



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. 1401/C3/1474

Data: 12.08.2020

Prin contestația nr. 268/23.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29580/23.07.2020, înaintată de SC SRL, cu sediul în, str., județul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de – administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat la 15.07.2020, prin adresa nr. 30982/14.07.2020, a raportului procedurii nr. 30977/14.07.2020, precum și a refuzului nejustificat de a-i permite accesul la dosarul achiziției publice, acte emise de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru pentru „Activitatea de dezinsecție, dezinfecție, deratizare în", inițiată cu anunțul de participare nr. CN1019795/17.03.2020, s-a solicitat:

- „anularea adresei nr. 30982/14.07.2020, a raportului procedurii nr. 30977/14.07.2020, precum și a actelor subsecvente,
- anularea adresei nr. 31666/16.07.2020, emisă de către autoritatea contractantă și să dispuneți obligarea acesteia să ne permită accesul la dosarul achiziției publice, în temeiul prevederilor art. 217 alin. (6) coroborate cu cele ale art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, așa cum aceasta se afla în vigoare la data depunerii ofertelor - 05.05.2020, conform cererii formulate, după cum urmează:

- o să ne pună la dispoziție fotocopiile tuturor documentelor din dosarul achiziției publice vizând oferta declarată câștigătoare – SC SRL, așa cum sunt acestea reglementate de art. 148 din HG nr. 395/2016 în vigoare la data depunerii ofertelor, documente publice, potrivit prevederilor art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, așa cum aceasta era în vigoare la data de 05.05.2020, respectiv:

- DUAE și documentele de calificare;

- solicitările de clarificări, precum și răspunsurile primite de autoritatea contractantă;
- rapoartele intermediare întocmite în cadrul procedurii;
- procesele-verbale de evaluare, întocmite în cadrul procedurii;
- fotocopiile tuturor documentelor depuse de către SC CORAL

IMPEX SRL în cadrul procedurii de achiziție publică, potrivit prevederilor art. 217 alin. (5) și (6), coroborate cu prevederile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, așa cum aceasta era în vigoare la data de 05.05.2020, respectiv:

- o propunerea tehnică;

- o propunerea financiară, deoarece acestea sunt neînsoțite de dovada care le conferă caracterul confidențial, așa cum rezultă din raportul procedurii nr. 30977/14.07.2020;

- în subsidiar, solicităm a dispune anularea procedurii de achiziție publică.

- să obligați autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de judecată pe care le vom efectua și dovedi în cauză”.

Prin adresa nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./04.08.2020, ... SRL, cu sediul în, str., ..., înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin – administrator și, convențional, prin avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, ..., ..., a înaintat o cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, solicitând respingerea contestației formulate de SC SRL, ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația nr. 268/23.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29580/23.07.2020, SC SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat, la 15.07.2020, prin adresa nr. 30982/14.07.2020, raportul procedurii nr. 30977/14.07.2020, precum și refuzul nejustificat de a-i permite accesul la dosarul achiziției publice, acte emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire menționată anterior, considerând nelegală conduita acesteia din urmă, atât în stabilirea ofertei câștigătoare, cât și în soluționarea cererii sale de acces la dosarul achiziției publice.

Pe de o parte, contestatoarea consideră că ofertantul clasat pe locul I (SC SRL) nu și-a întemeiat și justificat tarifele, în mod corect și complet.

În opinia contestatoarei, oferta financiară propusă de SC SRL prezintă un preț neobișnuit de scăzut, ținând cont de faptul că acest ofertant trebuia să includă în oferta sa: (i) fie cheltuielile cu deplasarea personalului și a utilajelor necesare în derularea activității, de la la, fie cheltuielile de cazare a personalului și (ii) cheltuielile rezultate ca urmare a înființării unui punct de lucru pe raza municipiului, cu respectarea tuturor cerințelor în materia folosirii și depozitării produselor biocide, precum și decontaminarea utilajelor și echipamentelor folosite de către agenții DDD, care implică, de asemenea, costuri ridicate (chirie, utilități etc.).

Pe de altă parte, contestatoarea reclamă refuzul nejustificat și nemotivat al autorității contractante de a-i permite accesul la documentele publice ale dosarului achiziție publică, fiind încălcat și principiul transparenței procedurii.

