

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: ...

I. Prin contestația nr. 3662/14.11.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 62300/14.11.2023, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin Cabinet Individual de Avocat ..., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. DEER_PL/341539/ 07.11.2023 și a raportului procedurii nr. DEER_PL/336049/01.11.2023, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „*UPS-uri Data Center*”, se solicită admiterea contestației, anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. DEER_PL/341539/07.11.2023 prin care oferta sa a fost declarată neconformă, anularea în parte a raportului procedurii nr. DEER_PL/336049/01.11.2023 și a tuturor actelor subsecvente acestuia în ceea ce privește oferta ... și oferta ..., reevaluarea ofertelor ... și ... în conformitate cu prevederile caietului de sarcini și ale legii privind achizițiile publice sectoriale, iar în limitele legii, studierea ofertelor ... și ..., în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

II. Prin contestația nr. 3688/14.12.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 68335/14.12.2023, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin Cabinet Individual de Avocat ..., împotriva procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, emis de către aceeași entitate contractantă și în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită admiterea contestației, anularea procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023 și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește oferta ..., reevaluarea acestei oferte în conformitate cu prevederile caietului de sarcini și a legislației în

cauză, iar în situația în care contestația nr. 3662/14.11.2023 se va respinge în ceea ce privește oferta sa, anularea procedurii de atribuire conform art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, precum și obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații, constând în onorariu avocațial, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexasând dosarele nr. 3212/2023 și nr. 3504/2023, contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 62300/14.11.2023 și nr. 68335/14.12.2023, urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. 3212/2023.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

I. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică modalitatea de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, respectiv declararea ofertei contestatorului ... ca fiind neconformă, iar cea a ... ca fiind conformă și declarată câștigătoare.

Contestatorul arată că în cadrul procedurii au depus ofertă 4 operatori economici, respectiv: ..., ..., ... și ...

În urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii, ... a fost declarat ofertant câștigător, iar toate celelalte oferte au fost declarate neconforme.

Ulterior finalizării evaluării, a fost postat în SICAP, la data de 07.11.2023, raportul procedurii de atribuire nr. DEER_PL/336049/01.11.2023.

La aceeași dată, 07.11.2023, a fost comunicat și rezultatul procedurii nr. DEER_PL/341539/07.11.2023, prin care contestatorul a fost înștiințat că oferta sa a fost declarată neconformă în conformitate cu art. 139 lit. (2) din H.G. nr. 394/2016, coroborat cu art. 143 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 394/2016.

Motivele pentru care oferta ... a fost declarată neconformă sunt următoarele:

Cerință caiet de sarcini/specificație tehnică	Neconformitate între ceea ce se oferă și fișa tehnică a producătorului
Cerința: 203 CTMO Se solicită Putere (VA/Wați)11000VA/10000W;	Nu se respectă cerința. Se produc dezechilibre de putere între

Se oferă: 10000VA/10000W	echipamentele amplasate în rack-urile existente
Cerința: 0266 CTMO Se solicită: Timp de funcționare fără alimentare: Minim 12 minute la 3kW/10min la 2,25kW Se oferă: 11,5 min la 3kW și 15,6 min la 2,25 kW	Nu se respectă cerința.
0267 CTMO Temperatură funcționare în parametri normali Se solicită: 0-40 grade Celsius Se oferă: 0-55 grade Celsius	Neconform: Temperatura de funcționare e mai mare decât cea solicitată; Standardul de protecție intern este de maxim 40
Cerința: 0210 CTMO Managementul bateriei	Ofertantul Nu specifică dacă există această funcționalitate
Cerința 0249 CTMO Construcție; Se solicită: Rackabil, maxim 3U cu toate accesoriile necesare incluse (convertibil Tower la nevoie) Se Oferă: Rackabil, 2U+2U cu toate accesoriile necesare incluse (echipat cu Stand Tower pentru a fi convertibil Tower la nevoie)	Neconform
Cerința 0250 CTMO Putere (VA/Wați); Se solicită: 5000VA/4,5kW Se Oferă: 5000VA/5kW	Neconform

Întrucât contestatorul apreciază că atât oferta sa, cât și cea declarată câștigătoare au fost evaluate în mod eronat, netemeinic și nelegal, a decis formularea prezentei contestații, prin care expune în fața Consiliului motivele de fapt și de drept pe care aceasta se întemeiază.

Înainte, însă, de a trece la expunerea criticilor, se învederează următoarele:

> Referitor la confidențialitatea ofertelor ... și ...

Contestatorul a solicitat entității contractante, conform legii, permisiunea de a studia dosarul achiziției publice la sediul acesteia, astfel încât să își poată exercita în mod documentat dreptul legal la contestație.

Aceasta, însă, a refuzat accesul la ofertele ... și ..., pe motiv că „sunt confidențiale și nu pot fi vizualizate, conform celor specificate în raportul publicat”.

Deși contestatorul a menționat că, în conformitate cu dispozițiile art. 231 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele ale art. 70 alin. (1) și (4) din Legea nr. 99/2016, doar informațiile din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost care au fost declarate și probate ca fiind confidențiale, potrivit legii, se pot bucura de protecția conferită de legea achizițiilor sectoriale, aceasta nu a revenit asupra deciziei sale de a interzice studierea celor două oferte.

În schimb, însă, la insistențele contestatorului, entitatea contractantă a pus la dispoziție declarațiile de confidențialitate ale ... și ..., pe care le atașează.

Din conținutul lor rezultă, în mod evident, că acestea au fost date în mod formal, cu nerespectarea obligației legale de a proba caracterul confidențial al informațiilor pentru care invocă protecția juridică și cu scopul vădit de a îngreuna exercitarea dreptului legal al competitorilor de a le contesta.

Astfel, Declarația de confidențialitate a ... se întemeiază pe o pretinsă justificare, ce nu are nicio legătură cu oferta pe care a depus-o în cadrul actualei proceduri de atribuire, ci se referă, vag, la aspecte ce țin de serviciile de telefonie și se citează.

De asemenea, Declarația de confidențialitate a ... este, la rândul său, motivată prin prisma unui pretins secret comercial care ar viza aspecte ce țin de resurse umane, timpi de intervenție, termene de prestare a serviciilor și garanție - elemente care, în realitate, nu fac parte din categoria secretelor comerciale și care nu pot fi invocate pentru a se limita accesul la caracteristicile tehnice ale echipamentelor oferite în cadrul procedurii de atribuire.

În aceste condiții, având în vedere:

(i) prevederile legale citate mai sus,

(ii) Decizia C-54/21/ANTEA POLSKA și alții, prin care CJUE a stabilit limitele confidențialității informațiilor furnizate de ofertanți, împreună cu ofertele lor, în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, din cuprinsul căreia rezultă posibilitatea Consiliului de a reevalua respectarea cele două declarații date în mod abuziv (se citează pct. 29 și 30;

(iii) prevederile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, citat,

se solicită Consiliului permiterea, în limitele legii, studierea ofertelor ... și ... la sediul său, astfel încât să nu îi fie complet obstrucționat dreptul de a obține informațiile necesare în vederea valorificării dreptului legal la contestație.

