

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

DECIZIE

Nr. ..

Data: ..

Prin contestația nr. 794/06.06.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 29932, completată prin documentul înregistrat la CNSC cu nr..., ... cu sediul în ..., având ..., înregistrată la Registrul Comerțului Suceava cu nr., reprezentată legal prin administrator Rusu Mihai, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, precum și a raportului procedurii nr. 7649/29.05.2023, emise de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Modernizare infrastructură rutieră în comuna Marginea, județul Suceava - Obiect 2 - Construcție pod Vasilovschi - Moldovan”*, anunț de participare simplificat nr., a solicitat accesul său la dosarul achiziției publice, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și *„permiterea unei completări la (...) contestație, după studierea dosarului achiziției”*.

Prin cererea de intervenție în interes propriu nr. 480/16.06.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 32506/16.06.2023, ..., cu sediul în, având CUI ... și număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., reprezentată legal de, a solicitat: încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu, având în vedere că există un drept propriu și respingerea contestației formulate de ..., în ceea ce privește oferta depusă de asocierea, ca fiind nefondată.

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

Prin contestația sa, ... critică rezultatul procedurii de atribuire și raportul acesteia, înregistrat la emitent cu nr. 7649/29.05.2023, potrivit căruia autoritatea contractantă a desemnat admisibilă oferta depusă Asocierea ..., în temeiul art. 137 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, solicitând, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, accesul la consultarea propunerii tehnice și financiare depusă de ofertantul, cu

respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, astfel cum sunt acestea descrise la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, contestatorul solicită „permiterea unei completări la (...) contestație, după studierea dosarului achiziției”.

Învederează faptul că prevederile art. 8 alin. (1)¹ din Legea nr. 554/2004 își găsesc, pe deplin, aplicabilitatea și în contenciosul achizițiilor publice, sens în care persoanele fizice sau juridice pot formula capete de cerere prin care invocă apărarea unui interes legitim public numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat.

Contestatorul menționează că, în calitate de parte direct interesată de rezultatul procesului de evaluare, în data de 31.05.2023, prin adresa nr. 768, a solicitat autorității contractante vizualizarea dosarului procedurii, în conformitate cu prevederile art. 217 din Legea nr. 98/2016, iar aceasta i-a răspuns, prin adresa nr. 7715 din 31.05.2023, la care a atașat livrabilele ce au rezultat în urma procesului de evaluare: *„procesul-verbal de deschidere a ofertelor; rapoartele de specialitate întocmite de comisia de evaluare; procesele verbale ale ședințelor de evaluare întocmite de către comisia de evaluare; conținutul solicitărilor de clarificări și răspunsurile primite se regăsesc în cadrul documentelor de evaluare”,* refuzând, însă, să-i pună la dispoziție propunerea tehnică și propunerea financiară a ofertantului câștigător, deoarece acesta *„a declarat ca fiind confidențiale: propunerea tehnică în integralitatea sa și, în mod special, abordarea din punct de vedere tehnologic, Planul de asigurare a calității, Resurse, Graficul de execuție, propunerea financiară, în integralitatea ei, și eventuale răspunsuri la solicitările de clarificări, susținând că acestea conțin drepturi de proprietate intelectuală și a motivat acest fapt de protejarea intereselor legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală, prezentând justificări privind confidențialitatea”.*

Autoritatea contractantă a atașat răspunsului Declarația ofertantului privind parte/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial.

Petentul solicită Consiliu să constate faptul că *„nu sunt îndeplinite cerințele legale care prevăd demonstrarea, prin mijloace de probă, a secretului tehnic și/sau comercial în sensul în care în care toate componentele de mai sus se regăsesc în propunerile tehnice ale tuturor ofertanților”,* fapt care ar conduce, *„prin deducere logică”,* la considerarea, ca fiind confidențiale, a tuturor ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție publică, în pofida faptului că legiuitorul a specificat, în mod imperativ, care este caracterul confidențial al ofertei, impunând operatorilor economici demonstrarea acestuia printr-un drept de proprietate intelectuală (întocmai cum sunt acestea recunoscute de „Oficiul de Stat pentru Invenții si Mărci - în domeniul proprietății

industriale și Oficiul Român pentru Drepturile de Autor"), respectiv secretele tehnice/comerciale (invenții aflate în faze incipiente, procese de fabricație, liste de furnizori și clienți).

Prin adresa nr. 30492/1532/C5/07.06.2023, Consiliul a solicitat contestatorului completarea contestației cu informațiile prevăzute la art. 10 din Legea nr. 101/2016:

„e) obiectul contestației;

f) motivarea în fapt și în drept a contestației;

g) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil”.

Prin punctul de vedere nr. 7950/08.06.2023, înregistrat la CNSC cu nr. 30729/08.06.2023, ... a solicitat respingerea contestației formulate de ... ca inacceptabilă, motivat de faptul că, în cuprinsul acesteia, se critică raportul și rezultatul procedurii de atribuire și se solicită Consiliului să dispună accesul la dosarul achiziției, în temeiul art. 19 alin. (10 din Legea nr. 101/2016 și permiterea unei completări a contestației după studierea dosarului.

Prezentând un scurt istoric al procedurii de atribuire, achizitoarea arată că în cadrul acesteia au depus oferte ... SRL și Asocierea dintre, iar, urmare a analizării și evaluării ofertelor, comisia de evaluare a stabilit ca fiind admisibile ambele oferte depuse.

Rezultatul evaluării ofertelor a fost comunicat ofertanților, iar raportul procedurii a fost publicat în SEAP.

Autoritatea contractantă apreciază contestația depusă de ... ca fiind lipsită de obiect, motivând că petenta nu a prezentat motive concrete care au stat la baza formulării acesteia în drept și în fapt.

Referitor la critica petentei privind *„Refuzul de a pune la dispoziție propunerea tehnică, respectiv propunerea financiară a ofertantului câștigător”*, achizitoarea precizează că, în conformitate cu dispozițiile art. 217 din Legea nr. 98/2016, accesul neîngrădit se poate acorda doar la informațiile care nu au fost declarate neconfidențiale.

Menționează că ofertantul a prezentat, în cadrul ofertei *„Declarație privind partea/părțile din Propunerea tehnică și Financiară care au caracter confidențial”*, motivele care au determinat declararea ofertei tehnice și financiare, precum și răspunsul la clarificări, confidențiale, invocând metodologii, proceduri proprii de execuție, modul de formare a prețurilor unitare etc., inclusiv secretul comercial, conform declarației.