Or, potrivit prevederilor art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, așa cum aceasta era în vigoare la data de 05.05.2020, dosarul achiziției publice are caracter de document public, contestatoarea având acces neîngrădit la studiu acestuia, drept pentru care nu poate fi restricționat (dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016).

Totodată, contestatoarea reclamă îngrădirea accesului la documentele depuse de SC SRL, în condițiile în care aceasta nu a dovedit, prin niciun înscris/temei legal, caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare depuse în prezenta procedură.

Încălcând dreptul său legal, precizat la art. 217 alin. (6), art. 57 alin. (4) și art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, așa cum aceasta a fost modificată prin OUG nr. 23/2020, în vigoare la data anunțului de participare, contestatoarea arată că autoritatea contractantă a menționat că documentele depuse de către acest ofertant sunt afectate de caracterul confidențial, deci sunt exceptate de la liberul și neîngrăditul acces la acestea.

Mai mult, potrivit raportului procedurii, SC SRL nu a depus, odată cu declarația de confidențialitate, dovezile care conferă documentelor caracterul de confidențialitate (cap.3.27, pct.2 din raport). Analizând răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări privind acest aspect, autoritatea contractantă a reținut că acesta nu a depus documentele doveditoare ale caracterului confidențial, așa cum s-a solicitat.

Cu toate acestea, comisia de evaluare a stipulat un comunicat din 02.06.2020 al Curții Constituționale, cu referire la OUG nr. 23/2020, de modificare a prevederilor Legii nr. 98/2016, prevederi care au fost declarate neconstituționale, renunțând a mai solicita ofertantului documentele care probează caracterul confidențial al ofertei, considerând concludent răspunsul primit.

Or, potrivit prevederilor cap. IV.4.3 din fișa de date și ale art. 123 din HG nr. 395/2016, declarația de confidențialitate se depune odată cu prezentarea ofertei, cu respectarea dispozițiilor art. 57 alin. (4) din

Legea nr. 98/2016, așa cum aceasta era în vigoare la data depunerii ofertei, și trebuie însoțită de dovada care conferă caracterul confidențial.

Nicidecum printr-o solicitare de clarificare, autoritatea contractantă nu are dreptul să acorde unui ofertant beneficiul de a produce noi documente sau de a justifica, prin legislație viitoare, lipsa documentelor care trebuiau anexate ofertei, fiind încălcate astfel dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016 se interpretează potrivit dispozițiilor art. 134 din HG nr. 395/2016 și vizează situația în care datele sunt incomplete sau eronate, iar completările trebuie să fie formale sau de confirmare, nicidecum de fond.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că pronunțarea de către Curtea Constituțională a unei decizii, la data de 02.06.2020 (publicată în Monitorul Oficial nr.597/07.07.2020), mult după data depunerii ofertelor - 05.05.2020, și după data solicitării de clarificări - 27.05.2020, nu instituie nici un drept și/sau o exonerare în favoarea ofertantului SC SRL.

Invocând dispozițiile art. 147 alin. (1) și (4) din Constituția României, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a săvârșit o gravă încălcare a acestora, atunci când a acordat un drept ofertantului declarat câștigător, la data de 04.06.2020, în baza unei Decizii a Curții Constituționale, care a fost publicată în Monitorul Oficial la data de 07.07.2020 și care are efect numai pentru viitor.

De altfel, arată contestatoarea, potrivit dispozițiilor art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, legislația aplicabilă procedurilor de achiziție publică este aceea care era în vigoare la data inițierii procedurii, respectiv la data publicării anunțului nr. CN1019795 din 17.03.2020.

Prin urmare, în cauză, se aplică dispozițiile Legii nr. 98/2016, așa cum a fost modificată prin OUG nr. 23/2020.

Astfel, nu pot fi declarate confidențiale ofertele tehnice și financiare în integralitatea lor, ci doar anumite informații din acestea, dar în mod temeinic motivate și dovedite, nu discreționar sau chiar arbitrar/abuziv.

Prin adresa nr. 33019/24.07.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 30328/29.07.2020, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

Analizând criticile contestatoarei, autoritatea contractantă precizează că SC SRL a depus, în cadrul ofertei, o declarație pe propria răspundere, potrivit căreia, în termen de 30 de zile de la data semnării contractului, va deține, pe raza municipiului, un punct de lucru, înregistrat la ONRC.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că acest ofertant a prezentat fișele de fundamentare pentru tarifele propuse, conform cerinței din fișa de date, capitolul IV. Modul de prezentare al propunerii

financiare, punctul 2. Prin urmare, consideră neîntemeiate criticile contestatoarei cu privire la justificarea tarifelor ofertate de către SC SRL.

