CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C. N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator și, convențional, prin cabinet avocat ....., cu sediul în ....., împotriva adresei nr. 13344/09.02....., reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă emisă de SC ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de entitate contractantă, în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului:

„1.Anularea actului administrativ răspuns nr. 13344/09.02..... la notificarea prealabilă nr. 25/06.02.....;

2. Anularea actelor administrative Decizia de clarificare nr. 8517 din 29.01.2019 (8517/29.01.2019) și Măsuri de remediere nr. 9567 din 30.01..... ca netemeinice și nelegale;

3. Remedierea încălcării legislaţiei achiziţiei publice prin anularea modificărilor aduse documentaţiei de atribuire și implicit caietului de sarcini prin actele administrative atacate prin prezenta contestatie, respectiv decizia de clarificare nr. 8517/29.01.2019 și prin documentul măsuri de remediere nr. 9567/30.01..... și obligarea comisiei de evaluare la menţinerea în forma iniţială a caietului de sarcini aferent procedurii ..... cod CPV 24958200-6, în sensul menţinerii întocmai a prevederii iniţiale potrivit căreia Fiecare ofertant va trebui să testeze, independent de ceilalţi concurenţi, timp de 2 zile agentul de floculare pentru fiecare statie de epurare în parte. Testările se vor desfașura în zilele de luni până vineri inclusiv, între orele 08.00-16.00. Pentru ca strategia de dozare folosită, concentraţiile agenţilor testaţi cât și debitele de agent de floculare introduse în instalație să nu încalce regulile concurenței, la testare nu se permite accesul altui operator economic înscris la procedura de atribuire;

4. În temeiul dispoziţiilor art. 22 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, solicităm ca, până la soluţionarea fondului cu privire la prezenta contestatie, să dispuneţi suspendarea procedurii de achiziţie sectorială”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia, prin care, SC ..... SRL atacă adresa nr. 13344/09.02....., reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, emisă de SC ....., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii amintite, potrivit căreia refuză anularea modificărilor aduse caietului de sarcini, prin clarificarea 1 din adresa nr. 8517/29.01..... și a măsurii de remediere nr. 9567/30.01.....

În fapt, contestatoarea precizează că, inițial, documentația de atribuire conținea o prevedere care asigura respectarea confidențialității ofertelor, a principiului concurenței loiale și a legislației aplicabile în materie, însă, ulterior, prin adresele nr. 8517/29.01..... și nr. 9567/30.01....., entitatea contractantă a ales să elimine aceste prevederi, permițând oricărui operator economic să participe la testele efectuate de către alți ofertanți, fapt ce, în opinia contestatoarei, încalcă dispozițiile art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, prin modificarea adusă, s-ar permite accesul fiecărui ofertant la informațiile confidențiale ale tuturor celorlalți ofertanți, cu accesul, implicit, la rețeta de lucru și la modul de optimizare a consumului specific de polimer, ceea ce oferă un avantaj, în raport cu ceilalți ofertanți. Chiar dacă ordinea de efectuare a testelor este stabilită aleator, primul concurent desemnat să efectueze testele este discriminat, în opinia contestatoarei, pentru că nu va beneficia de avantajul oferit de rețetele și metodele de lucru ale celorlalți ofertanți.

Faptul că entitatea contractantă admite să modifice, esenţial și nelegal, caietul de sarcini (vizând un criteriu decisiv în atribuirea contractului), în urma unei solicitări de clarificare, din partea unui potențial ofertant, conduce la concluzia că aceasta își asumă lipsa de competență și obiectivitate în evaluarea produselor și serviciilor achiziţionate, precum și lipsa capacității de a-și proteja propriile interese, alegând să transfere către ofertanţi aceste responsabilități, sub pretextul asigurării transparenței și tratamentului egal, față de toti ofertanţii.

