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.cnsc.ro

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. ..../C..../....
Data: ....

Prin contestația nr. 77/28.06.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 24429/28.06.2019 și respectiv, sub nr. 25117/03.07.2019, SC ... SRL, cu sediul în localitatea ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., a contestat adresa nr. 3510/27.06.2019 reprezentând răspunsul autorității contractante la solicitarea sa privind accesul la dosarul achiziției publice constituit în cadrul procedurii de atribuire „simplificată", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Extindere și reabilitare sediu Primărie ..., județul Bistrița Năsăud", cod CPV 45200000-9 (Rev.2), inițiată de COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...), cu sediul în comuna ..., str. ... și a solicitat admiterea contestației, anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a rapoartelor intermediare și a altor înscrisuri, după caz.

Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL, prin liderul de asociere SC ...SRL, cu sediul în orașul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ..., a formulat cererea de intervenție nr. 560/10.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 26301/10.07.2019, în cauza care formează obiectul prezentului dosar, prin care a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție, admiterea excepțiilor lipsei de interes și a tardivității criticilor,

respingerea pe fond a contestației, precum și menținerea raportului/rezultatului procedurii nr. 3479/ 25.06.2019.

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

În susținerea contestației, autoarea acesteia aduce la cunoștință că oferta sa a fost declarată necâștigătoare, solicitând în acest sens, prin adresa nr. 75/26.06.2019, acces la dosarul achiziției publice, însă autoritatea contractantă, prin răspunsul său nr. 3510/27.06.2019, i-a restricționat accesul la propunerile tehnică și financiară și la răspunsurile la solicitările de clarificări ale ofertantului declarat câștigător, cu motivarea că asocierea SC ...SRL – SC ...SRL a declarat aceste documente ca fiind confidențiale. Nemulțumită de acest răspuns, contestatoarea susține că a formulat prezenta contestație.

Astfel, în primul rând, contestatoarea critică faptul că, față de prevederile fișei de date a achiziției, respectiv cap. 1.3 „Comunicare", referitor la numărul de zile până la care se pot solicita clarificări la documentația de atribuire, autoritatea contractantă a răspuns solicitărilor de clarificări cu depășirea termenului impus, motivând prelungirea termenului de depunere a ofertelor prin „Modificarea informațiilor originale oferite de autoritatea contractantă". Sub acest aspect, contestatoarea consideră că prin publicarea răspunsului la solicitările de clarificări primite după expirarea termenului prevăzut în fișa de date a achiziției, se încalcă prevederile legislației în vigoare privind achizițiile publice.

Contestatoarea învederează că, la data de 14.05.2019, autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul la adresa societății sale nr. 68/10.05.2019, prin care încearcă să-și justifice acțiunile, respingând afirmațiile sale privind încălcarea legislației achizițiilor publice, iar la data de 25.06.2019, i-a comunicat adresa nr. 3481/25.06.2019, prin care a informat-o că oferta sa a fost declarată necâștigătoare.

În legătură cu refuzul autorității contractante, exprimat în cadrul actului atacat, de a-i acorda acces la propunerea tehnică a ofertatului declarat câștigător, contestatoarea subliniază că documentația tehnică publicată în SEAP conține Studiul de fezabilitate întocmit de către ...SRL – asociat al SC ...SRL, ofertant declarat câștigător, în aceste condiții fiind „greu de crezut" că propunerea tehnică a ofertantului câștigător (care include și proiectarea), are caracter confidențial în totalitate, așa cum a declarat acest ofertant.