În ceea ce privește accesul contestatoarei la dosarul achiziției publice, autoritatea contractantă precizează că, potrivit procesului-verbal nr. 31836/17.07.2020, aceasta a avut acces la toate documentele menționate la art. 148 lit. k), l), m), n) din HG nr. 395/2016, în afara informațiilor declarate confidențiale de către SC SRL, respectându-și obligațiile prevăzute la art. 57 alin. (1) și art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, autoritatea contractantă precizează că SC SRL a prezentat Declarația privind oferta depusă (Formularul CONF), în cadrul căreia a precizat următoarele:

Informațiile cuprinse în propunerea tehnică considerate a fi confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală sunt, propunerea tehnică în integralitatea ei, contractele cu terți, atestate personal, orice alte documente care conțin date cu caracter personal, precum și orice alte documente privind răspunsurile la eventualele solicitări de clarificări;

Informațiile cuprinse în propunerea financiară considerate a fi confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală sunt: propunerea financiară, fișele de fundamentare și memoriile justificative pe elemente de cheltuieli și toate documentele subscrisei ce justifică tariful unitar, precum și orice alte documente privind răspunsurile la eventualele solicitări de clarificări.

În acest context, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC SRL să retransmită Declarația privind oferta depusă (Formularul CONF), în care să justifice confidențialitatea propunerii tehnice și propunerii financiare. Totodată, comisia de evaluare i-a solicitat acestuia transmiterea dovezii care conferă caracterul confidențial al propunerii tehnice, dar și al propunerii financiare.

Autoritatea contractantă arată că SC SRL a transmis Declarația privind oferta depusă - Formularul CONF revizuit, în cadrul căruia a precizat următoarele:

Informațiile cuprinse în propunerea tehnică considerate a fi confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală, sunt următoarele:

a) propunerea tehnică la procedura de atribuire a acordului-cadru de prestări servicii, privind activitatea de dezinsecție, dezinfecție, deratizare în, existent la filele 1-26 din oferta tehnică, document cu caracter confidențial;

b) anexe la propunerea tehnică: contracte încheiate cu terți beneficiari, existente la filele 78-192, din propunerea tehnică; atestate/acte studii ale personalului de conducere și execuție, documente care conțin date cu caracter personal, a căror protecție este reglementată conform Regulamentului nr. 679 din 27 aprilie 2016

privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), existente la filele 31-71, din anexele la propunerea tehnică; răspunsurile SRL la solicitările de clarificări ale autorității contractante organizatoare a procedurii, cu privire la propunerea tehnică al cărei conținut este confidențial.

Informațiile cuprinse în propunerea financiară considerate a fi confidențiale/clasificate protejate de un drept de proprietate intelectuală, sunt următoarele:

- a) propunerea financiară, prin aceasta înțelegând: documentele care au stat la baza determinării valorii ofertate în formularul 10B, denumit formular de ofertă pentru activitatea de dezinsecție, dezinfecție, deratizare în Cod CPV: 90921000-9, 90923000-3, cu excepția acestui formular;
- b) fișele de fundamentare + memoriile justificative pe elemente de cheltuieli, existente la filele 4-42, din oferta financiară;
- c) documentele anexă, prin care se justifică tarifele unitare ofertate existente la filele 43-70 din oferta financiară;
- d) răspunsurile SRL la solicitările de clarificări, cu privire la tarifele unitare ofertate și la valoarea totală ofertată, menționată în cuprinsul formularului 10B.

Punerea la dispoziție a documentelor financiare care conțin: manopera în lei/oră a agenților dezinsecție, dezinfecție deratizare, consumurile specifice ale aparatelor, utilajelor, mijloacelor de transport, prețurile produselor de combatere, cu care am propus executarea serviciilor, etc. Ne creează în mod cert dezavantaje în raport cu ofertanții din prezenta procedură sau alți ofertanți, în cadrul unor proceduri viitoare.

Așadar, din oferta financiară poate fi cunoscută de terțe persoane numai valoarea ofertată, fără a avea acces la tarifele detaliate.

De asemenea, metodologia de lucru pe care noi o aplicăm la combaterea vectorilor, în cazul în care va fi copiată în vederea folosirii și de alți concurenți, ne-ar crea în mod evident posibile dezavantaje și prejudicii viitoare în alte licitații.

