



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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de către cu sediul în, cod înregistrare fiscală, număr înregistrare la Registrul Comerțului, prin cu sediul social în, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului și Cod Unic de Înregistrare, formulată împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă, organizată de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- permiterea accesului la dosarul achiziției, în condițiile în care solicitarea de acces la dosar a fost respinsă de autoritatea contractantă;

- anularea anunțului de atribuire prin care oferta depusă de a fost declarată câștigătoare a procedurii, precum și a tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă având în vedere că oferta este neconformă fiind evaluată în mod nelegal prin acordarea unui punctaj suplimentar pentru o specificație tehnică neîndeplinită.

- obligarea autorității contractante la reluarea reevaluării și desemnarea ofertantului câștigător.

Prin cererea de intervenție voluntară formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal de – administrator și convențional de, cu sediul în, adresă unde se dorește comunicarea actelor de procedură, s-a solicitat admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației –, cu privire la rezultatul procedurii ca nefondată, c consecința menținerii

rezultatului autorității contractante conform căreia oferta depusă de a fost desemnată câștigătoare.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă

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

Prin contestația formulată, ..., operator economic a cărui ofertă a fost clasată pe locul 2, critică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare a procedurii oferta depusă de, cu un punctaj de 65 puncte și un preț ofertat de lei.

Cunoscând portofoliul de produse al și având acces la o parte din dosarul achiziției, contestatoarea consideră că ofertantul declarat câștigător, nu a putut transmite o ofertă conformă. În opinia sa, oferta societății, care conține un echipament ofertat de producătorul, ar fi trebuit declarat de către autoritatea contractantă ca fiind neconform în ceea ce privește unghiul solid de colectare, care nu este mai mare de 2 steradiani și rezoluția energetică, astfel cum rezultă din broșura de prezentare a echipamentului.

Contestatoarea arată că, deși a dorit consultarea dosarului achiziției publice la sediul autorității contractante, inclusiv a propunerii tehnice depuse de ofertantul declarat câștigător, autoritatea contractantă i-a limitat accesul la propunerea tehnică a acestuia, precum și la toate documentele suport, motivat de faptul că acestea fuseseră declarate confidențiale.

Această limitare este, în opinia sa, nelegală, în condițiile în care operatorul economic declarat câștigător nu a probat confidențialitatea ofertei în condițiile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv că informațiile conținute în oferta tehnică sunt secrete tehnice sau comerciale, astfel cum acestea sunt definite de Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, fiind protejate prin mijloace specifice de către OUG nr. 25 din 18 aprilie 2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale.

În cazul de față, informațiile din propunerea tehnică nu pot constitui secret comercial, în sensul legislației aplicabile, din moment

ce produsele oferite sunt produse din portofoliul operatorului economic declarat câștigător, ..., comercializate pe piața liberă.

Proba confidențialității elementelor din oferta tehnică se face prin documente ce dovedesc drepturi de proprietate intelectuală, eventual patente și nu printr-o simplă declarație a operatorului economic, astfel cum rezultă din informațiile furnizate de autoritatea contractantă. Astfel, probarea efectivă a caracterului confidențial al informațiilor din oferta tehnică nu se poate limita la o declarație a producătorului, ci, trebuie să aibă anexate documente suport care să dovedească veridicitatea și temeinicia acestei declarații de confidențialitate, în condițiile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește contractul atașat dintre și producătorul, în dovedirea confidențialității ofertei, acesta este un contract generic de agenție, respectiv o formă a unui contract de mandat. Punctul 8, care vorbește despre confidențialitate și drepturi de proprietate intelectuală, este un articol generic ce se referă la toate informațiile ce sunt discutate de părți în executarea contractului și, de asemenea, se referă tot generic la un drept de proprietate intelectuală, fără a face referire exactă la echipamentul oferit în prezenta procedură. Or, în această formă, raportat la prevederile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 217 alin. (5) și (6) - aceste articole din contractul de agenție, nu sunt suficiente pentru a justifica declararea confidențialității ofertei tehnice în sensul legii și nici nu demonstrează existența unui drept de proprietate intelectuală, motiv pentru care solicităm Consiliului să ne permită accesul la dosarul achiziției.