Precizează că, prin adresa nr. 768 din 31.05.2023, contestatoarea i-a solicitat accesul la dosarul procedurii de achiziție publică, inclusiv la propunerea tehnică și financiară depuse de ofertantul câștigător, solicitare la care a răspuns prin adresa nr. 7715 din 31.05.2023, transmițând, cu celeritate, către ... documentele din cadrul dosarului achiziției publice, cu excepția celor declarate confidențiale de către SC ...- lider.

În acest context, autoritatea contractantă a transmis către contestatoare toate procesele-verbale întocmite de către comisia de evaluare, inclusiv rapoartele de specialitate, întocmite de expertul extern cooptat, în cadrul cărora se regăsesc informații detaliate și concrete privind evaluarea ofertelor, cerințele din caietul de sarcini și modalitatea de îndeplinire a acestora de către ofertanții participanți la procedură, inclusiv deciziile comisiei de evaluare privind solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea.

Autoritatea contractantă arată că motivează caracterul confidențial al ofertei, constatând faptul că acesta nu depune doar o simplă declarație, ci argumentează temeinic și plauzibil confidențialitatea ofertei.

Apreciază că societatea contestatoare nu prezintă critici concrete privind motivele pentru care oferta depusă de Asocieria ar trebui declarată neconformă și inacceptabilă, și doar reclamă faptul că nu are acces la oferta tehnică și financiară a ofertantului câștigător, împiedicând ... să semneze contractul de lucrări și substituind comisia de evaluare pentru a identifica eventuale neconformități sau motive de inadmisibilitate pentru oferta contracandidatului.

Referitor la solicitarea de permitere a studierii dosarului achiziției publice, în vederea completării contestației, autoritatea contractantă solicită Consiliului să o respingă, deoarece oferta tehnică și financiară ale ofertantului câștigător au fost declarate confidențiale, iar celelalte documente ale dosarului achiziției publice au fost puse la dispoziția petentei.

Mai mult, susține achizitoarea, contestatoarea nu are dreptul de a formula alte acuzații suplimentare la adresa ofertei câștigătoare, în afara celor deja prezentate în contestația depusă, acestea fiind tardiv introduse.

Autoritatea contractantă consideră că formularea unei contestații, cu respectarea prevederilor impuse de Legea nr. 101/2016, nu este condiționată de consultarea/accesul la dosarul achiziției publice și a ofertelor depuse de contracandidați, ci de demonstrarea caracterului de „*persoană vătămată*” a celui care inițiază un astfel de demers legal.

Astfel, ținând seama de cele punctate mai sus, autoritatea contractantă apreciază că speculațiile din partea contestatoarei „*nu depășesc nivelul de simplă bănuială*”, din moment ce nu sunt aduse dovezi privind neconformitatea ofertei în discuție.

Prin urmare, opinează că „*se află în prezența unei contestații fără obiect, bazată pe considerații de ordin general*”.

Subliniază faptul că a motiva nu se limitează la a insinua încălcarea dreptului, ci presupune indicarea tuturor împrejurărilor care justifică o atare situație. O contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie ale actelor atacate - motivele pe care se bazează calea de atac, iar nu să fie o formă fără fond, o contestație care se solicită a fi

completată și eventual motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la oferta contracandidatului.

În opinia sa, solicitarea contestatoarei privind accesul la dosarul achiziției și, mai apoi, permiterea unei completări la contestație după studierea dosarului denotă intenția explicită a acesteia de a se substitui comisiei de evaluare, în fapt ... fiind inițial ofertant participant, pentru ca, în final, să se transforme în evaluator.

Raportat la motivarea contestatoarei, achizitoarea apreciază că aceasta este nefondată, în condițiile în care acesta nu prezintă motivele concrete care au stat la baza contestației invocând doar dreptul ... de a contesta legalitatea procesului de evaluare.

Astfel, având în vedere cele mai sus prezentate, solicită respingerea contestației ..., ca fiind depusă cu rea credință, fiind nefondată și inacceptabilă, ținând cont de faptul că lipsa accesului la oferta contracandidatului, nu poate constitui motivarea în fapt și în drept a contestației.

În probațiune, achizitoarea, prin adresa nr. 7950/08.06.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 31250/12.06.2023, a transmis o parte din documentele dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 816/09.06.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 31298/12.06.2023, ... a transmis „Completare la contestația cu numărul 794 din 06.06.2023”, solicitând Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) lit. a) și b), precum și a dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, să dispună: anularea raportului procedurii nr. 7649/29.05.2023 și a tuturor actelor subsecvente acestuia; anularea procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, respectiv anularea procesului-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice; constatarea caracterului neconfidențial al propunerii tehnice prezentată de ofertantul și accesul ... la dosarul achiziției, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu permiterea unei completări la contestație după studierea dosarului achiziției; dispunerea reevaluării ofertei depuse de ..., începând cu etapa tehnică de evaluare.

Contestatoarea arată că, în fapt, prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 7666/30.05.2023 respectiv raportul procedurii nr. 7649/29.05.2023, oferta depusă de a fost declarată câștigătoare cu o valoare a propunerii financiare de 7.082.981,08 lei, fără TVA. Pentru stabilirea ofertantului câștigător, autoritatea contractantă a utilizat criteriul de atribuire „*prețul cel mai scăzut*”.

Precizează că, în esență, critică următoarele:

- decizia comisiei de evaluare de a declara admisibilă și conformă oferta depusă de, ulterior declarat câștigător, decizie pe care o consideră nelegală și contrară dispozițiilor art. 137 alin. (5) din H.G. nr.

395/2016 și care, în realitate, reprezintă o eroare a autorității contractante menită să afecteze iremediabil drepturile și interesele

- decizia autorității contractante de a-i refuza accesul la propunerea tehnică și financiară a ofertantului ..., ca fiind confidențială, fără a demonstra, conform legii, caracterul susținut.

În principal, petenta critică modul superficial și permisiv în care a fost analizată întreaga ofertă a ofertantului declarat câștigător, arătând că:

a. în cadrul procesului verbal nr. 6832 din 11.05.2023, comisia de evaluare a analizat propunerile tehnice transmise de ofertanții participanți la procedură și a constatat că, pentru ofertantul sunt necesare clarificări.

Din adresa nr. 6478 din 05.05.2023 prin care autoritatea i-a solicitat clarificări ofertantului, petenta redă următoarele:

„(...) 2. La nivelul propunerii tehnice se prezintă proceduri tehnice de execuție pentru categoriile de lucrări ce compun obiectul contractului precum și PCCVI aferente acestora. Nu am identificat PCCVI pentru lucrările de scurgerea a apelor, respectiv PCCVI drumuri de suprastructură din BcR4,5”.