..... SRL a precizat expres în declarația din subsolul filelor din propunerile tehnice și financiare, că documentația noastră poate fi vizualizată, în mod firesc, de membrii comisiei de evaluare, sau de persoanele abilitate din cadrul organelor de control ale statului.

Know-how-ul privind organizarea și executarea serviciilor de dezinsecție, dezinfecție, deratizare implementat în prezenta procedură, poate crea oricărui concurent din procedura prezentă sau proceduri similare viitoare, o poziție avantajoasă în raport cu subscrisa, fapt care lezează interesele noastre și justifică pe deplin păstrarea confidențialității conținutului actelor enumerate.

Constatând faptul că documentele din cadrul propunerii tehnice și financiare sunt relevante, comisia de evaluare a decis, în unanimitate, faptul că SC SRL a justificat și dovedit confidențialitatea acestora.

În aceste condiții, autoritatea contractantă apreciază că are obligația de a garanta confidențialitatea respectivelor informații față de terți.

Prin adresa nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./04.08.2020, ... SRL a înaintat o cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, solicitând Consiliului respingerea contestației, ca nefondată.

În opinia intervenientei, criticile formulate de SRL, în preambulul contestației, nu indică, în mod concret, niciun motiv de inadmisibilitate a ofertei sale și nu dovedește că oferta financiară nu conține elementele de cost la care face referință.

Contrar afirmațiilor contestatoarei, intervenienta învederează faptul că oferta sa respectă prevederile legale cu privire la stabilirea tarifelor unitare pe tip de serviciu și tip de obiectiv (art. 8 alin. (3) lit. k), art. 9 alin. (1) lit. h) și art. 43 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 51/2006).

De altfel, arată intervenienta, potrivit dispozițiilor art. 8 din Ordinul ANRSC nr. 109/2007, oferta financiară trebuie să conțină atât fișele de fundamentare pentru fiecare preț unitar/tip de serviciu oferat, cât și memoriul tehnico-justificativ pentru fiecare preț unitar, în baza cărora s-a determinat valoarea totală a ofertei, raportat la suprafețele de execuție, expres, precizate în caietul de sarcini.

Intervenienta precizează că aceste documente (fișa de fundamentare și memoriul tehnico-economic justificativ), ce trebuie să conțină toate elementele de cost pentru serviciul oferat și să fie în strictă corelare cu propunerea tehnică, se regăsesc în oferta sa financiară.

Pe lângă cheltuielile de transport de la locul de deplasare al personalului care asigură executarea contractului și cheltuielile de cazare, așa cum se poate constata din aceleași fișe de fundamentare și memorii tehnico-economice justificative, sunt incluse cheltuieli aferente funcționării unui punct de lucru pe raza municipiului, în cazul atribuirii contractului, precum și ale salariaților permanenți ai acestui punct de lucru.

Astfel, ținând cont de faptul că oferta sa a îndeplinit, în integralitate, cerințele documentației de atribuire și, ulterior aplicării criteriului de atribuire, prețul cel mai scăzut, a ocupat locul I în clasamentul ofertelor, intervenienta apreciază că în mod corect autoritatea contractanta a declarat-o câștigătoare.

În continuare, raportându-se la solicitarea contestatoarei de acces la dosarul achiziției publice, intervenienta precizează că acesta devine

public la data finalizării procedurii de atribuire (în raport cu dispozițiile art. 217 alin. (4) coroborate cu cele ale art. 211 din Legea nr. 98/2016).

Mai mult, intervenienta susține că, și după data ofertării, dar și pe durata evaluării ofertei sale, ca urmare a solicitării de clarificări nr. 23804 din 27.05.2020, a autorității contractante, a menținut declarația de confidențialitate, cu privire la oferta sa.

Intervenienta solicită respingerea cererii contestatoarei privind anularea procedurii de atribuire, ca nefondată, întrucât, în speță, nu sunt incidente prevederile art. 212 din Legea nr. 98/2016.

