiind nefondate.

În acest sens, arată că autorul contestației se limitează să efectueze simple afirmații fără indicarea concretă a elementelor de preț și documentelor care ar determina neconcludența răspunsului ofertantului declarat câștigător, deși acestuia îi revine sarcina probei.

Pe de altă parte, prin adresa nr. 23771 din data de 27.09.2024 au fost solicitate clarificări, în ceea ce privește fundamentarea economică a modului de formare a prețului, ofertantul indicând detaliat valoarea materialelor utilizate, valoarea manoperei, cheltuielile indirecte, neprevăzute, transportul și profitul, precum și un tabel centralizator ce cuprinde modul de formare a prețului pentru fiecare produs.

În ceea ce privește criticile legate de propunerea financiară depusă de ofertantul declarat câștigător, autoritatea contractantă invocă nemotivarea acesteia, contestatorul neputând însărcina Consiliul să efectueze o cercetare în integritate a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții, toate criticile fiind simple speculații, neprobate.

Cu toate acestea, arată că:

- în cadrul propunerii tehnice depusă de ... se regăsește în cuprinsul paginii 21 graficul detaliat de livrare, fiind îndeplinite toate cerințele conform documentației de atribuire, astfel cum a fost reținut în mod corect prin Procesul-verbal nr. 23626 din data de 26.09.2024; întrucât din graficul depus de ofertant nu rezultau cu claritate resursele umane și materiale, prin adresa nr. 22664/17.09.2024 comisia de evaluare a solicitat clarificarea acestui aspect, răspunsul ofertantului fiind considerat concludent; prezentarea explicațiilor privind graficul de livrare din propunerea tehnică, nu modifică cu nimic oferta inițială, prin clarificările transmise ofertantul doar a detaliat/clarificat/evidențiat anumite informații din propunerea tehnică ce sunt susținute prin informațiile inițiale depuse la ofertă, acestea neavând implicații asupra ofertei financiare, aceste explicații nu au reprezentat doar o etapă de clarificarea formală, de confirmare, permisă de legislația achizițiilor publice; în plus, exact aceeași neclaritate/lipsă a evidențierii resurselor tehnice și materiale, a existat și cu privire la oferta contestatorului, comisia de evaluare adresându-i aceeași solicitare de clarificare privind graficul de livrare;

- contrar celor afirmate de contestator, în cadrul propunerii tehnice la pag. 15 -16, ofertantul a prezentat „Aspecte de organizare, management și performanța a contractului” în care prezintă: obligațiile principale ale ..., obligațiile principale ale Autorității contractante Modalități și condiții de plată; de asemenea, la pag. 16 -20 din

propunerea tehnică, ofertantul a prezentat Metodologia de management - Managementul/Gestionarea Contractului și activități de raportare în cadrul Contractului ce cuprinde elemente de coordonare, elemente de monitorizare, elemente de control, personalul implicat în desfășurarea contractului; totodată, în cadrul propunerii tehnice la pag. 22 ofertantul a prezentat Metodologia de management propusa pentru livrarea contractului;

- contrar celor susținute de contestator, ofertantul a prezentat Declarația privind emisia de formaldehidă, iar produsele de mobilier ofertate formate din panouri de lemn au valori ale emisiilor de formaldehidă care respectă pragul-limită de 65% ce permite încadrarea în categoria E1; de asemenea, la paginile 82 - 97 din propunerea tehnică, ofertantul a prezentat fișa tehnică pentru plăci de aşchii de lemn și certificate de testare emis de EPH;

- contrar celor susținute de contestator, în cadrul propunerii tehnice la pag. 42 ofertantul a prezentat Declarația privind lista substanțelor candidate REACH; de asemenea, la pagina 98 din propunerea tehnică a fost depusă - Declarație Kronsplan Criterii REACH;

- ofertantul desemnat câștigător, în cadrul propunerii tehnice, pagina 43, ofertantul a prezentat Declarația de adecvare pentru utilizare (cerința nr. 4 din Ordinul nr.1068/1652/2018) anexând și documentul relevant - certificat emis de Quality Cert nr. 1139/ SR EN 770:2020 - pag. 100-101, la pag. 41 a prezentat Declarația privind emisia de formaldehidă, în cadrul fișei tehnice nr. 5 pentru produsul Dulap pentru depozitarea materialelor didactice au fost prevăzute cernitele privind materialul, tehnologia și dimensiunile contestate, respectiv Tip material: PAL, 18 mm, Tip cant: ABS de 1 mm și 0,5 mm, Tehnologie: EFFS, Dimensiuni: 200x80x40 cm (înălțime x lățime x adâncime);

- răspunsul ... cu privire la solicitarea de clarificare adresată se încadrează în categoria clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea ofertei, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. 1 din HG nr.395/2016, criticile contestatorului legate de modificarea ofertei în etapa tehnică fiind nefondate; pe de altă parte, însuși contestatorul a beneficiat de același tratament egal pe parcursul evaluării- oferta depusă de aceasta a făcut obiectul aceleiași clarificări/completări în cadrul etapei de evaluare a propunerii tehnice, după cum se poate verifica din dosarul procedurii.