Referitor la neconformitatea ofertei declarate câștigătoare a procedurii, contestatoarea susține că ofertantul declarat câștigător a depus în ofertă și un studiu de piață, din care se poate observa că în pregătirea achiziției au fost evaluați doi producători: Jeol, producătorul oferit de și, din partea căruia, probabil, a fost oferit produsul microscop electronic

Conform caietul de sarcini pagina 28, microscopul electronic oferit trebuia să aibă ca specificație tehnică pentru punctaj suplimentar un "Sistem de detectori cu unghi solid de colectare mai mare de 2 steradiani și rezoluție energetică (FWHM) < 133 eV (55Fe, 5.9keV)". Produsul oferit de către ofertantul declarat câștigător, respectiv microscop electronic al producătorului, are conform broșurii de pe site un sistem de detectori cu unghi solid de 1.8 steradiani și rezoluție energetică de 130 eV - astfel încât oferta ar fi trebuit să nu primească cele 10 puncte acordate conform criteriului de evaluare stabilit la pagina 28 din caietul de

sarcini. Decizia de a acorda punctajul maxim acestei oferte este netemeinică și nelegală, încălcând dispozițiile caietului de sarcini privind metodologia de evaluare în ceea ce privește criteriul de atribuire și totodată încălcând principiul legalității și al tratamentului egal, prevăzut de art. 2 din Legea nr. 98/2016. Este posibil ca acesta să fie motivul pentru care autoritatea nu a acordat acces la dosarul achiziției.

Contestatoarea mai arată că, în etapa anterioară depunerii ofertelor, un operator economic a solicitat clarificări cu privire la cu privire la sistemul de detectori, unghiul solid și rezoluția energetică. Respectivul operator economic a precizat că „*Subliniem faptul că numai un singur producător de microscopie electronice (Jeol, Japonia) are posibilitatea de a obține punctajul maxim alocat criteriilor tehnice (35 puncte) deoarece îndeplinește toate specificațiile tehnice*” iar în răspunsul transmis, autoritatea contractantă a menținut această specificație tehnică - argumentând necesitatea unui unghi solid atât de mare cu o rezoluție energetică cu o sensibilitate considerabilă, a sistemului de detectori EXD din prisma tipului de activități de cercetare desfășurate.

..... nu avea motive să facă o argumentație pe larg prin care să solicite eliminarea acestei specificații tehnice, decât în măsura în care echipamentul ce urma a fi oferat în procedura de atribuire nu îndeplinea această specificație tehnică și nu ar fi primit punctajul aferent. Chiar ofertantul recunoaște indirect că din punctul său de vedere echipamentul ce urma a fi oferat de aceasta nu va îndeplini toate specificațiile tehnice minime. Autoritatea contractantă însă la momentul evaluării, cu toată că cunoștea faptul că produsul oferat de poate să nu îndeplinească această cerință din caietul de sarcini, având în vedere solicitarea de clarificări a documentației - trece peste acest aspect și declară oferta cu microscopul electronic al producătorului, câștigătoare acordând în mod nelegal punctajul de 10 puncte pentru această specificație tehnică.

În conformitate cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, echipamentul nu putea fi adaptat special pentru această procedură, în măsura în care un astfel de demers este tehnic posibil, având în vedere faptul că în caietul de sarcini pag. 6, tabel 1 la secțiunea "Cerințe funcționale minime pentru echipamentele solicitate, ce vor alcătui sistemul complex de microscopie electronica" autoritatea contractantă menționează expres faptul că "*Toate subansamblele sistemului trebuie să fie produse de serie, în producție la data achiziției*". Luând în considerare faptul că operatorul economic desemnat câștigător trebuia să ofere un produs de serie, conform

cerinței din caietul de sarcini de mai sus, care cel mai probabil se află pe site-ul producătorului, acest produs nu ar fi trebuit calificat ca fiind o informație confidențială, indiferent de calificarea pe care o dă ofertantul. Mai mult decât atât existând această cerință a autorității contractante ca produsul să fie "de serie" și "în producție la data achiziției", considerăm că cel mai probabil discutăm de microscopul electronic al producătorului, în configurația standard, cunoscută public. Ori în această configurație, produsul, microscopul electronic al producătorului, oferat de ofertantul câștigător, nu respectă specificațiile tehnice minime ale caietului de sarcini, oferta trebuind, în mod temeinic și legal, să fie declarată neconformă de către autoritatea contractantă

Astfel, potrivit contestatoarei, produsul oferat de ofertantul câștigător este neconform în sensul art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, pentru că nu este produs în serie, deci încalcă cerințele caietului de sarcini, în mod nelegal acesta primind punctaj maxim din partea autorității contractante.