I. În ceea ce privește modalitatea de evaluare a ofertei sale, criticile contestatorului vizează următoarele:

1. Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinței 203CTMO:

Contestatorul a oferit echipamentul UPS model Delta UPS - Amplon Family RT Series Model RT-10K (10.000VA/10.000kW).

Cu privire la acesta, se precizează că entitatea contractantă nu a luat în calcul Declarația producătorului Delta din data de 03.10.2023 – „*Manufacturer Technical suport letter.pdf*”, depusă în cadrul propunerii tehnice, prin care producătorul declară că echipamentul oferit este „similar cu echipamentul Eaton 11000VA/10000W” (oferit de către ofertantul declarat câștigător, ...).

Deși această Declarație, prin care producătorul susține similaritatea produsului oferit cu specificația din caietul de sarcini - așadar echivalența acestuia cu cerința solicitată - nu se referă în mod expres la puterea reală/puterea aparentă a echipamentului, este de notorietate tehnică faptul că puterea reală, care se exprimă în W_{AJI}, este cea care se măsoară și care este consumată de echipament.

Puterea aparentă a unui echipament se măsoară în VA, iar puterea reală (Active Power) se măsoară în W_{ați}. Consumul unui echipament se măsoară în W_{ați}. Asta se plătește la furnizorii de energie electrică. Chiar

și atunci când se cere și se acordă un aviz tehnic de racordare la un furnizor de energie electrică, se specifică consumul în Wați.

Puterea unui echipament UPS se poate exprima fie în VA, fie în Wați, dar consumul real este cel în Wați. Corespondența între VA și Wați se face înmulțind valoarea VA cu factorul de putere pe ieșire al UPS-ului și rezultă puterea în Wați.

Ex: un UPS 11.000VA cu factor de putere la ieșire egal cu 0.9, va avea capacitatea reală de a susține echipamente cu un consum de maxim $11.000\text{VA} * 0.9 = 9.900\text{W}$, adică puterea sa reală este de 9.900W, în timp ce un UPS de 10.000VA cu factor de putere la ieșire egal cu 1, va avea capacitatea reală de a susține echipamente cu un consum de maxim $10.000\text{VA} * 1 = 10.000\text{W}$, adică o putere de 10.000W.

În trecut fabricanții nu dețineau tehnologie pentru construcția unui echipament cu factor de putere la ieșire egal cu 1. Atunci, din rațiuni de marketing, producătorii au specificat doar puterea aparentă.

La acea vreme, ei specificau doar 3.000VA, dar în fișa tehnică precizau că factorul de putere la ieșire este 0.8, ceea ce însemna că puterea reală a acelui UPS era de $3.000 * 0.8 \sim 2400\text{W}$. Alți fabricanți aveau echipamente de 3.000VA cu factor de putere la ieșire 0.9, deci implicit $3000\text{VA} * 0.9 = 2700\text{W}$ putere reală.

În consecință, un echipament cu o putere reală de 10.000W și cu o putere aparentă de 10.000VA este similar cu unul care are o putere reală de 10.000W și o putere aparentă de 11.000VA.

Mai mult decât atât, echipamentul oferat de contestator are un factor de putere la ieșire egal cu 1, comparativ cu un echipament cu configurația 11.000VA/10.000W, care are factor de putere la ieșire egal cu 0.9.

În aceste condiții, este evident că motivația comisiei de evaluare privind neîndeplinirea acestei cerințe este improvizată, fiind lipsită de orice suport tehnic.

În realitate nu există, din punct de vedere tehnic, noțiunea de „dezechilibru” în domeniul electroalimentării la un UPS monofazat de 10.000W.

De altfel, în caietul de sarcini nu există nicio specificație tehnică privind alimentarea, care să aibă în vedere prevenirea unui astfel de „dezechilibru” despre care vorbește comisia de evaluare. Singurele cerințe din cuprinsul acestuia se referă la geometria constructivă, distanțe, gabarite, etc.: *„Echipamentele care se achiziționează, trebuie să se integreze în sistemele existente, fără modificări semnificative în ceea ce privește poziționarea în dulapurile de tip rack 19”.*

În concluzie, se solicită să se constate că, în realitate, produsul oferat de contestator este echivalent (și chiar superior) specificației tehnice 203CTMO.

Astfel, cu privire la demonstrarea caracterului echivalent al produselor oferite de contestator, comisia de evaluare avea obligația de a avea în vedere și aplica următoarele:

(i) mențiuni din caietul de sarcini: *„Notă: Specificațiile tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, sunt menționate doar pentru identificarea cu ușurință a tipului de produs și NU au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. Aceste specificații vor fi considerate ca având mențiunea de «sau echivalent»”.*

(ii) dispoziții legale, citate: art. 22 alin. (10) din H.G. nr. 394/2016, art. 165 alin. (1) și (2), art. 166 alin. (1) lit. a), alin. (2), alin. (3), alin. (5) și alin. (6), art. 169 alin. (1) și (3) și art. 170 din Legea nr. 99/2016.

Or, în cazul de față, contestatorul arată că a prezentat în cadrul propunerii tehnice Declarația producătorului Delta din data de 03.10.2023 – *„Manufacturer Technical suport letter.pdf”*, din care rezultă echivalența produsului oferit cu cel având caracteristicile solicitate privind puterea, pe care entitatea contractantă avea obligația legală de a o accepta.

În situația în care comisia de evaluare nu considera suficientă această Declarație sau avea nelămuriri cu privire la conținutul său, avea posibilitatea de a solicita clarificări în temeiul dispozițiilor art. 2211 din Legea nr. 99/2016, coroborat cu cele ale art. 140 din HG nr. 394/20162 (de altfel, așa cum rezultă din documentul atașat, producătorul confirmă echivalența /superioritatea produsului oferit de contestator).

Din economia dispozițiilor legale amintite anterior rezultă obligația comisiei de evaluare de a solicita clarificări unui operator economic, în cazul în care se constată existența unor presupuse motive de excludere.

De asemenea, practica în materia achizițiilor publice a reținut în mod constant obligația comisiei de evaluare de a solicita clarificări ofertanților, prealabil adoptării unor decizii de respingere a ofertelor (indiferent că este vorba despre proceduri organizate în baza Legii nr. 98/2016 sau a Legii nr. 99/2016, care reglementează achizițiile sectoriale).

În continuare, contestatorul evocă jurisprudența în cauză (Curtea de Apel Craiova - Decizia nr. 3286/26.03.2013, Curtea de Apel Oradea – Decizia nr. 2598/CA/2016-R/22.11.2016 și Decizia Curții de Apel București nr. 5040/2018).

Așadar, dreptul astfel reglementat este în realitate o obligație, în sensul necesității de lămurire asupra tuturor chestiunilor în divergență, pentru că scopul reglementării este acela al ocrotirii interesului public, presupus a aparține entității contractante.

2. În ceea ce privește pretinsa neîndeplinire a cerinței 0266 CTMO: Cerința 0266 CTMO se referă la UPS-ul de 5.000VA.