În replică la cererea de intervenție înaintată de SRL, prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 33125/11.08.2020, SC SRL a înaintat Consiliului note scrise, prin care reia motivele expuse în contestație, referitoare la îngrădirea nejustificată a dreptului său de acces la documentele depuse în procedura de atribuire.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 17.03.2020, o licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Activitatea de dezinsecție, dezinfecție, deratizare în”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1019795 și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva rezultatului procedurii, ce i-a fost comunicat la 15.07.2020 prin adresa nr. 30982/14.07.2020, împotriva raportului procedurii, nr. 30977/14.07.2020, precum și a refuzului, pretins nejustificat, al autorității contractante de a-i permite accesul la dosarul achiziției publice, SC SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea actelor atacate și a celor subsecvente acestora, precum și obligarea autorității contractante la acordarea accesului la dosarul achiziției publice și la plata cheltuielilor de judecată, iar, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în cauză.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206407734/1, în valoare de 29.468 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 27.07.2020.

De asemenea, Consiliul reține și că, în speță, a fost înaintată o cerere de intervenție, de către SRL, prin care se solicită respingerea contestației formulate de SC SRL, ca nefondată.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției voluntare, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei în principiu, autoarea acesteia având interesul de a-i fi menținută oferta în competiție, fiind considerată admisibilă și câștigătoare.

Prin urmare, analiza ei pe fond va fi realizată odată cu cererile pe fond ale contestatoarei, în condițiile art. 64 și următoarele din Codul de

procedură civilă, drept cerere de intervenție accesorie, ... SRL susținând apărările achizitorului.

Consiliul reține că autoarea contestației prezintă două motive generale de anulare a actualului rezultat al procedurii, iar în subsidiar anularea procedurii de atribuire, constând în pretinsa analiză insuficientă a ofertei desemnate câștigătoare, dar și în refuzul nejustificat al autorității contractante de a permite accesul contestatoarei la toate documentele din oferta arătată.

În privința modului de analiză a ofertei desemnate câștigătoare (aparținând intervenientei SRL), contestatoarea pretinde că autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare a ofertelor) nu ar fi sesizat absența unor costuri, care ar influența puternic valoarea totală, și care ar fi obligatorii pentru ofertantul desemnat câștigător, datorită faptului că își desfășoară activitatea curentă la o distanță apreciabilă față de locul în care s-ar asigura viitoarele prestații, pe baza contractului atribuit în procedură.

Susținerile contestatoarei că oferta desemnată câștigătoare nu ar cuprinde costurile ocazionate de deplasarea personalului și cele de organizare a unui punct de lucru, la nivelul orașului se bazează pe supoziții, rezultând din aprecierea generală, comparativă, a nivelului valoric al celor două oferte.

Contrar acestor susțineri, Consiliul constată, concordant cu opinia autorității contractante și cea a intervenientei, că aceste costuri au fost avute în vedere, de către SRL. În privința costurilor de personal, Consiliul constată că memoriile justificative ale costurilor din fișele de fundamentare pentru stabilirea tarifelor cuprind, privitor la valorile din secțiunea "alte cheltuieli cu munca vie", informații legate de nivelul costurilor determinate de diurnă și cazare, pentru persoanele implicate în activitățile specifice.

De asemenea, în mod distinct, pentru personalul permanent, de la punctul de lucru, a fost precizat costul cu munca vie, inclusiv costul tichetelor de masă.

Concordant și cu angajamentul înființării punctului de lucru, emis în conformitate cu caietul de sarcini, în memoriul justificativ privind conținutul și valoarea cheltuielilor indirecte, se regăsesc cheltuielile de închiriere spațiu, precum și de asigurare a utilităților acestuia.

În context, lipsind dubiile privitoare la includerea acestor costuri, în valoarea totală/individuală a prețurilor prestațiilor diferite (deratizare, dezinsecție, dezinfecție), propuse de ofertantul-intervenient, Consiliul consideră nefondată solicitarea contestatoarei de anulare a deciziei autorității contractante de stabilire a ofertei câștigătoare.

Cât privește pretinsul refuz al autorității contractante de a-i acorda acces la informațiile din oferta intervenientei, Consiliul constată că poziția părților confirmă existența demersurilor de tipul celor reglementate de art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, divergența opiniilor rezultând din negarea existenței unui drept de acces nelimitat la informațiile arătate.

Consiliul reține că autoarea contestației a formulat o solicitare de acces la informațiile din dosarul achiziției, invocând prevederile art. 217 alineatele (4)-(6) ale Legii nr. 98/2016, în vigoare la data de 05.05.2020, adică de la data limită a depunerii ofertelor.