Prin punctul de vedere, înregistrat la Consiliu cu nr. autoritatea contractantă a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației, motivat de următoarele aspecte.

- respingerea solicitării de acces la o parte a documentelor existente la dosarul achiziției a fost determinată de faptul că a declarat propunerea tehnică și documentele aferente acesteia ca fiind confidențiale, invocând în acest sens protejarea unor drepturi de proprietate intelectuală; în acest sens, au fost respectate întru totul prevederile art. 217 alin.(6) din Legea 98/2016 privind accesul neîngrădit al oricărui ofertant la informațiile din cadrul documentelor de calificare, precum și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice si/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală;

- referitor la afirmația conform căreia produsul oferat de ofertantul câștigător nu trebuia să fie declarat confidențial, fiind un produs de serie, în vederea asigurării confidențialității declarate de ofertantul, autoritatea contractantă nu se pronunță în acest moment.

- în ceea ce privește mențiunea caietului de sarcini cu privire la *„Toate subansamblele sistemului trebuiesc să fie produse de serie, în producție la data achiziției”*, aceasta se referă la faptul că autoritatea contractantă a dorit evitarea ofertării unor produse prototip sau care au fost fabricate în scopuri demonstrative. Prin

urmare, orice altă configurație, chiar și în serie limitată, este acceptabilă, inclusiv echipamentele ofertate de către contestatoare.

- evaluarea ofertelor tehnice primite de la ambii ofertanți a fost efectuată strict pe baza informațiilor cuprinse în ofertele tehnice de fiecare ofertant, în mod nediscriminatoriu și utilizând același formular de evaluare, iar în urma neclarităților constatate în ofertele tehnice, comisia de licitație a solicitat clarificări și lămuriri suplimentare de la ambii ofertanți.

- în ceea ce privește acordarea punctajului suplimentar de 10 puncte pentru caracteristica tehnică de performanță "TEM/STEM: Sistem de detectori cu unghi solid de colectare mai mare de 2 steradiani și rezoluție energetică (FWHM) < 133 eV (55Fe, 5.9keV).", ofertantului, în urma cererilor de clarificări făcute în cadrul procedurii de licitație (solicitările de clarificări nr. și nr.), ofertantul a prezentat documente justificative care sunt atașate la dosarul achiziției.

- ofertantul a pus la dispoziție documente prin care garantează performanțele minimale, precum și caracteristicile tehnice și de performanță suplimentare (pentru care s-a acordat punctaj suplimentar) cerute în caietul de sarcini.

- cele 35 de puncte suplimentare au fost acordate ambilor ofertanți, departajarea ofertelor acestora fiind făcută strict în baza prețului ofertat.

- și autoritatea contractantă a avut aceleași bănuieli ca și contestatoarea referitor la caracteristica tehnica ofertata cu privire la valoarea unghiului solid de colectare mai mare de 2 steradiani a sistemului de detectori, motiv pentru care a purtat o corespondență în acest sens cu producătorul, corespondență pe care o atașează punctului de vedere.

Prin cererea de intervenție formulată, ... a solicitat respingerea contestației formulate de, ca nefondată.

În aprecierea sa, contestatoarea nu justifică un interes legitim pentru a intra în posesia informațiilor confidențiale ale competitorilor, cu atât mai mult cu cât chiar această și-a declarat la rândul său confidențiale informațiile referitoare la caracteristicile tehnice ale propriilor echipamente. Contrar afirmațiilor contestatoarei, autoritatea contractantă, în mod legal, în conformitate cu prevederile art. 217 și art. 57 din Legea nr. 98/2016, a permis accesul numai la informațiile din oferta subscrisei care nu au caracter confidențial.

Caracterul confidențial al datelor din propunerea tehnică a nr., este susținut prin documente provenite de la producătorii

echipamentelor oferite, care sunt prezentate în documentația suport atașată propunerii tehnice a, răspunsul nr. la solicitările de clarificări nr. și răspunsul nr. la adresa nr. de solicitare de acces la dosar.

