C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 1101/27.03.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12478/28.03.2018, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., împotriva adreselor nr. 1840/14.03.2018, de comunicare a rezultatului procedurii și nr. 2052/22.03.2018, de răspuns la notificarea prealabilă, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Execuție lucrări pentru obiectivul «Canalizare menajeră în localitățile ... și ..., comuna ..., județul ...»”*, s-a solicitat anularea adreselor nr. 1840/14.03.2018, de comunicare a rezultatului procedurii și nr. 2052/22.03.2018, de răspuns la notificarea prealabilă, anularea deciziei prin care oferta asocierii ... a fost declarată câștigătoare și constatarea caracterului inacceptabil și neconform al acestei ofertei, anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, precum și obligarea autorității contractante la stabilirea ofertantului câștigător în concordanță cu prevederile legale și cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei asocierii ... drept câștigătoare a procedurii de atribuire.

Contestatorul precizează că prin adresa nr. 1840/14.03.2018, de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a comunicat

faptul că în urma evaluării ofertelor, oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, pe considerentul existenței unei alte oferte care, din perspectiva criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire (prețul cel mai scăzut), a fost declarată câștigătoare.

Astfel, contestatorul apreciază că oferta întocmită de asocierea ... are caracter neconform și inacceptabil, urmând a proceda la prezentarea punctuală a criticilor formulate, raportat la această ofertă.

1) autoritatea contractantă a procedat, cu încălcarea flagrantă a prevederilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 la a nu permite contestatorului accesul la dosarul achiziției publice, în vederea studierii acestuia. Astfel, ca urmare a solicitării transmise, contestatorul arată că a fost invitat la sediul autorității contractante, în vederea asigurării accesului la documentele componente dosarului achiziției publice, iar acesta a fost permis doar prin raportare la conținutul raportului procedurii, într-o formă cenzurată, cu numeroase pasaje înlăturate (pasaje care, potrivit autorității contractante ar viza elemente ce intra în sfera de protecție a datelor confidențiale), solicitând să se constate caracterul nelegal și abuziv al conduitei astfel adoptate. Consytestatorul arată că C.N.S.C., într-o speță recentă, a reținut regula privind accesul la dosarul achiziției publice, și anume că respectivul dosar revine document public ulterior finalizării procedurii, finalizare care este reglementată de art. 211 din Legea nr. 98/2016 ca fiind marcată de încheierea contractului sau anularea procedurii de atribuire. Excepția este cea instituită prin alin. (6) al art. 217 din lege, prin care se permite accesul neîngrădit al oricărui ofertant la documentele dosarului achiziției publice și la documentele ofertelor concurente, mai puțin la acele documente „care au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale”. Prin urmare, autoritatea contractantă are dreptul de a impune vreunui ofertant să prezinte justificări care să demonstreze caracterul integral confidențial al propunerii financiare.

În acest sens, contestatorul susține că simpla declarare a unui oferte *in integrum* drept confidențială, de către un participant la procedura de atribuire, nu poate să constituie temei pentru refuzul permiterii accesului la documentele dosarului, în vederea studierii acestuia.

2) din experiența altor proceduri la care a participat alături de membrii asocierii desemnate câștigătoare, contestatorul susține că prețurile ofertate de către aceasta în cazul *balastului, betonului, precum și prețurile de transport ofertate*, nu reflectă prețurile reale de producție și sunt nesustenabile.

Contestatorul precizează că furnizorul de balast are obligația de achitare a redevenței miniere, plătibilă către Agenția Națională pentru Resurse Minerale, în cuantum de este de 0,5 euro/mc la cursul aplicabil în 1 octombrie 2016, (1 euro = 4,45 lei) conform art. 45 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2003 și rezultă o redevență minieră de 2,225 lei/mc de balast.

În același sens, contestatorul menționează că subcontractantul datorează și contribuția specifică pentru exploatarea agregatelor miniere din albia și malurile cursurilor de apă, ce trebuie plătită către Administrația Națională Apele Române, conform O.U.G. nr. 73/2005 și

H.G. nr. 1202/2010, anexa 1, punctul D, care este de 4,47 lei/mc de balast.

Astfel, făcând o paralelă cu tarifele unitare utilizate de către acest furnizor în cadrul altor proceduri de achiziție recente, contestatorul arată că această societate comercială nu doar că nu ar realiza profit, în ipoteza respectării prețurilor unitare ofertate, ci, din contra, ar înregistra pierderi. Sub acest aspect, contestatorul solicită a se constata și retine caracterul neconform al ofertei depuse de către ofertantul desemnat câștigător, prin raportare la prevederile art. 136 alin. (2) și (3) din H.G nr. 395/2016.