În ceea ce privește refuzul autorității contractante de a-i acorda acces la propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător, SC ... SRL învederează că formularul de ofertă cuprinde valoarea propunerii financiare, valoare comunicată societății sale în cuprinsul comunicării rezultatului procedurii, prin urmare, contrazice atât declarația ofertantului declarat câștigător cât și pe cea a autorității contractante,

potrivit cărora întreaga propunere financiară are caracter confidențial, celelalte formulare cuprinzând cheltuieli pe obiectiv, pe obiect și detalierea pe categorii de lucrări conform devizelor obiectelor și a cantităților prezentate în documentația tehnică. De asemenea, contestatoarea susține că devizele din documentația tehnică, inclusiv detalierea lor pe categorii de lucrări, cu valori, sunt întocmite de către ...SRL, nefiind probat, prin urmare, faptul că propunerea financiară are caracter confidențial în totalitate.

Totodată, în ceea ce privește declararea ca fiind confidențiale a răspunsurilor la solicitările de clarificări, contestatoarea consideră că acest lucru nu se putea permite, întrucât această declarație se înainta la momentul depunerii ofertei, iar ofertantul nu avea cunoștință dacă primea solicitări de clarificări pe perioada evaluării ofertei.

Față de cele mai sus prezentate, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă și-a îndeplinit superficial și defectuos sarcinile, acceptând declarația de confidențialitate a ofertantului asocierea SC ...SRL – SC ...SRL fără o justificare temeinică din partea acesteia.

În dovedire, SC ... SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În vederea soluționării contestației formulată de SC ... SRL, Consiliul, prin adresa nr. 24787/1265 C5/02.07.2019, în temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat contestatoarei să transmită, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

De asemenea, în temeiul dispozițiilor art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatoarei, între altele, să completeze contestația cu motivarea în fapt și în drept a acesteia față de capetele de cerere formulate, precum și cu precizarea numărului de înmatriculare în registrul comerțului al societății sale.

Prin adresa nr. 82/03.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 25219/03.07.2019, SC ... SRL a răspuns solicitării Consiliului transmisă prin adresa nr. 24787/1265 C5/02.07.2019, precizând numărul de înregistrare al societății sale la Registrul Comerțului și reiterând aceleași susțineri din cererea sa introductivă.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 25632/05.07.2019, SC ... SRL a transmis, în original, Recipisa de consemnare nr. 205555708/1 din 03.07.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Bistrița, în sumă de 26.000 RON.

Prin adresa nr. 3634/08.07.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 25945/08.07.2019,

autoritatea contractantă COMUNA ... a transmis punctul de vedere referitor la contestație.

Autoritatea contractantă aduce la cunoștință că, urmare a solicitării contestatoarei referitoare la accesul la dosarul achiziției publice, aceasta a informat-o despre faptul că asocierea ...SRL - ...SRL a depus în cadrul ofertei o Declarație de confidențialitate privind propunerea tehnică și financiară, precum și clarificările aduse acestora, comunicându-i totodată permisiunea de acces la documentele de calificare prezentate de ofertantul declarat câștigător și la raportul procedurii, întrucât aceste documente nu cad sub incidența art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă apreciază ca fiind tardivă contestarea prelungirii termenului de depunere a ofertelor.

În ceea ce privește confidențialitatea propunerii tehnice a ofertantului declarat câștigător, autoritatea contractantă arată că Studiul de Fezabilitate a fost întocmit de către asociatul ofertantului declarat câștigător iar acest aspect nu implică, în mod automat, o lipsă de confidențialitate a acesteia.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează și faptul că prețul propus de ...SRL a fost înscris în raportul procedurii postat în SEAP, respectiv, că ofertantul a declarat în ofertă că și răspunsurile la solicitările de clarificări privind propunerile tehnică și financiară sunt confidențiale, nu implică în mod automat o lipsă de confidențialitate a acestora.

COMUNA ... susține că autoarea contestației nu precizează motivele pentru care consideră că autoritatea contractantă a favorizat ofertantul declarat câștigător încălcând principiile nediscriminării și al tratamentului egal.

De asemenea, se mai arată că autoarea contestației nu poate critica faptul că s-a permis accesul doar la documentele de calificare și la raportul procedurii, din moment ce chiar solicitarea acesteia a fost formulată în sensul că „Solicităm acces la dosarul achiziției, respectiv la informațiile din cadrul documentelor de calificare, precum și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală”.