Astfel cum rezultă din documentele depuse în cadrul ofertei, în calitate de distribuitor exclusiv, respectiv, autorizat, al produselor, este obligat, prin condiții contractuale stricte, să respecte politica de confidențialitate a partenerilor externi, sub sancțiunea desființării unilaterale a contractelor și a achitării unor despăgubiri financiare însemnate, conform clauzelor contractelor de reprezentare semnate cu aceștia.

Dezvăluirea informațiilor declarate confidențiale ar fi de natură a prejudicia interesele contestatoarei, care, ar fi nevoită, astfel, să înceteze relațiile comerciale cu respectivii producători, precum și interesele producătorilor echipamentelor respective, prin încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală.

De asemenea, contrar susținerilor contestatoarei, intervenienta apreciază că autoritatea contractantă a evaluat în mod judicios oferta, în deplină conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Mai arată intervenienta că oferta îndeplinește cerința caietului de sarcini referitoare la unghiul solid de colectare al sistemului de detectori mai mare de 2 steradiani și rezoluție energetică (FWHM) < 133 eV (55 Fe, 5.9keV), sens în care precizează că:

- în propunerea tehnică a oferit un Sistem de detectori cu performanțe superioare celor solicitate în documentația de atribuire în ceea ce privește „Factorul de Evaluare 'TEM/STEM: Sistem de detectori Sistem de detectori cu unghi solid de colectare mai mare de 2 steradiani și rezoluție energetică (FWHM) < 133 eV (55Fe, 5.9keV)” și a probat în mod corespunzător caracteristicile oferite în Formularul nr. 9 - pagina 28, cu referințele R137, R168, R169, R182, R183, R185, evidențiate în clar pe documentele-suport emise de producător ce au fost incluse în oferta

- Valoarea unghiului solid mai mare de 2 steradiani a sistemului de detectori oferit este clar menționată în documentele producătorului de la paginile S110 (R137), S140 (R182), S142 (R183) din propunerea tehnică;

- nu a fost marcat cu referință valoarea unghiului solid de 1.8 steradiani pe niciun document al producătorului SCIENTIFIC,

Întrucât, nu aceasta este soluția tehnică ofertată pentru îndeplinirea Factorului de Evaluare „TEM/STEM: Sistem de detectori;

- caracteristicile tehnice oferite (unghi solid mai mare de 2 steradiani) sunt susținute fără echivoc de Răspunsul nr. la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr., respectiv de înscrisurile denumite Concluzie IA/ pagina 2, Concluzie 1B/ pagina 3 și Concluzie IC/ pagina 3.

De asemenea, contrar afirmațiilor contestatoarei, produsul oferit de este un produs de serie, aflat în producție la data desfășurării procedurii de atribuire.

Astfel cum rezultă din informațiile și specificațiile tehnice publice ale producătorului echipamentului oferit - , echipamentul, oferit de în propunerea sa tehnică este un produs de serie, aflat în fabricație inclusiv la momentul actual (conform site-ului producătorului <https://www.thermofisher.com/ro/en/home/electron-microscopy/products/transmission-electronmicroscopes.html>), care ilustrează trei modele Spectra S/TEM.

Fiecare model Spectra S/TEM poate fi oferit în diferite variante, în funcție de (dar fără a se limita la): tipul sursei electronice; cu sau fără corector(i); combinații variate de tehnici vizuale, analitice, structurale; înălțimea coloanei electronice etc.

Aceste informații se regăsesc de altfel și în broșura furnizată de contestatoare, în care, la pagina 2 sunt enumerate performanțele de imagistică a 5 variante ale modelului, menționate doar pe criteriile de sursă electronică și corectori.

Așadar, modelul fabricat de și oferit în propunerea tehnică a este un produs de serie, aflat în fabricație la data ofertării, așa cum este și cazul sistemului de detectori oferit.

Prin concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr., ..., ca urmare a studierii dosarului achiziției publice la sediul Consiliului, face o serie de precizări suplimentare față de cele din cuprinsul contestației, precizând, în esență, următoarele:

- astfel cum se poate vedea din oferta depusă de, care conține un echipament oferit de producătorul - produsul oferit nu îndeplinește următoarea specificație tehnică din caietul de sarcini: "Sistem de detectori cu unghi solid de colectare mai mare de 2 steradiani și rezoluție energetică (FWHM) < 133 eV (55Fe, 5.9keV)." Produsul oferit de către ofertantul declarat câștigător, respectiv *microscop electronic al producătorului*, are conform broșurii de pe site un sistem de detectori cu unghi solid de 1.8 steradiani și rezoluție energetică de 130 eV - astfel încât

oferta ar fi trebuit să nu primească cele 10 puncte acordate conform criteriului de evaluare stabilit la pagina 28 din caietul de sarcini

- la solicitarea autorității contractante, ofertantul a depus o declarație a producătorului, din data de ..., netradusă în limba română în care se precizează: "We write this document to strongly assert that the System, provided on X-FEG/Mono with probe corrector quoted in 103360-F1X2 R1 includes the practical means to achieve a solid angle of >2 steradians and an energy resolution of $<133\text{eV}$, without the shadowing effect of the holder" Tradusă, această declarație a producătorului în limba română, rezultă următoarea formulare „Scriem acest document pentru a afirma cu tărie că sistemul, furnizat pe X-FEG/Mono cu corector al sondei, citat în 103360-F1X2 R1, include mijloace practice pentru a obține un unghi solid de >2 steradiani și o rezoluție energetică de $<133\text{eV}$, fără efectul de umbră al suportului.". Conform acestei declarații, nu rezultă că sistemul are un unghi solid de colectare mai mare de 2 steradiani, ci că include mijloace practice pentru a obține un unghi solid de >2 steradiani. Din punctul nostru de vedere, sistemul ofertat nu îndeplinea specificația tehnică solicitată prin caietul de sarcini pentru a primi punctajul aferent de 10 puncte pentru aceasta specificație tehnică.

- prin noua solicitare de clarificări autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, precum și principiile tratamentului egal și al transparenței, creând astfel un avantaj în favoarea ofertantului

- autoritatea contractantă reține în mod corect faptul că a ofertat sistemul, dar și mijloacele tehnice care permit atingerea unghiului solid de colectare de 2.2 srad fără efect de umbră, așa cum este definit în următoarele referințe din Formularul nr. 9, pag. 28."; ofertantul nu declară faptul că echipamentul ofertat are un unghi solid de colectare mai mare sau egal cu 2 srad, ci că are mijloace tehnice care permit atingerea unghiului solid de colectare de 2.2. srad fără efect de umbră – deci, implicit, recunoaște că acest criteriu de punctaj nu este îndeplinit, în realitate.

- la numai 5 zile de la declarația anterioară a producătorului, ofertantul depune o nouă declarație în data de, netradusă în limba română, producătorul, contrazicând declarația anterioară și arătând că sistemul ofertat include mijloace practice pentru a obține un unghi solid de colectare >2 steradiani. Deci deși inițial susținuse că sistemul include mijloace practice pentru a obține un unghi puternic de >2 steradiani, ulterior, susține că include

mijloace practice pentru a obține un unghi solid de colectare de >2 steradiani. Or, fie unghiul solid este >2 steradiani (mai mare sau egal), fie este >2 steradiani (mai mare).

- autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate că răspunsul la clarificări cu privire la capacitatea în grade steradiani a unghiului solid, de la 1.8 srad din oferta tehnică inițială la mai mare sau egal cu 2 srad, reprezintă o modificare NELEGALĂ a ofertei tehnice - ceea ce trebuia să atragă aplicabilitatea art. 134 alin. (6) din HG 395/2016 și astfel declararea ofertei ca inacceptabile

De asemenea, contestatoarea mai arată că, din studiul dosarului pus la dispoziție de Consiliu, a constatat că:

- din procesele verbale de evaluare tehnică rezultă că autoritatea contractantă a avut dubii serioase cu privire la conformitatea echipamentului ofertat de, în ceea ce privește valoarea unghiului solid mai mare de 2 steradiani .

- autoritatea contractantă a solicitat clarificări repetate cu privire la capacitatea unghiul solid a sistemului, încălcând principiul tratamentului egal și al nediscriminării și prevederile art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

- ofertantul a transmis răspunsuri la clarificări care conțineau declarații ale producătorului, care sunt contradictorii, inconsecvente și neclare cu privire la unghiul solid al sistemului

- cele 3 declarații ale producătorului din data de, ... și conținând informații similare cu privire la obiectul a ceea ce se dorea clarificat, unghiul solid, dar contradictorii;

- ofertantul încă din faza de clarificări a documentației, astfel cum rezultă din adresa nr. intitulată "Solicitări de clarificări și răspunsurile autorității contractante", arată că cunoaște că echipamentul ce urma să îl oferteze, ... de la producătorul, nu îndeplinește criteriile de punctaj suplimentar, a unghiului solid mai mare de 2 steradiani afirmând la punctul E din această solicitare de clarificări pagina 3, că ofertantul care solicită aceste clarificări menționează următoarele: "Subliniem faptul că numai un singur producător de microscopie electronice (Jeol, Japonia) are posibilitatea de a obține punctajul maxim alocat criteriilor tehnice (35 puncte) deoarece îndeplinește toate specificațiile tehnice".

- ulterior acestei afirmații însă, ca prin minune, în cursul procedurii se observă că ofertantul, poate oferta același echipament cu alte specificații tehnice, respectiv cu unghiul solid mai mare de 2 steradiani, deși inițial susținuse că un singur echipament (.....) îndeplinește acest criteriu de punctaj

- autoritatea contractantă folosește un eufemism în procesul verbal nr. 5 spunând că există o "eroare" în oferta tehnică a producătorului și nu înțelege cum producătorul poate să garanteze, prin intermediul unei declarații, că echipamentul are un sistem cu un unghi solid mai mare de 2 steradiani, când din oferta tehnică rezultă contrariul

- autoritatea contractantă acceptă în mod nereal modificarea ofertei tehnice inițiale a ofertantului prin răspunsul la clarificări cu privire la capacitatea unghiului solid – astfel, deși în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, oferta tehnică a trebuia respinsă, ca inacceptabilă, autoritatea o declară în mod nelegal câștigătoare.

- probele depuse de ofertantul pentru a dovedi îndeplinirea criteriului unghiului solid de 2 steradiani sunt doar declarații pe propria răspundere și nu agremente tehnice sau documente certificate de un terț.

- producătorul folosește formulări vagi în declarațiile de conformitate a produsului, neafirmând niciunde clar și fără echivoc că echipamentul are un unghi solid de 2 steradiani, ci că "include mijloace practice pentru a obține un unghi solid de >2 steradiani.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr., contestatoarea revine cu o precizare suplimentară în sensul că prin concluziile scrise depuse anterior nu a formulat capete de cerere noi ci a adus argumente suplimentare în susținerea celui de al doilea capăt de cerere al contestației prin care s-a solicitat anularea anunțului de atribuire a contractului prin care a fost declarat câștigătoare a procedurii, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă în cadrul procedurii.

Privitor la cererea de intervenție voluntară depusă de, văzând că această societate a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, fiind operator economic participant la procedura de achiziție publică [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, și dispune introducerea în cauză în calitate de intervenientă a

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

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de lei, fără TVA.

Nemulțumită de modul de evaluare al ofertei declarate câștigătoare, depuse de, ... a formulat prezenta contestație. În opinia sa, oferta declarată câștigătoare nu îndeplinește toate condițiile tehnice impuse prin documentația de atribuire [microscopul electronic oferat trebuia să aibă ca specificație tehnică pentru punctaj suplimentar un "Sistem de detectori cu unghi solid de colectare mai mare de 2 steradiani si rezoluție energetică (FWHM) < 133 eV (55Fe, 5.9keV)"].

Consiliul reține că subliniază faptul că, deși a solicitat achiziției accesul la dosarul achiziției publice, inclusiv la oferta depusă de către, ... a refuzat să-i permită accesul integral la oferta menționată anterior, invocând declararea confidențialității conținutului ofertei depuse de

În aceste condiții, contestația 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 [microscopul electronic oferat trebuia să aibă ca specificație tehnică pentru punctaj suplimentar un "Sistem de detectori cu unghi solid de colectare mai mare de 2 steradiani si rezoluție energetică (FWHM) < 133 eV (55Fe, 5.9keV)"].

În referire la refuzul nejustificat al autorității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice, contestația citează prevederile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, susținând că informațiile conținute în oferta tehnică sunt secrete tehnice sau comerciale, astfel cum acestea sunt definite de Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, fiind protejate prin mijloace specifice de către OUGF nr. 25 din 18 aprilie 2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale.

În aceste condiții, contestația 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 aspectul legat de refuzul nejustificat al autorității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice și de faptul că, inclusiv la momentul studierii dosarului constituit la Consiliu, nu au fost puse la dispoziția contestatoarei documentele declarate confidențiale din oferta depusă de către, 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 propunerea tehnică a, declarată confidențială, 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.

Raportat la textul legal invocat și la documentele achiziției, Consiliul constată că autoritatea contractantă a verificat susținerile ofertantului în susținerea caracterului confidențial al conținutului ofertei, constatând că acestea au fost arătate în cuprinsul declarației de confidențialitate.

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 ofertă, Consiliul determină că demersul acesteia a fost unul legal, motivat și care va fi menținut, constatându-se că susținerile contestatoarei vizavi de o presupusă atitudine abuzivă din partea sunt nefondate.

Relevante sub acest aspect sunt și susținerile autorității contractante, exprimate în cadrul punctului de vedere înregistrat la Consiliu cu nr., conform cărora respingerea solicitării de acces la o parte a documentelor existente la dosarul achiziției a fost determinată de faptul că a declarat propunerea tehnică și documentele aferente acesteia ca fiind confidențiale, invocând în acest sens protejarea unor drepturi de proprietate intelectuală.

Declararea ofertei confidențiale nu creează o prezumție că respectiva ofertă ar avea lipsuri sau nereguli.

Aceleași considerații sunt avute în vedere de către Consiliul și vizavi de criticile aduse de contestatoare legate de nepermiterea accesului la toate documentele aflate la dosarul de pe rolul Consiliului, în condițiile în care au fost avute în vedere dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010,*

republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale (...)”.

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 contestatoarei de studiere a dosarului cauzei și ținând seama de faptul că în cadrul ofertei depusă de către operatorul economic 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, așa cum au fost mai sus amintite.

Vizavi de cele reținute anterior, 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, 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 nenedenaturată. 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 nenedaturată. 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].

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 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 ofertantul declarat câștigător 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 documentele depuse de operatorul economic, nu au fost puse la dispoziția ofertantului contestator, documentele declarate confidențiale, provenind de la operatorul economic menționat.

Se are în vedere că entitatea contractantă, cu ocazia adresării de către contestatoare, a solicitării pentru accesul la dosarul cauzei, a invitat ofertantul la studierea dosarului achiziției publice, punând la dispoziție respectivul dosar, cu excepția documentelor declarate confidențiale de operatorului economic

Luând această decizie, nu i se poate reproșa nimic autorității contractante, în condițiile în care a permis contestatoarei acces doar la documentele care nu au fost declarate confidențiale de oferta 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 contestatoarea, Consiliul nu poate lua în considerare susținerile contestatoarei, în acest sens

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca neîntemeiată, solicitarea contestatoarei referitoare la permiterea studierii documentelor confidențiale declarate de, 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 nu a fost pus la dispoziția contestatoarei.

Legat de criticile aduse de contestatoare vizavi de oferta desemnată câștigătoare, depusă de către, Consiliul reține că argumentul decisiv al, în susținerea contestației sale, constă în faptul că, în opinia sa, produsul ofertat de are, *conform broșurii de pe site*, un sistem de detectori cu unghi solid de 1.8 steradiani și rezoluție energetică de 130 e, deși, potrivit caietului de sarcini, pagina 28, microscopul electronic ofertat trebuia să aibă ca specificație tehnică pentru punctaj suplimentar un "Sistem de

detectori cu unghi solid de colectare mai mare de 2 steradiani si rezoluție energetică (FWHM) < 133 eV (55Fe, 5.9keV).".

De asemenea, contestatoarea consideră că produsul oferat de operatorul economic declarat câștigător, nu este un produs de serie, deși, în caietul de sarcini pag. 6, tabel 1 la secțiunea "Cerințe funcționale minime pentru echipamentele solicitate, ce vor alcătui sistemul complex de microscopie electronica" autoritatea contractantă menționează expres faptul că *"Toate subansamblele sistemului trebuie să fie produse de serie, în producție la data achiziției"*. Contestatoarea concluzionează că achiziția nu a efectuat evaluarea propunerii tehnice depusă de prin raportare la cerințele impuse prin caietul de sarcini.