Prin prisma unui alt motiv de neconformitate, contestatorul consideră că se impune a se constata și retine faptul că nicăieri în cuprinsul ofertei depuse, ofertantul desemnat câștigător nu a cuprins costurile de transport ale balastului de la locul de livrare până la locul de punere în operă. În cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări, acest ofertant s-a limitat la detalierea costurilor de transport aferente mixturii asfaltice și a emulsiei, ipoteză în care oferta acestuia se impunea a fi respinsă ca neconformă.

3) contestatorul solicită a se constata și reține faptul că prin modalitatea de întocmire a ofertei, ofertantul desemnat câștigător a încălcat prevederile Cap. III.2.3. b) din fișa de date a achiziției și ale art. 5 din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează.

Raportat la acest motiv de neconformitate, contestatorul menționează că prin Anexa nr. 2 la O.U.G. nr. 196/2005 (așa cum a fost aceasta modificată prin Legea nr. 384/2013 pentru aprobarea O.G. nr. 31/203, pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 196/2005), începând cu data de 01.01.2017, se impune obligația de plată a sumei de 80 lei/tonă, în vederea eliminării prin depozitare a deșeurilor inerte și nepericuloase, precum și obligația de transport a deșeurilor inerte și periculoase la depozite finale, în vederea eliminării lor. Spre a combate eventuale susțineri contrare, contestatorul arată faptul că, deși suspendat la data prezentei din perspectiva aplicării, acest act normativ era aplicabil la momentul depunerii ofertelor și deci era obligatoriu pentru ofertanți.

Totodată, ... evocă prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 211/2011 privind regimul juridic al deșeurilor și susține că tot restul de pământ excavat și care nu poate fi reutilizat pe același amplasament, trebuie, în mod obligatoriu, transportat la un depozit definitiv.

Coroborând aceste aspecte cu prevederile documentației de atribuire, contestatorul consideră că ofertanții ar fi trebuit să cuprindă, în oferte, și costurile de transport aferente acestui deșeu inert și nepericulos. Chiar admițând faptul că în speță s-ar proceda, în prima fază la depozitarea temporară a pământului rezultat, tot ar fi necesară asigurarea transportul pământului la o locație indicată de către beneficiar drept depozit temporar, în concordanță cu prevederile legale din H.G. nr. 349/2005.

Astfel după cum este definit în legislație, depozitul temporar reprezintă o suprafață permanent amenajată pentru stocarea temporară a deșeurilor (stocarea deșeurilor înainte de valorificare sau tratare pentru o perioadă mai mică de 3 ani, ca regulă generală sau stocarea deșeurilor înainte de eliminare, pentru o perioadă mai mică de un an).

Având în vedere că ofertantul desemnat câștigător nu a procedat într-o asemenea manieră, contestatorul solicită a se constata faptul că în speță se impunea respingerea acestei oferte ca neconformă.

4) caracterul neconform al ofertei desemnate câștigătoare se impune a fi constatat și prin raportare la prevederile Cap. IV.4.1 din fișa de date, contestatorul apreciind că aceasta nu le respectă, prin raportare la modalitatea de întocmire a propunerii tehnice.

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a reținut faptul că oferta depusă este acceptabilă din perspectiva propunerii tehnice, dat în realitate se impunea constatarea caracterului neconform și inacceptabil al acesteia.

5) sub un alt aspect, și prin raportare la prevederile Cap. IV.4.2 din fișa de date a achiziției, oferta desemnată câștigătoare apare neconformă și inacceptabilă, sens în care aceasta se impunea a fi respinsă ca atare.

Contestatorul reiterează faptul că, urmare a îndeplinirii obligațiilor care îi reveneau cu ocazia etapei de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă avea obligația constatării caracterului neconform al ofertei depuse și, pe cale de consecință, obligația de a proceda conform art. 137 alin. (3) din H.G nr. 395/2016, la respingerea ofertei respective ca neconformă.

Din elementele indicate în cuprinsul contestației, ... precizează că oferta desemnată câștigătoare conține, în cadrul propunerii financiare, prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate și, în egală măsură, faptul că în realizarea activității de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu a procedat cu rigoarea solicitată de către cadrul legal în materie.