În final, autoritatea contractantă precizează că cererea contestatoarei de anulare a raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia este nemotivată și nefondată, simpla decalare a termenului de depunere a ofertelor (necontestată) și permiterea accesului doar la documentele de calificare și la raportul procedurii neconstituind elemente care să conducă la ipoteza că raportul procedurii ar fi fost întocmit cu încălcarea prevederilor legale.

În consecință, COMUNA ... solicită respingerea contestației ca tardivă în parte, ca nefondată și neîntemeiată.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus cererea de intervenție nr. 560/10.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr.

26301/10.07.2019, în cauza care formează obiectul prezentului dosar, formulată de asocierea SC ...SRL– SC ...SRL, prin liderul de asociere SC ...SRL, prin care s-a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție, admiterea excepțiilor lipsei de interes și a tardivității criticilor, respingerea pe fond a contestației, precum și menținerea raportului/rezultatului procedurii nr. 3479/25.06.2019.

Intervenienta consideră că autoarea contestației nu are un interes actual în formularea contestației, deoarece aceasta nu critică și Raportul procedurii prin care oferta sa a fost declarată câștigătoarea procedurii, iar oferta contestatoarei nu mai are posibilitatea reală de fi desemnată câștigătoare și de a încheia contractul de achiziție publică. Astfel, se arată că exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului, urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate, prin urmare, un demers juridic de anulare a actelor autorității contractante potrivit jurisprudenței constante a Tribunalului Uniunii Europene, respectiv a Curții de Justiție a Uniunii Europene, este admisibil numai în măsura în care această persoană are un interes să obțină anularea actului atacat.

În continuare, intervenienta face trimitere la jurisprudența altor instanțe și subliniază că, întrucât prin acest demers autoarea contestației tinde doar la anularea adresei nr. 3510/27.06.2019, prin intermediul căreia s-a materializat refuzul autorității contractante de a-i permite accesul la partea din dosarul achiziției ce conține oferta SC ...SRL și nu formulează critici/nu solicită anularea raportului procedurii, se impune admiterea excepției lipsei de interes în promovarea prezentului demers.

O altă excepție invocată de intervenientă este aceea a tardivității criticilor formulate față de măsura autorității contractante de a decala termenul de depunere a ofertelor, termenul de contestare a documentației de atribuire împlinindu-se la data de 15.05.2019.

Pe fondul cauzei, intervenienta subliniază că a declarat confidențială propunerea tehnică, propunerea financiară și clarificările ulterioare, pentru a nu prejudicia interesele sale legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală, având în vedere prevederile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Astfel, intervenienta învederează că declarația de confidențialitate depusă vizează întreaga ofertă și în special, propunerea tehnică, întrucât a considerat că aceasta este necesar a fi inclusă în sfera secretului comercial, după cum urmează:

- Metodologia de lucru propusă pentru realizarea contractului – au fost prezentate propria metodologie de execuție a lucrărilor precum și aspecte organizaționale generale și specifice proiectului, planificarea activităților contractului modul de realizare a serviciilor, documente elaborate în urma participării în cadrul a numeroase contracte de servicii

similare cu cel supus achiziției și a unei experiențe dobândite în prestarea acestor servicii;

- Personalul disponibil și propus pentru prestarea serviciilor – Resurse – au fost prezentate resursele proprii necesare realizării serviciilor, resurse calculate în urma experienței proprii precum și a dimensionării personalului, iar aceste documente reprezintă conceptul propriu al asocierii sale;

- Programul de lucru, Durata de execuție a contractului, Graficul Gantt – reprezintă, în fapt, organizarea internă a asocierii și modul de a aborda serviciile ce urmează a fi prestate.