Cu privire la aceasta, entitatea contractantă nu a ținut cont de propriul răspuns la întrebarea nr. 4 de clarificare referitoare la documentația de atribuire, având următorul conținut: „*Întrebarea 4:*

Referitor la cele 26 echipamente solicitate prin caietul de sarcini, respectiv «UPS - Sursa neîntreruptibilă cu management, tip On-Line, cu port de monitorizare prin Ethernet, 5000 VA», cerința 0266, Timp de funcționare fără alimentare: minim 12 minute la 3kW/10 minute la 2,25kW, vă rugăm să corectați eroarea materială și să reformulați în sensul «minim 10 minute la 3kW / 12 minute la 2,25kW». Precizăm că un echipament care ar oferi o autonomie de 10 minute la 2,25kW nu ar putea oferi în același timp o autonomie de 12 minute la o încărcare mai mare (de ex 3kW)”.

Ca răspuns la aceasta, prin adresa nr. 294175 din 28.09.2023, entitatea contractantă a declarat: „*4. Se acceptă erata solicitată, motivat eroare de redactare; 0226 CTMO - Timp de funcționare fără alimentare: minim 10 minute la 3kW/12 minute la 2,25kW”.*

În aceste condiții, deși contestatorul a reamintit, în cadrul matricei de conformitate, faptul că există această erată, reformulând-o conform clarificării - respectiv „*10 min la 3KW și 12 min la 2,25kW*” - comisia de evaluare a ignorat pur și simplu existența eratei.

Astfel, prin ofertarea unui echipament cu o autonomie de „*11,5 min la 3KW și 15,6 min la 2.25KW*”, nu doar se îndeplinește cerința corectată prin erată, ci s-a oferit un produs superior acesteia, cu un timp de funcționare fără alimentare mai îndelungat decât cel solicitat, ceea ce oferă o protecție mai avantajoasă.

În concluzie, se solicită să se constate că, în realitate, produsul oferit îndeplinește specificația tehnică 0266 CTMO, fiind chiar superior acestei cerințe.

3. Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinței 0267 CTMO:

Prin intermediul cerinței 0267 CTMO privind temperatura de operare, se solicită: „*0-40 grade Celsius*”.

Temperatura de operare este un parametru ce descrie plaja în care un echipament UPS poate funcționa alimentând continuu consumatorii, fără a intra în alarmă și fără a comuta pe circuitul de alimentare de rezervă (bypass). Cu cât această plajă este mai largă, cu atât un echipament este mai performant, putând proteja consumatorii atunci când temperatura ambiantă crește (de exemplu atunci când entitatea contractantă ar avea un aparat de climă defect).

Mărirea plajei temperaturii de operare a unui UPS nu atrage după sine emanația de căldură de către acesta a unei temperaturi sporite, ci înseamnă explicit faptul că acel echipament funcționează în parametrii proiectați chiar și într-un climat cu temperatură ambiantă mai mare.

În fapt, acest lucru aduce economii importante, prin faptul că se poate seta în centrul de date o temperatură ambiantă mai mare, fără

ca echipamentele să aibă de suferit, iar necesarul de răcire fiind mai mic, se reduc costurile cu răcirea încăperii.

Or, contestatorul susține că a oferat un echipament superior, acesta putând funcționa și într-o plajă de temperatură mai mare decât cea indicată (respectiv 0-55 grade Celsius).

În concluzie, se solicită să se constate că, în realitate, produsul oferat de contestator îndeplinește specificația tehnică 0267 CTMO, fiind chiar superior acesteia.

4. Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinței 0210 CTMO:

Entitatea contractantă reține, cu privire la „Cerința: 0210 CTMO Managementul bateriei”, faptul că: „Ofertantul Nu specifică dacă există această funcționalitate”.

Or, contestatorul precizează că, în realitate, comisia de evaluare nu a procedat la examinarea cu atenție a matricei de conformitate.

În cuprinsul acesteia, contestatorul a precizat în detaliu funcțiile bateriei, sens în care evocă, mai jos, aspectele menționate:

210	CTMO	Managementul bateriei	Managementul bateriei		
			Test automat de baterii;	Test automat de baterii;	„Manufacturer Technical suport letter.pdf”
			Protecție la descărcare;	Protecție la descărcare;	„Manufacturer Technical suport letter.pdf”
			Recunoaștere automată a modulelor de baterii externe	Recunoaștere automată a modulelor de baterii externe	„Manufacturer Technical suport letter.pdf”
			Posibilitatea de înlocuire rapidă a acumulatorilor fără oprirea UPS-ului (HotSwap)	Posibilitatea de înlocuire rapidă a acumulatorilor fără oprirea UPS-ului (HotSwap)	„Manufacturer Technical suport letter.pdf”
			Testarea automată a acumulatorilor și protecție la descărcare în profunzime	Testarea automată a acumulatorilor și protecție la descărcare în profunzime	„Manufacturer Technical suport letter.pdf”

De asemenea, în sprijinul afirmațiilor sale, contestatorul arată că a prezentat documentul emis de producătorul Delta – „Manufacturer Technical suport letter.pdf”, care a fost ignorat complet de către comisia de evaluare.

În concluzie, se solicită Consiliului să constate că, în realitate, produsul oferat de contestator îndeplinește specificația tehnică 0210 CTMO.

5. În ceea ce privește pretinsa neîndeplinire a cerinței 0249 CTMO:

Prin Cerința 0249 CTMO Construcție se solicită: „*Rackabil, maxim 3U cu toate accesoriile necesare incluse (convertibil Tower la nevoie).*”

Contestatorul precizează că a oferat un echipament conform, respectiv un echipament UPS 2U - în condițiile în care cerința este de „maxim 3U” - cu toate accesoriile necesare incluse (echipat cu Stand Tower pentru a fi convertibil Tower la nevoie).

Descrierea 2U+2U se referă la faptul că echipamentul UPS are un format 2U (care se încadrează în maximum de 3U solicitat), având accesoriile StandTower incluse, convertibil Tower la nevoie. A se vedea imaginea de mai jos care conține accesoriile echipamentului.

UPS-ul este alimentat din rețea și are o baterie externă, care asigură plusul de autonomie, aceasta nefiind un accesoriu al echipamentului.

Cu privire la baterie, nu există în caietul de sarcini nicio restricție.

Astfel, UPS-ul poate fi montat în rack, ocupând un format de numai 2U și i se poate adăuga bateria lângă rack. În caietul de sarcini nu există nicio cerință expresă ca bateria să fie montată în rack.

Mai mult decât atât, entitatea contractantă chiar solicită accesorii pentru montaj de tip „Tower”, având în vedere că în anumite locații echipamentele ar putea să fie montate tower.

În concluzie, se solicită Consiliului să constate că, în realitate, produsul oferat de contestator îndeplinește specificația tehnică 0249 CTMO.

II. Referitor la oferta ...

Astfel cum se arată în preambulul contestației, entitatea contractantă a refuzat accesul la oferta ...

În aceste condiții, la acest moment, contestatorul învederează Consiliului următoarele neconformități ale propunerii tehnice aparținând ofertantului declarat câștigător:

1. Produsul oferat nu îndeplinește Cerința 221 CTMO: Conectori de ieșire: 4 x IEC 320 C19 (16A)

Echipamentul oferat de ... are ieșire pe terminal și nu cu conectori de tip IEC.