6) din analiza conținutul documentației de atribuire aferentă acestei proceduri de atribuire (pct. 2.2 din Memoriu), contestatorul susține că rezultă faptul că *„Stațiile de pompare vor fi dotate cu 1+1 și 2+2 (SP2 ... - pompe în tandem) pompe cu tocător. Fiecare stație de pompare va fi prevăzută cu o găleată specială de reținere a corpurilor plutitoare mari, astfel încât va fi înlăturată posibilitatea colmatării rețelelor. Astfel exploatarea va fi mai puțin costisitoare.”*

Contestatorul arată că aceste mențiuni se regăsesc și în cuprinsul fișelor tehnice ale pompelor necesar a fi ofertate, astfel încât nu există niciun echivoc raportat la obligativitatea respectării acestora. Cu toate acestea, chiar în condițiile în care nu i s-a permis accesul la conținutul ofertei desemnate câștigătoare, contestatorul are convingerea că ofertantul desemnat câștigător nu a ofertat pompe în tandem (sistem specific și care determină în concret dublarea înălțimii de pompare), ci pompe simple, element care contravine documentației de atribuire și determină caracterul neconform al acestei oferte.

7) un alt element esențial cuprins în documentația de atribuire și pe care oferta desemnată câștigătoare nu îl reflectă, constă în încadrarea în sistemul SCADA.

În continuare, contestatorul citează din documentația de atribuire, ceea ce definește și conține sistemul SCADA, apreciind faptul că oferta desemnată câștigătoare nu respectă aceste criterii.

8) un alt element considerat de contestator că ofertantul desemnat câștigător nu respectă documentația de atribuire, constă în asigurarea compensării factorului de putere prin intermediul tablourilor aferente fiecărei stații de pompare în parte (în conformitate cu prevederile fișelor tehnice aferente stațiilor de pompare).

Contestatorul arată că în cuprinsul documentației de atribuire se precizează că *„tabloul va trebui să fie conceput pentru a îndeplini următoarele funcții: ... - Compensarea factorului de putere”* și solicită a se constata, și prin raportare la acest aspect, caracterul neconform al ofertei desemnate câștigătoare.

Pentru toate aceste considerente, ... solicită C.N.S.C anularea adreselor nr. 1840/14.03.2018 de comunicare a rezultatului procedurii și nr. 2052/22.03.2018 de răspuns la notificarea prealabilă, anularea deciziei prin care oferta asocierii ... a fost declarată câștigătoare și constatarea caracterului inacceptabil și neconform al acestei ofertei, anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la stabilirea ofertantului câștigător în concordanță cu prevederile legale și cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire, precum și accesul la dosarul achiziției publice.

Prin punctul de vedere nr. 2292/29.03.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 12859/29.03.2018, ... solicită C.N.S.C. să dispună respingerea contestației ... ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă solicită să se constate caracterul neprobant al afirmațiilor contestatorului, care, fără nici un temei, prin afirmații de ordin general, urmărește înlăturarea de la procedura de atribuire a ofertei mai bine clasate decât oferta sa.

Cu privire la motivele enumerate de către ... care au stat la baza contestației, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Considerentele ofertantului ..., conform cărora autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, sunt neîntemeiate, întrucât acestuia i-a fost permis accesul la raportul procedurii de atribuire, precum și la documentele de calificare, propunerile tehnice și financiare, mai puțin la acele informații care au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că nu are nici dreptul și nici obligația de a impune vreunui ofertant să prezinte justificări care să demonstreze caracterul integral confidențial al ofertei, doar în fața Consiliului, art. 19 din Legea nr. 101/2016 impune obligativitatea celor interesați să își demonstreze caracterul confidențial al documentelor ofertelor, organismul administrativ-jurisdicțional având dreptul să cunoască aceste informații și să le ia în considerare.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că ... forțează obținerea unui tratament preferențial, în condițiile în care el însuși și-a declarat integral oferta ca fiind confidențială, ofertă elaborată în condiții identice cu cea concurentă și care vizează realizarea aceluiași obiectiv de investiții.

Autoritatea contractantă susține că solicitarea ... de a constata caracterul neconform și inacceptabil al ofertei desemnate câștigătoare și

prin raportare la conținutului propunerilor tehnice și financiare depuse, este nefondată, întrucât contestatorul nu a avut acces la documentele invocate, după cum însuși afirmă: *„în concret, accesul ne-a fost permis doar prin raportare la conținutul Raportului procedurii și acesta însă într-o formă cenzurată ...”.*

În vederea justificării prețului, autoritatea contractantă menționează că a solicitat clarificări de la toți ofertanții admiși, întrucât conform clasamentului, diferențele de preț dintre ofertele depuse sunt foarte mici.

Astfel, ca urmare a evaluării răspunsului la solicitarea de clarificări și documentelor suport corelative depuse pentru justificarea prețului, furnizate de către ofertantul declarat câștigător, respectiv asocierea ..., autoritatea contractantă a constatat că acestea sunt concludente și în măsură să justifice prețul ofertat.

