



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2107/C11/2276

Data: 22.11.2019

Prin contestația nr. 7287 din data de 25.10.2019, transmisă prin fax la data de 25.10.2019 ora 14:21, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43037 din data de 25.10.2019, formulată de ..., cu sediul social în ..., și punct de lucru în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... în calitate de administrator, împotriva refuzului explicit privind accesul la informațiile din cadrul propunerii tehnice depuse de ofertanta declarată câștigătoare la lotul 1 și 2 (*propunere tehnică, solicitările de clarificări din partea operatorului economic, răspunsurile la respectivele solicitări din partea autorității contractante, fișele tehnice ale produselor oferite, ca parte integrantă a propunerii tehnice și toate celelalte documente ce fac parte din propunerea tehnică*), comunicat prin adresa nr. 5718 din data de 22.10.2019, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu cap. III, secțiunea 1, paragraful 10 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică/atribuire fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de produse, divizat pe loturi, cu titlul „Achiziție sistem integrat audio, iluminat și video - lot 1: achiziție sistem audio, lot 2: achiziție sistem iluminat și video”, având ca obiect „Achiziție sistem integrat audio, iluminat și video - lot 1: achiziție sistem audio, lot 2: achiziție sistem iluminat și video”, cod CPV principal 32321200-1 Echipament audiovizual (Rev.2), coduri CPV secundare 32331600-8 MP3 player (Rev.2), 80511000-9 Servicii de formare a angajaților (Rev.2), 51313000-9 Servicii de

instalare de echipament audio (Rev.2), 32343100-0 Amplificatoare de audiofrecvență (Rev.2), 32342420-2 Pupitre de mixaj în studio (Rev.2), 32342412-3 Boxe (Rev.2), 32341000-5 Microfoane (Rev.2), cu referire la lotul nr. 1 – „Achiziție sistem audio” și lotul nr. 2 – „Achiziție sistem iluminat și video”, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- să se constate nejustificată clasificarea ca fiind „confidențiale” a documentelor ce alcătuiesc dosarul achiziției publice;

- obligarea autorității contractante la asigurarea, în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și al Legii nr. 544/2001, accesului neîngrădit la dosarul achiziției publice, incluzând propunerea tehnică;

- anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, incluzând adresa nr. 5682/21.10.2019, de comunicare a rezultatului procedurii.

Prin cererea de intervenție voluntară nr. 09 din data de 05.11.2019, depusă în original și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 44726 din data de 05.11.2019, formulată de ..., cu sediul social în drumul Săbăreni nr. 24-26, sectorul 6, municipiul București, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... în calitate de administrator, și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., vizând contestația din dosarul nr. 2276/2019, publicată în SEAP, la data de 28.10.2019, formulată de ..., s-a solicitat Consiliului să dispună:

- admiterea cererii de intervenție voluntară în interes propriu;
- respingerea contestației, ca nefondată, cu consecința menținerii deciziei autorității contractante, așa cum este prezentată în raportul procedurii;

- respingerea completării contestației, din punct de vedere al posibilității invocării de noi motive de contestare, în afara cadrului legal stabilit prin Legea nr. 101/2016, (art. 21, alin. 3);

- în cazul în care cererea este considerată inadmisibilă, admiterea cererii ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, în conformitate cu art. 61 alin. (3) și art. 63 din Legea nr. 134/2010.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și prevederile art. 67 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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 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, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr. 7287 din data de 25.10.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 43037 din data de 25.10.2019, ..., în calitate de ofertantă la procedura simplificată, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu cap. III, secțiunea 1, paragraful 10 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică/atribuire fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de produse, divizat pe loturi, cu titlul „Achiziție sistem integrat audio, iluminat și video - lot 1: achiziție sistem audio, lot 2: achiziție sistem iluminat și video”, având ca obiect „Achiziție sistem integrat audio, iluminat și video - lot 1: achiziție sistem audio, lot 2: achiziție sistem iluminat și video”, cu referire la lotul nr. 1 – „*Achiziție sistem audio*” și lotul nr. 2 – „*Achiziție sistem iluminat și video*”, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare ..., a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertant declarat necâștigător în cadrul procedurii de atribuire, critică procedura de atribuire organizată de autoritatea contractantă, în ceea ce privește faptul că, în data de 21.10.2019, în urma comunicării raportului procedurii, societatea a transmis autorității contractante adresa nr. 7269/22.10.2019, solicitând să îi fie pusă la dispoziție, în vederea analizării, documentația tehnică (propunere tehnică, solicitările de clarificări din partea operatorului economic, răspunsurile la respectivele solicitări din partea autorității contractante, fișele tehnice ale produselor oferite, ca parte integrantă a propunerii tehnice, și toate celelalte documente ce fac parte din propunerea tehnică) depusă de către ofertantul declarant câștigător, respectiv ..., iar, prin adresa nr. 5718/22.10.2019, autoritatea contractantă îi comunica refuzul acesteia, justificat prin invocarea confidențialității propunerii tehnice de către ofertantul ..., în temeiul art. 57 alin. (1) Legea nr. 98/2016.