Textul acestor dispoziții legale, în vigoare la data înaintării cererii de acces, aplicabil situației de fapt era următorul: (4) *Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice are caracter de document public.*

(5) *Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.*

(6) *Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, precum și la informațiile din cadrul 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.*

Având în vedere că, în fapt, la momentul formulării cererii, calitatea de document public a dosarului achiziției încă nu era dobândită, procedura de atribuire nefiind finalizată, contestatoarea putea uza (așa cum a și invocat la punctul II al cererii înregistrate la UAT sub nr. 31600 din 16.07.2020) de regula de excepție, rezultând din calitatea de ofertant în procedură, pentru a lua cunoștință de informațiile enumerate la alineatul (6) al articolului 217, sus evocat.

Consiliul constată că autoarea cererii a invocat, în același timp, lipsa dovezilor că oferta desemnată câștigătoare, de al cărei conținut era interesată, nu ar fi însoțită de dovezile care i-ar conferi caracterul confidențial, așa cum s-ar fi consemnat în raportul procedurii de atribuire.

Cuprinsul raportului procedurii de atribuire (nr. 30977/14.07.2020) confirmă susținerile contestatoarei, în sensul că informațiile declarate confidențiale de SRL, din propunerea tehnică și propunerea financiară "nu sunt însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate. Totodată ofertantul nu a motivat confidențialitatea informațiilor din propunerea tehnică și financiară" (pagina 6), iar după solicitarea autorității contractante (prin comisia de evaluare) "ofertantul nu a transmis documente doveditoare în acest sens" (vezi pagina 8 a raportului).

Consiliul reține că, în același timp, autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare) a ținut cont de faptul că obligația de prezentare a dovezilor de confidențialitate a informațiilor a fost parte din textul alin. (4)

al art. 57 din Legea nr. 98/2016, introdus prin OUG nr. 23/2020, declarată neconstituțională în ansamblu.

Or, intervenirea Deciziei CCR nr. 221/2020 referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 23/2020 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 594 din 07 iulie 2020, nu a lăsat fără efecte și conținutul documentației de atribuire (formularul specific, pus la dispoziția ofertanților și întocmit și de contestatoare), stabilit și prin raportare la prevederile alin. (4) al art. 57 din Legea nr. 98/2016: *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).*

De altfel, în concordanță și cu prevederile art. 123 alin. (1) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016, ce nu au suferit modificări, ofertanții au obligația de a motiva declararea confidențialității datelor/informațiilor cuprinse în oferte: *Art. 123. - (1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.*

În cazul de față, la analiza ofertei intervenientei, chiar autoritatea contractantă a avut dubii asupra existenței/realității celor cuprinse în declarația inițială a ofertantului, privind confidențialitatea informațiilor din propunerea tehnică și din propunerea financiară, solicitând reconfirmarea și justificarea cu dovezi a acestora. Faptul că, prin cea de-a doua declarație, ofertantul a confirmat caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare, inclusiv al clarificărilor la acestea, nu este de natură a-i procura un avantaj, în raport cu contestatoarea, al cărui drept de acces trebuie analizat de achizitor în funcție de conținutul fiecăruia dintre documentele declarate confidențiale.

Plecând de la premisa că ofertanții trebuie să prezinte declarațiile de confidențialitate cu bună credință, autoritatea contractantă are obligația, corelativă, de a asigura accesul la acele informații care, cu intenție sau nu, au fost declarate confidențiale, deși regimul lor public sau nu este dat chiar de condițiile de emitere sau de prezentare a lor.

Consiliul constată că, deși intervenienta nu a declarat confidențiale și documentele de calificare, ci doar propunerea tehnică și propunerea

economică, dar și corespondența de clarificare a acestor părți ale ofertei, autoritatea contractantă nu a dat curs solicitării de acces la acele documente de calificare, pentru care este instituită regula de excepție de la alin. (6) al art. 217 din cuprinsul Legii nr. 98/2016.

În același timp, Consiliul constată că, într-adevăr, părți semnificative ale propunerii tehnice, precum și părți din propunerea financiară nu conțin informații care ar necesita măsuri de protecție efectivă, împotriva accesului altor operatori economici. Fără a face o analiză exhaustivă a acestora, Consiliul are în vedere că, prin chiar modul de întocmire a propunerii tehnice, stabilit în fișa de date a achiziției (*IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice*), unele părți ale acestui document sunt comune tuturor ofertelor, precum: "modelul de contract însoțit, prin semnarea acestuia de persoanele autorizate"; "declarația operatorului economic prin care se angajează ca la elaborarea ofertei a ținut cont de obligațiile relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă declarația de confidențialitate". De asemenea, Consiliul are în vedere că, prin răspunsurile de clarificare a ofertei nu sunt transmise informații care au nevoie de protecție, în sensul declarației de confidențialitate.