Cu privire la afirmația contestatorului *„Făcând o paralelă cu tarifele unitare utilizate de către acest furnizor în cadrul altor proceduri de atribuire...”*, autoritatea contractantă susține că este nerelevantă, întrucât conform art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, ofertantul se rezumă doar la prevederile documentației de atribuire aferente procedurii de atribuire și nu la documente care fac parte integrantă din alte proceduri de achiziție distincte, comisia de evaluare procedând în mod similar.

Cu privire la următoarele aspecte sesizate, respectiv subpunctele 3, 4 și 5, ... precizează că ... adoptă aceeași manieră în construirea criticilor, bazându-se pe aserțiuni neprobate, întrucât nu a avut acces la documentele invocate, respectiv propunerile tehnice și financiare, care au fost declarate ca fiind confidențiale, ofertantul câștigător făcând dovada respectării prevederilor fișei de date a achiziției, prin prezentarea documentelor conforme cu solicitările prevăzute prin documentația de atribuire.

Față de cele anterior expuse, autoritatea contractantă consideră contestația depusă de către ... ca nefondată, conținând numeroase elemente speculative, care nu pot decât să întârzie, în mod deliberat, semnarea contractului și continuarea procedurii de atribuire, în sensul finalizării legale a acesteia.

Prin urmare, ... consideră că și-a îndeplinit în totalitate obligațiile în ceea ce privește respectarea conținutului documentației de atribuire, prevederile și principiile care guvernează procedurile de achiziție publică și solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 15000/1033/C7/16.04.2018, C.N.S.C. a comunicat contestatorului faptul că, având în vedere solicitarea sa cu privire la studierea ofertei asocierii ..., care a fost declarată confidențială, se precizează faptul că în cadrul acesteia se regăsește o declarație de confidențialitate din partea acestui operator economic, privind oferta respectivă, care a fost considerată de către C.N.S.C. că îndeplinește condițiile prevăzute la art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și, prin urmare, în situația în care se dorește studierea ofertei menționate anterior, trebuie să se obțină acordul scris al asocierii ..., conform art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1471/18.04.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 15799/19.04.2018, ... transmite o cerere de amânare a depunerii concluziilor scrise, deoarece distanța Oradea-București nu a permis deplasarea pentru studierea dosarului achiziției publice, dar, până la data redactării deciziei, acesta nu a transmis respectivele concluzii scrise.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată - într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *„Execuție lucrări pentru obiectivul «Canalizare menajeră în localitățile ... și ..., comuna ..., județul ...»*", cod CPV 45232400-6 - Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a invitației de participare nr. ...

Conform invitației de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut", iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 6.929.228 lei, fără TVA.

Prin procesul-verbal nr. 8033/11.12.2017, de consemnare a ofertelor depuse, s-a menționat faptul că 3 operatori economici au depus oferte, unul dintre aceștia fiind ..., contestatorul din prezenta cauză.

În raportul procedurii nr. 1838/14.03.2018 a fost menționat că asocierea ... a fost declarată câștigătoare, cu o ofertă în valoare de 6.258.863,81 lei, fără TVA.

Prin adresa nr. 1840/14.03.2018, autoritatea contractantă a transmis ofertantului ... comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, aducându-i la cunoștință faptul că oferta depusă în cadrul procedurii a fost declarată conformă, dar necâștigătoare.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, ... a transmis autorității contractante notificarea prealabilă fără număr de înregistrare la emitent din 19.03.2018, la care, aceasta a răspuns prin adresa nr. 2052/22.03.2018, precizând faptul că nu adoptă măsuri de remediere, împotriva acestui refuz și prin formularea de critici ce vizează în mod exclusiv oferta desemnată câștigătoare, ... formulând prezenta contestație.

Preliminar, Consiliul are în vedere că în prezenta procedură de atribuire a mai fost pronunțată și Decizia nr. 469/C7/240/23.02.2018, prin care ...., ofertant în cadrul procedurii de atribuire, a criticat decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) coroborat cu alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, contestația respectivă fiind respinsă, ca nefondată, Consiliul determinând că evaluarea efectuată de autoritatea contractantă a fost legală și în concordanță cu propriile reguli instituite prin documentația de atribuire.

Procedând la soluționarea contestației ce face obiectul prezentei cauze, Consiliul are în vedere că ... a transmis adresa fără număr de înregistrare la emitent din 19.03.2018, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată, îndeplinind procedura de notificare prealabilă, la care autoritatea contractantă a răspuns prin

adresa nr. 2052/22.03.2018, în cuprinsul căreia a precizat că nu va adopta măsuri de remediere, motiv pentru care, nemulțumit fiind de răspunsul primit, ... a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze.

Procedând la analiza pe fond a contestației formulate de ..., Consiliul are în vedere că aceasta vizează două aspecte, respectiv refuzul autorității contractante de a-i permite ofertantului contestator accesul la propunerea tehnică prezentată de ofertantul declarat câștigător - asocierea ..., precum și critici cu privire la oferta desemnată câștigătoare.