Totodată, intervenienta susține că declarația de confidențialitate vizează și propunerea financiară, întrucât accesul altor operatori economici, în special cei care activează în același domeniu de activitate și care îi sunt practic competitori la propunerea financiară, ar prejudicia interesul legitim de a-și menține secrete informațiile referitoare la relația cu partenerii săi comerciali precum și ofertele obținute de la aceștia.

SC ...SRL susține că scopul pentru care Consiliul beneficiază de documentele dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă este pentru a putea analiza obiecțiile cuprinse în contestație, iar nu de a pune la dispoziția contestatorilor copiile ofertelor concurente pentru a-și motiva contestația, prin urmare, succesiunea logică este formularea unei contestații motivate și recepționarea de către Consiliu de la autoritate a dosarului achiziției publice necesar soluționării contestației, iar nu studierea la Consiliu a dosarului achiziției publice de către contestatoare și motivarea ulterioară a contestației.

Față de considerentele de mai sus, intervenienta solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, admiterea excepției lipsei de interes și a excepției tardivității criticilor, iar pe fondul cauzei, admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației ca nefondată și menținerea Raportului/rezultatului procedurii nr. 3479/25.06.2019.

Prin adresele nr. 26663/1265 C5/11.07.2019 și nr. 26661/1265 C5/11.07.2019, Consiliul a înștiințat părțile că pot transmite susțineri față de cererea de intervenție formulată de SC ...SRL, însă până la data emiterii prezentei decizii, acestea nu au dat curs solicitării CNSC.

Prin adresa nr. 26871/1265 C5/12.07.2019, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă să înainteze dosarul achiziției publice, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, precum și declarația de confidențialitate depusă de ofertantul asocierea SC ... SRL – SC ... SRL.

Autoritatea contractantă a răspuns la adresa CNSC nr. 26871/1265 C5/12.07.2019, comunicând documentele solicitate, însoțite de punctul de vedere nr. 3789/24.07.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 29407/ 29.07.2019, având același conținut cu cel din adresa nr. 3634/ 08.07.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 25945/08.07.2019.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire „simplificată” online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Extindere și reabilitare sediu primărie Comuna ...»”, cod CPV 45200000-9 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la data de 14.05.2019 ora 15:00, decalat ulterior, prin anunțul de tip erată nr. 1009492/10.05.2019, pentru data de 17.05.2019 ora 15:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată de 1.276.085 RON, fără TVA.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 2 operatori economici, respectiv asocierea SC ...SRL – SC ...SRL și asocierea SC ... SRL și ... SRL, așa cum rezultă din „Declarația de participare”.

După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 3479/ 25.06.2019 potrivit căruia oferta depusă de asocierea SC ...SRL – SC ...SRL a fost declarată câștigătoare în timp ce oferta depusă de asocierea SC ... SRL și ... SRL, declarată admisibilă, a fost poziționată pe locul 2 în clasamentul final. Rezultatul procedurii a fost comunicat liderului asocierii SC ... SRL, prin adresa nr. 3510/27.06.2019

După primirea acestui rezultat SC ... SRL a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 75/25.06.2019, în conformitate cu prevederile art. 217 alin. (5) și alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și prevederile Legii nr. 544/2001, acces la „dosarul achiziției, respectiv la informațiile din cadrul documentelor de calificare, precum și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală”.

Prin adresa nr. 3510/27.06.2019, autoritatea contractantă a răspuns solicitării formulată de ... SRL precizând, printre altele, că întrucât „asocierea SC ...SRL – SC ...SRL a prezentat în ofertă o Declarație de confidențialitate prin care declară drept confidențiale atât propunerile tehnică și financiară cât și răspunsurile la solicitările de clarificări cu privire la acestea, vă informăm că puteți avea acces la documentele de calificare prezentate de asociere, întrucât acestea nu au fost declarate confidențiale și la raportul procedurii (care este publicat în SICAP)”.

Nemulțumit de acest răspuns al autorității contractate, ofertantul ... SRL a depus contestația care face obiectul prezentului dosar.

Din documentele depuse de contestatoare la dosarul cauzei rezultă că aceasta a respectat dispozițiile art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, aceasta înaintând, prin corespondența nr. 82/03.07.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 25632/05.07.2019, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205555708/1 din 03.07.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Bistrița, în valoare de 26.000 RON.

Raportat la dispozițiile legale incidente, recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [*„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus"*], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [*„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*"].

Cu privire la cererea de intervenție nr. 560/10.07.2019, formulată de asocierea SC ...SRL – SC ...SRL transmisă Consiliului la data de 10.07.2019, și înregistrată la CNSC sub nr. 26301/10.07.2019, Consiliu constată că a fost depusă cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 *[„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație*"], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SICAP contestația formulată de ... SRL la data de 02.07.2019, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 12.07.2019. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul respingerii contestației și consolidării poziției sale

de ofertant câștigător, motiv pentru care califică cererea de intervenție depusă drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 şi art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, asocierea SC ...SRL – SC ...SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește respingerea contestației, deci implicit menținerea deciziei autorității contractante de a declara oferta sa câștigătoare, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție astfel cum a fost calificată.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza excepția invocată de intervenientă, privind lipsa de interes în formularea contestației.

Astfel, din conținutul contestației, așa cum a fost aceasta completată prin adresa nr. 82/03.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 25219/ 03.07.2019, rezultă că aceasta vizează răspunsul autorității contractante privind accesul contestatoarei la dosarul achiziției publice și oferta depusă de contestatoare, răspuns formulat în cadrul adresei nr. 3510/27.06.2019, contestatoarea solicitând, prin prezenta contestație, pe de-o parte, anularea actului atacat, iar, pe de altă parte, „**anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestuia, precum și anularea rapoartelor intermediare și a altor înscrisuri, după caz**”.

Referitor la lipsa de interes în formularea contestației, invocată de intervenientă prin raportare la faptul că autoarea contestației nu a criticat oferta sa deși a solicitat anularea raportului procedurii, Consiliul o va respinge ca nefondată, în condițiile în care o asemenea constatare se poate face numai după analiza pe fond a contestației.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la publicarea de către autoritatea contractantă, după expirarea termenului prevăzut în fișa de date a achiziției, a unui răspuns la o solicitare de clarificări formulată de un potențial ofertant, Consiliul constată că aceasta este tardiv formulată, în condițiile în care răspunsul vizat de această critică a fost publicat în SEAP de autoritatea contractantă la data de 10.05.2019, astfel că termenul legal de contestare a acestuia, prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 (care se împlinea la data de 15.05.2019), este depășit.

În continuare, Consiliul procedează la analiza susținerii contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă i-a restricționat accesul la propunerea tehnică și financiară, cât și la răspunsurile la solicitările de clarificări, motivat de faptul că asocierea SC ...SRL – SC ...SRL a declarat aceste documente ca fiind confidențiale.

Raportat la critica analizată, Consiliul constată că accesul la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr.

98/2016, conform cărora *„(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziţiei publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii”* și *„(6) Prin excepţie de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire şi la informaţiile din cadrul documentelor de calificare, precum şi la informaţiile din cadrul propunerilor tehnice şi/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală*”.

De asemenea, Consiliul reține ca fiind relevante dispozițiile art. 148 din HG nr. 395/2016, conform cărora:

„Dosarul achiziţiei publice trebuie să cuprindă documentele întocmite /primite de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire, cum ar fi, dar fără a se limita la următoarele:

a) strategia de contractare;

b) anunţul de intenţie şi dovada transmiterii acestuia spre publicare, dacă este cazul;

c) anunţul de participare şi dovada transmiterii acestuia spre publicare;

d) erata, dacă este cazul;

e) documentaţia de atribuire;

f) documentaţia de concurs, dacă este cazul;

g) decizia/dispoziţia/ordinul de numire a comisiei de evaluare şi, după caz, a experţilor cooptaţi;

h) declaraţiile de confidenţialitate şi imparţialitate;

i) procesul-verbal al şedinţei de deschidere a ofertelor, dacă este cazul;

j) formularele de ofertă depuse în cadrul procedurii de atribuire;

k) DUAE şi documentele de calificare, atunci când acestea au fost solicitate;

l) solicitările de clarificări, precum şi clarificările transmise/primite de autoritatea contractantă;

m) raportul intermediar privind selecţia candidaţilor, dacă este cazul;

n) procesele-verbale de evaluare, negociere, dialog, după caz;

o) raportul procedurii de atribuire, precum şi anexele la acesta;

p) dovada comunicărilor privind rezultatul procedurii;

q) contractul de achiziţie publică/acordul-cadru, semnate, şi, după caz, actele adiţionale;

r) dacă este cazul, contractele atribuite în temeiul unui acord- cadru;

s) anunţul de atribuire şi dovada transmiterii acestuia spre publicare;

ş) dacă este cazul, contestaţiile formulate în cadrul procedurii de atribuire, însoţite de deciziile motivate pronunţate de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor;
t) hotărâri ale instanţelor de judecată referitoare la procedura de atribuire;
ţ) documentul constatator care conţine informaţii referitoare la îndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant;
u) dacă este cazul, decizia de anulare a procedurii de atribuire".

Potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016, *„(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire şi indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile*".

În speță, așa cum rezultă din documentele transmise la dosarul cauzei de autoritatea contractantă, asocierea SC ...SRL – SC ...SRL a depus „Declarație de confidențialitate „Extindere și reabilitare sediu primărie Comuna ...»", înregistrată sub nr. 414/16.05.2019, în cadrul căreia a precizat următoarele:

«*În conformitate cu prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că „(...)", declarăm că următoarele documente înaintate de asocierea noastră sunt confidențiale:*

- propunerea (oferta) tehnică - integral : care conține viziunea sa cu privire la modul de prestare a serviciilor/lucrărilor pe care își fundamentează îndeplinirea contractului de achiziție publică. Ca principiu în sine, referitor la informațiile cuprinse în oferta tehnică, legiuitorul protejează de plano, informațiile cuprinse în propunerile tehnice. În acest sens, prin dispozițiile art. 19 (3) din Legea nr. 101/2016 (...), accesul la propunerea tehnică este condiționat de acordul expres al ofertantului în cauză.

- propunerea (oferta) financiară - integral asocierea nu îşi dă acordul pentru accesul la oferta financiară depusă în cadrul procedurii de atribuire. Mai mult, accesul la oferta financiară detaliată (modelul financiar) ar încălca normele şi ar prejudicia iremediabil societatea. Aceasta a depus atașat formularului de ofertă financiară („Ofertă F.6") calculele şi modelul financiar pe baza căruia şi-a fundamentat şi elaborat oferta fermă depusă. Calculele/modelul financiar cuprinde prețuri de la furnizori, numele furnizorilor (oferta tehnică) şi un algoritm de ofertare care este rezultatul experienței deținute de societate de peste 10 ani şi a relațiilor de afaceri dezvoltate de societate. Solicitarea noastră se bazează pe faptul că aceste calcule constituie secret de afaceri/comercial. În acest sens sunt şi dispozițiile Ordinului Consiliului Concurentei nr. 421/2011 care reglementează următoarele: (...)

a. (...)

b. (...).

- nicio solicitare de clarificări şi niciun răspuns la solicitările de clarificări referitoare la oferta financiară şi tehnică, transmise către şi de către asociere si subcontractanți acesteia;

(...)".

Raportat la legislația în vigoare incidentă, Consiliul constată că, la autoritatea contractantă, ofertanții **indică** și **motivează** în cuprinsul ofertelor care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală [conform dispozițiilor art. 123 alin. (1) din HG alin. (1) din HG nr. 395/2016], în timp ce, în fața CNSC, aceiași oferanți trebuie să demonstreze prin mijloace de probă caracterul onfidențial (conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) teza finală din Legea nr. 101/2016).

În consecință, Consiliul apreciază ca fiind eronată susținerea contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă a acceptat declarația de confidențialitate „fără o justificare temeinică din partea ofertantului sau fără a solicita clarificări în această privință", în condițiile în care declarația de confidențialitate depusă în cadrul ofertei asocierii ...SRL – SC ...SRL conținea o justificare a declarării confidențiale a unor documente din ofertă.

În acest context, Consiliul reține dispozițiile art. 217 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016, care stipulează că *„(4)* ***Ulterior finalizării*** *procedurii de atribuire, dosarul achiziţiei publice are caracter de document public*", respectiv *„(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziţiei publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii"*. Ori, potrivit informațiilor existente la dosarul cauzei, la momentul formulării cererii de acces la dosarul cauzei, procedura de atriburie nu era finaliză, nefiind încheiat contractul de achiziție publică [art. 211 lit. a) din Legea nr. 98/2016: *„Procedura de atribuire se finalizează prin: a) încheierea contractului de achiziţie publică/acordului- cadru;"*].

Potrivit art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, *„Prin excepţie de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum şi la informaţiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice şi/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală".*

Ori, din conținutul actului atacat rezultă faptul că autoritatea contractantă a permis accesul la raportul procedurii, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare ale ofertantului declarat câștigător, respectând prevederile legale anterior citate.

Consiliul nu poate reține ca întemeiată nici susținerea contestatoarei referitoare la neacordarea accesului la răspunsurile la solicitările de clarificări ale ofertantului declarat câștigător, motivat de faptul că, aceste documente nu fac parte din documentele enumerate la art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, pe care autoritatea contractantă trebuia să le pună la dispoziția ofertantului conform acestui text de lege. Răspunsurile la clarificări fac parte din conținutul dosarului achiziției publice, în temeiul dispozițiilor art. 148 lit. l) din HG nr. 395/2016, la care contestatoarea ar putea avea acces conform art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, ori, în speță se constată că, nefiind finalizată procedura de atribuire la momentul solicitării accesului, acest text de lege [*„(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziţiei publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii*”] nu era aplicabil. Pe de altă parte, răspunsurile la clarificări pot avea caracter confidențial în măsura în care reproduc părți din propunerea tehnică/financiară declarate motivat confidențiale. În acest context, Consiliul reține că în situația nerespectării dispozițiilor art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, persoana care se consideră vătămată poate promova o acțiune la instanța de judecată competentă, conform Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes public.

În aceste condiții Consiliul va respinge ca nefondată critica autoarei contestației referitoare la acest aspect.

Capetele de cerere formulate de contestatoare, referitoare la anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a rapoartelor intermediare și a altor înscrisuri, vor fi respinse ca nesusținute, contestatoarea neformulând niciun fel de critici care să vizeze documentele a căror anulare o cere, deși, Consiliul a avut un rol activ și, în temeiul art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, i-a solicitat contestatoarei completarea motivării în fapt și în drept față de capetele de cerere formulate, iar aceasta s-a limitat la a reitera aspectele din contestație.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția invocată de intervenientă, privind lipsa de interes a contestatoarei. De asemenea, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, va respinge, ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...).

Față de soluția ce urmează să fie pronunțată, Consiliul va admite, în parte, cererea de intervenție formulată de asocierea SC ...SRL – SC ...SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția invocată de intervenientă, privind lipsa de interes a contestatoarei.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...).

Admite, în parte, cererea de intervenție formulată de asocierea SC ...SRL – SC ...SRL.

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 COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
... **...**

Redactat în 5 exemplare originale, conține 14 pagini.