Drept care, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să stabilească care sunt acele părți din oferta intervenientei care trebuie protejate conform declarației de confidențialitate și să le pună la dispoziția contestatoarei, în conformitate cu prevederile evocatului alin. (6) al art. 217 din Legea nr. 98/2016. Prin urmare, autoritatea contractantă va analiza confidențialitatea informațiilor cu acest caracter în raport cu tipul lor, enunțat de amintitele prevederi, adică dacă acestea sunt în mod real: *date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală*.

În acest sens, autoritatea contractantă va analiza regimul documentelor și în raport cu prevederile specifice din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale și/sau cu cele din Legea nr. 363 din 28 decembrie 2018 privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal ori alte asemenea prevederi legale.

Autoritatea contractantă va avea în vedere că, prin punerea la dispoziție a raportului procedurii de atribuire, se înțelege nu doar accesul la documentul cu această titulatură, ci și la acele documente cu statut subsidiar, ce au fost întocmite prealabil acestuia (proces-verbale de analiză, rapoarte intermediare, corespondențe de clarificare), ce conțin informații care ar trebui cuprinse în raport, în deplin respect față de prevederile art. 216 alin. (2) ale Legii nr. 98/2016.

Cât privește solicitarea contestatoarei de a obliga autoritatea contractantă la a-i pune la dispoziție conținutul integral al dosarului achiziției publice, Consiliul constată că aceasta excede regulilor generale și al celor de excepție, sus amintite, la acest moment, în sensul că accesul de acest tip este asigurat după finalizarea procedurii de atribuire.

Deși legea achizițiilor publice nu interzice autorității contractante de a acorda acces la documentele din dosarul achiziției, aceasta este îndreptățită să analizeze oportunitatea unei astfel de măsuri, iar în situația de față contestatoarea nu prezintă dovezi ale unui comportament disproporționat al achizitorului, în respingerea cererii sale specifice.

Prin urmare, Consiliul va admite contestația, în parte, în sensul că va obliga autoritatea contractantă să asigure SC SRL accesul la informațiile stabilite prin art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, conform motivării ce precede, într-un termen care să nu depășească termenul de atac al deciziei, de 10 zile, conform prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Lege, Consiliul va respinge, ca nefondate, cererile de anulare a rezultatului procedurii (adică, *anularea adresei nr. 30982/14.07.2020, a raportului procedurii nr. 30977/14.07.2020, precum și a actelor subsecvente*), precum și cererile de obligare la accesul liber la întregul dosar al achiziției, ca nefondate. În mod implicit, Consiliul va respinge, ca nefondată și cererea subsidiară de anulare a procedurii de atribuire, neexistând motive întemeiate, pentru a dispune o astfel de măsură.

Consiliul va admite, în parte, cererea de intervenție a SRL, în sensul că menține actualul rezultat al procedurii, dar va respinge solicitările intervenientei de a limita accesul contestatoarei la toate informațiile din propunerea sa tehnică și propunerea financiară, inclusiv a clarificărilor la acestea, ca nefondate.

Consiliul va respinge, ca nefondată și solicitarea de obligare la plata cheltuielilor de judecată, contestatoarea nedovedind avansarea lor, până la acest moment, conform prevederilor alin. (9) al art. 26 din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în principiu cererea de intervenție accesorie formulată de SRL, în favoarea autorității contractante și în contradictoriu cu SC SRL, privitor la rezultatul procedurii inițiate pe baza anunțului de participare nr. CN1019795.

Admite contestația SC SRL în parte, în sensul că obligă autoritatea contractantă să pună la dispoziția contestatoarei informațiile/documentele stabilite prin art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, conform motivării ce precede, în termen de 10 zile de la primirea deciziei prezente.

Respinge, ca nefondate, cererile de anulare a rezultatului procedurii, cuprins în raportul procedurii, nr. 30977/14.07.2020, de

obligare la accesul liber la întregul dosar al achiziției și cererea subsidiară de anulare a procedurii de atribuire.

Respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....