2. Produsul oferat nu îndeplinește Cerința 256 CTMO: Frecvență ieșire: 50/60 Hz +/- 3 Hz sincronizată cu rețeaua.

Echipamentul oferat de ... oferă o frecvență de ieșire: „50 or 60Hz, *autosensing or configurable as a frequency converter.*”

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației, anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. DEER_PL/341539/07.11.2023 prin care oferta sa a fost declarată neconformă, anularea în parte a raportului procedurii nr. DEER_PL/336049/01.11.2023 și a tuturor actelor subsecvente acestuia în ceea ce privește oferta ... și oferta ..., reevaluarea ofertelor ... și ... în conformitate cu prevederile caietului de sarcini și ale legii privind achizițiile publice sectoriale, iar în limitele legii, studierea ofertelor ...

și ..., în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. DEER_PL/353772/16.11.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 63099/17.11.2023, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ..., solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Entitatea contractantă citează prevederile raportului procedurii și, referitor la contestația ..., face următoarele precizări, cu privire la cerințele:

- 203 CTMO se solicită Putere (VA/Wați) 11000VA/10000W; este o cerință fixă. Conectarea echipamentului solicitat în caietul de sarcini se va face în legătură încrucișată și echilibrată pe consum, împreună cu echipamentele existente ce au Putere (VA/Wați) 11000VA/10000W.

Nu se acceptă oferta „*Se oferă: 10000VA/10000W*” de către ... la prezenta cerință.

- 210 CTMO - Managementul bateriei; La această cerință din caietul de sarcini, nu s-a oferit niciun răspuns în rubrica aferentă ofertantului ...

- 249 CTMO - se solicită în caiet de sarcini DEER Rackabil, maxim 3U cu toate accesoriile necesare incluse (convertibil Tower la nevoie); ... oferă „*Rackabil, 2U+2U cu toate accesoriile necesare incluse (echipat cu Stand Tower pentru a fi convertibil Tower la nevoie)*”, ceea ce rezultă ca spațiu ocupat de „4U”; „U” reprezintă unitate de măsură ca și spațiu pe care îl ocupă echipamentul în rack.

- 250 CTMO - se solicită Putere (VA/Wați) 5000VA/4.5kW; este o cerință fixă. Conectarea echipamentului solicitat în caietul de sarcini se va face în legătură încrucișată și echilibrată pe consum, împreună cu echipamentele existente ce au putere (VA/Wați) 5000VA/4.5kW.

Nu se acceptă oferta „*Se Oferă: 5000VA/5kW*” de către ... la prezenta cerință. Se presupune că cerința este asumată ca și neconformă de către ofertantul ..., întrucât nu s-a făcut referire la aceasta.

- 266 CTMO - se solicită: Timp de funcționare fără alimentare: Minim 12 minute la 3kW/10min la 2,25kW; la această CTMO este o greșeală de redactare, la care a fost solicitată o clarificare la care s-a acceptat erata: „Se acceptă erata solicitată, motivat eroare de redactare; 0226 CTMO - Timp de funcționare fără alimentare: minim 10 minute la 3kW /12 minute la 2,25kW.

- 267 CTMO - se solicită în caietul de sarcini DEER „Temperatură funcționare în parametri normali 0-40 grade Celsius”; se oferă de către ... temperatura de funcționare între 0-55 grade Celsius. Nu se acceptă oferta pe motiv că temperatura de funcționare mai mare de 40 grade Celsius poate duce la încălzirea progresivă a echipamentelor amplasate deasupra echipamentului de tip UPS și, de asemenea, senzorii

de temperatură amplasați pe echipamentele DEER pot declanșa alarma de incendiu.

II. Punct de vedere cu privire la oferta ...

Acceptabilitatea ofertei depusă de ... a fost stabilită de către comisia de evaluare ca având la bază toate documentele ofertei.

- 221 CTMO - se solicită Conectori de ieșire: 4 x IEC 320 C19 (16A); se oferă: 8/11 kVA: Bloc terminal (până la 16 mm²) 4 x IEC 320 C19 (16A); se oferă conectorii solicitați în caiet de sarcini DEER, 4 x IEC 320 C19 (16A) ceea ce este conform solicitării DEER.

- 256 CTMO - se solicită: 50/60 Hz +/- 3 Hz sincronizată cu rețeaua de către DEER; se oferă: 50Hz (standard) sau 60Hz. Când este sincronizat: ±5% standard, selectabil +1% to ±10%. Nesincronizat ±0.5%. Fiind frecvență selectabilă între ±1% to ±10%, ofertantul respectă cerința DEER.

Astfel, entitatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere exprimat în Raportul procedurii nr. DEER_PL/336049/01.11.2023, prin care propunerea tehnică depusă de ... este neconformă și oferta ... este declarată câștigătoare.

Concluzionând, ... apreciază ca neîntemeiată contestația depusă de către ... **și solicită C.N.S.C. respingerea contestației formulate.**

Prin nr. 3687/12.12.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 67806/12.12.2023, ... transmite Concluzii Scrise, prin care reiterează solicitarea de admitere a contestației astfel cum a fost formulată, având în vedere următoarele motive:

- Referitor la confidențialitatea ofertelor ... și ...

Astfel cum s-a menționat în contestație, în conformitate cu dispozițiile art. 231 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele ale art. 70 alin. (1) și (4) din Legea nr. 99/2016, doar informațiile din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost care au fost declarate și probate ca fiind confidențiale, potrivit legii, se pot bucura de protecția conferită de legea achizițiilor sectoriale, aceasta nu a revenit asupra deciziei sale de a interzice studierea celor două oferte.

În considerarea acestor prevederi legale, contestatorul reiterează faptul că Declarațiile de confidențialitate ale ... și ... (prin aceasta înțelegând inclusiv Declarația ... S.R.L.) nu îndeplinesc exigențele necesare pentru a se bucura de protecția legală privind confidențialitatea.

În aceste circumstanțe, Consiliul, în conformitate cu prevederile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu considerentele Deciziei C-54/21/ANTEA POLSKA și alții, în special punctul 30, ar fi trebuit să reevalueze cele două declarații date în mod abuziv și, constatând nelegalitatea acestora, să permită accesul la studierea propunerilor tehnice.

Cu toate că nu s-a permis accesul la studierea respectivelor propuneri tehnice, se reiterează în mod ferm criticile din cuprinsul contestației nr. 3662 / 14.11.2023.

De asemenea, se face mențiunea că, având în vedere studierea documentelor dosarului achiziției publice pe care CNSC le-a pus la dispoziție, cu respectarea termenului și a tuturor condițiilor legale, se va formula o nouă contestație împotriva actului administrativ al entității contractante constând în procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, de conținutul căruia contestatorul susține că a luat cunoștință la data de 11.12.2023, din cuprinsul căruia rezultă și alte motive de neconformitate ale ofertei ...

În ceea ce privește criticile din contestația nr. 3662/14.11.2023, se arată următoarele:

I. În ceea ce privește evaluarea ofertei contestatorului, se reiterează faptul că aceasta s-a efectuat în mod profund eronat

1. Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinței 203CTMO:

Prin punctul său de vedere, entitatea contractantă face următoarea afirmație: *„203 CTMO se solicită Putere (VA/Wați) 11000VA/10000W; este o cerință fixă.*

Conectarea echipamentului solicitat în caietul de sarcini, se va face în legătură încrucișată și echilibrată pe consum, împreună cu echipamentele existente.”

Contestatorul precizează că, din punct de vedere tehnic, nu există noțiunea de *„în legătură încrucișată”*, ci este o sintagmă inventată de entitatea contractantă pentru a-și susține concluzia privind pretinsa neîndeplinire a cerinței 203CTMO.