Prin concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 78170/04.12.2024, ... își menține solicitările inițial formulate, reiterând criticile și augmentația prezentate anterior.

Preliminar, Consiliul constată că ... a depus la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii prevăzute la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. 210714416/1, eliberată de Raiffeisen Bank, în cuantum de 496.631,4 lei.

Față de contestația depusă, ... a formulat cerere de intervenție. Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei intervenții accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul respingerii contestației formulate de ...

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

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

..., în calitate de autoritatea contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „DOTAREA CU MOBILIER A UNITĂȚILOR DE ÎNVĂȚĂMÂNT DIN JUDEȚUL PRAHOVA, ÎN CADRUL PROIECTULUI «ȘCOLI MOTIVANTE ADAPTATE RITMULUI TEHNOLOGIC – PH SMART»”, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. Criteriul de atribuire a fost stabilit „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a procedurii a fost de 24.831.570 lei, fără TVA.

Procedând la analiza contestației formulate de - ofertant clasat pe locul II, Consiliul reține că acesta reclamă, în primul rând, modul în care autoritatea contractantă a dat curs solicitării sale de acces la dosarul achiziției, apreciind că, în mod nelegal, au fost nesocotite prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016. Totodată, în opinia contestatorului, oferta declarată câștigătoare, trebuia respinsă ca neconformă și inacceptabilă.

Consiliul ia act de faptul că ofertantul contestator a solicitat autorității contractante acces la dosarul achiziției.

În procesul-verbal din data de 24.10.2024, întocmit ca urmare a studierii documentelor solicitate de ..., ofertantul contestator a menționat că nu i-au fost puse la dispoziție: procesele-verbale și rapoartele intermediare întocmite de comisia de evaluare, rapoartele de specialitate întocmite de experții cooptați. De asemenea, ... nu a avut acces nici la oferta câștigătoare, depusă de

Față de susținerile din contestație, Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor Legii nr. 98/2016, accesul la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6), potrivit cărora:

„(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul **acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de**

preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidentiale, 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 confidentiale.”.

De asemenea, sunt reținute și prevederile art. 57 din același act normativ, alin. (1): „Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidentiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală” și alin. (4): „Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidentiale 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 confidentiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1).”.

Din economia acestor prevederi legale, Consiliul constată că accesul persoanelor la dosarul achiziției publice se realizează cu respectarea legislației privind liberul acces la informațiile de interes public.

Această interpretare este susținută de faptul că excepția indicată la art. 217 alin. (6), anterior citat, face referire la termenul în care ofertanților în cadrul unei proceduri de achiziție publică li se asigură accesul, precum și la tipul de documente pe care le pot studia, iar nu la legislația în baza căreia se realizează acest demers.

Consiliul constată că autoritatea contractantă, deși face referire la confidențialitatea ofertei, nu a pus la dispoziția contestatorului nici măcar documentele emise de comisia de evaluare. Or, asupra acestor documente nu intervine caracterul confidențial, nefiind emise de operatorii economici. Declarațiile de confidențialitate produc efecte doar asupra informațiilor din ofertă.

Mai mult, ofertantul câștigător a declarat confidentiale părți din propunerea tehnică și financiară, nicidecum DUAE și documente de

calificare. Sub acest aspect, achizitorul avea obligația de a pune la dispoziție, cel puțin, documentele nedeclarate confidențiale.

Apărările autorității contractante, din punctul de vedere, sunt de ordin general, fără referire la motive concrete, din oferta câștigătoare, respectiv din declarația de confidențialitate a acesteia, care să justifice restricția de studiere, de către contestator, a ofertei în cauză.

Consiliul nu poate valida nici susținerile achizitorului că, printre măsurile solicitate a fi adoptate, nu se regăsește cea de obligare a autorității contractante de a acorda acces la documentele declarate confidențiale, întrucât, la pag. 2 a contestației, se cere explicit Consiliului tocmai obligarea autorității contractante la acordarea accesului la dosarul achiziției, potrivit art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține că declarația privind confidențialitatea unor părți din ofertă este formulată de ... cu titlu general, cu referiri la secrete tehnice sau comerciale, la date protejate de un drept de proprietate intelectuală, dar și cu citarea unor prevederi din Legea nr. 98/2016, fără a fi însoțite de dovezi ale caracterului confidențial al lor.