În ceea ce privește primul aspect contestat, legat de refuzul autorității contractante de a-i permite ofertantului contestator accesul integral la dosarul achiziției publice, motivat de faptul că asocierea ..., a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare, a declarat, la data depunerii ofertelor, că propunerea tehnică, financiară și documentele aferente solicitărilor și răspunsurilor la clarificări, precum și mențiunile din rapoartele de evaluare și/sau raportul procedurii, referitoare la evaluarea răspunsurilor, este confidențială, ținând seama și de faptul că, în cadrul contestației formulate, ... a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„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 prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară 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. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace*".

Se are în vedere că prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, ... a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției, aceasta dând curs solicitării prin adresa nr. 1880/16.03.2018, invitându-l pe ofertantul contestator la sediul său, la ora 10.30, pentru a studia dosarul achiziției publice, demers efectuat în data de 19.03.2018, cu ocazia studiului nefiindu-i pusă la dispoziție oferta și documentele aferente ale asocierii ..., motivat de faptul că acestea sunt confidențiale.

Ținând seama de cele mai sus reținute și având în vedere că asocierea ... a depus în cadrul ofertei sale *„Declarație confidențial" în care a declarat că „documentele din propunerea tehnică și financiară depuse, documentele aferente solicitărilor și răspunsurilor la solicitările de clarificări depuse, mențiunile din rapoartele de evaluare și/sau raportul procedurii referitoare la evaluarea răspunsurilor la solicitările de clarificări, precum și a propunerilor tehnice și financiare depuse, sunt confidențiale și reprezintă un drept de proprietate intelectuală a membrilor asocierii*", autoritatea contractantă a pus la dispoziția ... raportul procedurii, mai puțin precizările referitoare la propunerea tehnică și financiară, precum și răspunsurile la solicitările de clarificări declarate confidențiale de ofertantul în discuție.

Se are în vedere că ... a solicitat în cadrul contestației formulate la Consiliu accesul integral la dosarul achiziției, inclusiv la oferta prezentată de asocierea ..., motivat de faptul că nu este demonstrat caracterul confidențial al acesteia.

Raportat la solicitarea ..., Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 19 alin. (1) și (3) din cadrul Legii nr. 101/2016 potrivit cărora *„La cerere, părțile au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu (...), cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară 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. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice* mijloace", respectiv *„În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți*".

De asemenea, Consiliul are în vedere că la art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt prevăzute următoarele: *„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 transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor*", în timp ce la art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 *„Dosarul achiziției publice are caracter de document public*", iar alin. (5) din cadrul aceluiași aliniat se stipulează că *„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 sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii*".

Având în vedere cele reținute anterior și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a transmis către ... adresa nr. 14276/1033/C7 din 10.04.2018 prin care a solicitat acestui operator economic să justifice și să demonstreze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor indicate în cuprinsul documentului intitulat *„Declarație confidențial*", iar acesta a răspuns prin adresa nr. 356/11.04.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 14543/12.04.2018, în cuprinsul căreia a precizat următoarele:

„[...] considerăm ca fiind confidențiale propunerea tehnică, propunerea financiară, documentele de calificare și solicitările de clarificări legate de acestea, întrucât aceste documente au legătură cu secretul comercial și /sau proprietatea intelectuală, deținând secrete tehnice și comercial, precum și alte elemente de confidențialitate ale ofertei.

Considerăm că toate aceste informații trebuie să rămână confidențiale, mai ales operatorilor economici care desfășoară aceeași

activitate, pentru a nu putea fi folosite în viitor în propriul său interes, ceea ce ar aduce prejudicii subscrisei (...).

Aducem la cunoștința Consiliului faptul că, ne menținem în continuare Declarația de confidențialitate prezentată în ofertă, nu ne dăm acordul pentru consultarea documentelor confidențiale (...)"

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații 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 sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

În lumina celor reținute, după cum s-a arătat mai sus, nu i se putea permite societății contestatoare să studieze documentele declarate confidențiale. În sprijinul acestei aprecieri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge, în considerentele căreia s-a statuat: 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; protecția secretelor comerciale constituie un principiu general; 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; 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; 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.

Elocvente sunt și următoarele considerente ale Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâștigător la documente celui declarat câștigător:

"[...] protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este coerentă cu dispozițiile relevante din Regulamentul financiar, în special articolul 100 alineatul (2) din acesta, vizat în egală măsură de EFSA în

decizia sa din 15 septembrie 2010, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute (a se vedea, cu privire la divulgarea ofertei reținute, Ordonanța Evropaïki Dynamiki/AEE, punctul 49 de mai sus, punctul 39 și jurisprudența citată). Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele în materie de achiziții publice ale Uniunii, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a atinge acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare. În plus, atât prin natura lor, cât și potrivit sistemului reglementării Uniunii în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Operatorii economici trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi [...].".