Consiliul reține de asemenea, că, autoarea contestației nu își susține critica privind îndeplinirea criteriului unghiului solid de 2 steradiani cu agremente tehnice sau documente certificate de un terț, ci doar cu suspiciuni și presupuneri, fără a indica, în mod concret, vreun motiv de neconformitate a ofertei, limitându-se doar la a face aprecieri generale.

Consiliul are în vedere faptul că a formulat critici la modul general, acestea având un caracter pur subiectiv, suspiciunile contestatorului pornind de la faptul că, pe site-ul producătorului, nu se regăsesc caracteristicile tehnice ale produsului oferat de, *așa cum au fost precizate în caietul de sarcini*, respectiv, "Sistem de detectori cu unghi solid de colectare mai mare de 2 steradiani si rezoluție energetică (FWHM) < 133 eV (55Fe, 5.9keV).", ci se regăsește un sistem de detectori cu unghi solid de 1.8 steradiani și rezoluție energetică de 130 e.

Consiliul constată, analizând documentele aflate la dosarul cauzei, că, în propunerea tehnică, a oferat un "....", *documentele doveditoare ale conformității produsului regăsindu-se în Formularul nr. 9 - pagina 28, cu referințele R137, R168, R169, R182, R183, R185, evidențiate în clar pe documentele-suport emise de producător; valoarea unghiului solid mai mare de 2 steradiani a sistemului de detectori oferat se regăsește în documentele emise de producător, la paginile S110 (R137), S140 (R182), S142 (R183), din propunerea tehnică. Totodată, în răspunsul nr. 2103/30.03.2022 la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr., respectiv de înregistrările denumite Concluzie IA/ pagina 2, Concluzie 1B/ pagina 3 și Concluzie IC/ pagina 3.*

De asemenea, la o simplă accesare a site-ului producătorului, <https://www.thermofisher.com/ro/en/home/electron-microscopy/products/transmission-electron-microscopes.html>), se poate constata că produsul oferat de este un produs de serie, aflat în producție la data desfășurării procedurii de atribuire.

În broșura depusă de contestatoare se regăsesc performanțele de imagistică a 5 variante ale modelului, menționate doar pe criteriile de sursă electronică și corectori.

Astfel, Consiliul apreciază că modelul fabricat de și oferat în propunerea tehnică a este un produs de serie, aflat în fabricație la data ofertării, așa cum este și cazul sistemului de detectori oferat.

În aceste condiții, Consiliul respinge, ca nefondată, critica adusă, constatând că, în fapt, aceasta reprezintă o simplă susținere, neprobată în vreun fel de către contestator.

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 este neconformă raportat la obiectul contractului nu este în măsură să convingă asupra temeiniciei acuzelor formulate.

Consiliul nu poate lua în considerare simpla susținere a contestatoarei vizavi de neconformitatea propunerii tehnice a ofertantului câștigător, în condițiile în care formularea unei contestații, este condiționată 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 contestatoarei nu depășesc nivelul de simplă bănuială, fără fundament, în ceea ce privește presupusele neconformități ale propunerii tehnice din cadrul ofertei depusă de către, contestatoarea 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 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 oferta depusă de către este neconformă, 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.

Raportat la cele reținute anterior, la criticile de ordin general formulate de și în urma verificării documentelor aflate la dosarul achiziției publice, transmis de achizitoare la dosarul cauzei, Consiliul constată că, 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.

Ținând seama de analiza efectuată de achizitoare în virtutea principiului asumării răspunderii, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, de susținerile acesteia conform cărora evaluarea ofertelor tehnice primite de la ambii ofertanți a fost efectuată strict pe baza informațiilor cuprinse în ofertele tehnice de fiecare ofertant, în mod nediscriminatoriu și utilizând același formular de evaluare, iar în urma neclarităților constatate în ofertele tehnice, comisia de licitație a solicitat clarificări și lămuriri suplimentare de la ambii ofertanți, de documentele aflate la dosarul achiziției publice, precum și de simplele susținerile ale legate de neconformitatea ofertei câștigătoare, Consiliul respinge critica adusă, ca nefondată.

Într-o atare situație, pentru toate considerentele expuse, Consiliul constată că susținerile sunt neîntemeiate, motiv pentru care, în contextul de fapt și de drept anterior expus, urmează să respingă contestația, ca nefondată.

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 va respinge, ca nefondată, contestația formulate de, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei 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 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,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Admite cererea de intervenție voluntară depusă de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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,

.....