Referitor la acest aspect, contestatoarea revine telefonic către autoritatea contractantă, comunicându-i că, din coroborarea dispozițiilor art. 57 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, a faptul că ..., nu este producător, ci comerciant (fapt ce face ca el să nu aibă acces la informații confidențiale ce țin de procedee tehnologice, patente, inovații, etc.), și conform Legii nr. 15/2019 pentru modificarea și completarea Legii nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe, rezultă, în mod clar, că nu pot fi declarate confidențiale ofertele tehnice și financiare în integralitatea lor, ci doar anumite informații din acestea, și acelea în mod motivat, nu discreționar sau chiar arbitrar/abuziv.

Totodată, contestatoarea arată că, în data de 24.10.2019, a transmis autorității contractante adresa nr. 7278/24.10.2019, prin care solicita accesul la raportul de specialitate al consultantului extern cooptat pentru verificarea din punct de vedere tehnic al ofertelor, la care nu a primit răspuns.

Prin punctul de vedere nr. 5837/29.10.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 43826/30.10.2019, autoritatea contractantă prezintă un rezumat al derulării procedurii de atribuire, în ordinea acțiunilor și etapelor, precizând că, ambele oferte prezentate pentru fiecare dintre cele 2 loturi, depuse de ... și de ..., au fost admise, iar, în urma aplicării criteriului de atribuire, ... s-a clasat pe locul I, atât la lotul 1, cât și la lotul 2, în data de 17.10.2019, s-a întocmit raportul procedurii de atribuire, care a fost publicat în SEAP, în data de 21.10.2019, toate documentele emise în procedură primind avize din partea ANAP. Tot în data de 21.10.2019, în temeiul art. 215, alin. (1) din Legea 98/2016, au fost transmise, în SEAP, celor 2 ofertanți, comunicările finale cu privire la rezultatele procedurii, pentru fiecare lot în parte.

Prin cererea de intervenție voluntară în interes propriu nr. 9/05.11.2019, ..., în calitate de ofertant declarat câștigător, fiind clasat pe locul I, pentru ambele loturi, conform comunicării rezultatului procedurii nr. 5681/21.10.2019, solicită admiterea cererii de intervenție, ca cerere de intervenție voluntară în interes propriu sau ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante și respingerea contestației și a completării contestației, formulate de

Intervenienta consideră că, în calitate de câștigător al procedurii de atribuire, se impune admiterea cererii sale de intervenție, având interesul ca decizia Consiliului să-i fie opozabilă și să aibă posibilitatea de ași apăra dreptul câștigat, respectiv de a încheia contractul de achiziție publică.

Conform opiniei intervenientei, contestația formulată de ... este nefondată, nesustinută și nemotivată în drept, deoarece:

- nu se justifică cerința contestatoarei de a avea acces neîngrădit la dosarul achiziției publice, în această etapă, înainte de încheierea contractului. Conform art. 217 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016, dosarul achiziției publice are caracter de document public numai după finalizarea procedurii, iar accesul persoanelor la dosarul achiziției publice se realizează în anumite condiții și cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public;

- raportul de specialitate al consultantului extern este parte a dosarului achiziției publice, conform art. 128 alin. (7) din HG nr. 395/2016, și, în consecință, și acesta are caracter de document public numai după ce procedura a fost finalizată;

- contestatoarea a avut acces neîngrădit la solicitările de clarificări și răspunsurile autorității contractante, având în vedere că acestea au fost postate pe SEAP;

- autoritatea contractantă a publicat raportul procedurii în SEAP în data de 21.10.2019, iar accesul la informațiile din propunerea tehnică, prevăzut de art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, este permis numai în anumite condiții.

În aceste condiții, intervenienta consideră că autoritatea contractantă a respectat prevederile legale în domeniul achizițiilor publice, fapt confirmat și de avizele conforme, necondiționate, emise de ANAP și publicate în SEAP de autoritatea contractantă.

Preliminar, Consiliul reține că, în prezenta cauză ... a formulat o cerere de intervenție, cu respectarea termenului precizat la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [10 zile de la data publicării în SEAP a contestației] în ceea ce privește contestația formulată de ..., publicată în SEAP la data de 28.10.2019.

Privitor la cererea de intervenție depusă de ..., văzând că această societate a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, fiind un operator economic [art. 3 alin (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare] participant la procedura de atribuire [art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare], în conformitate cu art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție voluntară a acesteia în ce privește contestația formulată de ..., și dispune introducerea în cauză în calitate de intervenientă a societății

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura simplificată, desfășurată în conformitate cu cap. III, secțiunea 1, paragraful 10 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice

(online), fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de produse, divizat pe loturi, cu titlul „Achiziție sistem integrat audio, iluminat și video - lot 1: achiziție sistem audio, lot 2: achiziție sistem iluminat și video”, având ca obiect „Achiziție sistem integrat audio, iluminat și video - lot 1: achiziție sistem audio, lot 2: achiziție sistem iluminat și video”, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare SCN1047424 din data de 05.07.2019, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 16.08.2019 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de 531.868,21 lei, fără TVA, lotul nr. 1 având ca obiect „*Achiziție sistem audio*” și o valoare estimată de 314.888,88 lei, fără TVA, iar lotul nr. 2 având ca obiect „*Achiziție sistem iluminat și video*” și o valoare estimată de 216.979,33 lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205836296/1 emisă de CEC Bank în data de 29.10.2019, prevăzută de art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 10.637,36 lei.

În calitate sa de participantă la procedura de atribuire în cauză, ... a primit din partea autorității contractante adresa nr. 5682 din data de 21.10.2019 prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire pentru loturile 1 și 2. În adresă se precizează că ofertele depuse de aceasta s-au clasat pe locul al II-lea pentru fiecare lot în parte, și astfel nu au fost declarate câștigătoare.

Totodată, autoritatea contractantă comunică faptul că ofertele declarate câștigătoare pentru loturile 1 și 2 sunt cele depuse de ..., întrucât în urma aplicării criteriului de atribuire, acestea au avut prețuri mai scăzute decât ofertele depuse de ..., după cum urmează: 184.900 lei, fără TVA pentru lotul 1, respectiv 142.800 lei, fără TVA pentru lotul 2.

După comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, ... a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 7269 din data de 22.10.2019, în baza Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, precum și în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, să-i fie pusă la dispoziție, în vederea analizării, documentația tehnică (*propunere tehnică, solicitările de clarificări din partea operatorului economic, răspunsurile la respectivele solicitări din partea autorității contractante, fișele tehnice ale produselor oferite, ca parte integrantă a propunerii tehnice și toate celelalte documente ce fac parte din propunerea*

tehnică) depusă de către ofertanta câștigătoare, respectiv ..., pentru cele două loturi.

... a primit din partea autorității contractante adresa nr. 5718 din data de 22.10.2019, prin care i s-a comunicat, refuzul explicit privind accesul la propunerile tehnice depuse de ... pentru cele 2 loturi. În adresă, autoritatea contractantă precizează că *„nu avem posibilitatea de a vă transmite informațiile solicitate în temeiul art. 217 alin (6) din Legea nr. 98/2016”*, motivat de următoarele:

„Vă informăm faptul că ofertantul declarat câștigător pentru cele 2 loturi ale procedurii mai sus menționate, respectiv, S.C. ... a declarat informațiile din cadrul propunerii sale tehnice ca fiind confidențiale, pentru ambele loturi, în temeiul art. 57, alin. (1) din Legea 98/2016, care prevede că «autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale», conform extrasului din ofertă pe care îl anexăm prezentei.”

Împotriva deciziei autorității contractante, comunicată prin adresa nr. 5718 din data de 22.10.2019, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- să se constate nejustificată clasificarea ca fiind „confidențiale” a documentelor ce alcătuiesc dosarul achiziției publice;

- obligarea autorității contractante la asigurarea, în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și al Legii nr. 544/2001, accesului neîngrădit la dosarul achiziției publice, incluzând propunerea tehnică;

- anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, incluzând adresa nr. 5682/21.10.2019, de comunicare a rezultatului procedurii.