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

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia – Tribunalul de 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.

Date fiind rigorile la care este supusă atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul prin regulile precitate, precum și declarația ofertantului asocierea ..., Consiliul nu poate pune la dispoziția ... toate documentele provenind de la acest ofertant, întrucât constituie informații declarate confidențiale.

Prin urmare, apreciind că asocierea ... a justificat și a demonstrat caracterul confidențial al propunerii sale tehnice, Consiliul i-a comunicat contestatorului ... acest aspect prin adresa nr. 15000/1033/C7/16.04.2018, astfel:

„(...) Totodată, având în vedere solicitarea dvs. cu privire la studierea ofertei asocierii ..., care a fost declarată confidențială, precizăm faptul că în cadrul acestuia se regăsește o declarație de confidențialitate din partea acestui operator economic, privind oferta respectivă, care a fost considerată de către C.N.S.C. că îndeplinește condițiile prevăzute la art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, în situația în care doriți studierea ofertei menționate anterior, trebuie să obțineți acordul scris al asocierii ..., conform art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016."

Până la data emiterii prezentei decizii, Consiliul are în vedere că ... nu s-a prezentat la Consiliu în vederea studierii dosarului achiziției publice și a transmis adresa nr. 1471/18.04.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 15799/19.04.2018, prin care arată că: *„Având în vedere adresa dvs. nr. 1500/1033/C7/16.04.2018 prin care ne invitați la sediul instituției dvs. în vederea studierii dosarului la data de 17.04.2018, vă rugăm să amânați depunerea concluziilor scrise până la data de 19.04.2018, deoarece distanța ... nu ne-a permis să ne organizăm într-o singură zi pentru deplasare, lucru care ne pune în imposibilitatea formulării concluziilor scrise la data solicitată de dvs. 18.04.2018."*

Totodată, Consiliul constată și faptul că, până la data emiterii prezentei decizii, ... nu a transmis concluzii scrise.

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca nefondate, susținerile contestatorului referitoare la interzicerea de către autoritatea contractantă a accesului la oferta depusă de către asocierii ..., constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale,... nu a exercitat niciun abuz, ci a ținut seama de solicitarea formulată de ofertantul declarat câștigător, privind respectarea caracterului confidențial al ofertei sale, aspect respectat și de către Consiliu, conform celor menționate anterior în considerente.

În privința celorlalte critici formulate de către ..., ce se regăsesc în considerentele deciziei, la paginile 2-5, punctele 2-8, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate, în mod exclusiv, de modul în care comisia de evaluare a verificat oferta depusă de către asocierea ... Astfel, sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că în opinia autoarei contestației, oferta asocierii ... are caracter neconform și inacceptabil.

Procedând la examinarea criticilor formulate, Consiliul constată că, în contestația formulată, autoarea contestației invocă suspiciuni potrivit cărora oferta depusă de asocierea în discuție nu ar fi conformă.

Toate argumentele aduse de autoarea contestației sunt de ordin general și nu depășesc nivelul declarativ, alegaţiile acesteia fiind doar simple supoziţii care se bazează pe argumente proprii în scopul unei prezentări generale pentru informare şi nu face referire la documentaţia de atribuire, respectiv la vreo prevedere a acesteia.

Susținerile autoarei contestației, de la punctele 2-5, potrivit cărora *„din experiența altor proceduri la care subscrisa am participat alături de membrii Asocierii desemnate câștigătoare, prețurile ofertate de către aceasta în cazul balastului, betonului, precum și prețurile de transport ofertate, nu reflectă*

prețurile reale de producție și sunt nesustenabile", *„(...) depozitul temporar reprezintă o suprafață permanent amenajată pentru stocarea temporară a deșeurilor (stocarea deșeurilor înainte de valorificare sau tratare pentru o perioadă mai mică de 3 ani, ca regulă generală sau stocarea deșeurilor înainte de eliminare, pentru o perioadă mai mică de un an). Având în vedere că ofertantul desemnat câștigător nu a procedat într-o asemenea manieră, solicităm a constata faptul că în speță se impunea respingerea acestei oferte ca neconformă", „caracterul neconform al ofertei desemnate câștigătoare se impune a fi constatat și prin raportare la prevederile Cap. IV.4.1 din fișa de date, contestatorul apreciind că aceasta nu le respectă, prin raportare la modalitatea de întocmire a propunerii tehnice. Astfel, în ciuda faptului că autoritatea contractantă a reținut faptul că oferta depusă este acceptabilă din perspectiva propunerii tehnice, în realitate se impunea constatarea caracterului neconform și inacceptabil al acesteia", „oferta desemnată câștigătoare conține, în cadrul propunerii financiare, prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate și, în egală măsură, faptul că în realizarea activității de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu a procedat cu rigoarea solicitată de către cadrul legal în materie",* nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare prin raportare la nivelul generic de exprimare al contestatorului, Consiliul consideră că se impune aplicarea dispoziţiilor art. 249 din N.C.P.C., potrivit cărora "*Cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească (...)*'', deoarece, în opinia sa, argumentele contestatorului sunt lipsite de consistenţă, deopotrivă în fapt şi în drept, aspect ce vine în contradicţie cu principiul *„actori incumbit probatio"*, conform căruia *„sarcina probei incumbă, în mod exclusiv, reclamantului*".