Declarația în cauză, pe lângă redarea unor dispoziții din Legea nr. 98/2016, normele de aplicare a acesteia și Legea nr. 101/2016, conține și următoarea motivare:

„a. Oferta financiară –formular de oferta, centralizator de preturi

b. Oferta tehnică , inclusiv documentele suport ce fac dovada indeplinirii factorilor de evaluare au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește **secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală**, având în vedere:

(...) în virtutea art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precizăm ca 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 financiară sunt confidențiale:

Contin preturi unitare din care deriva preturi ale furnizorilor de cheltuieli indirecte, profit

contin elemente de identificare, date cu caracter personal (documente de referință GDPR)

Documentele privind tehnologia de fabricație, desenele, listele de furnizori se încadrează în categoria secrete comerciale

Motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din propunerea tehnică sunt confidențiale

Contine documente care țin de tehnologia proprie de execuție, **drepturi de autor**, fise tehnice materiale și produse, desene. Datele continuând **secrete de afaceri, interese comerciale** sunt calificate cu caracter confidențial – în conformitate și cu prevederile Instrucțiunilor Consiliului Concurenței din 21.06.2016 art.19: *Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, cu titlu de exemplu: informațiile tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, sursele de aprovizionare, cantități produse și vandute, cote de piață, liste de client și*

distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor si a preturilor, strategia de vanzari.

Toate documentele mentionate mai sus au caracter confidential pentru a nu prejudicia interesele legitime in ceea ce priveste secretul comercial si dreptul de proprietate intelectuala

Propunerea tehnica, financiara, solicitarile de clarificare contin **secrete tehnice** si comerciale, iar accesul tertilor, respectiv a competitorilor la secrete economice, know how, eventuale oferte si informatii de la furnizori **ar prejudicia** interesele legitime ale"

Consiliul constată că, în susținerea secretul comercial, a dreptului de proprietate intelectuală, a drepturilor de autori, a secretului de afaceri a ... nu atașează nicio dovadă.

Având în vedere că cererea de studiere a dosarului cauzei la Consiliu a fost formulată de ... cu scopul repunerii sale în termenul de contestare, aceasta nu poate fi luată în considerare, întrucât dispozițiile Legii nr. 101/2016 (normă specială aplicabilă achizițiilor publice ce exclude norma generală) stabilesc, în mod clar, care sunt condițiile și termenele pentru depunerea unei contestații.

Astfel, termenul de contestare este expres prevăzut de legiuitor și începe să curgă de la data luării la cunoștință a actului autorității contractante considerat nelegal, conform art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de depunere a contestației, care să înceapă să curgă de la o altă dată, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat, în cadrul actului normativ, în vigoare, nicio excepție de la modalitatea de calcul a acestuia. Or, când legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul și/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă, potrivit principiului de drept „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”.

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

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

Din susținerile autorității contractante se constată că nu au fost depuse, de către ofertantul câștigător, dovezi privind caracterul confidențial al documentelor din ofertele prezentate în cadrul acestei proceduri.

Lipsa probelor din cuprinsul declarațiilor nu dovedește confidențialitatea ofertelor. De altfel, nicio dovadă a unui prejudiciu nu a fost depusă.

Or, astfel de susțineri nu puteau fi luate în considerare ca dovezi pentru limitarea accesului contestatorului la oferta aflată înaintea sa în clasament.

În acest sens, Consiliul apreciază ca relevantă atât practica CNSC cât și practica judiciară, respectiv:

- **Hotărârea nr. 506/2023 din 27.09.2023, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, dosar nr. 420/57/2023**, în care s-au reținut următoarele:

„Curtea reamintește că, tot *supra*, a reținut că în cuprinsul art. 57 alin. 1 și alin. 4 din Legea nr. 98/2016, legiuitorul vorbește expres despre dovezi privind caracterul confidențial al unor informații din cuprinsul ofertei, nicidecum despre motive/ argumente/sușineri/ alegații/teoretizări. Astfel, pentru probarea caracterului confidențial al informațiilor indicate ca atare, nu este suficientă menționarea în cuprinsul ofertei a informațiilor cu caracter confidențial și a cauzei/motivelor/ argumentelor/ sușinerilor/alegațiilor/ teoretizărilor privind caracterul confidențial al acestora, ci, trebuie indicate dovezile privind acest caracter, nefiind suficientă nici măcar indicarea dovezilor privind acest caracter, ci, corelativ indicării lor exprese în cuprinsul ofertei, dovezile trebuie anexate acesteia - ele devenind astfel, anexe la ofertă. Practic, verificarea îndeplinirii de către ofertant, a celor patru obligații de rezultat expuse supra pct. 1-4, cumulativ impuse de art. 57 alin. 1 și 4 din Legea 98/2016, pentru activarea obligației autorității contractante, prevăzută de art. 57 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, de a nu dezvălui informațiile de al căror caracter confidențial se prevalează acesta, presupune în final, posibilitatea identificării și corelării dovezilor de confidențialitate anexate ofertei, cu dovezile de confidențialitate indicate în cuprinsul ofertei”;

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

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

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

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

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

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

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

Se subînțelege, astfel, că, în cazuri precum cel aici analizat, în care se afirmă că documentele declarate confidențiale constituie secrete comerciale, în înțelesul Legii nr. 11/1991, nu este suficientă o simplă declarație de confidențialitate dată în acest sens, fiind necesară, pentru a opera prezumția reținută de Consiliu, o argumentare tehnică și plauzibilă, cerință ce nu este

îndeplinită în cauza de față în ceea ce privește documentele referite în exemplul redat în precedentele considerente.

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

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

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

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

Hotărârea din cauza C-927/19, prin care, în partea relevantă pentru cauză, s-a statuat astfel:

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

cuprinse în oferta unui concurent căruia ia fost atribuit contractul, nu este

obligată să comunice aceste informații atunci când transmiterea lor ar conduce la încălcarea normelor de drept al Uniunii referitoare la protecția informațiilor confidențiale, chiar dacă cererea operatorului economic este prezentată în cadrul unei căi de atac a aceluiași operator privind legalitatea aprecierii de către autoritatea contractantă a ofertei concurentului. Atunci când refuză să transmită asemenea informații sau când, odată cu formularea unui astfel de refuz, respinge calea de atac administrativă formulată de un operator economic cu privire la legalitatea aprecierii ofertei concurentului în cauză, autoritatea contractantă este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului la bună administrare și dreptul concurentului la protecția informațiilor confidențiale, așa încât decizia sa de refuz sau decizia sa de respingere să fie motivată, iar dreptul la o cale de atac eficientă de care beneficiază un ofertant respins să nu fie lipsit de efect util.

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

documentația transmisă de concurentul căruia ia fost atribuit contractul sau cu

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

administrative dacă acestea sunt nelegale și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.”

Față de cele prezentate, Consiliul determină că, în mod nelegal, autoritatea contractantă nu i-a asigurat accesul contestatorului la documentele întocmite de comisia de evaluare, dar nici la cele depuse de ofertantul aflat înaintea sa în clasament.

Prin urmare, informarea legală a ofertantului reprezintă o obligație ce îi revine autorității contractante în justificarea actelor sale și pentru respectarea principiului transparenței actului decizional, dar și ca un instrument efectiv pus la dispoziția operatorului economic diligent, care cunoaște obligațiile autorității contractante, care înțelege ca, în scopul depunerii contestației, să acceseze informațiile din actele pe care autoritatea contractantă este obligată să i le pună la dispoziție și care dorește să investească organismul de soluționare cu o contestație care să respecte toate rigorile Legii nr. 101/2016, pentru preîntâmpinarea situațiilor ce pot atrage sancțiuni din partea organismului administrativ-jurisdicțional.

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

În aceste condiții, Consiliul va respinge, ca premature, restul cererilor contestatorului, cu referire la oferta declarată câștigătoare.

Având în vedere cele expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, potrivit considerentelor prezentei decizii și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice să-i permită contestatorului accesul la dosarul achiziției, **cu excepția documentelor declarate și probate ca fiind confidențiale**.

Consiliul va respinge, ca nedovedită, cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge, ca premature, cererile contestatorului cu referire la oferta declarată câștigătoare, de remediere a procedurii de atribuire și de anulare a deciziei prin care oferta ... a fost clasată pe locul 2.

Drept urmare Consiliul respinge, ca nefondată cererea de intervenție formulată de

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

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de

Admite, în parte, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu, și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, potrivit considerentelor prezentei decizii și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice să-i permită contestatorului accesul la dosarul achiziției, **cu excepția documentelor declarate și probate ca fiind confidențiale**.

Pe cale de consecință, respinge, ca premature, cererile contestatorului cu referire la oferta declarată câștigătoare, de remediere a procedurii de atribuire și de anulare a deciziei prin care oferta ... a fost clasată pe locul 2.

Respinge, ca nedovedită, cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

..

MEMBRU,

...

Redactată în 5 exemplare, conține 16 pagini.