Conform raportului procedurii nr. 5628/17.10.2019, pentru loturile 1 și 2 au fost depuse câte 2 oferte admisibile de către 2 ofertanți, în urma aplicării criteriului de atribuire câștigătoare fiind declarată ofertele

Ulterior primirii rezultatului procedurii de atribuire, contestatoarea a solicitat prin adresa nr. 5682/21.10.2019, accesul la propunerile tehnice depuse de ofertantul declarant câștigător, autoritatea contractantă a refuzat prin adresa nr. 5718/22.10.2019, motivând ofertantul în cauză a declarat confidențiale propunerile tehnice; prin adresa nr. 5755/24.10.2019, autoritatea contractantă comunică ofertantului disponibilitatea de a solicita ofertantului câștigător motivația confidențialității propunerilor tehnice.

Prin prezenta contestație, ... critică faptul că autoritatea contractantă nu i-a permis accesul la propunerile tehnice depuse de către ofertantul declarant câștigător, susținând că, având în vedere faptul că obiectul contractului îl reprezintă furnizarea de produse, iar ofertantul în cauză este comerciant nu producător, nu există motive

concrete pentru care informațiile din propunerile tehnice ar fi confidențiale, solicitând accesul la propunerile tehnice și anularea raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente.

În ceea ce privește dreptul de a declara confidențiale informațiile din propunerea tehnică și obligația autorității contractante de a nu divulga informațiile declarate confidențiale de ofertanți, Consiliul reține că prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, stabilesc această obligație necondiționată pentru autoritatea contractantă, iar prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, stabilesc, pentru ofertant, obligația de a motiva confidențialitatea, fără a conferi explicit autorității contractante dreptul de nu lua în considerare caracterul confidențial în lipsa motivării de către ofertant.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că susținerile contestatoarei nu sunt suficient de concludente pentru a fi necesare măsuri de remediere, reținând în soluționare și următoarele elemente:

- solicitarea de anulare a raportului procedurii de atribuire și actele subsecvente acestuia nu poate fi acceptată deoarece contestatoarea nu a motivat în fapt și în drept această cerere, ca urmare, lipsa accesului la propunerile tehnice ale ofertantului declarant câștigător nu îi produce un prejudiciu;

- contestatoarea avea posibilitatea de a afla informațiile necesare din procesele verbale întocmite de autoritatea contractantă, la care ar fi avut acces în temeiul prevederilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu a depus diligențele necesare pentru a verifica această posibilitate;

- contestatoarea nu a ținut cont de faptul că autoritatea contractantă și-a arătat disponibilitatea de a solicita ofertantului declarat câștigător motivația confidențialității, ci s-a limitat la formularea unei contestații;

În cazul achiziției de produse, bazată pe ofertele de la producător, prezumția de confidențialitate a propunerii tehnice apare ca fiind obligatorie, deoarece face referire la documente transmise de un terț strict ofertantului respectiv.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu

Față de cele stabilite mai sus cu ocazia soluționării contestației depusă de ..., Consiliul va admite cererea de intervenție voluntară depusă de

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CU MAJORITATE DE VOTURI, CONSILIUL DECIDE:

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

Admite cererea de intervenție voluntară depusă de ... în ceea ce privește contestația depusă de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

OPINIE SEPARATĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 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, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie separată:

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei nr. 2276/2019, rețin următoarele cu privire la contestația nr. 7287 din data de 25.10.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 43037 din data de 25.10.2019 depusă de ...:

Constat că prin adresa nr. 5718 din data de 22.10.2019 aflată la dosar, reprezentând refuzului explicit privind accesul la informațiile din cadrul propunerii tehnice depuse de ofertanta declarată câștigătoare ... la lotul 1 și 2, autoritatea contractantă, a menționat următoarele:

„Vă informăm faptul că ofertantul declarat câștigător pentru cele 2 loturi ale procedurii mai sus menționate, respectiv, S.C. ... a declarat informațiile din cadrul propunerii sale tehnice ca fiind confidențiale, pentru ambele loturi, în temeiul art. 57, alin. (1) din Legea 98/2016, care prevede că «autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale», conform extrasului din ofertă pe care îl anexăm prezentei.”

Împotriva acestei decizii a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând:

- să se constate nejustificată clasificarea ca fiind „confidențiale” a documentelor ce alcătuiesc dosarul achiziției publice;

- obligarea autorității contractante la asigurarea, în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și al Legii nr. 544/2001, accesului neîngrădit la dosarul achiziției publice, incluzând propunerea tehnică;

- anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, incluzând adresa nr. 5682/21.10.2019, de comunicare a rezultatului procedurii.

Analizând contestația supusă soluționării, constat că în prezenta cauză este vorba despre caracterul confidențial al propunerilor tehnice depuse de către câștigătoarea celor două loturi, despre necesitatea de a asigura în mod concret și eficient confidențialitatea acestor documente, dar și despre obligația

autorităților contractante de a asigura transparența în procesul de achiziție publică.

Cu toate că ofertele în cadrul unei proceduri de atribuire nu devin parte a dosarului achiziției, vizualizarea documentelor depuse de câștigător devine un scop în sine la momentul desemnării ofertei câștigătoare și chiar dezideratul suprem al competitorilor ale căror oferte fie ocupă o poziție inferioară în clasament, fie au fost respinse.

Problematica confidențialității ofertelor depuse în procedurile de achiziție publică este reglementată, cu titlu general, prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare cu normele sale de punere în aplicare și 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, cu modificările și completările ulterioare. Cele două acte normative anterior menționate conțin repere importante în stabilirea/aprecierea caracterului confidențial al ofertelor, aceste repere fiind posibil și, totodată, necesar a fi aplicate ori de câte ori intervine un conflict în legătură cu confidențialitatea unor documente depuse într-o procedură de atribuire.

Legislația internă reglementează, cu titlu general, următoarele:

- 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 [art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016].

- 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 [art. 57 alin. (3) din Legea nr. 98/2016].

- 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 [art. 65 alin. (1) din Legea nr. 98/2016].

- Conținutul ofertelor și al solicitărilor de participare, precum și cel al planurilor/proiectelor în cazul concursurilor de soluții este confidențial până la publicarea raportului procedurii [art. 65 alin. (2) din Legea nr. 98/2016].

- 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 [art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016].

- 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 [art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016].

- Părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară 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. [art. 19 alin. (1) 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 [art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016].

Tot astfel, conform dispozițiilor art. 123 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare Norme metodologice, 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 concluzie liberul acces la informațiile de interes public este garantat, fără a fi însă un drept ori o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la informații de interes public comportă limitări.

Din ansamblul reglementărilor 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.

Consider însă că principiul transparenței în procesul de achiziție publică nu poate fi aplicat *de plano*, fără o analiză apriorică fundamentată, situație în care autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă:

(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, consider că autoritatea contractantă nu are dreptul de a dezvălui aceste informații competitorilor. În caz contrar, aceștia ar intra practic în posesia unor informații sensibile și extrem de importante pe care le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, operatorul economic a cărei ofertă a fost făcută publică pierzând inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

Dacă, dimpotrivă, ofertantul menționează în cadrul ofertei că informațiile sunt confidențiale fără a fi în măsură **să demonstreze** caracterul secret al documentelor sale, oferta fiind declarată confidențială „în bloc”, apreciez că autoritatea contractantă nu poate fi ținută de această mențiune, urmând să acorde prioritate principiului transparenței și celui privind liberului acces la informații de interes public.

În opinia mea, faptul că ofertanta câștigătoare a menționat în cadrul ofertelor depuse că „*informațiile cuprinse în propunerea tehnică sunt confidențiale și nu pot fi dezvăluite, conform art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016*” (lotul 1 – fila 438, lotul 2 – fila 625) nu constituie un impediment pentru autoritatea contractantă în a pune la dispoziția contestatoarei a acelor informații, deoarece ofertanta declarată câștigătoare **nu a arătat motivul** pentru care consideră că propunerea tehnică este confidențială „în bloc”.

Având în vedere toate aspectele analizate, consider că autoritatea contractantă, în mod eronat și nelegal, a refuzat accesul la informațiile din cadrul propunerii tehnice depuse de ofertanta declarată câștigătoare la lotul 1 și 2, decizia sa încălcând prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu

modificările și completările ulterioare coroborate cu dispozițiile art. 123 alin. (1) din Normele metodologice.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, consider că ar trebui admisă, în parte, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., și ar trebui anulată decizia autorității contractante prin care a refuzat accesul la informațiile din cadrul propunerii tehnice depuse de ... la lotul 1 și 2 comunicată prin adresa nr. 5718 din data de 22.10.2019.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, consider că autoritatea contractantă ar trebui obligată ca, în termen de 1 zi lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să permită accesul neîngrădit al contestatoarei la informațiile din cadrul propunerilor tehnice depuse de pentru lotul 1 și 2 de către ..., cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în opinia separată.

MEMBRU,

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 15 (paisprezece) pagini.