În acest sens sunt și susținerile autorității contractante, exprimate în punctul de vedere transmis la dosarul cauzei prin adresa nr. 2292/29.03.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 12859/29.03.2018, și anume faptul că, referitor la criticile menționate anterior, *„... adoptă aceeași manieră în construirea criticilor, bazându-se pe aserțiuni neprobate, întrucât nu a avut acces la documentele invocate, respectiv propunerile tehnice și financiare, care au fost declarate ca fiind confidențiale, ofertantul câștigător făcând dovada respectării prevederilor fișei de date a achiziției, prin prezentarea documentelor conforme cu solicitările prevăzute prin documentația de atribuire*.

Față de cele anterior expuse, autoritatea contractantă consideră contestația depusă de către ... ca nefondată, conținând numeroase elemente speculative, care nu pot decât să întârzie, în mod deliberat, semnarea contractului și continuarea procedurii de atribuire, în sensul finalizării legale a acesteia."

În aceste condiții, luând în considerare cele menționate, Consiliul respinge alegaţiile contestatorului referitoare la aspectele reținute anterior, ca fiind nefondate, nesusținute și neprobate în vreun fel de contestator, fiind simple susțineri, Consiliul apreciind în luarea deciziei că nu poate fi însărcinat să efectueze o supraevaluare a ofertelor la cererea ofertanților care au îndolieli sau presupuneri în condiţiile în care nu este nici comisie de evaluare şi nici mandatar al contestatorului, ci un organ administrativ-jurisdicţional, cu atribuţii clar definite în Legea nr. 101/2016.

Într-o atare situație, Consiliul va proceda doar la verificarea aspectelor **concrete** invocate de contestator prin raportare la prevederile

legale indicente în materia achizițiilor publice și a prevederilor documentației de atribuire, care a stat la baza elaborării și întocmirii ofertelor.

În acest sens, legat de pretinsa nerespectare de către asocierea desemnată câștigătoare a documentației de atribuire aferentă procedurii de atribuire, respectiv a pct. 2.2 din Memoriu (parte a caietului de sarcini), conform căruia *„Stațiile de pompare vor fi dotate cu 1+1 și 2+2 (SP2 ... - pompe în tandem) pompe cu tocător. Fiecare stație de pompare va fi prevăzută cu o găleată specială de reținere a corpurilor plutitoare mari, astfel încât va fi înlăturată posibilitatea colmatării rețelelor. Astfel exploatarea va fi mai puțin costisitoare"* (cerințe similare fiind prevăzute și în fișele tehnice ale pompelor necesar a fi ofertate, astfel încât nu există niciun echivoc raportat la obligativitatea respectării acestora), cu privire la care contestatorul susține că are convingerea că ofertantul desemnat câștigător nu a ofertat pompe în tandem (sistem specific și care determină în concret dublarea înălțimii de pompare), ci pompe simple, element care contravine documentației de atribuire și determină caracterul neconform al acestei oferte, Consiliul respinge critica formulată, ca nefondată.

Verificând aspectele criticate anterior de către ..., Consiliul reține în soluționare faptul că în documentația de atribuire, în partea „Piese scrise.pdf.p7s", pagina 21, cap. „Stații de pompare", s-au prevăzut următoarele *„Stațiile de pompare vor fi tip cheson prefabricat și vor fi dotate cu 1+1 și 2+2 (SP2 ... – pompe în tandem) electropompe submersibile, [...] Pompele vor fi dotate cu tocător și vor asigura o înălțime de pompare minimă pentru a transporta apa în canalizarea gravitațională următoare și pentru a putea funcționa tot timpul economicos din punct de vedere al consumului de energie electrică*."