Contestatoarea mai arată că laboratorul propriu al entității contractante, în care urmează a se efectua analizele, în vederea stabilirii punctajului final, este acreditat RENAR și trebuie să respecte, inclusiv, cerinţele Standardului SR EN ISO/CEI 17025:2005, pentru laboratoare de încercări, care prevede că un Laborator trebuie să își declare modalitatea de asigurare a confidentialității și de respectare a drepturilor de proprietate, precum și faptul că este recomandat să existe un sistem documentat de clasificare a informaţiilor, fiecărei clase

corespunzându-i un set de măsuri de protecție, precum și faptul că laboratorul trebuie să fie dispus să coopereze cu clienţii sau cu reprezentanţii acestora în clarificarea cerinţelor clientului și în monitorizarea realizărilor laboratorului în legătură cu activitatea efectuată, cu condiţia ca laboratorul să asigure confidenţialitatea în raport cu alti clienţi, această cooperare putând cuprinde asigurarea accesului rezonabil al clientului sau al reprezentantului său în zonele relevante ale laboratorului, pentru a asista la încercările și/sau etalonările efectuate pentru client.

Or, prin modificările aduse caietului de sarcini, entitatea contractantă admite, și sub acest aspect, că laboratorul propriu nu îndeplineşte, de fapt, cerinţele standardelor aplicabile și este necesar că toți ofertanţii interesați să participe la efectuarea analizelor de laborator pentru a se asigura imparţialitatea măsurătorilor.

Petenta mai supune atenției un aspect practic, care a fost ignorat de către ”membrii comisiei de evaluare”, respectiv, dacă s-ar presupune că numărul de ofertanţi este de 10 (sau poate mai mulţi) și la fiecare testare a unui ofertant participă cel puţin o persoană din partea fiecăruia din ofertanţi, plus membrii comisiei, plus personalul de deservire al entității contractante, spaţiul de lucru va deveni absolut impropriu, făcând ca testarea să-si piardă din acuratețe și eficiență, cu repercusiuni directe asupra rezultatului procedurii de atribuire.

Un alt aspect supus atenției este suportarea de către entitatea contractantă a costurilor agenților de floculare, o încercare de a susţine un punct de vedere greşit, în condiţiile în care fiecare dintre potențialii ofertanţi este direct interesat să ofere "cea mai bună combinaţie practică de preţuri, calitate și servicii conexe, cu respectarea uzanţelor cinstite şi a principiului general al bunei-credinţe", așa cum prevede Legea nr. 11/1991, când defineşte concurența loială.

Prin urmare, elaborarea ofertei este în sarcina ofertantului, sub toate aspectele, iar acordarea accesului la echipamentele entității contractante, în vederea testării este un avantaj onest acordat egal de aceasta către toti concurenţii, în interesul, pe de o parte, al concurenţilor care au posibilitatea să-și optimizeze consumul și să-si adjudece cele 70 puncte, esenţiale în câștigarea licitatiei, iar pe de altă parte, al entității contractante (și al contribuabililor), ce va beneficia de cel mai bun raport calitate/preț, pentru produsul achiziţionat.

Invocând prevederile art. 231 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prevederile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, HG din 14.02.2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA, precum și considerentele Tribunalului Uniunii Europene din 29.01.2013, Legea Concurenței nr. 21/1996, Legea nr. 11/1991, contestatoarea susține că accesul altor operatori economici la testarea agentului de floculare, pentru fiecare stație de epurare, procedeu propriu fiecărui ofertant și care determină modalitatea de întocmire a ofertei sale, devenind parte componentă și esenţială din cadrul acesteia, la strategia de dozare folosită, reprezintă,

în fapt, o asigurare a accesului tuturor ofertanților la o ofertă în integralitatea sa, fapt nepermis de lege.

Or, în situatia în care se va menţine modificarea adusă caietului de sarcini, în forma actuală, în opinia contestatoarei, se vor aduce grave atingeri secretului său comercial și procedeelor tehnice proprii, care vor avea efect nu numai în cadrul acestei proceduri, ci și în viitor, acestea putând fi replicate ulterior de către concurenţii săi direcţi.

De asemenea, consideră contestatoarea că, în cazul menţinerii prevederilor documentaţiei de atribuire, există o mare probabilitate ca un număr mare de potențiali ofertanţi să nu mai participe la prezenta procedură, ceea ce va determina o restrângere nelegală, conştientă și forțată a concurenței printr-o acţiune directă a entității contractante.

