

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. 2302/C1/2445

Data: 02.10.2023

Prin contestația nr. 6003/30.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47660/31.08.2023 formulată de SRL, cu sediul în, ... și adresa de corespondență a actelor de procedură în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată de administrator, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 34511/23.08.2023 și a raportului procedurii de atribuire nr. 34507/ 23.08.2023, emise de către autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., județul, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „Acord cadru de furnizare Absorbante igienice și scutece absorbante de unică folosință pentru copii și adulți”, cod CPV: 33771100-6, s-a solicitat:

1. anularea raportului procedurii mai sus menționat și anularea procesul verbal de evaluare prin care s-a consemnat decizia respingerii ofertei depuse, cu stabilirea de către Consiliu în sarcina autorității contractante ca și măsură de remediere, reevaluarea legală prin prisma prevederilor Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016 în mod corect, obiectiv și nediscriminatoriu a constatării lipsei oricărui motiv de excludere creat/invocat în mod artificial întrucât nu a fost constatată neîndeplinirea vreunei cerințe stabilită prin documentația de atribuire astfel ca membri comisiei de evaluare să declare inacceptabilă oferta SRL.

2. anularea tuturor actelor subsecvente emise în baza raportului de atribuire de natura comunicărilor rezultatelor transmise către participanții la procedură, ca fiind netemeinice și nelegale,

3. continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei depuse, cu verificarea ofertelor tehnice, financiare și aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile și finalizarea procedurii cu stabilirea noului clasament intermediar, respectiv cel final după verificarea documentelor

suport în susținerea DUAЕ conform prev. art. 196 (2) din Legea nr. 98/2016.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, ... SRL, precizează că, la întocmirea ofertei a înțeles să se prevaleze de dreptul său și nicidecum de o obligație stabilită în sarcina sa cu prilejul participării la o procedură drept conferit de dispozițiile art. 57 coroborat cu art. 123 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, referitor la protejarea informațiilor prezentate

autorității contractante prin declararea confidențialității ofertei sale strict raportat și opozabil deopotrivă celorlalți concurenți înscriși la procedură.

În acest sens, contestatorul menționează că a considerat în propria manieră că protecția informațiilor sale se regăsesc și se identifică într-o măsură mai mare sau mai mică în cadrul următoarelor documente: a) fișa tehnică, b) propunere tehnică, c) grafic livrare, d) rapoarte de testare, e) rapoarte de evaluare, f) Mostre/eșantioane, g) Justificare preț, h) eventuale clarificări, i) contractele/acordurile de colaborare cu furnizorii/ producătorii.

Totodată, precizează că în cadrul declarației depuse a precizat: „ (...) Conform acordului semnat de către societatea noastră cu producătorul în cadrul clauzei de confidențialitate sunt prevăzute penalități”, precum și că „(...) oferta noastră să poată fi analizată/interpretată doar de către reprezentanții desemnați ai părții contractante (...) pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală”.

În raport cu cele declarate, menționează că prin adresa nr. 32140/03.08.2023, autoritatea contractantă i-a solicitat să justifice caracterul confidențial al ofertei, răspunsul fiind transmis prin adresa nr. 5820/04.08.2023, prin care a justificat și demonstrat natura, caracterul și temeinicia protejării informațiilor declarate confidențiale, în probațiune, atașând acordul de Distribuție încheiat cu producătorul deținut, în temeiul căruia a fundamentat și întocmit propunerea financiară, contractul fiind prezentat în limba engleză, cât și tradus autorizat, în limba română.

Față de răspunsul prezentat, detaliat, argumentat și probat corespunzător cu documentele atașate, contestatorul apreciază că în mod nelegal și total eronat, comisia de evaluare a reținut că nu s-au prezentat documentele „solicitate”, motiv pentru care a decis respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/ 2016.

Subliniază de asemenea faptul că această comunicare a rezultatului procedurii, nu este motivată în drept, conform dispozițiilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Menționează că dispozițiile art. 215 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr. 98/2016 reglementează cazurile în care o ofertă poate fi respinsă în cele trei situații (inacceptabilă/neconformă/neadecvată). În susținere invocă prevederile legale care enumeră concret situațiile pentru care poate fi respinsă o ofertă, respectiv: art. 137 alin. (2), art. 137 alin. (3).

Prin adresa nr. 36292/04.09.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 48412/05.09.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

În fapt, raportat la criticile contestatorului, autoritatea contractantă precizează că prin adresa nr. 32140/03.08.2023, a solicitat ofertantului să prezinte: justificarea caracterului confidențial al elementelor/informațiilor ofertei prezentate, prin documente/înscrișuri care să ateste/justifice că aceste informații confidențiale sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală sau de secretul comercial, cu indicarea motivului pentru care dezvăluirea acestora către ceilalți competitori ar crea acestuia un dezavantaj economic; acesta a răspuns în termenul limită acordat.

Arată că ofertantul nu a prezentat documentele solicitate în susținere, astfel cum sunt prevăzute de legislația în materie, în incidență, în vigoare, comisia de evaluare aflându-se astfel, în imposibilitatea evaluării corecte a tuturor ofertelor depuse deoarece se încalcă principiul transparenței, principiul contrar prevederilor art. 57 și art.217 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 123 din HG nr. 395/2016 și cu cele ale art. 19 din Legea 101/2016.