Verificând propunerea tehnică depusă de asocierea în discuție, Consiliul constată că, în conținutul acesteia, la paginile 399 și 401 (a se vedea vol. 2 D.A.P.), acesta a precizat că *„stațiile de pompare vor fi dotate cu 1+1 și 2+2 (SP2 ... – pompe în tandem) electropompe submersibile cu tocător (...)*", precum și faptul că în „F4co – Lista cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări și active necorporale", la poziția 2 se prevede *„Stație pompare ape uzate – SPA ...-2A + 2R (câte 2 pompe în tandem) electropompe submersibile pentru ape uzate (...)*".

Totodată, se reține că ofertantul declarat câștigător a prevăzut în propunerea sa financiară, la pagina 1360 din D.A.P., vol. 3, poz. 20 din Deviz nr. 2.12 Instalații hidraulice stații de pompare – SP2, *„M1B11A1 – Electropompe pompe vid centrifuge – 2 buc."*

În aceste condiții, luând în considerare cele precizate anterior, Consiliul constată netemeinicia criticilor aduse de către ..., motiv pentru care le va respinge, ca nefondate.

În referire la pretinsa nerespectare de către asocierea desemnată câștigătoare a documentației de atribuire aferentă procedurii de atribuire, respectiv a neîncadrării în sistemul SCADA, Consiliul are în vedere cerința prevederea din documentația de atribuire, conform căreia *„Instalația de automatizare SCADA. Automatizare cu sistem de monitorizare SCADA.*

SCADA este un instrument modern utilizat pentru supravegherea proceselor industriale. Un soft special instalat pe un calculator va face legătura tuturor echipamentelor prin intermediul unor automate programabile PLC

(montate local în stații de pompare sau în orice alt punct), va materializa grafic un proces tehnologic, oricât de complex, pe ecranul calculatorului.

Controlul și monitorizarea stațiilor de pompare va fi bazată pe automate programabile (PLC), prevăzute la fiecare panou de control local. Acestea sunt automate programabile pentru achiziționarea datelor dintr-o anumită zonă sau pentru un anume proces și vor fi integrate printr-o rețea locală în cadrul dispeceratului central SCADA al operatorului regional. Fiecare PLC va fi programat pentru a controla și monitoriza procesele dorite.

Programele utilizate vor realiza transmisia de date prin rețea și va permite ca datele și facilitățile de control să fie monitorizate și manipulate folosind un sistem SCADA instalat pe calculatorul dispecer. [...]" (*partea „Piese scrise.pdf.p7s", pag. 22-23).*

Verificând propunerea tehnică depusă de asocierea în discuție, Consiliul constată că, în conținutul acesteia, la paginile 1034 și 1035 din vol. 3 D.A.P., acesta a prezentat, sub forma tabelară, documentul „F4co – Lista cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări și active necorporale", denumit *„Scada – stații de pompare*", în cadrul căruia se prevăd o serie de echipamente.

Totodată, ofertantul declarat câștigător a prevăzut în propunerea sa financiară, la paginile 1403 și 1404 din D.A.P. vol. 3, „F4co – Lista cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări și active necorporale", sistemul denumit „Scada – stații de pompare", în cadrul căruia se prevăd o serie de echipamente cu prețurile aferente, situație în care Consiliul constată netemeinicia criticilor aduse de către ..., motiv pentru care le va respinge, ca nefondate.

O ultimă critică vizează pretinsa nerespectare a cerinței referitoare la asigurarea compensării factorului de putere prin intermediul tablourilor aferente fiecărei stații de pompare în parte (în conformitate cu prevederile fișelor tehnice aferente stațiilor de pompare), aspect prevăzut în cuprinsul documentației de atribuire, în partea *„Utilaje.pdf.p7s", fișe tehnice: „[...] De asemenea, tabloul va trebui să fie conceput pentru a îndeplini următoarele funcții: [...] - Compensarea factorului de putere*".

Verificând propunerea tehnică depusă de asocierea în discuție, Consiliul constată că, în conținutul acesteia, în cadrul Fișelor Tehnice nr. 1 – 10, paginile 1037, 1040, 1044, 1047, 1051, 1054, 1058, 1061 și 1064 din D.A.P. vol. 3, acesta prezintă corespondența propunerii tehnice cu specificațiile impuse prin caietul de sarcini, regăsindu-se mențiunea conform căreia *„Nr. crt. 1. Parametrii tehnici și funcționali: [...] De asemenea, tabloul va trebui să fie conceput pentru a îndeplini următoarele funcții: [...] – Compensarea factorului de putere",* așadar respectarea cerinței, motiv pentru care se resping criticile aduse, sub acest aspect, ca fiind nefondate.

Luând act de cele menționate anterior, constatând legalitatea deciziei luate de comisia de evaluare în dreptul ofertei depusă de către ..., Consiliul o va menține și, pe cale de consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ... ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...,..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini.