

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 fără număr de înregistrare la emitent din 14.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 36359/14.07.2021, formulată de către ...S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva adresei nr. 5441/07.07.2021 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 5439/07.07.2021, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Execuția lucrărilor pentru obiectivul de investiții «Modernizarea și eficientizarea sistemului de iluminat public în comuna ...»”, se solicită anularea adresei nr. 5441/07.07.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 5439/07.07.2021, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, începând cu etapa verificării conformității ofertelor, precum și accesul la dosarul achiziției publice.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ...S.R.L. critică modalitatea de evaluare a ofertei ... S.R.L. declarată câștigătoare, precum și refuzul autorității contractante de a-i pune la dispoziție toate actele din dosarul achiziției publice, mai puțin oferta câștigătoare declarată confidențială de către acesta.

I. Scurte considerații de ordin faptic

Anterior analizării motivelor pentru care se impune admiterea contestației, se arată că autoritatea contractantă a organizat procedura de

atribuire respectivă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../ 11.03.2021, împreună cu documentația de atribuire.

Contestatorul arată că a întocmit documentația tehnică necesară și, în concret, a transmis oferta noastră cu privire la contractul de achiziție publică supus atribuirii.

La data de 07.07.2021, autoritatea contractantă a publicat în SEAP raportul procedurii, din care reiese, în esență, faptul că oferta contestatorului, în cuantum de 832.008,07 lei fără TVA, deși îndeplinea toate condițiile tehnice impuse prin documentația de atribuire, s-a clasat pe locul al doilea.

Câștigătoarea procedurii de atribuire este ... S.R.L., aceasta fiind clasată pe locul întâi prin raportare la prețul ofertat de 672.355,90 lei fără TVA.

Din perspectiva concluziilor raportului de atribuire a contractului de achiziție publică, contestatorul arată că a formulat o solicitare de acces la dosarul achiziției publice, pentru a vedea care au fost elementele care au făcut ca oferta sa să fie surclasată de oferta depusă de către ... S.R.L.

Prin adresa nr. 5471/08.07.2021, autoritatea contractantă a comunicat contestatorului că are posibilitatea de a studia dosarul achiziției publice, însă ofertanții ...S.R.L. și ...S.A. și-au declarat propunerea tehnică și răspunsurile la clarificări confidențiale și, prin urmare, aceste documente nu pot fi puse la dispoziție pentru studiu.

La data de 09.07.2021, contestatorul arată că s-a deplasat la sediul autorității contractante pentru a studia dosarul achiziției publice și, din motive de presupusă confidențialitate, reprezentanții autorității contractante au refuzat să îi pună la dispoziție toate actele din dosar, acesta aflându-se astfel în imposibilitatea de a analiza conformitatea ofertei care l-a surclasat, precum și conformitatea clarificărilor transmise de operatorii economici și a modalității în care autoritatea contractantă a realizat evaluarea ofertelor depuse.

În concret, reprezentanții autorității contractante au pus la dispoziție sa, susține contestatorul, spre a studia, exclusiv solicitările de clarificări transmise și raportul procedurii, prevalându-se de o presupusă confidențialitate a (1) propunerilor tehnice; (2) propunerilor financiare; (3) răspunsurilor la clarificări și (4) proceselor-verbale intermediare de evaluare.

Astfel, având în vedere imposibilitatea obiectivă de studiere a documentației din dosarul achiziției publice, ...S.R.L. formulează prezenta contestație împotriva rezultatului acesteia, în considerarea faptului că oferta câștigătoare nu îndeplinește toate condițiile tehnice impuse prin documentația de atribuire, dat fiind argumentele ce vor fi prezentate în cele ce urmează și completate ulterior studierii dosarului achiziției publice.

II. Refuzul nejustificat al autorității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice

1. În primul rând, contestatorul citează prevederile art. 19 și art. 217 din Legea nr. 98/2016 și precizează că simpla declarare a ofertei ca fiind confidențială, nu îi acordă autorității contractante dreptul de a nu permite accesul la documentele depuse/emise în cadrul procedurii de achiziției publice, în lipsa demonstrării caracterului confidențial, cu precădere în

condițiile în care Legea nr. 544/2001 asigură transparența procesului decizional în cadrul autorităților publice.

În aceste condiții, contestatorul arată că pentru a se putea prevala de confidențialitatea unei părți componente a ofertei depuse sau a ofertei în integralitate, operatorul economic este obligat să probeze această confidențialitate, nefiind suficientă simpla declarare a ofertei ca fiind confidențială.

În ceea ce privește confidențialitate ofertelor și accesul la dosarul format pe rolul CNSC, în jurisprudență se reține că *„un ofertant care participă într-o procedură concursuală publică și transparentă nu poate uza de declarația de confidențialitate pentru a ascunde eventuale nereguli sau lipsuri ale documentelor de calificare”* (Decizia nr. 232/28.01.2016 a Curții de Apel Bacău). În același sens este și optica Curții Europene a Drepturilor Omului, care a statuat în sensul în care *„egalitatea armelor are drept scop asigurarea echilibrului între părțile la procedură, garantând astfel faptul că orice documente furnizat instanței poate fi verificat și contestat de oricare parte la procedură”* (CEDO, Hotărârea Neumeisetr împotriva Austriei din 27.06.1968, seria A, nr. 8).

Aceeași este și opinia Curții de Apel București care reține că *„principiul protecției jurisdicționale efective implică dreptul contestatorului de a lua la cunoștință nu doar actul contestat al autorității contractante, ci inclusiv de documentația ce a stat la baza emiterii acestuia, în măsura în care îi este necesară pentru a formula critici sub aspectul legalității măsurilor dispuse”* (Decizia nr. 4718/12.05.2015 a Curții de Apel București).

2. Neconfidențialitatea ofertei clasate pe locul 1

Pentru început, contestatorul arată că la pct. 3.2.8 din cuprinsul raportului procedurii se indică că ofertantul ... S.R.L. a declarat că *„următoarele informații din oferta prezentată trebuie să fie tratate ca fiind confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală:*

- *propunerea tehnică și solicitările de clasificări respectiv răspunsurile la solicitările de clarificări din procesul de evaluare a ofertelor au caracter confidențial, divulgarea informațiilor sau a eventualelor răspunsuri la solicitări de clarificări referitoare la propunerea tehnică, altor societăți comerciale ar aduce prejudicii și a promova concurența neloială;*

- *propunerea tehnică reprezintă o creație proprie, iar informațiile declarate ca fiind confidențiale au caracter de secrete comerciale existând motive obiective pentru care dezvăluirea de informații către competitori ar produce prejudicii”.*

De asemenea, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 5471/08.07.2021, a comunicat contestatorului faptul că ofertantul amintit și-a declarat propunerea tehnică și răspunsurile la clarificări confidențiale, motiv pentru care aceste documente nu pot fi puse la dispoziție pentru studiu.

Însă, referitor la oferta tehnică și la informațiile privind proprietatea intelectuală, contestatorul arată faptul că un operator economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de achiziție publică și care invocă un drept de proprietate intelectuală cu privire la aceste informații, trebuie să menționeze acest aspect la momentul depunerii și să facă dovada faptului

că aceste informații sunt proprietatea intelectuală a ofertantului sau i s-a dat dreptul de către proprietar să le folosească în cadrul ofertei.

Mai mult decât atât, în dovedirea aspectului potrivit căruia aceste informații sunt proprietatea intelectuală a ofertantului sau i s-a dat dreptul de către proprietar să le folosească în cadrul ofertei, cel ce invocă acest drept, trebuie să depună cel puțin dovezile de înregistrare a dreptului de proprietate intelectuală la organele abilitate în vederea înregistrării și gestionării acestor informații.

Acest aspect este reținut și de către Curtea de Apel Timișoara prin Decizia nr. 354/2021, care a precizat în mod neechivoc: *„Curtea reține că declararea de către operatorii economici a unor documente ca fiind confidențiale este condiționată pe de o parte de dovedirea acestor susțineri, iar pe de altă parte de dovada prejudicierii operatorilor economici prin dezvăluirea acestora, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Ori, cum corect a reținut C.N.S.C., nici SC ... SA și nici SC ... SRL nu au administrat niciun mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.”*

După cum se poate observa, în cazul de față, operatorii economici nu au probat confidențialitate ofertei depuse, aceștia mărginindu-se la a preciza că propunerea tehnică, solicitările de clarificări, respectiv răspunsurile la clarificări ar fi confidențiale, în mod evident, în cazul declarării confidențialității unor componente ale ofertei, este necesar ca aceasta să fie dovedită, nefiind admisibilă o prezentare sumară, materializată într-o declarație pur formală.

Prin urmare, având în vedere argumentele prezentate anterior, este evident că nu poate fi vorba despre o confidențialitate a ofertei depuse de către ... S.R.L., motiv pentru care contestatorul avea dreptul de a cunoaște documentele depuse de către ofertanți în cadrul dosarului public al achiziției.

3. Neconfidențialitatea solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor aferente

Solicitările de clarificări și răspunsurile aferente nu pot avea un caracter confidențial, având în vedere că prin răspunsurile transmise, ofertantul explicitează sau completează oferta tehnică depusă, astfel că acestea devin parte integrantă din propunerea tehnică depusă de către operatorul economic, respectiv din propunerea financiară, prin raportare la categoria de clarificări solicitate.

Prin urmare, este evident că autoritatea contractantă avea obligația de a permite accesul la întreg dosarul procedurii de achiziție publică, context în care prezenta contestație este formulată, la acest moment, doar prin raportare la aspectele de care s-a luat cunoștință din cuprinsul documentelor care au fost puse la dispoziție.

În aceste condiții, contestatorul citează prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2019, context în care reiese că clarificările furnizate explicitează sau completează propunerile tehnice sau financiare, astfel că sunt parte integrantă din acestea. Prin urmare, atât timp cât art. 217 alin. (6) permite studierea propunerilor tehnice și financiare, este evident că și clarificările care au legătură cu aceste propuneri sunt componente ale propunerilor.

În plus, solicitările de clarificări îmbracă forma unor acte emise de către autoritatea contractantă, astfel că nu ar avea un operator economic posibilitatea să declare ca fiind confidențiale eventualele acte pe care le va emite autoritatea contractantă prin raportare la oferta depusă de către el.

Prin urmare, contestatorul apreciază ca fiind nelegal refuzul autorității contractante de a permite studierea în integralitate a dosarului achiziției publice și, în concret, de a permite accesul la solicitările de clarificări emise și la răspunsurile primite de la ofertanți de către autoritatea contractantă.

4. Neconfidențialitatea actelor administrative interne emise de către comisia de evaluare din cadrul autorității contractante, respectiv a proceselor-verbale intermediare de evaluare.

În primul rând, contestatorul arată faptul că dosarul achiziției publice nu este format doar din ofertele depuse în cadrul procedurii, ci și din solicitările de clarificări, precum și din procesele-verbale intermediare și finale ale comisiei de evaluare, acte administrative care nu pot conține secrete comerciale și informații privind proprietatea intelectuală.

În aceste condiții, autoritatea contractantă nu se poate prevala de confidențialitatea declarată de operatorii economici ofertanți pentru a refuza accesul ofertanților interesați la procesele-verbale și rapoartele finale și intermediare ale comisiei de evaluare, deoarece acestea sunt acte administrative emise de autoritatea contractantă în exercițiul puterii publice și, nici un moment, nu pot fi considerate drept confidențiale.

Dacă s-ar achiesa la poziția autorității contractante, s-ar ajunge la situația în care declararea formală a confidențialității unei oferte ar conduce la eludarea caracterului public al procedurii și, în concret, a tuturor principiilor care guvernează domeniul achizițiilor publice.

5. În plus, contestatorul precizează faptul că dreptul la informare al persoanelor este reglementat inclusiv de art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului: *„Orice persoană are dreptul la libertate de exprimare. Acest drept include libertatea de opinie și libertatea de a primi sau a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere”*.

Astfel, conform art. 10 din Convenție, libertatea de expresie include și dreptul de a primi și de a comunica informații, fără vreo interferență din partea unei autorități publice, ceea ce presupune o obligație a autorităților publice de a pune la dispoziția publicului acele informații pe care le dețin deja și care sunt necesare pentru valorificarea tuturor drepturilor pe care o persoană fizică sau juridică le are.

Totodată, contestatorul precizează faptul că din perspectiva dreptului la un proces echitabil prevăzut în mod expres de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, autoritățile contractante au obligația pozitivă de a întreprinde toate demersurile necesare pentru ca justițiabilii să aibă posibilitatea de a-și apăra în mod concret drepturile patrimoniale sau nepatrimoniale ce le revin.

Or, în condițiile refuzului nejustificat al autorității contractante, contestatorul, vătămat de decizia autorității contractante, se află în situația în care i se refuză accesul al justiție și, în concret, la un proces echitabil, aflându-se în imposibilitatea de a identifica elementele vătămătoare spre a le contesta în fața organismului de jurisdicție competent.

6. Având în vedere aspectele anterior prezentate, precum și elementele factuale antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să constate lipsa caracterului confidențial al tuturor actelor dosarului achiziției și, în concret să îi permită studierea acestuia în vederea completării prezentei contestații.

III. Neconformitatea propunerii tehnice depuse de operatorul economic ... S.R.L.

Având în vedere refuzul autorității contractante de a-i permite accesul la dosarul achiziției publice, contestatorul precizează că înțelege să conteste în integralitate propunerea tehnică a operatorului economic ... S.R.L., urmând ca ulterior studierii dosarului achiziției publice să aducă completări criticilor sale.

IV. Neconformitatea propunerii financiare depuse de operatorul economic ... S.R.L.

În primul rând, contestatorul menționează că orice neconformitate a ofertei tehnice conduce la o neconformitate a ofertei financiare, în sensul în care atât timp cât propunerea tehnică este neconformă și nu respectă documentația de atribuire, este evidentă și neconformitatea propunerii financiare care cuprinde aceleași produse neconforme la prețuri minimale.

Astfel, la acest moment, acesta înțelege să conteste în integralitate propunerea financiară a operatorului economic ... S.R.L., urmând ca ulterior studierii dosarului achiziției publice să aducă completări criticilor sale.

V. În concluzie, având în vedere considerentele anterior prezentate, ...S.R.L. solicită admiterea contestației astfel cum aceasta a fost formulată și motivată și, în consecință, anularea adresei nr. 5441/07.07.2021 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 5439/07.07.2021 și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, începând cu etapa verificării conformității ofertelor.

Totodată, având în vedere refuzul autorității contractante de a-i pune la dispoziție documentele cuprinse în dosarul achiziției publice, în considerarea tuturor argumentelor prezentate în cuprinsul contestației, ...S.R.L. solicită ca ulterior momentului la care autoritatea contractantă va înainta dosarul achiziției publice, să se permită studierea acestuia în integralitate.

Prin punctul de vedere nr. 5718/19.07.2021, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 37226/19.07.2021, ... solicită respingerea contestației ...S.R.L., ca nefondată, pentru următoarele motive:

1. Referitor la afirmația contestatorului privind *„Refuzul nejustificat al autorității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice”*

Accesul la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016. În situația în care unui ofertant i se refuză accesul la ofertele celorlalți ofertanți pe motiv că acestea sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, iar autoritatea contractantă nu are o justificare din partea operatorului în cauză sau nu i-a solicitat clarificări în acest sens, persoana care se consideră vătămată poate promova o acțiune la instanța de judecată competentă, conform Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes public.

Pe de altă parte, accesul părților la dosarul cauzei, la sediul CNSC, se face conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care este citat.

Astfel, susținerea contestatorului că nu i s-a permis accesul la dosarul achiziției publice, nu este reală, deoarece i s-a comunicat în termenul legal că poate studia dosarul, cu precizarea că ofertanții ... S.R.L. și ...S.R.L. și-au declarat ofertele confidențiale. Așa cum se precizează și în art. 217 din Legea nr. 98/2016, accesul neîngrădit se poate acorda doar la informațiile care nu au fost declarate neconfidențiale.

Ofertantul ... S.R.L. a arătat în cuprinsul declarației de confidențialitate motivele care au determinat declararea ofertei tehnice și financiare, precum și răspunsul la clarificări, confidențiale, invocând un temei contractual, respectiv acorduri cu societăți comerciale și un temei legal art. 1¹ lit. (d) din Legea nr. 11/1991 secretul comercial.

Ofertantul ...S.R.L. a arătat că propunerea tehnică are caracter confidențial, deoarece cuprinde propunerea privind tehnologia de execuție a lucrării și totodată prevederile deciziei nr. 31/12.08.2020, iar propunerea financiară are caracter confidențial deoarece cuprinde prețul materialului/echipamentului, manopera, costul utilajului, profilul firmei, toate aceste informații fiind indicatori folosiți exclusiv de către aceasta și reprezintă componente ale rezultatului valorii oferite.

Cei doi operatori economici, așa cum s-a arătat mai sus și rezultă și din declarațiile de la dosar, au motivat declarațiile de confidențialitate și nu s-au rezumat doar a face o simplă afirmație de declarare a ofertei confidențiale.

Declararea ofertei confidențiale nu creează o prezumție că respectiva ofertă ar avea lipsuri sau nereguli, așa cum susține contestatorul.

Raportat la legislația în vigoare incidentă, autoritatea contractantă subliniază faptul că ofertanții indică și motivează în cuprinsul ofertelor care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală - conform dispozițiilor art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 - în timp ce în fața CNSC aceiași ofertanți trebuie să demonstreze prin mijloace de probă caracterul confidențial - conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 – și se anexează dovada acestor mijloace de probă.

În consecință, autoritatea contractantă apreciază ca fiind îndeplinită condiția confidențialității conform prevederilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

2. Referitor la afirmația contestatorului privind „neconfidențialitatea ofertei clasate pe locul 1”:

Autoritatea contractantă precizează că susținerile contestatorului privind obligația ofertantului de a dovedi că deține un drept de proprietate intelectuală, respectiv că trebuie să depună dovezile de înregistrare a dreptului de proprietate, sunt eronate deoarece în legislației nu se prevede o astfel de obligație, motiv pentru care nici acesta nu a indicat un articol de lege în susținerile sale și citează prevederile art. 1 din Legea nr. 8/1996.

De asemenea, contestatorul afirmă, în mod eronat, că ofertantul a făcut o declarație pur formală de confidențialitate, deoarece ofertantul a

demonstrat printr-o expunere de motive ce a determinat declararea ofertei sale confidentiale. Declarația s-ar fi putut considera pur formală doar dacă folosea o formulare de genul „prezenta oferta este confidențială/confidențial”.

Având în vedere cela mai sus enunțate, autoritatea contractantă consideră că nu avea obligația de a pune la dispoziția contestatorului documentele privind ofertele declarate confidentiale.

3. Referitor la afirmația contestatorului privind *„neconfidențialitatea solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor aferente”*:

Având în vedere că ofertantul și-a declarat și motivat/probat caracterul confidențial al ofertei tehnice, financiare și a DUAЕ, precum și a faptului că, așa cum arată și contestatorul, solicitările de clarificări sunt parte integrantă a ofertelor, rezultă că, în baza motivelor exprimate și mai sus, că și acestea sunt confidentiale, astfel că nu se poate permite accesul în vederea studierii.

4. Referitor la afirmația contestatorului privind *„neconfidențialitatea actelor administrative interne emise de către comisia de evaluare din cadrul autorității contractante, respectiv a proceselor-verbale intermediare de evaluare”*:

Autoritatea contractantă arată că procesele-verbale conțin răspunsurile la solicitările de clarificări formulate către operatorii economici care și-au declarat ofertele confidentiale, iar răspunsurile la clarificări sunt și ele confidentiale și rezultă că partea din procesele-verbale care conține răspunsul la solicitările de clarificări declarate de ofertanți confidentiale, sunt la rândul lor confidentiale și nu se poate permite accesul la studiul acestora. Deoarece contestatorul face referire la oferta câștigătoare, care a fost declarată anterior confidențială, rezultă că partea din procesele-verbale care privește răspunsurile la clarificări comunicate de ofertantul câștigător, nu poate fi pusă la dispoziție pentru studiu.

Pe de altă parte având în vedere (i) scopul urmărit de legiuitor prin instituirea acestei protecții a confidențialității elementelor din ofertă, în speță protejarea intereselor comerciale și avantajelor competitive ale ofertanților, respectiv prevenirea unor abuzuri din partea operatorilor economici concurenți, precum și faptul că (ii) dispozițiile din HG nr. 395/2016 au fost elaborate în aplicarea prevederilor Legii nr. 98/2016, care la art. 57 vorbește despre „elementele confidentiale ale ofertelor”, fără a face nicio distincție între componentele acesteia, rezultă că de aceeași beneficiază, în condițiile legii, și informațiile confidentiale din cadrul documentelor de calificare.

Raportat la faptul că ofertantul poate accesa partea din procesele verbale care nu au fost declarate confidentiale, rezultă că nu se eludează caracterul public al procedurii și principiile care guvernează domeniul achizițiilor publice.

5. Referitor la afirmația contestatoarei privind *„dreptul la liberă informare”*:

Autoritatea contractantă evocă prevederile art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și arată că rezultă că autoritățile contractante au dreptul să restrângă, în caz de confidențialitate, dreptul la informare.

Astfel, afirmațiile contestatorului privind încălcarea art. 6 din Convenție dreptul la un proces echitabil, nu sunt reale, autoritatea contractantă a permis studierea dosarului de achiziție și a răspuns în termen legal solicitării de studiere a dosarului, astfel că acesta nu a fost în imposibilitatea de a formula cale de atac împotriva deciziei autorității contractante și nu și-a pierdut dreptul la un proces echitabil.

Pentru a asigura transparența, autoritățile contractante au obligația de a permite accesul persoanelor interesate la informațiile cuprinse în dosarul achiziției publice după finalizarea procedurii de atribuire, cu respectarea prevederilor legale referitoare la liberul acces la informațiile de interes public. În acest sens, legislația în vigoare prevede că dosarul achiziției publice are caracter de document public în forma în care se află la momentul solicitării accesului la informațiile din cuprinsul acestuia. 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. Se poate observa că legiuitorul instituie o excepție de la caracterul public al documentelor ce fac parte din dosarul achiziției publice, respectiv situația în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Deși principiul transparenței și caracterul public al dosarului achiziției publice sunt unanim recunoscute atât la nivelul acquisului comunitar, cât și la nivelul legislației statelor membre, trebuie admis că oferta, în ansamblul său, reprezintă un produs intelectual, ea putând să ofere informații cu privire la situația economică a ofertantului, capacitate sa financiară și tehnică, rezultând deci necesitatea firească de a proteja, în limitele legii, acele informații care ar putea prejudicia interesele comerciale ale operatorilor economici implicați în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Referitor la solicitarea de permitere a studierii dosarului achiziției publice, în vederea completării contestației, autoritatea contractantă solicită Consiliului să o respingă, deoarece așa cum a argumentat mai sus, oferta tehnică și financiară au fost declarate confidențiale.

6. Referitor la afirmația contestatorului privind *„neconformitatea propunerii tehnice și financiare depuse de operatorul economic ... S.R.L.”*:

Având în vedere că respectivul contestator nu și-a motivat afirmațiile de neconformitate, autoritatea contractantă consideră că atât propunerea tehnică, cât și cea financiară depuse de operatorul economic ... S.R.L. sunt conforme, așa cum s-a constatat în cadrul proceselor verbale și în raportul procedurii.

Referitor la solicitarea de studiere a dosarului achiziției publice, autoritatea contractantă arată că, potrivit Hotărârii din 12.02.2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cauza Varec 450/06, Varec SA împotriva statului belgian, se reține următoarele: *„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, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare.”

Având în vedere acestea, precum și confidențialitatea ofertei, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă cererea contestatorului privind studierea dosarului achiziției publice în integralitate.

În concluzie, autoritatea contractantă subliniază următoarele aspecte prevăzute de legislația în vigoare:

- liberul acces la informațiile de interes public este garantat, fără a fi însă un drept / o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la informații de interes publică comportă limitări.

- 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.

- autoritatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care acestea le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

- autoritatea contractantă are obligația de a asigura protejarea integrității datelor, a confidențialității ofertelor și a solicitărilor de participare în cadrul tuturor operațiunilor de comunicare, transmitere și stocare a informațiilor.

- conținutul ofertelor și al solicitărilor de participare, precum și cel al planurilor/proiectelor în cazul concursurilor de soluții, este confidențial, până la data stabilită pentru deschiderea acestora.

- accesul persoanelor la dosarul achiziției publice 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;

- după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală;

- 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, 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 de probă.

- documentele pot fi declarate ca fiind confidențiale prin marcarea sau indicarea acestora, 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.

Din ansamblul reglementării legale a chestiunii confidențialității documentelor depuse în procedurile de achiziție publică, rezultă mai degrabă că legiuitorul a reglementat, cu titlu de principiu, faptul că accesul la informații de interes public este liber. Ceea ce este firesc în contextul în care unul dintre principiile fundamentale ale achizițiilor publice este transparența de care trebuie să dea dovadă autoritatea contractantă. Transparența reprezintă, deci, un veritabil instrument de control, o garanție a utilizării eficiente a fondurilor publice, iar aplicarea *in concreto* a principiului transparenței este de natură a spori încrederea publică în procesul de achiziție publică.

Fără a nega sau minimiza importanta acestui principiu, autoritatea contractantă consideră însă că transparența în procesul de achiziție publică nu poate fi aplicată *de plano*, fără o analiză apriorică fundamentată, situație în care aceasta trebuie să verifice dacă (verificări care în prezenta speță au fost efectuate): (i) există o declarație de confidențialitate în legătură cu documentele pentru care a fost transmisă cererea de studiu și (ii) dacă declarația de confidențialitate este întocmită potrivit legii, respectiv dacă în cuprinsul acesteia există mențiuni referitoare la faptul că respectivele documente conțin informații clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, etc.

În situația în care constată că declarația de confidențialitate conține astfel de informații (conform celor indicate mai sus, suntem în această situație), autoritatea contractantă apreciază că nu are dreptul de a dezvălui aceste informații competitorilor. În caz contrar, contestatorul intră practic în posesia unor informații sensibile și extrem de importante, pe care le poate utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, entitatea a cărei ofertă a fost făcută publică pierzând inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației depuse de ...S.R.L. ca fiind nefondată.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 04.08.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 40537/04.08.2021, ...S.R.L. transmite Note Scrise, prin care solicită să se asigure accesul la întreg dosarul procedurii de achiziție publică organizate de COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, având în vedere următoarele:

I. Considerații de ordin factic

În primul rând, ...S.R.L. arată că a formulat contestația criticând, în esență, soluția autorității contractante de desemnare a ofertei depuse de ...S.R.L. ca fiind oferta câștigătoare.

În acest sens, în vederea identificării elementelor care au stat la baza atribuirii contractului de achiziție publică către ... S.R.L. și prin raportare la refuzul autorității contractante de a respecta dispozițiile legale și, în concret, de a permite studierea dosarului de achiziție publică, contestatorul a solicitat Consiliului să îi asigure accesul la justiție și, în concret, să îi permită accesul la dosarul public al procedurii de achiziție.

Astfel, la data de 02.08.2021, Consiliul a trimis contestatorului adresa nr. 39907/1758/C7/02.08.2021, prin care i-a comunicat că în data de 03.08.2021, intervalul orar 10-12, se va asigura accesul la dosarul achiziției publice, permițându-ne studierea conținutului acestuia, cu excepția documentelor declarate confidențiale.

În aceste condiții, la data de 03.08.2021, un reprezentant al contestatorului s-a prezentat la sediul CNSC pentru a studia dosarul achiziției publice, însă, fără a exista un fundament la bază, s-a refuzat studierea propunerii tehnice și a propunerii financiare depuse de către ofertantul desemnat câștigător, această „confidențialitate” declarată cuprinzând și solicitările de clarificări transmise acestui ofertant, precum și răspunsurile oferite.

În condițiile îngrădirii liberului acces la justiție, inclusiv în etapa jurisdicțională desfășurată în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor formulate în materie de achiziții publice, contestatorul revine cu o solicitare de asigurare efectivă a accesului la dosarul achiziției publice.

II. Încălcarea art. 21 din Constituția României

Contestatorul evocă prevederile art. 21 din Constituția României, art. 6 alin. (1) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, precum și jurisprudența în materie (decizia nr. 506/2021 a Curții de Apel Iași, deciziile nr. 124/2021 și nr. 354/2021 ale Curții de Apel Timișoara, Hotărârea din 28 ianuarie 2010, cauza M del Meditteraneo și alții, cauza Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45 a Curții de Justiție a Uniunii Europene).

În cazul de față, contestatorul susține că se află în imposibilitatea obiectivă de a exercita o cale procesuală concretă și efectivă care să aibă finalitatea urmărită. Deși a depus toate diligențele necesare și a solicitat accesul la dosarul achiziției publice atât autorității contractante, cât și Consiliului, posibilitatea studierii acestui dosar public al achiziției i-a fost oferită de o manieră pur formală, considerându-se că elementele ce vizează exclusiv modalitatea de îndeplinirea a cerințelor documentației de atribuire sunt confidențiale.

Însă, această confidențialitate, pe de-o parte, nu poate viza întreaga ofertă depusă de către un ofertant și, pe de altă parte, nu a fost dovedită de către cel care o invocă, context în care suntem în prezența unei restricționări a accesului la justiție bazată exclusiv pe susținerile ofertantului care a invocat confidențialitatea.

În aceste condiții, este încălcat în mod flagrant dreptul de acces la justiție stabilit de art. 21 din Constituția României și preluat de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Or, în condițiile date, acesta arată că se află în prezența desemnării discreționare a ofertantului câștigător, nefiind posibilă nici criticarea ofertei câștigătoare de către persoana vătămată definită la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, nici cenzurarea conduitei autorității contractate, atribuirea unui contract de achiziție publică devenind astfel o procedură privată.

Prin urmare, atât timp cât nu i se acordă contestatorului dreptul de a studia dosarul achiziției publice pentru a formula o contestație fundamentală pe dovezi ce reies din studierea acestuia, strict cu privire la îndeplinirea

cerințelor documentației de atribuire, există situația în care acestuia i se refuză accesul efectiv la justiție.

III. Caracterul public al dosarului procedurii de achiziție publică

Cu caracter prealabil, contestatorul citează dispozițiile art. 31 din Constituția României, art. 1 din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, art. 217 din Legea nr. 98/2016, art. 19 din Legea nr. 101/2016, precum și jurisprudență (decizia nr. 939/2021 a Curții de Apel Timișoara, deciziile CNSC nr. 1124/C1/961/2021, nr. 1478/C4/1485/2019 și nr. 279/C1/2969, Hotărârea CJUE din 14.02.2008, cauza C-450/06, pct. 55).

În cazul de față, prin adresa nr. 38938/1758/C7/2021, Consiliul a solicitat ofertantului ... S.R.L. să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor ca fiind confidențiale, să justifice această confidențialitate și să o demonstreze prin orice mijloc de probă.

Răspunzând la această solicitare, ... S.R.L., s-a limitat la a preciza că propunerea tehnică, propunerea financiară și răspunsurile la solicitările de clarificări reprezintă informații confidențiale având la bază secretul comercial. Însă, ofertantul nu a înțeles să dea curs tuturor solicitărilor formulate de Consiliu, omițând componentele de justificare a confidențialității și de dovedire a acesteia.

În aceste condiții, cu caracter prealabil, contestatorul înțelege să precizeze că orice conduită care limitează dreptul unui operator economic la o parte din dosarul achiziției publice trebuie să aibă la bază motive temeinice reprezentând dovezi clare a unui prejudiciu ce se va produce dacă acele informații sunt aduse la cunoștința unei terțe persoane. Însă, în cazul de față, ofertantul ... S.R.L. a precizat că ar putea exista un prejudiciu, fără a preciza în ce va consta acest prejudiciu, care va fi întinderea lui și care este informația confidențială încălcată pentru producerea acestuia, nefiind acceptabilă o formulare generală.

Totodată, contestatorul solicită Consiliului să constate că, deși se invocă confidențialitatea prin raportare la drepturile de proprietate intelectuală, ofertantul nu înțelege să indice aspectele cu privire la care există acest drept de proprietate intelectuală și proprietarul acestor informații „confidențiale”. Mai mult decât atât, este de la sine înțeles că acest drept de proprietate intelectuală nu se poate răsfrânge asupra tuturor elementelor ofertei, atât timp cât nu s-au depus dovezi de înregistrare a dreptului de proprietate intelectuală cu privire la întreaga ofertă.

Mai mult decât atât, deși face referire la clauze de confidențialitate existente în contractele încheiate cu furnizorii, operatorul economic nu anexează răspunsului transmis nici măcar o declarație emisă de un producător/furnizor, din care să reiasă confidențialitatea unui raport contractual, aspect ce dovedește încă o dată faptul că această „confidențialitate” există doar la nivel declarativ.

În continuare, contestatorul citează prevederile art. 11 lit. a) din Legea nr. 11/1991 și precizează că acesta și ...S.R.L. au poziții rivale pe aceeași piață, participând la aceeași procedură de achiziții publice și oferind fiecare o abordare diferită autorității contractante. Astfel, scopul solicitării de acces la dosarul achiziției publice nu reprezintă un act de concurență neloială, ci exclusiv respectarea principiului egalității de tratament, al transparenței și a

liberului acces la justiție, în concordanță cu caracterul public al procedurii de atribuire.

În aceste condiții, contestatorul precizează faptul că ... S.R.L. nu a dovedit caracterul confidențial al ofertei depuse, context în care orice refuz de studiu al dosarului reprezintă încălcarea principiilor achizițiilor publice și, în concret, favorizarea ofertantului declarat câștigător, iar nicidecum asigurarea unei concurențe loiale.

Totodată, contestatorul reiterează faptul că solicitările de clarificări și răspunsurile aferente nu au un caracter confidențial, dat fiind faptul că prin răspunsurile transmise, ofertantul practic explicitează sau completează oferta depusă, astfel că acestea devin parte integrantă din propunerea tehnică depusă de către operatorul economic, respectiv din propunerea financiară, prin raportare la categoria de clarificări solicitate.

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să constate că dosarul procedurii este unul public, iar oferta desemnată câștigătoare nu este una confidențială, cu precădere în condițiile nedovedirii nici măcar a unui aspect de confidențialitate.

IV. Încălcarea principiului transparenței decizionale

Contestatorul susține că transparența reprezintă un instrument de control, o garanție a utilizării eficiente a fondurilor publice, iar aplicarea în concret a principiului transparenței este de natură a spori încrederea publică în procesul de achiziție publică

Cu privire la acest aspect, contestatorul citează din jurisprudență (decizia nr. 387/2020 a Curții de Apel Craiova) și apreciază că ofertantul care a depus o ofertă conformă în cadrul procedurii de atribuire și atât timp cât nu se poate stabili în cadrul unei procedurii contradictorii că oferta desemnată câștigătoare respectă toate cerințele din documentația de atribuire, suntem în prezența unei încălcări vădite a principiului transparenței, acest contract de achiziție publică fiind atribuit în favoarea unei oferte confidențiale accesibile exclusiv autorității și ofertantului care a depus-o.

În considerarea tuturor aspectelor evidențiate anterior, ce vizează, în esență, încălcarea liberului acces la justiție, încălcarea principiului transparenței decizionale și lipsa caracterului confidențial al ofertei desemnate câștigătoare, ...S.R.L. solicită C.N.S.C. permiterea studierii dosarului achiziției publice în integralitatea sa, cu includerea ofertei depuse de ... S.R.L., aceasta fiind singura modalitatea în care contestatorul își poate exercita dreptul efectiv de acces la justiție.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuția lucrărilor pentru obiectivul de investiții «Modernizarea și eficientizarea sistemului de iluminat public în comuna ...»”, cod CPV 45316110-9 – Instalare de echipament de iluminare stradal (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare simplificat nr. .../11.03.2021.

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea totală estimată a contractului de lucrări este de 852.263,34 lei, fără TVA.

În cuprinsul procesului-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 2715/07.04.2021, s-a consemnat faptul că 5 operatori economici au depus oferte, dintre aceștia fiind ...S.R.L., contestatorul din prezenta cauză.

Potrivit raportului procedurii nr. 5439/07.07.2021, oferta ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară în sumă de 672.355,90 lei, fără TVA.

Comunicarea privind rezultatul procedurii a fost transmisă de autoritatea contractantă către ...S.R.L. prin adresa nr. 5441/07.07.2021, împotriva acestui rezultat fiind formulată prezenta contestație, fiind formulate critici, pe de-o parte, cu privire la refuzul autorității contractante de a-i pune la dispoziție toate actele din dosarul achiziției publice, *mai puțin* oferta câștigătoare declarată confidențială de către ... S.R.L. iar, pe de altă parte, cu privire neconformitatea propunerii tehnice și a propunerii financiare depuse de operatorul economic ... S.R.L.

În motivarea adusă, Consiliul constată că ...S.R.L. subliniază faptul că, deși asolicitat achizitoarei accesul la dosarul achiziției publice, inclusiv la oferta depusă de către ... S.R.L., ... a refuzat să-i permită accesul la oferta menționată anterior, invocând declararea confidențialității conținutului ofertei de către ... S.R.L.

În aceste condiții, contestatorul arată că s-a aflat în imposibilitatea obiectivă de studiere a documentației din dosarul achiziției publice, motiv pentru care a formulat prezenta contestație prin care susține faptul că oferta câștigătoare nu îndeplinește toate condițiile tehnice impuse prin documentația de atribuire.

În referire la refuzul nejustificat al autorității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice, contestatorul citează prevederile art. 19 și art. 217 din Legea nr. 98/2016 și precizează că simpla declarare a ofertei ca fiind confidențială, nu îi acordă autorității contractante dreptul de a nu permite accesul la documentele depuse/emise în cadrul procedurii de achiziției publice, în lipsa demonstrării caracterului confidențial, cu precădere în condițiile în care Legea nr. 544/2001 asigură transparența procesului decizional în cadrul autorităților publice.

În aceste condiții, contestatorul arată că pentru a se putea prevala de confidențialitatea unei părți componente a ofertei depuse sau a ofertei în integralitate, operatorul economic este obligat să probeze această confidențialitate, nefiind suficientă simpla declarare a ofertei ca fiind confidențială.

În referire la susținerile contestatorului legate de faptul că oferta câștigătoare nu îndeplinește toate condițiile tehnice impuse prin documentația de atribuire, această neconformitate conducând și la neconformitatea propunerii financiare depuse de operatorul economic ... S.R.L., Consiliul constată că ...S.R.L. susține că argumentele prezentate în contestație urmează a fi completate ulterior studierii dosarului achiziției publice.

În ceea ce privește primul aspect legat de refuzul nejustificat al autorității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice și de faptul că, inclusiv la momentul studierii dosarului nr. 1758/2016, la sediul C.N.S.C., nu au fost puse la dispoziția contestatorului ...S.R.L. documentele declarate confidențiale din oferta depusă de către ... S.R.L., Consiliul constată că achizitoarea a permis accesul la dosarul achiziției publice, la sediul acesteia, în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, singurele documente care nu au fost puse la dispoziția contestatorului fiind ofertele depuse de către ... S.R.L. și ...S.R.L. și înscrisurile întocmite în etapa de evaluare care conțineau informații din ofertele declarate confidențiale, demersul autorității contractante fiind în conformitate cu prevederile art. 217 din Legea nr. 98/2016, care prevăd că accesul neîngrădit se poate acorda doar la informațiile care nu au fost declarate neconfidențiale.

În speță, prezintă relevanță dispozițiile art. 57 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice „(1) *Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă **are obligația de a nu dezvălui** informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.*

(2) *Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității contractante prevăzute la art. 145 și 215 în legătură cu transmiterea spre publicare a anunțului de atribuire și, respectiv, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire către candidați/ofertanți.*

(3) *Autoritatea contractantă poate impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.*

(4) *Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1).”*

Raportat la textul legal invocat și la documentele achiziției, Consiliul constată că autoritatea contractantă a verificat susținerile ofertantului ... S.R.L. în susținerea caracterului confidențial al conținutului ofertei, constatând că acestea au fost arătate în cuprinsul declarației de confidențialitate, prin invocarea unui temei contractual, respectiv acorduri cu societăți comerciale și un temei legal art. 11 lit. (d) din Legea nr. 11/1991 secretul comercial (*de altfel, Consiliul constată că similar a procedat și ofertantul ...S.R.L., care a arătat că propunerea tehnică are caracter confidențial, deoarece cuprinde propunerea privind tehnologia de execuție a lucrării și totodată*

prevederile deciziei nr. 31/12.08.2020, iar propunerea financiară are caracter confidențial deoarece cuprinde prețul materialului/echipamentului, manopera, costul utilajului, profilul firmei, toate aceste informații fiind indicatori folosiți exclusiv de către aceasta și reprezintă componente ale rezultatului valorii oferite).

Or, în condițiile în care s-a efectuat această verificare din partea achizitoarei, care și-a asumat decizia de a nu permite accesul la informațiile confidențiale conținute în oferte, Consiliul determină că demersul acesteia a fost unul legal, motivat și care va fi menținut, constatându-se că susținerile contestatorului vizavi de o presupusă atitudine abuzivă din partea COMUNEI ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...) sunt nefondate.

Relevante sub acest aspect sunt și susținerile autorității contractante, exprimate în cadrul punctului de vedere nr. 5718/19.07.2021, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 37226/19.07.2021, conform căroră „Cei doi operatori economici, așa cum rezultă și din declarațiile de la dosar, **au motivat** declarațiile de confidențialitate și nu s-au rezumat doar a face o simplă afirmație de declarare a ofertei confidențiale.

Declararea ofertei confidențiale nu creează o prezumție că respectiva ofertă ar avea lipsuri sau nereguli, așa cum susține contestatorul”, precum și cele potrivit căroră, în conformitate cu „prevederile art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (...) rezultă că autoritățile contractante au dreptul să restrângă, în caz de confidențialitate, dreptul la informare.

Astfel, afirmațiile contestatorului privind încălcarea art. 6 din Convenție dreptul la un proces echitabil, nu sunt reale, autoritatea contractantă a permis studierea dosarului de achiziție și a răspuns în termen legal solicitării de studiere a dosarului, astfel că acesta nu a fost în imposibilitatea de a formula cale de atac împotriva deciziei autorității contractante și nu și-a pierdut dreptul la un proces echitabil.”

Aceleași considerații sunt avute în vedere de către Consiliul și vizavi de criticile aduse de contestator legate de nepermiterea accesului la toate documentele aflate la dosarul de pe rolul C.N.S.C., în condițiile în care au fost avute în vedere dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform căroră „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 (...)”.

Dispozițiile art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 prevăd următoarele: „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”.

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale invocate anterior, Consiliul a admis solicitarea ofertantului participant la procedură de studiere a dosarului cauzei și ținând seama de faptul că în cadrul ofertei depusă de către operatorul economic ... S.R.L., anumite documente depuse erau marcate sau indicate de către ofertant, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale, Consiliul a pus la dispoziția ofertantului contestator în discuție dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale de ofertantul ... S.R.L., așa cum au fost mai sus amintite.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul a ținut seama de rigorile la care este supus, prin regulile precitate, situație în care nu au fost puse la dispoziția ofertantului contestator, documentele provenind de la ... S.R.L. mai sus amintite, întrucât constituie informații declarate confidențiale.

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

"34 Obiectivul principal al normelor comunitare în materie de contracte de achiziții publice constă în deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt

Halle și RPL Lochau, C- 26/03, Rec., p. I- 1, punctul 44).

35 Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare.

36 În plus, atât prin natura acestora, cât și potrivit sistemului reglementării comunitare în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Aceștia din urmă trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi.

37 Pentru aceste motive, articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 prevede că autoritățile contractante au obligația de a respecta caracterul confidențial al tuturor informațiilor puse la dispoziție de acești furnizori.

38 În cadrul specific al comunicării către un candidat sau un ofertant respins a motivelor respingerii candidaturii sau a ofertei acestuia, precum și în cel al publicării anunțului de atribuire a unui contract, articolul 7 alineatul (1) și articolul 9 alineatul (3) din respectiva directivă recunosc autorităților contractante posibilitatea de a nu comunica anumite informații, în cazul în care divulgarea acestora ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale întreprinderilor publice sau private sau ar aduce atingere concurenței loiale dintre furnizori."

De asemenea, în Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14, s-au reținut următoarele:

"46 În cazul în care instituția vizată decide să refuze accesul la un document a cărui comunicare îi este cerută, acesteia îi revine, în principiu, obligația de a furniza explicații cu privire la modul în care accesul la acel document ar putea să aducă atingere concret și efectiv interesului protejat de o excepție prevăzută la articolul 4 din Regulamentul nr. 1049/2001 pe care această instituție o invocă. În plus, riscul unei astfel de atingeri trebuie să fie previzibil în mod rezonabil, iar nu pur ipotetic. Cu toate acestea, este permis instituției în cauză să se întemeieze în această privință pe prezumții generale care se aplică anumitor categorii de documente, considerații de ordin general similare fiind susceptibile să se aplice unor cereri de divulgare cu privire la documente de aceeași natură (Hotărârea din

29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 90).

47 Rezultă din jurisprudență că ofertele depuse de ofertanți în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă pot intra în domeniul de aplicare al excepției referitoare la protecția intereselor comerciale, în special datorită elementelor economice și tehnice cuprinse în oferte (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul

95).

48 Pe de altă parte, protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este prevăzută de dispozițiile relevante din Regulamentul financiar și în special la articolul 113 alineatul (2) din acesta, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute. Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele Uniunii în materie de contracte de achiziții publice, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare (Hotărârea din 29 ianuarie 2013,

Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 100).

49 Având în vedere cele ce precedă, jurisprudența a stabilit existența unei prezumții generale potrivit căreia accesul la ofertele ofertanților aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10,

EU:T:2013:38, punctul 101).

50 Trebuie subliniat însă că prezumția generală menționată la punctul 49 de mai sus nu exclude posibilitatea de a demonstra că un anumit document a cărui divulgare este solicitată nu face obiectul acestei prezumții sau că există un interes public superior care justifică divulgarea (Hotărârea din 28 iunie 2012,

Comisia/Éditions Odile Jacob, C- 404/10 P, EU:C:2012:393, punctul 126).

51 Prezenta cauză trebuie examinată în lumina acestor principii.

52 În primul rând, trebuie arătat că, în speță, reclamantei i- a fost refuzat

accesul la oferta depusă de ofertantul reținut, din care fac parte borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ. În plus, anexa I.A la contract, la care Comisia a refuzat de asemenea accesul în întregime, cuprinde și borderoul de prețuri al ofertei ofertantului reținut. În ceea ce privește anexa II la contract, la care a fost refuzat de asemenea accesul, aceasta conține oferta ofertantului reținut. Prin urmare, este vorba despre exact același tip de documente ca cele

avute în vedere de Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA (T- 339/10 și

T- 532/10, EU:T:2013:38). Contrar celor susținute de reclamantă, nu se poate

deduce din această hotărâre că privește numai o cerere de acces la ansamblul ofertelor ofertanților, iar nu o cerere de acces doar la oferta ofertantului reținut.

53 Astfel, este evident că documentele avute în vedere de prezenta cerere de acces, prin natura lor, pot conține elemente tehnice și economice confidențiale ale ofertantului reținut, printre care și informații cu privire la competențele și la

metodele de lucru ale acestuia, la know- how- ul său, la organizarea sa internă, la

costurile sale și la prețurile propuse.

54 În aceste împrejurări, comisia a statuat în mod întemeiat, în deciziile atacate, că oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri, anexa I.A la contract, care conține borderoul de prețuri, și anexa II la contract, care conține oferta ofertantului reținut, erau acoperite de o prezumție generală potrivit căreia divulgarea lor ar aduce atingere, în principiu, protecției intereselor comerciale.

55 Pe de altă parte, trebuie subliniat că, tocmai în scopul de a menține confidențialitatea acestor informații comerciale sensibile, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu prevede comunicarea ofertei ofertantului reținut către ofertanții respinși și stabilește chiar că este posibilă omiterea comunicării anumitor elemente dacă aceasta ar aduce atingere intereselor comerciale legitime sau ar putea denatura concurența loială.

56 În al doilea rând, trebuie să se constate că, în nicio etapă a procedurii, reclamanta nu a prezentat nici cel mai slab argument care să permită să se demonstreze că documentele solicitate nu erau acoperite de prezumția menționată mai sus.

57 În ceea ce privește borderoul de prețuri în ansamblul său, reclamanta susține că divulgarea acestui document nu ar putea aduce atingere intereselor comerciale ale ofertantului reținut, întrucât anunțul de atribuire indica nivelul prețurilor din oferta acestuia. Acest argument nu poate fi reținut, întrucât borderoul de prețuri este un document mult mai detaliat care indică, la fiecare rubrică, prețul serviciilor propuse, în timp ce anunțul de atribuire se limitează să indice în mod global valoarea contractului atribuit.

58 Situația este aceeași în cazul borderoului de prețuri recapitulativ care figurează în anexa la ofertă. Trebuie să se constate că acest document conține de asemenea informații referitoare la prețul serviciilor propuse, care sunt mai detaliate decât informația divulgată prin anunțul de atribuire. Prin urmare, borderoul recapitulativ intră de asemenea în domeniul de aplicare al prezumției menționate mai sus.

59 În consecință, Comisia era îndreptățită să considere că documentele în discuție, și anume oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ, și anexele I.A și II la contract erau acoperite de excepția referitoare la protecția intereselor comerciale, fără a proceda la examinarea lor concretă și individuală, după cum pretinde reclamanta.

60 În ceea ce privește argumentele reclamantei referitoare la existența unui presupus interes public superior care justifică divulgarea, acestea vor fi examinate mai jos, în cadrul celui de al patrulea aspect.

61 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul reclamantei potrivit căruia informațiile care i- au fost furnizate de Comisie cu privire la prețul ofertei reținute

nu îndeplinesc cerințele articolului 113 din Regulamentul financiar, chiar dacă s- ar

presupune că sunt admisibile, este necesar să se constate că, contrar celor sugerate de reclamantă, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu impune obligația de a comunica ofertantului respins, cu titlu de caracteristici și de avantaje ale ofertei reținute, informații detaliate privind prețurile."

Elocvente sunt și următoarele considerente ale Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexe 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 Evropaiki 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 [...].".

În aceeași cauză Varec, C-450/06, în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac, s-au stabilit următoarele:

"39 Desigur, aceste dispoziții vizează conduita autorităților contractante. Totuși, se impune să se recunoască faptul că efectul util al acestora ar fi grav compromis dacă, 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, toate informațiile privind această procedură de atribuire ar trebui, fără nicio limitare, puse la dispoziția autorului acestei acțiuni și chiar a altor persoane, precum intervenienții.

40 Într- un asemenea caz, simpla introducere a unei căi de atac ar da acces

la informații care ar putea fi utilizate pentru a denatura concurența sau pentru a aduce atingere intereselor legitime ale operatorilor economici care au participat la procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție. O astfel de posibilitate ar putea chiar stimula operatorii economici să introducă acțiuni doar în simplul scop de a obține acces la secretele comerciale ale concurenților lor.

41 În cadrul unei asemenea acțiuni, pârâtul este autoritatea contractantă, iar operatorul economic ale cărui interese pot fi lezate nu este în mod necesar

parte la litigiu și nici nu este chemat în cauză pentru a- și apăra aceste interese.

Pentru acest motiv, este cu atât mai important să se prevadă mecanisme care garantează în mod corespunzător interesele unor astfel de operatori economici.

42 Obligațiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce privește respectarea confidențialității informațiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerința unor căi de atac eficiente prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 coroborat cu articolul 7 alineatul (1), cu articolul 9 alineatul (3) și cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispozițiilor menționate și, prin aceasta, să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi.

43 În consecință, 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.

44 Se pune problema dacă această interpretare este conformă noțiunii de proces echitabil în sensul articolului 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 (denumită în continuare „CEDO”).

45 Într- adevăr, după cum reiese din decizia de trimitere, Varec a invocat în

fața Conseil d'État că dreptul la un proces echitabil implică garantarea caracterului contradictoriu al oricărei proceduri judiciare, că principiul contradictorialității reprezintă un principiu general de drept, că își găsește temeiul în articolul 6 din CEDO și că acest principiu implică dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de toate înscrisurile sau observațiile prezentate instanței pentru a influența decizia acesteia și pentru a le discuta.

46 În această privință, trebuie subliniat că articolul 6 alineatul (1) din CEDO prevede, printre altele, că „[o]rice persoană are dreptul la judecarea în mod

echitabil, în mod public și într- un termen rezonabil a cauzei sale, de către o

instanță independentă și imparțială [...]”. Potrivit jurisprudenței constante a Curții Europene a Drepturilor Omului, caracterul contradictoriu al unei proceduri reprezintă unul dintre elementele care permit să se aprecieze caracterul echitabil al acesteia, însă poate fi pus în balanță cu alte drepturi și interese.

47 Principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta. Cu toate acestea, în anumite cazuri, poate fi necesar ca anumite informații să nu fie comunicate părților pentru a putea garanta drepturile fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Rowe și Davis împotriva

Regatului Unit din 16 februarie 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000- II, §

61, și Hotărârea V. împotriva Finlandei din 24 aprilie 2007, nepublicată încă în Recueil des arrêts et décisions, § 75).

48 Printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private, consacrat la articolul 8 din CEDO și care decurge din tradițiile constituționale comune statelor membre și este reafirmat la articolul 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, proclamată la Nisa la 7 decembrie 2000 (JO C 364, p. 1) (a se vedea în special Hotărârea din 8

aprilie 1992, Comisia/Germania, C- 62/90, Rec., p. I- 2575, punctul 23, și

Hotărârea din 5 octombrie 1994, X/Comisia, C- 404/92 P, Rec., p. I- 4737,

punctul 17). În această privință, din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului reiese că nu se poate considera că noțiunea de viață privată trebuie interpretată ca excluzând activitățile profesionale sau comerciale ale persoanelor fizice sau juridice (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea

Niemietz împotriva Germaniei din 16 decembrie 1992, série A, nr. 251 - B, § 29,

Hotărârea Société Colas Est și alții împotriva Franței din 16 aprilie 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002- III, § 41, precum și Hotărârea Peck împotriva

Regatului Unit din 28 ianuarie 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003- I, § 57),

activități care pot include participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice.

49 De altfel, Curtea de Justiție a recunoscut protecția secretelor comerciale ca un principiu general (a se vedea Hotărârea din 24 iunie 1986, AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, 53/85, Rec., p. 1965, punctul 28, precum și Hotărârea

din 19 mai 1994, SEP/Comisia, C- 36/92 P, Rec., p. I- 1911, punctul 37).

50 În sfârșit, menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței citate la punctul 47 din prezenta hotărâre.

51 Rezultă astfel că, 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.

52 Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu

(a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar, C- 438/04, Rec.,

p. I- 6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei

căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53 În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

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 (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29).

55 Prin urmare, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, coroborat cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36, trebuie interpretat în sensul că organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) menționat 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, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil."

În același sens s-a reținut și în Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55).

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.

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, conduita Consiliului de a nu pune la dispoziția contestatorului a documentelor declarate confidențiale de ofertanta declarată câștigătoare este în conformitate cu dispozițiile legale incidente.

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

Se are în vedere că autoritatea contractantă, cu ocazia adresării de către ...S.R.L. a solicitării pentru accesul la dosarul cauzei, a invitat ofertantul la studierea dosarului achiziției, punând la dispoziție dosarul achiziției publice, cu excepția documentelor declarate confidențiale de operatorului economic ... S.R.L.

Luând această decizie, nu i se poate reproșa nimic entității contractante, în condițiile în care a permis contestatorului acces doar la documentele care nu au fost declarate confidențiale de ofertanta declarată câștigătoare.

De asemenea, Consiliul a aplicat un tratament identic și în ceea ce privește cererea de studiu depusă la sediul său, partea având acces doar la documentele care nu au fost declarate confidențiale.

Constatând că atât demersul achizitoarei cât și cel al Consiliului referitor la accesul la dosarul achiziției publice/dosarul cauzei a fost unul legal, nefiindu-i încălcat niciun drept legal și constituțional, cum eronat susține ...S.R.L., Consiliul nu poate lua în considerare susținerile contestatorului ...S.R.L. exprimate în cadrul „*Concluziilor scrise*” depuse la dosarul cauzei prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 40537/04.08.2021, conform căreia „*În cazul de față, contestatorul susține că se află în imposibilitatea obiectivă de a exercita o cale procesuală concretă și efectivă care să aibă finalitatea urmărită. Deși a depus toate diligențele necesare și a solicitat accesul la dosarul achiziției publice atât autorității contractante, cât și Consiliului, posibilitatea studierii acestui dosar public al achiziției i-a fost oferită de o manieră pur formală, considerându-se că elementele ce vizează exclusiv modalitatea de îndeplinirea a cerințelor documentației de atribuire sunt confidențiale.*”

Însă, această confidențialitate, pe de-o parte, nu poate viza întreaga ofertă depusă de către un ofertant și, pe de altă parte, nu a fost dovedită de către cel care o invocă, context în care suntem în prezența unei restricționări a accesului la justiție bazată exclusiv pe susținerile ofertantului care a invocat confidențialitatea.

În aceste condiții, este încălcat în mod flagrant dreptul de acces la justiție stabilit de art. 21 din Constituția României și preluat de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Or, în condițiile date, acesta arată că se află în prezența desemnării discreționare a ofertantului câștigător, nefiind posibilă nici criticarea ofertei câștigătoare de către persoana vătămată definită la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, nici cenzurarea conduitei autorității contractate, atribuirea unui contract de achiziție publică devenind astfel o procedură privată.

Prin urmare, atât timp cât nu i se acordă contestatorului dreptul de a studia dosarul achiziției publice pentru a formula o contestație fundamentală pe dovezi ce reies din studierea acestuia, strict cu privire la îndeplinirea cerințelor documentației de atribuire, există situația în care acestuia i se refuză accesul efectiv la justiție.”

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca neîntemeiată, solicitarea ...S.R.L. referitoare la permiterea studierii documentelor confidențiale declarate de ... S.R.L., constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul a ținut seama de solicitarea formulată de respectiva societate, privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate confidențiale, conform celor menționate anterior în considerente, dat fiind dispozițiile legiuitorului, care a prevăzut la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: „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”. Un astfel de acord din partea ... S.R.L. nu a fost pus la dispoziția ...S.R.L., ba mai mult, prin adresa nr. 625/29.07.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 39531/29.07.2021, ... S.R.L. a reiterat argumentele/motivele avute în vedere la momentul declarării ofertei sale ca fiind confidențială și a refuzat permiterea accesului din partea contestatorului la aceasta.

În ceea ce privește cel de-al doilea aspect referitor la susținerile contestatorului legate de faptul că oferta câștigătoare nu îndeplinește toate condițiile tehnice impuse prin documentația de atribuire, această neconformitate conducând și la neconformitatea propunerii financiare depuse de operatorul economic ... S.R.L., Consiliul constată că ...S.R.L. susține că aceste critici prezentate în contestație urmează a fi completate ulterior studierii dosarului achiziției publice.

Însă, raportat la simplele susțineri cu caracter general la adresa ofertei depusă de către ... S.R.L., neprobate, nesusținute și neargumentate de către contestator în vreun fel, pe motiv că nu a avut acces la oferta depusă de contracandidatul său, se constată că nu pot fi apreciate de Consiliu ca lămuritoare, simpla afirmație că oferta depusă de S.C. SUPERCOM S.A. este neconformă nefiind în măsură să convingă asupra temeiniciei acuzelor formulate.

Astfel, chiar dacă ...S.R.L. afirmă că înțelege să conteste în integralitate propunerea financiară a operatorului economic ... S.R.L., urmând ca ulterior studierii dosarului achiziției publice să aducă completări criticilor sale., Consiliul constată că, în fapt, contestatorul **nu a adus nicio critică concretă**, care ulterior ar fi putut fi eventual completată.

Consiliul are în vedere faptul că ...S.R.L. a formulat critici la modul general, acestea având un caracter pur subiectiv, suspiciunile contestatorului pornind de la declararea de către ... S.R.L. a propriei oferte ca fiind confidențială.

Or, „*declararea ofertei confidențiale nu creează o prezumție că respectiva ofertă ar avea lipsuri sau nereguli, așa cum susține contestatorul*” cum, în mod corect, a susținut și achizitoarea în punctul de vedere exprimat cui ocazia prezentei contestații.

Nefiind susținute de niciun mijloc de probă, cele afirmate, în cele ce preced, de către contestator, nu pot fi apreciate de Consiliu ca lămuritoare, simpla afirmație că oferta depusă de către ... S.R.L. este neconformă raportat la obiectul contractului nu este în măsură să convingă asupra temeiniciei acuzelor formulate.

Consiliul nu poate lua în considerare susținerile contestatorului conform cărora „*În cazul de față, subscrisa ne aflăm în imposibilitatea obiectivă de a exercita o cale procesuală concretă și efectivă care să aibă finalitatea urmărită. Deși am depus toate diligențele necesare și am solicitat accesul la dosarul achiziției publice atât autorității contractante, cât și Consiliului, posibilitatea studierii acestui dosar public al achiziției a fost oferită de o manieră pur formală, considerându-se că elementele ce vizează exclusiv modalitatea de îndeplinirea a cerințelor documentației de atribuire sunt confidențiale.*

Însă, această confidențialitate, pe de-o parte, nu poate viza întreaga ofertă depusă de către un ofertant și, pe de altă parte, nu a fost dovedită de către cel care o invocă, context în care suntem în prezența unei restricționări a accesului la justiție bazată exclusiv pe susținerile ofertantului care a invocat confidențialitatea.

În aceste condiții, este încălcat în mod flagrant dreptul de acces la justiție stabilit de art. 21 din Constituția României și preluat de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Or, în condițiile date, acesta arată că se află în prezența desemnării discreționare a ofertantului câștigător, nefiind posibilă nici criticarea ofertei câștigătoare de către persoana vătămată definită la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, nici cenzurarea conduitei autorității contractate, atribuirea unui contract de achiziție publică devenind astfel o procedură privată.

Prin urmare, atât timp cât nu i se acordă dreptul de a studia dosarul achiziției publice pentru a formula o contestație fundamentală pe dovezi ce reies din studierea acestuia, strict cu privire la îndeplinirea cerințelor documentației de atribuire, există situația în care acestuia i se refuză accesul efectiv la justiție” în condițiile în care 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, Consiliul constată că alegațiile din partea contestatorului nu depășesc nivelul de simplă bănuială, fără fundament, în ceea ce privește presupusa neconformitate a ofertei depusă de către ... S.R.L., contestatorul limitându-se să facă o simplă afirmație, fără a aduce vreo dovadă din care să reiasă neconformitatea ofertei în discuție.

În lipsa vreunui argument concret care să susțină neîndeplinirea vreunei cerințe minime/specificație tehnică impuse prin documentația de atribuire enunțate, în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare, Consiliul stabilește că, sub acest aspect, se află în prezența unei contestații bazată pe considerații de ordin general. Simpla afirmație precum că ...

S.R.L. este neconformă, implicit și propunerea financiară, nu poate constitui motivarea în fapt și în drept a contestației.

Obligația de a motiva cererea este expres prevăzută de legea specială (art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016), dar și de dreptul comun, respectiv de Codul de procedură civilă la art. 194, Cererea de chemare în judecată va cuprinde:[...] d) arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea.

Scopul obligației de motivare este acela de a arăta organismului administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru dezlegarea litigiului și, totodată, explicațiile pentru care drepturile reclamantului au fost lezate prin conduita presupus ilicită a pârâtului.

Cu alte cuvinte, nu este totuna a afirma încălcarea dreptului cu a prezenta argumentele pentru care se susține că dreptul a fost încălcat. A motiva nu se limitează la a susține încălcarea dreptului, ci presupune indicarea tuturor împrejurărilor care justifică o atare afirmație. Contestația în care sunt reproduse cerințele din documentația de atribuire și se invocă nerespectarea lor de către ofertanta câștigătoare nu este o contestație motivată în concret.

O contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac, iar nu să fie o formă fără fond, o contestație de dragul contestării, motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice.

În etapa de evaluare a ofertelor autoritatea contractantă a respectat prevederile legale aplicabile și și-a asumat răspunderea asupra deciziilor luate în cadrul procedurii de atribuire, rezultatele evaluărilor efectuate fiind consemnate în procesele-verbale de analiză intermediare și fiind luate în considerare în decizia de atribuire a contractului de achiziție publică, potrivit Raportului procedurii nr. 5439/07.07.2021, pertinente în acest sens fiind și susținerile achizitoarei, exprimate în cadrul punctului de vedere nr. 5718/19.07.2021, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 37226/19.07.2021, conform cărora „atât propunerea tehnică, cât și cea financiară depuse de operatorul economic ... S.R.L. sunt conforme, așa cum s-a constatat în cadrul proceselor verbale și în raportul procedurii.”

În aceste condiții, astfel cum s-a constatat anterior, în lipsa indicării în concret a elementelor care ar putea conduce la concluzia că oferta depusă de către ... S.R.L. ar fi neconformă, singurul argument al contestatorului constând în faptul că nu a avut acces la dosarul achiziției publice și că, ulterior studiului, va *completa* contestația, Consiliul nu poate efectua nicio verificare a vreunui aspect concret din etapa de evaluare a ofertelor, constatând nemotivarea contestației în fapt și drept de către ...S.R.L., motiv pentru care va respinge aceste critici, ca nefondate.

Concluzionând asupra aspectului în divergență, pentru considerentele expuse, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, Consiliul respinge contestația formulată de către ...S.R.L., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ..., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ...S.R.L., 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 pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 28 (douăzecișiopt) pagini