Contestatoarea menționează că, întrucât nu dispune de răspunsul ofertantului redă analiza comisiei așa cum este aceasta prezentată în cadrul procesului-verbal aferent, astfel:

„2. La nivelul propunere tehnică pag. 289-293 se prezintă verificările și testele efectuate pentru lucrări de drumuri betonate în cadrul PCCVI”. „Urmarea a verificării efectuate la nivelul propunerii tehnice se confirmă existența, la pag. 289-293 a PCCVI pentru drum betonat, de asemenea în cadrul Grafic de execuție (descriptiv) pag 343-350 din propunerea tehnică se prezintă verificări și jaloane (puncte cheie) pentru lucrările de suprastructură drum. Cerință îndeplinită”.

Petenta solicită Consiliului să constate că, potrivit celor consemnate în cadrul procesului-verbal, ofertantul câștigător nu a răspuns concludent autorității contractante, deoarece a omis să clarifice prezentarea PCCVI pentru lucrări de scurgere a apelor, așa cum s-a cerut în cadrul solicitării de clarificări.

Prin urmare, arată că, devin incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

b., în calitate de parte direct interesată de rezultatul procesului de evaluare, în data de 31.05.2023, prin adresa nr 768, a solicitat autorității contractante vizualizarea dosarului procedurii. Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 7715 din 31.05.2023. Aceasta atașează livrabilele ce au rezultat în urma procesului de evaluare. Contestatoarea solicită Consiliului *„să constate faptul că nu sunt îndeplinite cerințele legale care prevăd demonstrarea prin mijloace de probă a secretului tehnic și/sau comercial”.*

Prin urmare, apreciază că se poate constata dreptul ... de a contesta legalitatea procesului de evaluare, în condițiile în care desemnarea ofertei depuse de Asocieria ar fi declarată neconformă sau inacceptabilă de către comisia de evaluare.

Prin adresa nr. 8194/12.06.2023, înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32093/14.06.2023, ... a solicitat respingerea contestației formulate de ..., ca inacceptabilă și/sau nefondată. Autoritatea contractantă a atașat o parte din documentele aferente dosarului achiziției.

Autoritatea contractantă precizează că a pus la dispoziția contestatoarei, cu celeritate, la solicitarea acestuia, raportul procedurii, însoțit de documentele din etapa de evaluare (procesele-verbale ale ședințelor de evaluare și rapoartele de specialitate ale expertului cooptat), ... având accesul la informațiile cuprinse în aceste documente la momentul depunerii contestației nr. 794/06.06.2023. Însă, în pofida acestui fapt, contestația a fost întocmită în mod superficial, fără respectarea de către petentă a prevederilor art. 10 din Legea nr. 101/2016. Astfel, arată că, în contestație, nu se regăsesc numărul și data anunțului de participare simplificat, obiectul acesteia și motivarea în fapt și în drept.

În contextul celor prezentate, apreciază că orice completare a contestației pe baza informațiilor cuprinse în documentele la care ... a avut acces este, la acest moment, tardivă.

Menționează că, prin adresa nr. 816 din 09.06.2023, după publicarea punctului de vedere al autorității contractante, contestatoarea formulează noi capete de acuzare, în baza acelorași documente la care aceasta a avut acces la momentul depunerii contestației, cu depășirea termenului prevăzut de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Raportat la completările aduse contestației, achizitoarea menționează că, în cadrul etapei de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare a apreciat că, în oferta asocierii și ..., sunt incluse toate lucrările de drum și scurgerea a apei (la paginile 220-222 din propunerea tehnică), ofertantul deține proceduri tehnice de execuție pentru aceste categorii de lucrări, conform „Listei proceduri tehnice de execuție” menționate la paginile 252-253 din propunerea tehnică, procedura tehnică de execuție fiind prezentată la paginile 647-649 din propunerea tehnică.

Precizează că, în cadrul solicitării de clarificări la care face referire contestatoarea, adresată asocierii ... și, comisia de evaluare a solicitat acesteia să clarifice/indice unde se regăsesc informații privind PCCVI pentru lucrările de scurgere a apelor, respectiv PCCVI pentru drumuri cu suprastructură din BcR4,5, iar, în răspunsul transmis, ofertantul nu a completat oferta depusă inițial cu noi documente pentru a clarifica cerința, ci a menționat/arătat unde anume, în cadrul propunerii

tehnice, se regăsesc informațiile solicitate și a indicat paginile din ofertă (pag. 289-293).

Autoritatea contractantă arată că, analizând răspunsul contestatoarei, comisia de evaluare a constatat că aceste informații se regăsesc în cadrul ofertei și, de asemenea, sunt corelate și cu celelalte informații existente la nivelul propunerii tehnice, aceste aspecte fiind consemnate și în cadrul procesului-verbal de evaluare.

Astfel, arată că, în urma evaluării, comisia de evaluare a constatat că aspecte menționate sunt corelate și cu alte informații din cadrul propunerii tehnice, inclusiv cu Graficul de execuție unde se prezintă și lucrările de scurgere a apelor, ca parte a obiectivului „*Modernizare prin betonare drum comunal*”, Graficul Gantt și drumul critic cu jaloanele aferente includ aceste categorii de lucrări (pag. 350-353).

În plus, menționează că, întrucât obiectul principal al contractului este reprezentat de „*construcție pod*”, lucrările de drumuri (300 ml) și accesorii (scurgerea apelor) fiind lucrări secundare, respectând principiul proporționalității, comisia de evaluare a decis că oferta tehnică depusă de asocierea ... este conformă, aceasta fiind corelată cu oferta financiară sub aspectul resurselor alocate și a categoriilor de lucrări oferite.

Totodată, comisia de evaluare a constatat că, prin răspunsul prezentat, ofertantul nu și-a modificat conținutul propunerii tehnice depuse inițial, nefiind incidente în speță prevederile art. 134 alin. (5) și (6) din H.G. nr. 395/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază faptul că, în cadrul caietului de sarcini, parte a documentației de atribuire, se prevede modalitatea de întocmire a propunerii tehnice și se menționează situațiile în care o ofertă nu va fi declarată neconformă. Precizează că, nu este de acord cu abordarea contestatoarei în sensul de a forța identificarea de aspecte în oferta contracandidatului său în vederea stabilirii neconformității acesteia, astfel încât oferta acestuia să fie respinsă, iar oferta contestatoarei să rămână singura ofertă admisă.

Prin urmare, solicită respingerea contestației formulate de

Prin cererea de intervenție în interes propriu nr. 480/16.06.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 32506/16.06.2023, ... a solicitat Consiliului următoarele: să admită încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu, având în vedere că există un drept propriu (având oferta declarată admisibilă de către autoritatea contractantă), pe care înțelege să îl apere, și admiterea acesteia; să admită respingerea contestației, formulată de ..., în ceea ce privește oferta depusă de ..., ca fiind nefondată.

În ceea ce privește critica contestatoarei privind confidențialitatea ofertei Asocierii ..., intervenienta arată că, în temeiul art. 148 din H.G. nr. 395/2016 și art. 19 din Legea 101/2016, nu se poate permite ofertantului contestator să studieze documentele declarate confidențiale.

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

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

Prin urmare, arată intervenienta, având în vedere specificul contractului de achiziție publică supus procedurii în cauză, care a determinat elaborarea unei propuneri tehnice și financiare cuprinzând o elemente particulare fiecărui ofertant, având ca sursă posibilitatea autoarelor acestora de a interveni în maniera proprie în satisfacerea necesităților de achiziție ale autorității contractante, preluarea informațiilor în rapoartele și procesele-verbale întocmite de comisia de evaluare, decizia autorității contractante de a nu pune la dispoziția contestatoarei a documentelor declarate confidențiale de asociere este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

Conchide că autoritatea contractantă, în mod corect, a apreciat confidențialitatea ofertei depuse de asocierea și ..., precizând, în cadrul răspunsului către petentă motivul pentru care nu permite accesul SC ... la oferta câștigătoare.

Referitor la critica petentei privind neconformitatea ofertei asocierii ..., intervenienta învederează Consiliului faptul că, în documentația de atribuire, „Modele de formulare”, se solicită PCCVI, pentru lucrările care se vor realiza prin contract, iar, în cadrul propunerii tehnice, la paginile 289-342, asocierea ... a prezentat PCCVI pentru toate lucrările care se vor realiza prin contract. Precizează că, având în vedere că, pentru scurgerea apelor, respectiv șanțurile din beton, lucrările ce urmează a fi executate pentru acestea sunt următoarele: săpături, cofrare, turnare beton.

Intervenienta solicită Consiliului să constate că prezentarea PCCVI-urilor menționate mai sus, acoperă, în totalitate, lucrările care se vor realiza prin contract în cea ce privește „Scurgerea apelor”, astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire. Comisia de evaluare, având în vedere că, în documentația de atribuire, nu au fost solicitate expres PCCVI pentru „Scurgerea apelor”, ci, pentru lucrările ce se vor realiza prin contract, a constatat că cerința din documentația de atribuire privind PCCVI-urile, a fost îndeplinită în întregime, la finalul evaluării comisia neavând alte neclarități cu privire la oferta depusă de asocierea ... și

În susținerea cererii, intervenienta solicită Consiliului să încuviințeze administrarea probei cu înscrisurile existente la dosarul achiziției publice.

Prin corespondența electronică, înregistrată la Consiliu cu nr. 33206/20.06.2023, autoritatea contractantă a transmis documente din dosarul achiziției, necesare soluționării cauzei.

Prin adresa nr. 1225/27.06.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 34586/27.06.2023, ... a depus concluzii scrise, precizând că promovarea contestației de către ... a avut loc cu nerespectarea prevederilor art. 10 din Legea nr. 101/2016, solicitând respingerea contestației ca fiind nemotivată în fapt și în drept. De asemenea, intervenienta arată că societatea ... și-a completat contestația la data de 12.06.2023, prin transmiterea documentului "Completare la Contestația cu nr. 794 din 06.06.2023", solicitând respingerea noilor critici ca fiind tardive, iar, în subsidiar, ca nefondate.

Prin adresa nr. 962/28.06.2023, ... a depus completări la contestație, ca urmare a studierii dosarului cauzei la CNSC, prin care formulează critici noi și reiterează susținerile din contestație.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare infrastructură rutieră în comuna Marginea, județul Suceava - Obiect 2 - Construcție pod Vasilovschi - Moldovan”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Nemulțumit de rezultatul proceduri de atribuire, ... (oferant clasat pe locul 2), a atacat rezultatul procedurii de atribuire, precum și Raportul procedurii nr. 7649/29.05.2023, solicitând reevaluarea ofertei câștigătoare, depusă de asocierea

... a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209219405/1, eliberată de CEC Bank – Unitatea Gura Humorului, la data de 09.06.2023, în cuantum de 88.000 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Consiliul reține și că societatea .. a formulat o cerere de intervenție în interesul propriu, față de contestația formulată de, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată, dar și ca nemotivată, în fapt și în drept, dar și cu critici tardive (așa cum a prezentat intervenientul prin concluzii scrise). Cererea de intervenție a fost transmisă Consiliu, contestatorului și autorității contractante în data de 16.06.2023, cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat contestația, în SEAP, la data de 07.06.2023.

La analiza condițiilor de formulare a cererilor, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei, analiza ei continuând în condițiile prevăzute la art. 67 din Codul de procedură civilă.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul respingerii contestației și consolidării poziției sale de ofertant câștigător, motiv pentru care califică cererea de intervenție depusă drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

Analizând excepția invocată de autoritatea contractantă și de intervenient, privitor la nerespectarea prevederilor art. 10 din Legea nr. 101/2016, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente.

Prin adresa nr. 30492/1532/C5/07.06.2023, Consiliul a solicitat contestatorului completarea contestației cu informațiile prevăzute la art. 10 lit. e), f) și g) din Legea nr. 101/2016, respectiv: obiectul contestației, motivarea în fapt și în drept a contestației, precum și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația.

În data de 09.06.2023, contestatorul a completat contestația, solicitând:

- anularea Raportului procedurii nr. 7649/29.05.2023 și a tuturor actelor subsecvente acestuia;

- anularea procesului verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, respectiv anularea procesului verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice;

- constatarea caracterului neconfidențial al propunerii tehnice prezentate de ofertantul ... și accesul la dosarul achiziției;

- dispunerea reevaluării ofertei depuse de .., începând cu etapa tehnică de evaluare.

Prin contestație, ... atacă Raportul procedurii de atribuire, fiind nemulțumit de faptul că a fost declarată câștigătoare oferta depusă de, considerând că această ofertă ar fi trebuit declarată neconformă sau inacceptabilă. Prin completarea contestației (adresa nr. 816/09.06.2023, înregistrată la Consiliu în 12.06.2023), contestatorul detaliază motivul pentru care oferta ar fi trebuit declarată neconformă sau inacceptabilă. Având în vedere că informațiile din adresa nr. 816/09.06.2023 reprezintă o a detaliere a criticii aduse modul de evaluare a ofertei câștigătoare, Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția mai sus arătată.

Cât privește lipsa din contestație a numărului și datei anunțului de participare din SEAP (lipsă reclamată de achizitor), Consiliul o apreciază drept eroare materială, întrucât, pe baza altor informații din contestație

(obiectul contractului și denumirea autorității contractante), a fost posibilă identificarea procedurii de atribuire, în SEAP. De altfel, autoritatea contractantă nu a fost împiedicată în identificarea procedurii de atribuire, achizitorul formulând apărări precise față de contestație, cu referire la informațiile din anunțul de participare în cauză.

Trecând la analiza pe fond a contestației (inclusiv a completării aduse acesteia), Consiliul reține că, în esență, ... critică modul de evaluare a ofertei depuse de asocieria .., ca neconformă sau inacceptabilă, solicitând respingerea ei pentru transmiterea unui răspuns neconcludent, la o solicitare de clarificări. De asemenea, contestatorul solicită acces la propunerea tehnică și propunerea financiară a ofertei asocieria, precum și dreptul de a-și completa contestația ca urmare a studierii dosarului achiziției la Consiliu.

Referitor la solicitarea adresată Consiliului de contestator, de a studia dosarul cauzei la sediul CNSC și luând în considerare *„Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial”*, depusă de asocieria ..., Consiliul a efectuat următoarele demersuri în vederea stabilirii documentelor care vor fi puse la dispoziția contestatorului pentru a fi studiate la sediul CNSC, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, prin adresa nr. ..., respectiv prin adresa nr. .., Consiliul a solicitat .., respectiv . următoarele:

«Având în vedere (...) declarația de confidențialitate depusă de dvs., transmisă la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, vă solicităm să ne comunicați temeiul juridic al încadrării acestor înscrisuri ca fiind confidențiale, să probați, respectiv, să prezentați dovada care conferă caracter de „confidențialitate” informațiilor indicate de dvs. ca atare, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”.»

.... a răspuns prin adresa nr. 481/22.06.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 33920/23.06.2023, precizând următoarele:

«Cu referire la caracterul confidențial al ofertei GTM RUTIER SRL, vă rugăm să observați că, așa cum rezultă din conținutul art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația legală de a nu dezvălui informațiile transmise de către operatorii economici, indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor.

În acest sens, amintim faptul că, subscrisa, în calitate de ofertant, în vederea protejării intereselor noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul

de proprietate intelectuală, am depus Declarație cuprinzând informațiile considerate confidențiale, prin care am indicat și justificat ca fiind confidențiale, următoarele înregistrări:

- Propunerea tehnică;
- Propunerea financiară;
- Răspunsurile la solicitările de clarificări.

În oferta tehnică și financiară, prezentată de subscrisa în prezenta procedură de atribuire, elaborate cu respectarea prevederilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, sunt cuprinse date cu caracter personal și secrete comerciale, ambele categorii de informații fiind protejate de dispozițiile legale anterior menționate.

Având în vedere scopul pentru care am înțeles să declarăm confidențiale informațiile din cuprinsul ofertei, pentru motivele pe care le vom expune în cele ce urmează, vă rugăm să rețineți că nu ne exprimăm acordul cu privire la consultarea propunerii financiare și tehnice de către alți ofertanți și nici a solicitărilor de clarificare sau a răspunsurilor aferente întrucât, pe această cale, ar fi afectat secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală.

Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, susținem în mod ferm confidențialitatea informațiilor/documentelor din cadrul ofertei noastre, și solicităm Consiliului să aibă în vedere declarația de confidențialitate depusă de subscrisa în cadrul ofertei care vizează informațiile de natură tehnică și financiară din cadrul ofertelor și, implicit, din cadrul oricărui document care conține astfel de informații, respectiv: (i) răspunsuri la solicitări de clarificări privind propunerea tehnică/financiară, (ii) procese- verbale de evaluare, în care sunt redată aceste răspunsuri și (iii) orice alt document care conține informații declarate confidențiale și se regăsește în dosarul achiziției.

În condițiile în care legiuitorul face trimitere la confidențialitatea informațiilor, apreciem că acestea sunt protejate de textul de lege indiferent de documentul unde sunt inserate/menționate.

Documentele avute în vedere de subscrisa pentru asigurarea protecției informațiilor confidențiale sunt următoarele:

(i) PROPUNEREA TEHNICĂ

Declarația de confidențialitate depusă de subscrisa în cadrul procedurii vizează în special propunerea tehnică, întrucât am considerat că informațiile cuprinse în aceasta sunt necesar a fi incluse în sfera secretului comercial. Conform art. 1¹ lit. a) din Legea 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale - secretul comercial reprezintă 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.

Analizând oferta tehnică a subscrisei, raportat la caietul de sarcini și dispozițiile legale indicate mai sus, rezultă că oferta tehnică în integralitate și elementele de preț ale ofertei financiare îndeplinesc pe deplin condițiile care asigură protecția împotriva dezvăluirii către competitorii pe aceeași piață:

a) sunt declarate secrete comerciale de către titularul drepturilor asupra acestora - am declarat confidențiale propunerile tehnice si elemente din propunerile financiare, in temeiul prevederilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016;

b) au o valoare comerciala data de caracterul acestora confidențial - procedeele tehnologice si metodologia de execuție au valoare comerciala, atât întrucât se bazează pe rețete proprii de materiale, cat si pe o metodologie proprie, care ne oferă avantaje competitive pe piața.

c) au făcut subiectul unor masuri rezonabile pentru protecția acestora - subscrisa am declarat aceste elemente ca fiind confidențiale la elaborarea ofertelor, pentru autoritatea contractanta, elementele ofertelor fiind supuse confidențialității și în procedurile interne de lucru, precum și în contractele încheiate cu furnizorii.

În acest sens, depunem anexat prezentului Punct de vedere, Contractele încheiate de subscrisa cu furnizorii, din cadrul cărora, urmează să constatați că au fost incluse clauze de confidențialitate care susțin cu atât mai mult necesitatea menținerii confidențialității ofertei subscrisei.

Caracterul de secret comercial este evident raportat la informațiile pe care acestea le conțin, precum detalii privind performanțele/parametrii și calitățile produselor, tehnologii proprii de execuție, materiale/echipamente utilizate pentru confecționarea produselor/ execuția lucrărilor, abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea lucrărilor, aspectele organizatorice generale și specifice proiectului, planificarea activităților, etc.

Cunoașterea unor informații de către firmele concurente conduce la cunoașterea politicii firmei și implicit induce vulnerabilitatea în procedurile următoare. Oricare operator economic care a luat cunoștința de documentele noastre se poate inspira din acestea și chiar le poate utiliza pentru alte proceduri viitoare, în competiție cu subscrisa. Pierderea avantajului competitiv al subscrisei prin dezvaluirea know-how-ului către competitori, este tocmai unul din scopurile esențiale ale restricționării operatorilor economici de la studierea ofertelor tehnice și financiare ale ofertanților concurenți.

Totodată, precizăm că, în oferta tehnică depusă de subscrisa sunt prezentate, inclusiv informații privind resursele umane alocate, documente care conțin date cu caracter personal ale posturilor de experți, datele reprezentanților legali ai companiei etc. Autoritatea contractantă, nefiind operator de date cu caracter personal în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, nu poate transmite, fără acordul ofertantului, niciunei terțe persoane documente care conțin date cu caracter personal, întrucât atribuțiile sale de împuternicit al ofertantului pentru aceste date se limitează la evaluarea propunerilor tehnice și financiare. Nicio prelucrare de date cu caracter personal nu poate depăși scopul transmis de Ofertant, respectiv acela de evaluare a ofertei, astfel cum impun prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Regulamentul UE nr. 2016/679 (dezvaluirea datelor cu caracter personal este prelucrare de date conform art. 4 din Regulamentul GDPR, iar prelucrarea este supusă principiului legalității legat de scopul determinat - art. 5 alin. (1) lit. a) din același regulament).

Drept pentru care, accesul la dosarul achiziției publice nu poate conduce la încălcarea dispozițiilor imperative din Regulamentul GDPR, aspect care rezultă fără echivoc și din prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016. Atributul confidențialității datelor cu caracter personal nu poate fi ignorat sau înlăturat de către operatorii economici concurenți, de către autoritatea contractantă sau de către Consiliu în opoziție cu drepturile conferite de dispozițiile aplicabile în materia achizițiilor publice, întrucât atât autoritatea, cât și Consiliul sunt obligate la respectarea principiului minimizării prelucrării datelor cu caracter personal (inclusiv divulgarea), prevăzut de art. 5 alin. (1) lit. c) din Regulamentul GDPR.

(ii) PROPUNEREA FINANCIARĂ

Solicitarea noastră de a se păstra confidențialitatea informațiilor referite mai sus se bazează pe faptul că acestea reprezintă secrete de afaceri/comerciale, preturile practicate în relațiile cu partenerii noștri de afaceri fiind rezultatul unei colaborări îndelungate, a unei eficientizări permanente și a unor negocieri repetate.

În acest sens sunt și dispozițiile Ordinului nr. 438/2016 al Consiliului Concurenței care prevăd faptul că *"Dacă dezvaluirea unor informații despre activitatea economică a unei întreprinderi poate dauna grav intereselor acelei întreprinderi aceste informații*

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

Va rugam sa aveți in vedere si faptul ca, potrivit înscrisurilor atașate, furnizorii societatii noastre au solicitat in mod expres sa fie protejata confidențialitatea informațiilor care vizeaza relațiile comerciale cu aceștia.

(iii) RĂSPUNSURILE LA SOLICITĂRILE DE CLARIFICĂRI SI ANEXELE ACESTORA/PROCESELE-VERBALE DE EVALUARE

Va rugam a constata ca se impune a fi asigurata confidențialitatea inclusiv cu privire la solicitările de clarificari privind oferta subscrisei, respectiv răspunsurile furnizate, dar si fata de orice documente emise de autoritatea contractanta care conțin informații care vizeaza propunerea tehnică/financiară a subscrisei.

Consideram ca prejudiciul care ne-ar putea fi adus in cazul in care aceste documente le sunt puse la dispoziție competitorilor noștri consta in faptul ca aceștia pot utiliza informațiile din cadrul documentelor elaborate de subscrisea pentru a determina modalitatea de întocmire a ofertelor noastre, lucru care ne- ar pune in dezavantaj in cadrul tuturor procedurilor viitoare, ținând cont ca aceste documente sunt întocmite conform procedurilor noastre interne.

In ceea ce privește propunerea financiara, din momentul in care competitorii noștri vor avea acces la modalitatea noastra de calcul a preturilor unitare sau a abordarii noastre tehnice, este clar ca vor putea estima prețul oferit de către noi la viitoarele proceduri.

Prin urmare, informațiile declarate de societatea noastra ca fiind confidențiale privesc, in principal, modul de formare a preturilor unitare, productivitatea, consumurile, ratele de profit utilizate, metodologii, proceduri, rețete, etc. Toate aceste informații tin exact de know-how-ul unei companii de producție, de politicile sale interne.

Redactarea ofertelor financiare are ca fundament informații din ofertele tehnice, avand in vedere ca formarea preturilor unitare ofertate este direct dependenta de materiile prime, materialele, echipamentele si tehnologiile utilizate, de studiile de piața realizate, de ofertele emise de diverși operatori economici, de lista furnizorilor.

De asemenea, elaborarea ofertei financiare este direct dependenta de programul de lucru ofertat, parte a propunerii tehnice, intrucat modul de executare a lucrărilor, succesiunea si intercorelarea lor are impact major asupra costurilor finale ale lucrărilor. Or, ofertarea unui program de lucru apt a diminua costurile finale, cu respectarea cerințelor documentației tehnice si a termenelor de execuție, nu poate fi facuta decât prin deținerea unui know-how specific fiecărei companii si a cărui dezvoltare către terti permite acestora folosirea informațiilor astfel obtinute la elaborarea propriilor oferte si, de asemenea, cunoașterea modului in care subscrisea ne vom elabora ofertele in cazul altor proiecte.

Listele de cantitati si preturile unitare aferente fiecărui articol de deviz constituie un aspect important, din perspectiva confidentialitatii, întrucât generarea preturilor unitare depinde de tehnologia de execuție aleasa, planificarea lucrărilor (aspecte confidențiale ale Propunerii Tehnice) precum si de furnizorii aleși (aspecte confidențiale ale propunerii financiare).

Toate aceste elemente pot fi ofertate in diferite feluri, conducând la un rezultat diferit al prețului unitar final, in funcție de experiența si politica de ofertare a fiecărui operator economic. (...)

Subliniem totodată faptul ca, potrivit prevederilor art. 1 lit. b) din Legea nr. 11/1991 „*constituie secret comercial informația care, in totalitate sau in conexarea*

exacta a elementelor acesteia, nu este in general cunoscuta sau nu este ușor accesibila persoanelor din mediul care se ocupa in mod obișnuit cu acest gen de informație si care dobândește o valoare comerciala prin faptul ca este secreta, iar detinatorul a luat masuri rezonabile, tinand seama de circumstanțe, pentru a fi mentinuta in regim de secret (...)".

De asemenea, potrivit prevederilor art. I¹ lit. d) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale „secret comercial” înseamnă „*informațiile care îndeplinesc cumulativ următoarele cerințe:*

1. sunt secrete in sensul ca nu sunt, ca intreg sau astfel cum se prezintă sau se articuleaza elementele acestora, cunoscute la nivel general sau ușor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupa, in mod normal, de tipul de informații in cauza;

2. au valoare comerciala prin faptul ca sunt secrete;

3. au făcut obiectul unor masuri rezonabile, in circumstanțele date, luate de către persoana care deține in mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi pastrate secrete".

(...)".

Or, toate informațiile menționate la pct. (i) - (iii) din prezentul punct de vedere întrunesc cumulativ cele trei condiții prevăzute de Legea nr. 11/1991 pentru a fi considerate secret comercial si, in aceasta calitate, a se bucura de protectia prevăzută de lege.

Astfel, aceste informații nu sunt cunoscute persoanelor vizate de pct. 1 al art. I¹ lit. d) din Legea nr. 11/1991, valoarea lor comerciala rezida tocmai in împrejurarea ca sunt secrete si au făcut si fac obiectul unor masuri concrete de asigurare a confidentialitatii si, deci, a caracterului lor secret, implementate la nivelul subcrisei conform politicii de confidențialitate a secretelor comerciale aplicabile la nivelul societatii.

De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (2), (3) si (4) lit. a) si lit. d) din OUG nr. 25/2019 privind protecția know-how-ului si a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării si divulgării ilegale, precum si pentru modificarea si completarea unor acte normative (care transpune la nivel național prevederile Directivei (UE) 2016/943 a Parlamentului European si a Consiliului din 8 iunie 2016):

"(2) Instanta poate califica ca fiind confidențiale secretele comerciale sau presupusele secrete comerciale care fac obiectul unei cereri motivate corespunzător a unei parti interesate care participa la procedurile judiciare legate de dobandirea, utilizarea sau divulgarea ilegala a unui asemenea secret comercial sau presupus secret comercial, care are acces la documente care sunt parte integranta din aceste proceduri judiciare sau care a luat cunostinta de asemenea secrete comerciale in urma acestei participari sau a acestui acces.

(3) La cererea justificata a unei parti sau din oficiu instanta poate lua masurile corespunzătoare in vederea păstrării confidentialitatii oricăror secrete comerciale sau presupuse secrete comerciale utilizate sau mentionate in cursul procedurii judiciare.

(4) In aplicarea prevederilor alin. (3), instanta poate sa dispună: a)restrictionarea, integral sau parțial, la un număr limitat de persoane a accesului la orice document care conține secrete comerciale sau presupuse secrete comerciale si care a fost prezentat de parti sau de terti [...]

d) Orice alte masuri prevăzute de lege pentru asigurarea confidentialitatii secretelor comerciale sau presupuselor secrete comerciale.

Astfel, instanta, respectiv CNSC, poate califica ca fiind confidențiale secretele comerciale care fac obiectul prezentului punct de vedere si poate lua masurile

corespunzătoare pentru pastrarea confidentialitatii acestora prin restrictionarea totala a accesului Contestatoarelor la documentele mentionate la pct. (i) - (iii).

Rezulta din cele de mai sus, dincolo de orice echivoc, ca tipul de informații declarate ca fiind confidentiale de catre societatea noastra îndeplinește condițiile pentru a fi calificate ca secrete comerciale, avand aptitudinea de a furniza societatii noastre reale avantaje competitive, a căror valoare nu poate fi conservata decât prin pastrarea confidentialitatii acestora.

Prin urmare, apreciem ca informațiile declarate de subscrisa ca fiind confidentiale au in mod neîndoielnic caracterul de secrete comerciale si, pe cale de consecință, exista in mod incontestabil motive temeinice pentru care dezvaluirea acestor informații catre competitorii noștri este de natura a produce subscrisei importante prejudicii in ceea ce privește dreptul acesteia la protectia secretelor sale comerciale.

Este evidenta încercarea contestatoarei de a intra in posesia soluțiilor tehnice/financiare propuse de subscrisa numai cu scopul de a folosi aceste informații in procedurile ulterioare la care vor participa ori cu scopul de a cauta (noi) motive de critica a ofertelor subscrisei.

Pe cale jurisprudentiala s-a demonstrat ca atat timp cat organismul responsabil cu soluționarea caii de atac dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța in cunostinta de cauza, aceasta are posibilitatea de a cenzura dreptul de acces la toate informațiile referitoare la procedura de atribuire, astfel incat sa fie asigurata menținerea concurenței loiale. Aceasta cu atat mai mult cu atat calea de atac este formata împotriva actului autoritatii contractante, ofertantul, ale carui informații sunt in pericol a fi dezvăluite, fiind de cele mai multe ori, un tert fata de litigiul respectiv.

Atat CNSC cat si instanta de judecata sunt tinuti de obligația de imparțialitate si echidistantă fata de părțile aflate in procedura/proces. Aceștia nu se pot transforma in furnizorul de probe pentru una dintre părțile litigante, care astfel, aparent, nu si-ar putea susține o eventuala contestatie/plangere.

În acest context, supunem atenției faptul că societatea noastră a motivat și justificat caracterul confidențial, în sensul neprejudicierii intereselor noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală. De asemenea, indicăm și dispozițiile art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 aplicabile, potrivit cărora *documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibila fiind confidentiale. Consultarea documentelor confidentiale din oferte este permisa numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.*

Astfel cum am precizat, caracterul confidențial se justifică și din perspectiva faptului că, documentele de calificare, propunerea tehnică, propunerea financiară și răspunsurile la solicitările de clarificări îndeplinesc condițiile legale pentru a fi calificate ca secrete comerciale.

Având în vedere cele precizate, apreciem că informațiile declarate de subscrisa ca fiind confidentiale au caracter de secrete comerciale și, pe cale de consecință, există motive obiective pentru care dezvaluirea acestora către competitorii săi este de natură a-i produce prejudicii comerciale grave în ceea ce privește dreptul ce consacră protecția secretelor comerciale.

De asemenea, tot cu privire la păstrarea confidențialității, indicăm încheierea din ședința publică din data de 04.03.2020, pronunțată în dosarul 7238/2/2019, aflat pe rolul Curții de Apel București, în cuprinsul căreia instanța a stabilit următoarele: *"După deliberare, având în vedere dispozițiile art. 19 din Legea 101/2016, respinge solicitarea Petentei de avea acces la documentele care au fost declarate confidentiale". (...)*

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

În plus, arătăm că legislația specială a achizițiilor publice este completată, în materie de confidențialitate, de dispozițiile art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes public, acestea exceptând, de asemenea, de la liberul acces al cetățenilor, informațiile privind activitățile comerciale și financiare, în condițiile atingerii principiului concurenței loiale, astfel: Se exceptează de la accesul liber al cetățenilor, prevăzut la art. 1 și, respectiv, la art. 11 ⁴¹, următoarele informații: (...) c) informațiile privind activitățile comerciale sau financiare, dacă publicitatea acestora aduce atingere dreptului de proprietate intelectuală ori industrială, precum și principiului concurenței loiale, potrivit legii.

Importanța protejării și garantării informațiilor pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală rezultă inclusiv din prevederile art. 19, art. 27 alin. (11), respectiv art. 35 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, care stipulează inclusiv obligația Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, respectiv a instanței de judecată, atât de a nu permite accesul altor operatori economici la documentele și informațiile declarate confidențiale, cât și de a nu divulga, în cuprinsul deciziei pronunțate, astfel de informații. (...)

Astfel, față de cele precizate mai sus, considerăm că se impune păstrarea caracterului confidențial al ofertei și limitarea accesului la dosarul achiziției în ceea ce privește documentele declarate confidențiale.

Drept urmare, având în vedere că în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică intră în competiție concurenți de pe aceeași piață, dar cu interese contrarii, precum și faptul că subscrisa am depus Declarația de confidențialitate prin care am motivat și justificat caracterul confidențial al informațiilor din cuprinsul ofertei, precizăm că ne menținem Declarația de confidențialitate astfel cum a fost aceasta formulată și, pe cale de consecință, solicităm Consiliului să nu pună la dispoziția contestatoarei documentele Subscrisei declarate ca fiind confidențiale."

Prin urmare, ... solicită Consiliului să constate caracterul confidențial al ofertei asocierii din care face parte și să nu permită accesul contestatorului la propunerea sa tehnică, propunerea financiară și răspunsurile la clarificări, inclusiv documentele suport, depuse de Asocierea ... în cadrul ofertei.

În raport de prevederile legale în vigoare și argumentele prezentate de ofertantul desemnat câștigător, Consiliul apreciază că, în stabilirea caracterului confidențial al unei oferte, este relevantă Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-450/06, Varec SA împotriva État Belge, prin considerentele căreia s-au statuat următoarele:

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

49 (...) protecția secretelor comerciale constituie un principiu general.
(...)

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

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

55 (...) organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.”

Analizând declarațiile de confidențialitate depuse de cei doi ofertanți, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului dosarul achiziției publice, al cărui conținut este prevăzut de dispozițiile art. 148 din HG nr. 395/2016, cu excepția propunerii tehnice, a propunerii financiare, precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificări întocmite de ofertantul câștigător, considerând că în această manieră sunt protejate, în mod deplin, drepturile ambilor ofertanți.

Pentru a decide astfel, Consiliul a aplicat principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nepermițând contestatorului, care a invocat caracterul confidențial al ofertei accesul la documentele similare ale ofertantului câștigător, în această manieră fiind protejate drepturile ofertanților care au prezentat declarații privind confidențialitatea ofertelor.

Referitor la critica adusă modului de evaluare a ofertei câștigătoare, Consiliul reține că, prin completarea adusă contestației, din data de 09.06.2023, ... susține că asocierea ... nu a răspuns concludent solicitării de clarificări privitoare la prezentarea PCCVI pentru lucrări de scurgere a apelor.

Pe de o parte, Consiliul constată că petentul își motivează critica prin raportare la prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 (prin care se instituie obligația respingerii unei oferte, din cauza transmiterii unui răspuns neconcludent), dar fără a indica cerința din documentația de atribuire ce nu ar fi respectată. În fapt, critica este formulată la modul general, fără nicio dovadă în acest sens.

Mai exact, contestatorul solicită Consiliul o supraevaluare a ofertei câștigătoare, cu identificarea unei posibile neconformități, a cerinței tehnice care nu ar fi respectată. Însă, organismul administrativ-jurisdicțional nu se poate substitui comisiei de evaluare, rolul Consiliul

fiind, conform art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, de a examina actul atacat din punctul de vedere al legalității și temeiniciei lui.

Faptul că ofertantul contestator nu este mulțumit de modul în care comisia de evaluare a analizat oferta câștigătoare nu poate constitui un motiv de respingere a ei. Neconformitatea tehnică a ofertei se determină prin raportare la ansamblul informațiilor din propunerea tehnică și răspunsurile la solicitările de clarificări, nu doar față de mențiunile din procesul-verbal de evaluare, respectiv nu doar față de o parte din răspunsul ofertantului. De altfel, contestatorul chiar subliniază că nu a avut acces nici la propunerea tehnică, nici la întregul răspuns, confirmând, de fapt, lipsa dovezilor în susținerea criticii.

Pe de altă parte, Consiliul reține că, în propunerea tehnică, ofertantul câștigător a inclus referiri la PCCVI aferente lucrărilor de realizare a scurgerilor de apă.

Pentru realizarea acestor lucrări de scurgeri de apă, respectiv a șanțurilor din beton, este necesară executarea mai multor operațiuni, pentru care ofertantul câștigător a stabilit proceduri tehnice de execuție, incluse în „Planul de control calitate, verificări și încercări”, astfel:

- lucrări de terasamente (pag. 305-308);
- lucrări trasare (pag. 308);
- săpături (pag. 308);
- cofrare (pag. 308-309);
- betonare (pag. 309-310);
- decofrarea (pag. 310).

Astfel, din toate cele de mai sus, Consiliul constată a fi neîntemeiată critica formulată de contestator.

Cât privește criticile noi, introduse de ... în data de 28.06.2023, pe calea documentului intitulat „Completare la contestația cu numărul 794 din 06.06.2023”, ca urmare a accesului la dosarul achiziției, Consiliul le va respinge ca inadmisibile, în temeiul art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [*„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*].

Aceste completări aduse contestației privesc documente de care ofertantul a luat cunoștință încă din data de 31.05.2023, când a studiat procesele-verbale de evaluare a ofertelor, puse la dispoziție de autoritatea contractantă. Solicitarea accesului la dosarul cauzei, constituit la Consiliu, nu reprezintă un demers în urma căruia contestatorul ar avea dreptul să formuleze noi critici, după expirarea termenul stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Pentru toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația.

Prin urmare, va admite cererea de intervenție formulată de GTM RUTIER SRL, față de contestația depusă de CONSTRUCȚII MONTAJ AG SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția invocată de autoritatea contractantă și intervenient, privind nerespectarea prevederilor art. 10 din Legea nr. 101/2016.

Respinge, ca nefondată, contestația ... formulată în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Admite cererea de intervenție înaintată de

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

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 5 exemplare, conține 21 pagini.