Totodată, susține contestatoarea, oferta sa trebuie să rămână confidențială pentru ceilalţi operatori economici, pentru ca viitoarele oferte/propuneri tehnice/propuneri financiare ale operatorilor economici să poată fi, cu adevărat, concepute în mod independent și fără consultări. În caz contrar, s-ar putea crea o vulnerabilitate a sa la proceduri de achiziţie ulterioare, considerând că nu ar mai fi o concurență loială pe piaţă.

Oferirea de acces altor ofertanți la procedurile sale poate avea implicaţii nefavorabile, întrucât concurenţii, la alte licitații, pot estima valoarea cu care ar putea participa ea, cunoscând atât prețurile unitare ale resurselor care compun oferta financiară, cât și elemente de detaliu, precum concentraţii ale agenţilor, strategii de dozare, debite de agent de floculare utilizat.

Concluzionând, contestatoarea consideră că prin modificarea caietului de sarcini, au fost ignorate inclusiv dispozițiile CNSC, respectiv Decizia nr. 3361/C4/2014 (41040) din 15.12.2017, în care s-a reținut de către Consiliu că "propunerea tehnică a ofertanţilor poate fi declarată confidenţială, iar entitatea contractantă este obligată, potrivit art. 70 alin. (1) din Legea 99/2016, a nu dezvălui informaţiile transmise de operatorii economici, indicate de aceştia ca fiind confidenţiale, iar membrii comisiei de evaluare și experţii cooptati sunt, de asemenea, ținuți de caracterul confidenţial asupra conţinutului ofertelor/solicitărilor de participare, precum și asupra oricăror altor informaţii prezentate de către candidati/ofertanti în procedura de atribuire, potrivit art. 135 alin.2 din HG 394/2016".

Totodată prin modificarea documentației de atribuire, se constată și încălcarea concurenței loiale prevăzute de art. 1 lit. a), art. 2 alin. (1) și art. 5 lit. c) din Legea nr. 11/1991.

Pentru motivele invocate în cuprinsul cererii, SC ..... SRL, solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată în partea introductivă a deciziei.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 18490/26.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 7815/26.02....., entitatea contractantă a transmis un punct de vedere la contestația formulată de SC ..... SRL și copii din dosarul achiziției publice,

solicitând respingerea ei, pe cale de excepție, ca lipsită de interes și pe fond, ca nefondată.

În susținerea punctului de vedere, entitatea contractantă arată că la momentul depunerii contestației, nu cunoaște identitatea ofertanților înscriși în procedură, cu atât mai puțin caracterul ofertelor acestora. În această etapă a procedurii neputând fi vorba de dezvăluirea/neocrotirea secretelor comerciale/date confidențiale, așa cum susține contestatoarea.

În ceea ce privește documentația de atribuire, prin modificările aduse acesteia, s-a urmărit ca în procedura de testare a agenților de flocurare să nu poată fi dezvăluite datele confidențiale astfel indicate de vreunul din potențialii ofertanți în oferta tehnică, ce urmează a fi încărcată în SEAP.

Mai mult, s-a urmărit asigurarea transparenței totală asupra derulării procedurii și respectarea principiului tratamentului egal al ofertanților.

Referitor la criticile petentei aduse documentației de atribuire, entitatea contractantă invocă lipsa de interes în promovarea contestației, potrivit art. 68 din Legea nr. 101/2016 și a prevederilor art. 33 Cod de procedură civilă, întrucât în raport cu etapa din procedura de achiziție prezentă, anterior deschiderii ofertelor și implicit în raport cu motivele invocate în cuprinsul cererii, interesul contestatoarei, nu este actual.

Astfel, nu se poate reține că prin actele contestate s-ar încălca confidențialitatea datelor tehnice incluse în oferta de participare, având în vedere că ofertele nu au fost încă vizualizate.

Mai mult, participarea tuturor ofertanților la efectuarea testelor tehnice, nu echivalează cu dezvăluirea acestor date/nepăstrarea confidențialității datelor, cum nici contestatorul nu a putut demonstra acest fapt.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la încălcarea dispozițiilor art. 231 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă precizează că nu se poate considera încălcarea lor, atâta timp cât nu a definit încă, datele confidențiale din oferta sa.

Pe fondul cauzei, entitatea contractantă arată că în urma solicitării de clarificări a unui posibil ofertant, a luat măsuri de remediere, astfel încât să permită accesul tuturor competitorilor la toate testările.

Deși se invocă de către contestatoare, încălcarea dispozițiilor art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016 și a art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă consideră că nu se întrevede în ce ar consta aceste încălcări, atâta timp cât nu a indicat care sunt datele confidențiale ale căror protecție o dorește.

Mai mult, deși contestatoarea susține că oferta sa trebuie să rămână confidențială, nu a arătat în ce a constat încălcarea confidențialității ofertei, precizând doar că accesul tuturor

participanților la testările produselor ar putea dezvălui date despre un *procedeu personal al fiecărui ofertant*.

În acest context, entitatea contractantă apreciază că ofertanții nu pot implementa procedee personale în stațiile sale, însă pot testa produsele ofertate și cu acordul entității, pot modifica doar unii parametrii de funcționare a stației. Ideea de procedeu propriu nu ar intra în discuție, întrucât micșorarea vitezei tamburilor sau a snecurilor se face doar, pentru că unele produse au timpi de reacție mai mici sau mai mari, astfel încât modificarea parametrilor de funcționare se face pentru a da timpul necesar agentului de flocurare să-și producă efectul.

Totodată, susține entitatea contractantă, fiecare produs are parametrii specifici, în ceea ce privește puterea de coagulare a nămolurilor intrate în stație, așa încât nu se poate susține ideea că se implementează procedee personale și că acestea din urmă ar putea fi dezvăluite competitorilor.

Cu privire la presupusa încălcare a concurenței loiale, entitatea contractantă apreciază că nu poate fi reținută, întrucât există posibilitatea reală, ca în fapt, competitorii să folosească același agent de floculare, nefiind în măsură de a descuraja sau de a favoriza vreunul din competitor.

Concluzionând, entitatea contractantă apreciază că actele emise în cadrul procedurii și contestate de SC ..... SRL, nu au încălcat legislația achizițiilor publice, solicitând pe această cale respingerea contestației formulate de SC ..... SRL, pe cale de excepție, ca lipsită de interes, iar pe fondul cauzei, ca nefondată.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Consiliul reține că SC ....., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura amintită, în scopul încheierii unui acord-cadru, având ca obiect achiziția de „.....”, prin anunțul de participare (sectoriale) nr. ....., publicat în SEAP la ....., la care a atașat documentația de atribuire aferentă.

În legătură cu această ....., entitatea contractantă a emis o decizie de clarificare (nr. 8517/29.01.....) și o adresă cu măsuri de remediere (nr. 9567/31.01.....), conform cu care, în procesul de testare a produselor ofertate, precum și la momentul analizelor de laborator privind rezultatele utilizării produselor ofertate, va permite accesul oricărui ofertant interesat.

Nemulțumită de aceste prevederi ale documentației de atribuire, ce ar încălca regulile de confidențialitate a unor informații din oferte, SC ..... SRL a înaintat contestația în discuție, solicitând și suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea pe fond a cererilor de modificare a documentației atacate.

Privitor la cererea de suspendare a procedurii de atribuire, Consiliul a emis Încheierea nr. 109/...../..... din 21.02....., respingând solicitarea autoarei contestației.

Având în vedere excepția lipsei de interes a contestatoarei, invocată de entitatea contractantă, Consiliul constată că, în fapt, motivarea excepției se bazează pe o pretinsă prematuritate a

demersului, întrucât nu ar fi încă depuse ofertele, în cuprinsul cărora ar putea fi precizate informațiile confidențiale.

Contrar susținerilor autoarei excepției, Consiliul consideră că interesul contestatoarei rezultă nu doar din dreptul de a participa la procedură, ce s-a născut odată cu publicarea documentației de atribuire, ci și din dreptul, subsecvent primului, de a avea șanse egale oricărui ofertant în competiție, inclusiv, prin garanții că oferta sa va fi analizată în limitele legii.

Astfel, dreptul ca unele informații din ofertă să-i fie protejate împotriva unor dezvăluiri neautorizate poate fi exercitat de contestatoare și prin demersuri de tipul celor puse la îndoială de autoritatea contractantă, interesul în acest sens putând fi chiar viitor, conform chiar amintitului art. 33 Cod procedură civilă – *Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara.*

Prin urmare, Consiliul va trebui să analizeze pe fond existența sau nu a vreunei condiții, favorizate de demersurile entității contractante, pentru posibila încălcare a drepturilor contestatoarei, ceea ce relevă lipsa de temei a excepției lipsei de interes.