De asemenea, menționează că ofertantul nu a prezentat documente/ înregistrări care să ateste sau să justifice ca informațiile declarate de acesta sunt confidențiale, sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală sau de secretul comercial, cu indicarea motivului pentru care dezvăluirea acestora către ceilalți competitori ar crea acestuia un dezavantaj economic.

Autoritatea contractantă precizează de asemenea că prin răspunsul dat nu s-a putut face dovada că oferta este însoțită de indicarea titlului emis de vreo autoritate competentă a statului turc sau a oricărui alt stat care să ateste existența vreunui drept de proprietate intelectuală (brevete, patente etc.) asupra formulei, compoziției, caracteristicilor etc ale produsului ofertat de „(...) Oricine poate invoca orice - dar nu trebuie crezut orice invoca oricine; este obligația celui care susține ca ar exista secrete tehnice si comerciale sa dovedească susținerea (art.249 c.pr.civ.)”

Totodată, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, subliniind că oferta SRL a fost calificată ca inacceptabil, fiind respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din același act normativ, motivată de aspectele mai sus precizate.

Prin adresa nr. 3755/12.09.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 50066/13.09.2023, precum și prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 50196/14.09.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 48271/04.09.2023 contestatorul, depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209463463/1, tranzacția nr. 1367856242/111767403 din 04.09.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala Piața Alba Iulia, în cuantum de 18.781,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „Acord cadru de furnizare Absorbante igienice și scutece absorbante de unică folosință pentru copii și adulți”, cod CPV: 33771100-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. .../19.07.2023 conform căruia

valoarea estimată a procedurii este cuprinsă între: 469.511,50 – 939.023 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „prețul cel mai scăzut”.

Consiliul reține că obiectul contestației formulate de ... SRL îl constituie adresa autorității contractante de comunicare rezultat procedură nr. 34511/23.08.2023 prin care s-a respins oferta contestatorului, ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, deoarece nu a prezentat documente/înscrișuri care să ateste sau să justifice caracterul

confidențial al informațiilor declarate sau că sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală sau secret comercial.

Analizând documentele depuse în dosarul cauzei, precum și susținerile părților, Consiliul urmează să admită contestația formulată de ... SRL, având în vedere considerentele care urmează:

În procesul de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a solicitat contestatorului, prin adresa nr. 32140/03.08.2023, următoarele: "justificarea caracterului confidențial al elementelor/informațiilor ofertei prezentate, prin documente/înscrisuri care să ateste/justifice ca aceste informații confidențiale sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală sau de secretul comercial, cu indicarea motivului pentru care dezvăluirea acestora către ceilalți competitori v-ar crea un dezavantaj economic".

După cum recunoaște autoritatea contractantă, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, contestatorul a răspuns în termenul limită acordat de comisia de evaluare, prin adresa nr. 32355/07.08.2023, limitându-se la a enumera o serie de texte legale și atașând un contract comercial –acord de distribuție- încheiat cu producătorul și furnizorul său extern, contract opozabil doar semnatarilor acestuia.

Consiliul reține, ca aplicabile, în speță, dispozițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, în vigoare, potrivit căroră: "Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată".

În aplicarea legii, Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, la art. 137 alin.(2), precizează, *în mod expres*, situațiile în care o ofertă poate fi exclusă din procedură, ca fiind *inacceptabilă*: "În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

a) «abrogat»

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă;

c) constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini alternativa care nu poate fi luată în considerare deoarece în anunțul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternative;

- d) nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii, atunci când aceasta cerința este formulată în condițiile art. 51 alin. (2) din Lege;
- e) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv;
- f) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și, deși există

posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la modificarea substanțială în sensul depășirii procentelor de la art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din Lege;

g) «abrogat»

h) «abrogat»

i) ofertantul refuză să prelungească perioada de valabilitate a ofertei și a garanției de participare;

j) oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat;

k) în cazul în care unei oferte îi lipsește una din cele două componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. hh) din Lege.

Or, după cum rezultă din Raportul procedurii și adresa nr. 34511/23.08.2023, de comunicare a rezultatului procedurii, comisia de evaluare a respins oferta contestatorului motivat de faptul că nu a prezentat documente/informații care să ateste sau să justifice caracterul confidențial al informațiilor declarate ca fiind protejate de un drept de proprietate intelectuală sau secret comercial, situație care nu se supune dispozițiilor art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, singura sancțiune posibilă fiind cea a *neaplicării caracterului confidențial asupra informațiilor care nu au fost indicate și dovedite* ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, în conformitate cu art. 57 alin. (1) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și, *nicidecum, respingerea ofertei, ca inacceptabilă*.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de stabilire a solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu un formalism excesiv și, pe cale de consecință, criticile privind nelegalitatea evaluării ofertei sale sunt întemeiate, urmând să fie admise.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a prevederilor legale

și a considerentelor aferente prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de către SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente acestuia și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a prevederilor legale și a considerentelor aferente prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

...

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 7(șapte) pagini