După respingerea excepției amintite, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul face analiza criticilor pe fond și ale apărărilor autorității contractante, constatând netemeinicia solicitării de anulare a actelor atacate.

Conform conținutului acestor documente (Decizia de clarificare și Măsuri de remediere), entitatea contractantă va permite accesul viitorilor ofertanți la testările organizate pentru stabilirea conformității produselor, precum și la efectuarea analizelor de laborator asupra rezultatelor utilizării produselor în cauză.

Or, din conținutul acestor documente precizatoare ale entității contractante, nu rezultă că, ulterior ofertării, toate informațiile ce i-ar fi comunicate de ofertanți ar urma să fie dezvăluite fără a se ține cont de regimul lor de protecție.

Din aceste documente nu rezultă că autoritatea contractantă ar intenționa să eludeze niște obligații ce i-ar incumba din eventuala aplicare a prevederilor art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016: *Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispoziţiilor legale privind liberul acces la informaţiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea entităţii contractante, entitatea contractantă are obligaţia de a nu dezvălui informaţiile transmise de operatorii economici indicate de aceştia ca fiind confidenţiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale şi elementele confidenţiale ale ofertelor.*

Mai mult, prevederile art. 79 alin. (1) din lege extind obligația entității contractante asupra duratei întregii proceduri de atribuire: *Entitatea contractantă are obligaţia de a asigura protejarea integrităţii*

datelor şi a confidenţialităţii ofertelor şi a solicitărilor de participare în cadrul tuturor operaţiunilor de comunicare, transmitere şi stocare a informaţiilor.

De asemenea, trebuie reținut și că, în raport cu prevederile art. 231 alineatele 5 și 6 din Lege, accesul la informațiile din dosarul achiziției nu ar putea fi restricționat decât în situația în care acestea *au fost declarate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală*.

Prin urmare, obligația de protejare a informațiilor se naște la momentul în care oferta este primită de către entitatea contractantă, iar autorul acestei oferte precizează care informații trebuie protejate, datorită naturii lor (*confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală*).

Or, începând cu momentul primirii ofertei, este obligația entității contractante de a asigura regimul declarat al informațiilor primite, prezumându-se absolut că acest regim este corect stabilit de autorul informațiilor/ofertei, dar și că entitatea contractantă are capacitatea de a lua măsuri proprii pentru păstrarea regimului amintit.

În cazul de față, autoritatea contractantă nu a precizat care sunt regulile de acces în incinta sa/a laboratoarelor, ori care sunt regulile de participare la activitățile de testare a produselor.

Astfel, contestatoarea nu poate proba că există premise ale încălcării drepturilor sale de a păstra confidențialitatea sau secretul unor informații de natură tehnică, rezultând din modalitatea de utilizare a produselor ce urmează să le propună spre achiziție sau din analiza de laborator a rezultatelor utilizării acestora.

Dimpotrivă, având posibilitatea de a fi prezentă la cele două etape de analiză/verificare a produselor sale, poate să constate/împiedice eventuala devoalare a informațiilor pe care le-ar clasifica ca atare.

Consiliul consideră că regulile atacate de contestatoare reflectă, în primul rând, intenția entității contractante de a asigura un proces de analiză transparent și egal tuturor ofertelor, și nu pretinsa încălcare a regulilor de confidențialitate a ofertelor. În schimb, excluderea acestor reguli ar putea conduce la suspiciuni de favorizare a unui produs, câtă vreme nu s-ar cunoaște modalitatea de testare sau analiză a lui, de către ceilalți competitori. Consiliul apreciază asupra acestei finalități și în raport cu factorii de evaluare a ofertelor, adică, acele avantaje obiective ce ar trebui să rezulte din analiza fiecărui produs de floculare ce ar fi ofertat.

Pentru aceste considerente, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă SC ....., privind regulile de acces la etapele de testare și de analiză a produselor, cuprinse în documentația procedurii de atribuire inițiate cu anunț de participare (sectoriale) nr. ...../....., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

…