Se pune, în mod firesc, următoarea întrebare: *„Încrucișată cu ce anume?”* Aceasta deoarece atât echipamentele IT, cât și orice echipamente electrice se pot alimenta fie direct din rețeaua electrică, fie dintr-un UPS care să le asigure protecția.

Orice echipament electric poate fi alimentat din orice UPS, indiferent de marcă și indiferent de puterea UPS-ului, singura condiție fiind ca puterea de consum a aceluși echipament să nu depășească puterea reală în Wați pe care o poate suporta echipamentul UPS.

Chiar dacă într-un rack de echipamente pot fi montate mai multe UPS-uri, de puteri diferite și de mărci diferite, orice echipament IT sau alt echipament electric se alimentează dintr-un singur UPS.

Așadar, dacă entitatea contractantă ar fi avut vreo cerință specifică legată de alimentare, ar fi trebuit să o precizeze expres în caietul de sarcini.

În ceea ce privește echivalența echipamentului ofertat de contestator - UPS model Delta UPS - Amplon Family RT Series Model RT-10K (10.000VAA0.000kW) - cu cerința din caietul de sarcini, fără a relua dezvoltarea din cuprinsul contestației, se reiterează faptul că un echipament cu o putere reală de 10.000W și cu o putere aparentă de

10.000VA este nu doar similar cu unul care are o putere reală de 10.000W și o putere aparentă de 11.000VA, ci chiar superior, din perspectiva factorului de putere.

În acest sens, se solicită Consiliului să constate că entitatea contractantă nu aduce niciun fel de contraargument explicațiilor contestatorului pertinente din punct de vedere tehnic cu privire la echivalența produsului ofertat, susținute prin declarația producătorului (Declarația producătorului Delta din data de 03.10.2023 – „*Manufacturer Technical suport letter.pdf*”, depusă în cadrul propunerii tehnice), ci se rezumă la a afirma că „*nu se acceptă oferta ...*”

În situația în care comisia de evaluare nu considera suficientă această Declarație sau avea nelămuriri cu privire la conținutul său, avea posibilitatea de a solicita clarificări în temeiul dispozițiilor art. 221 din Legea nr. 99/2016, coroborat cu cele ale art. 140 din H.G. nr. 394/2016, dată fiind obligația comisiei de evaluare, în scopul ocrotirii interesului public, de a solicita clarificări ofertanților prealabil adoptării unor decizii de respingere a ofertelor.

În aceste condiții, este evident că motivația comisiei de evaluare privind neîndeplinirea acestei cerințe este improvizată, fiind lipsită de orice suport tehnic.

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului să constate că, în realitate, produsul ofertat de acesta este echivalent (și chiar superior) specificației tehnice 203CTMO.

2. În ceea ce privește pretinsa neîndeplinire a cerinței 0266 CTMO

Din cuprinsul punctului de vedere al entității contractante rezultă că aceasta și-a reconsiderat poziția, admitând că, în realitate, produsul ofertat îndeplinește specificația tehnică 0266 CTMO, fiind chiar superior acestei cerințe.

3. Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinței 0267 CTMO

Prin intermediul cerinței 0267 CTMO privind temperatura de operare, se solicită: „*0-40 grade Celsius*”.

Așa-zisa argumentație a entității contractante din cuprinsul punctului său de vedere dovedește fie intenția acesteia de a fabrica motive de neconformitate, fie faptul că îi lipsește proprietatea termenilor tehnici.

Astfel, este unanim cunoscut, chiar și din viața de zi cu zi, că indicarea temperaturii de operare a unui echipament se referă la plaja de temperatură în care acel echipament poate funcționa la parametrii pentru care a fost proiectat și nu că acel echipament ar degajă căldura specificată.

Pentru echipamentele care degajă căldură, există obligația mențiunii „căldură degajată/căldură disipată” sau „*heat dissipation*”, etc.

Astfel cum se arăta prin contestație, temperatura de operare este un parametru ce descrie plaja în care un echipament UPS poate funcționa alimentând continuu consumatorii, fără a intra în alarmă și fără

a comuta pe circuitul de alimentare de rezervă (bypass). Cu cât această plajă este mai largă, cu atât un echipament este mai performant, putând proteja consumatorii atunci când temperatura ambiantă crește (de exemplu atunci când entitatea contractantă ar avea un aparat de climă defect).

Mărirea plajei temperaturii de operare a unui UPS nu atrage după sine emanația de căldură de la o temperatură sporită, ci înseamnă explicit faptul că acel echipament funcționează în parametrii proiectați chiar și într-un climat cu temperatură ambientală mai mare.

În concluzie, se solicită Consiliului să constate că, în realitate, produsul oferit de contestator îndeplinește specificația tehnică 0267 CTMO, fiind chiar superior acesteia.

4. Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinței 0210 CTMO:

În punctul său de vedere, entitatea contractantă face următoarea afirmație: *„210 CTMO - Managementul bateriei; La această cerință din caietul de sarcini, nu s-a oferit niciun răspuns în rubrica aferentă ofertantului”*

Cerința 210 CTMO se referă la „Managementul bateriei”, care trebuie să conțină următoarele funcții: Test automat de baterii, Protecție la descărcare, Recunoaștere automată a modulelor de baterii externe, Posibilitate de înlocuire rapidă a acumulatorilor fără oprirea UPS-ului (HotSwap) și Testarea automată a acumulatorilor și protecție la descărcare în profunzime.

Or, contestatorul reiterează faptul că, în realitate, comisia de evaluare nu a procedat la examinarea cu atenție a matricei de conformitate din cadrul propunerii sale tehnice, în cuprinsul căreia s-au precizat în detaliu funcțiile bateriei, care se prezintă sub formă tabelară.

De asemenea, în sprijinul afirmațiilor sale, contestatorul a prezentat documentul emis de producătorul Delta – *„Manufacturer Technical suport letter.pdf”*, care a fost ignorat complet de către comisia de evaluare.

În concluzie, se solicită Consiliului să constate că, în realitate, produsul oferit de contestator îndeplinește specificația tehnică 0210 CTMO.

5. În ceea ce privește pretinsa neîndeplinire a cerinței 0249 CTMO:

Prin Cerința 0249 CTMO Construcție, se solicita: *„Rackabil, maxim 3U cu toate accesoriile necesare incluse (convertibil Tower la nevoie)”*.

Contestatorul arată că a oferit un echipament conform, respectiv un echipament UPS 2U - în condițiile în care cerința este de „maxim 3U” - cu toate accesoriile necesare incluse, echipat cu Stand Tower, pentru a fi convertibil Tower la nevoie.

UPS-ul este alimentat din rețea și are o baterie externă, care asigură plusul de autonomie, bateria externă nefiind un accesoriu al echipamentului (a se vedea imaginea din contestație privind accesoriile).

Bateria UPS-ului poate fi montată lângă rack-ul de echipamente, în caietul de sarcini neexistând nicio restricție în acest sens.

În caietul de sarcini nu a fost solicitat ca UPS-ul + cabinetul de baterii să fie montate în rack, ci doar ca UPS-ul să nu ocupe un spațiu mai mare de 3U și ca ofertantul să livreze accesoriile necesare pentru ca UPS-ul să fie convertibil Tower la nevoie, cerințe îndeplinite de echipamentul oferat, în totalitate.

Însăși mențiunea entității contractante din cuprinsul punctului de vedere, conform căreia „*U reprezintă unitatea de măsură ca și spațiu pe care îl ocupă echipamentul în rack*” (U nu se referă și la cabinetul de baterii) dovedește îndeplinirea cerinței de către contestator, al cărei UPS oferat - 2U - nu ocupă un spațiu mai mare de 3U.

În concluzie, se solicită Consiliului să constate că, în realitate, produsul oferat de contestator îndeplinește specificația tehnică 0249 CTMO.

II. Referitor la oferta ...

Contestatorul reiterează criticile privind neconformitatea propunerii tehnice aparținând ofertantului declarat câștigător:

1. Produsul oferat nu îndeplinește Cerința 221 CTMO: Conectori de ieșire: 4 x IEC 320 C19 (16A)

Deși în cadrul matricei de conformitate, ... a completat: „*8/11kVA: Bloc terminal (pana la 16mm²) 4 x IEC 320 C19 (16A)*”, în realitate această cerință nu este îndeplinită pentru modelul de echipament oferat.

Astfel, s-a oferat, pentru cele 15 echipamente de 10.000W, echipamentul marca EATON, model 9SX11KiRT ups online with power factor correction (a se vedea completarea matricei de conformitate și procesul verbal de evaluare a propunerilor tehnice).

Însă, atât din broșura produsului, cât și de pe site-ul producătorului EATON, rezultă că acest tip de echipament nu are conectori de ieșire de tip IEC, ci ieșire de tip „hardwired”.

A se vedea, la pag. 2 a broșurii produsului, imaginea echipamentului fotografiat din spate, „eaton-9sx-ups-5-6-8-11-kva-datasheet.pdf”.

În continuare, se redă și captura de pe site-ul producătorului EATON, <https://www.eaton.com/ae/en-gb/skuPage.9SX11KIRT.html>.

2. Produsul oferat nu îndeplinește Cerința 256 CTMO: Frecvență ieșire: 50/60 Hz +/- 3 Hz sincronizată cu rețeaua

Deși în cadrul matricei de conformitate, ... a completat: „*50Hz (standard) sau 60Hz când este sincronizat: ±5% standard, selectabil ±1% to ±10% Nesincronizat ±0.5%*”, în realitate această cerință nu este îndeplinită pentru modelul de echipament oferat.

Astfel, ... a oferat, pentru cele 26 echipamente de 5.000VA, echipamentul marca EATON, model 9SX5KiRT (a se vedea completarea

matricei de conformitate și procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice).

Cu toate acestea, nici din fișa tehnică a produsului și nici de pe site-ul producătorului EATON (<https://www.eaton.com/ro/ro-ro/skuPage.9SX5KIRT.html>) nu rezultă că acest echipament ar îndeplini această cerință.

În mod evident, faptul că ... a completat în matricea de complianță că ar îndeplini cerința solicitată prin caietul de sarcini, nu reprezintă o dovadă acceptabilă în lipsa unui document din care să reiasă veridicitatea celor afirmate, având în vedere inclusiv mențiunea expresă din caietul de sarcini conform căreia: *„Ofertanții trebuie să prezinte documentația tehnică de la producător, documentație necesară evaluării corecte și complete a modelului oferat. Fișele tehnice trebuie să conțină în mod obligatoriu, toate caracteristicile tehnice solicitate prin caietul de sarcini”*.

În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației sale astfel cum a fost formulată.

II. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică modalitatea de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, respectiv declararea ofertei ... ca fiind conformă și declarată câștigătoare.

În urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii, ... a fost declarat ofertant câștigător, iar toate celelalte oferte au fost declarate neconforme.

Ulterior finalizării evaluării, a fost postat în SICAP, la data de 07.11.2023, Raportul procedurii nr. DEER_PL/336049/01.11.2023.

La aceeași dată, 07.11.2023, a fost comunicat și Rezultatul procedurii nr. DEER_PL/341539/07.11.2023, prin care contestatorul a fost înștiințat că oferta sa a fost declarată neconformă în conformitate cu art. 139 lit. (2) din H.G. nr. 394/2016, coroborat cu art. 143 alin. (3) lit. a) din același act normativ.

Apreciind că atât oferta sa, cât și cea declarată câștigătoare au fost evaluate în mod eronat, netemeinic și nelegal, ... subliniază că a formulat contestația nr. 3662/14.11.2023, care face obiectul Dosarului CNSC nr. 3212/C7/2023, aflat pe rolul Consiliului.

În urma solicitării sale, de studiere a dosarului achiziției publice la CNSC, contestatorul arată că C.N.S.C. i-a permis studierea proceselor-verbale intermediare întocmite în cadrul procedurii, iar din cuprinsul procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023 au rezultat și alte neconformități ale ofertei ... decât cele deja expuse prin contestația nr. 3662/14.11.2023.

În consecință, s-a formulat prezenta contestație procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, de

conținutul căruia contestatorul a luat cunoștință la data de 11.12.2023 și, în temeiul art. 17 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 394/2016, solicită conexarea prezentei contestații la Dosarul CNSC nr. 3212/C7/2023 aferent contestației nr. 3662/14.11.2023 și prin care se învederează următoarele:

1. Echipamentul oferat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini: „219 CTMO - *Timp de funcționare fără alimentare. Se solicită: 10 minute la 5,5kW*”.

Deși ... a completat în cadrul matricei de conformitate: „10 min @ 5,5kW”, în realitate această performanță nu este cea reală, astfel cum se arată în cele ce urmează:

În fapt, ... a oferat - pentru cele 15 echipamente de 10.000W, echipamentul marca EATON, model 9SX11KiRT.

Tipul de echipament oferat a fost specificat în cadrul cerinței 201 CTMO - Tip echipament, unde ... menționează produsul: „EATON 9SX11KiRT 11kVA/10kW VFI-SS-111, *on-line double conversion with power factor correction*”. De asemenea, în urma solicitării care i-a fost adresată de comisia de evaluare, de a traduce în limba română oferta tehnică, acesta a reiterat faptul că modelul oferat este: „EATON 9SX11KiRT 11kVA/10kW VFI-SS-111, *cu dublă conversie și bypass static automat inclus și cu sistem de corecție al factorului de putere pentru protecție avansată*”.

Însă, nici din broșura produsului și nici de pe site-ul producătorului nu rezultă că acesta ar îndeplini cerința privind autonomia.

Broșura „*eaton-9sx-ups-5-6-8-11-kva-datasheet.pdf*” se regăsește pe site-ul original al producătorului EATON: <https://www.eaton.com/ae/en-gb/skuPage.9SX11KIRT.html>.

În pagina a doua a broșurii produsului (atașată contestației) este specificată autonomia la încărcări parțiale de 50% și la 70% din puterea de 11.000VA a echipamentului oferat, astfel: 9 minute la 50% și 5 minute la 70%, fiind precizat în mod clar faptul că acești timpi de autonomie sunt aferenți unui factor de putere la ieșire de 0,7: „** runtimes are shown at 0.7 output power factor*”, în traducere „*autonomia este arătată la 50% și respectiv 70% la 0,7 factor de putere pe ieșire*”.

Astfel, în condițiile în care, matematic, la 50% din puterea de 11.000VA a echipamentului oferat, egală cu 5.500VA, se aplică factorul de putere la ieșire 0,7 - ($5.500\text{VA} \times 0,7 = 3.850\text{W}$) - rezultă că autonomia de 9 minute este aferentă unei puteri de 3.850W.

Este evident, așadar, că un echipament care nu poate oferi decât o autonomie de maxim 9 minute la 3.850W, nu poate asigura o autonomie de 10 minute la o capacitate de 5.500W, astfel cum s-a solicitat prin specificația tehnică 219 CTMO din caietul de sarcini.

De altfel, dincolo de mențiunile analizate mai sus din cuprinsul Fișei tehnice a produsului, autonomia reală a acestuia rezultă inclusiv dintr-o

altă secțiune de pe site-ul oficial Eaton - Battery Runtimes for Eaton 9SX11KiRT - respectiv pagina: https://eg.eaton.com/ups-battery-runtime/engb/9SX11KiRT?_gl=1*1xgwu51*_ga*MzcwMTgxMDYwLjE3MDI0NTE0Mjg.*_ga_LPBXGQ4T95*MTcwMjQ1MTQyNy4xLjEuMTcwMjQ1MjQxMy4zNi4wLjA.

Se prezintă graficul „Battery Runtimes for Eaton 9SX11KiRT” și se arată că din grafic rezultă că autonomia produsului 9SX11KiRT, în configurația standard, la o încărcare de 5.513W este de 5 (cinci minute) și nu de 10 minute, astfel cum s-a solicitat prin caietul de sarcini.

În consecință, faptul că ... a completat în matricea de complianță că ar îndeplini cerința solicitată prin caietul de sarcini, nu reprezintă o dovadă acceptabilă în lipsa unui document din care să reiasă veridicitatea celor afirmate, având în vedere atât dispozițiile art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, cât și mențiunea expresă din caietul de sarcini, conform căreia: *„Ofertanții trebuie să prezinte documentația tehnică de la producător, documentație necesară evaluării corecte și complete a modelului ofertat. Fișele tehnice trebuie să conțină în mod obligatoriu, toate caracteristicile tehnice solicitate prin caietul de sarcini”*.

În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, contestatorul solicită Consiliului să constate că echipamentul ofertat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini: *„219 CTMO - Timp de funcționare fără alimentare. Se solicită: 10 minute la 5,5kW”*.

2. Echipamentul ofertat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini *„218 CTMO - Card ethernet de management”*

Deși ... a completat, în cadrul matricei de conformitate: *„Ethernet 10/100/1000BaseT”*, în realitate echipamentul ofertat nu îndeplinește această specificație, având în vedere următoarele:

După cum s-a arătat mai sus, tipul de echipament ofertat de ... a fost specificat în cadrul cerinței 201 CTMO - Tip echipament, unde se menționează produsul: *„EATON 9SX11KiRT 11Kva/10kW VFI-SS-111, on-line double conversion with power factor correction”*.

Acest echipament, în configurația standard, nu este dotat cu placă de rețea 10/100/1000Base T, iar ... nu a specificat nicăieri (în cadrul cerinței 201 CTMO - Tip echipament) faptul că ar fi ofertat, în plus, și placa de rețea.

În secțiunea „Communication” din Broșura *„eaton-9sx-ups-5-6-8-11-kva-datasheet.pdf”*, care se regăsește pe site-ul producătorului la adresa: <https://www.eaton.com/ae/en-gb/skuPage.9SX11KiRT.html>, sunt descrise doar porturile *„USB and Serial ports (cannot be used simultaneously), Dry contact, 1 Remote Power Off (all models), 1 Remote On/Off (RT format models)”*, fiind menționată doar existența unui slot pentru folosirea cardului de rețea, acest card de rețea nefiind inclus în configurația echipamentului.

Mai mult decât atât, într-o altă secțiune de pe site-ul producătorului, se precizează expres faptul că echipamentul nu include cardul de rețea.

A se vedea, în acest sens, următoarea pagină: <https://www.eaton.com/ae/en-gb/skuPage.9SX11KIRT.html>, pe care contestatorul o prezintă ca imagine (*ETHERNET INTERFACE: NO*).

În consecință, faptul că ... a completat în matricea de complianță că ar îndeplini cerința solicitată prin caietul de sarcini, nu reprezintă o dovadă acceptabilă în lipsa unui document din care să reiasă veridicitatea celor afirmate, având în vedere atât dispozițiile art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, cât și mențiunea expresă din caietul de sarcini conform căreia: *„Ofertanții trebuie să prezinte documentația tehnică de la producător, documentație necesară evaluării corecte și complete a modelului oferat. Fișele tehnice trebuie să conțină în mod obligatoriu, toate caracteristicile tehnice solicitate prin caietul de sarcini”*.

În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, contestatorul solicită Consiliului să constate că echipamentul oferat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini *„218 CTMO - Card ethernet de management”*.

3. Echipamentul oferat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini: *„266 CTMO - Timp de funcționare fără alimentare. După erata din cadrul răspunsului la întrebările de clarificare se solicită: Conform clarificării, 10 min la 3kW și 12 min la 2.25kW”*

Deși ... a completat în cadrul matricei de conformitate: *„minim 10 min la 3kW și 12 min la 2.25kW”*, în realitate produsul oferat nu îndeplinește această specificație tehnică.

Tipul de echipament oferat a fost specificat în cadrul cerinței *„248 CTMO - Tip echipament”*, unde ... menționează produsul: *„EATON 9SX5KiRT 5kVA/4,5kW VFI-SS-111, on-line double conversion with powerfactor correction”*. De asemenea, în urma solicitării care i-a fost adresată de comisia de evaluare, de a traduce în limba română oferta tehnică, acesta a reiterat faptul că modelul oferat este: *„EATON 9SX5KiRT 5kVA/4,5kW VFI-SS-111, cu dublă conversie și bypass static automat inclus și cu sistem de corecție al factorului de putere pentru protecție avansată.”*

Însă, nici din broșura produsului și nici de pe site-ul producătorului nu rezultă îndeplinirea cerinței privind autonomia.

Broșura *„eaton-9sx-ups-5-6-8-11-kva-datasheet.pdf”* se regăsește pe site-ul original al producătorului EATON, la următoarea adresă: <https://www.eaton.com/ro/ro-ro/skuPage.9SX5KIRT.html>.

Astfel, în pagina a doua a broșurii produsului (atașat contestației) este specificată autonomia la încărcări parțiale de 50% și la 70% din puterea de 5.000VA a echipamentului oferat, astfel: 13 minute la 50% și 10 minute la 70%, fiind precizat în mod clar faptul că acești timpi de autonomie sunt aferenți unui factor de putere la ieșire de 0,7: *„**

runtimes are shown at 0.7 output powerfactor”, în traducere „autonomia este arătată la 50% și respectiv 70% la 0.7 factor de putere pe ieșire”.

În condițiile în care, matematic, la 70% din puterea de 5.000VA a echipamentului oferat, egală cu 3.500VA, se aplică factorul de putere la ieșire 0.7 - ($3.500\text{VA} \times 0.7 = 2.450\text{W}$) - rezultă că autonomia de 10 minute este aferentă unei puteri de 2.450W.

Este evident, așadar, că un echipament care nu poate oferi decât o autonomie de maxim 10 minute la 2.450W, nu poate asigura o autonomie de 10 minute la o capacitate de 3.000W, astfel cum s-a solicitat prin specificația tehnică 266 CTMO din caietul de sarcini.

De altfel, dincolo de mențiunile analizate mai sus din cuprinsul Fișei tehnice a produsului, autonomia reală a acestuia rezultă inclusiv dintr-o altă secțiune de pe site-ul oficial Eaton - Battery Runtimes for Eaton 9SX5KiRT, respectiv pagina: [https://eg.eaton.com/ups-battery-runtime/en-gb/9SX5KiRT?](https://eg.eaton.com/ups-battery-runtime/en-gb/9SX5KiRT?_g1=1*18xiv08*_ga*MzcwMTgxMDYwLjE3MDI0NTE0Mjg*_ga_LPBXGQ4T95*MTcwMjQ1NjIxNi4yLjEuMTcwMjQ1NjI1OS4xNy4wLjA)

[_g1=1*18xiv08*_ga*MzcwMTgxMDYwLjE3MDI0NTE0Mjg*_ga_LPBXGQ4T95*MTcwMjQ1NjIxNi4yLjEuMTcwMjQ1NjI1OS4xNy4wLjA](https://eg.eaton.com/ups-battery-runtime/en-gb/9SX5KiRT?_g1=1*18xiv08*_ga*MzcwMTgxMDYwLjE3MDI0NTE0Mjg*_ga_LPBXGQ4T95*MTcwMjQ1NjIxNi4yLjEuMTcwMjQ1NjI1OS4xNy4wLjA).

Se prezintă graficul „Battery Runtimes for Eaton 9SX5KiRT” și se precizează faptul că în acesta, producătorul menționează că autonomia produsului 9SX5KiRT, în configurația standard, la o încărcare de 3.000W este de 7 (șapte minute) și nu de 10 minute (minim), cât s-a solicitat prin caietul de sarcini.

În plus, se redă captura de ecran de pe site-ul producătorului, unde acesta specifică autonomia la *half load/ jumătate* din cei 5.000VA/4.500W, precizând că aceasta este de 11 minute la *half load*, adică 11 minute la 2.250W și nu 12 minute cum se solicită prin caietul de sarcini: <https://www.eaton.com/ro/ro-ro/skuPage.9SX5KIRT.html>.

În consecință, faptul că ... a completat în matricea de complianță că ar îndeplini cerința solicitată prin caietul de sarcini, nu reprezintă o dovadă acceptabilă în lipsa unui document din care să reiasă veridicitatea celor afirmate, având în vedere atât dispozițiile art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, cât și mențiunea expresă din caietul de sarcini, conform căreia: *„Ofertanții trebuie să prezinte documentația tehnică de la producător, documentație necesară evaluării corecte și complete a modelului oferat. Fișele tehnice trebuie să conțină în mod obligatoriu, toate caracteristicile tehnice solicitate prin caietul de sarcini”.*

În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, contestatorul solicită Consiliului să constate că echipamentul oferat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini *„266 CTMO - Timp de funcționare fără alimentare. După erata din cadrul răspunsului la întrebările de clarificare se solicită: Conform clarificării, 10 min la 3kW și 12 min la 2.25kW”.*

4. Echipamentul oferat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini: *„269 CTMO - Furnitura trebuie să conțină obligatoriu următoarele produse. Se solicită: Network Management Card”*

Deși ... a completat în cadrul matricei de conformitate: „*Eaton Gigabit Networkcard*”, în realitate această specificație tehnică nu este îndeplinită.

Așa cum s-a menționat mai sus, tipul de echipament oferat a fost specificat în cadrul cerinței „248 CTMO - Tip echipament”, unde ... menționează produsul: „*EATON 9SX5KiRT 5kVA/4,5kW VF1-SS-111, on-line double conversion with power factor correction*”. De asemenea, în urma solicitării care i-a fost adresată de comisia de evaluare, de a traduce în limba română oferta tehnică, acesta a reiterat faptul că modelul oferat este: „*EATON 9SX5KiRT 5kVA/4,5kW VFI-SS-111, cu dublă conversie și bypass static automat inclus și cu sistem de corecție al factorului de putere pentru protecție avansată*.”

Acest echipament, în configurația standard, nu este dotat cu placă de rețea, iar ... nu a specificat nicăieri (în cadrul cerinței 248 CTMO - Tip echipament) faptul că ar fi oferat, în plus, și placa de rețea.

În secțiunea „*Communication*” din Broșura „*eaton-9sx-ups-5-6-8-11-kva-datasheet.pdf*”, care se regăsește pe site-ul producătorului la adresa: <https://www.eaton.com/ae/en-gb/skuPage.9SXHKIRT.html>, sunt descrise doar porturile „*USB and Serial ports (cannot be used simultaneously)*”, *Dry contact*, *1 Remote Power Off (all models)*, *1 Remote On/Off (RT format models)*”, fiind menționată doar existența unui slot pentru folosirea cardului de rețea, acest card de rețea nefiind inclus în configurația echipamentului.

Mai mult decât atât, într-o altă secțiune de pe site-ul producătorului, se precizează expres faptul că echipamentul nu include cardul de rețea.

A se vedea, în acest sens, următoarea pagină: <https://www.eaton.com/ro-ro/skuPage.9SX5KIRT.html> „*ETHERNET INTERFACE: NO*”.

În consecință, faptul că ... a completat în matricea de complianță că ar îndeplini cerința solicitată prin caietul de sarcini, nu reprezintă o dovadă acceptabilă în lipsa unui document din care să reiasă veridicitatea celor afirmate, având în vedere atât dispozițiile art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, cât și mențiunea expresă din caietul de sarcini, conform căreia: „*Ofertanții trebuie să prezinte documentația tehnică de la producător, documentație necesară evaluării corecte și complete a modelului oferat. Fișele tehnice trebuie să conțină în mod obligatoriu, toate caracteristicile tehnice solicitate prin caietul de sarcini*”.

În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, contestatorul solicită Consiliului să constate că echipamentul oferat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini „269 CTMO - *Furnitura trebuie să conțină obligatoriu următoarele produse. Se solicită: Network Management Card*”.

5. Echipamentul oferat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini: „270 CTMO - *Garanție. Se solicită ca garanția să fie*

«Certificată de producător pentru 3 ani reparații sau înlocuire (excluzând bateria) și 2 ani pentru baterie»»

Deși ... a completat în cadrul matricei de conformitate: „3 ani”, în realitate această specificație tehnică nu este îndeplinită.

În broșura produsului este specificat expres că garanția este de 2 ani și nu de 3 ani.

Broșura „*eaton-9sx-ups-5-6-8-11-kva-datasheet.pdf*” a fost descărcată de pe site-ul original al producătorului EATON, aflat la adresa: <https://www.eaton.com/ae/en-gb/skuPage.9SX11KIRT.html>.

În consecință, faptul că ... a completat în matricea de complianță că ar îndeplini cerința solicitată prin caietul de sarcini, nu reprezintă o dovadă acceptabilă în lipsa unui document din care să reiasă veridicitatea celor afirmate, având în vedere atât dispozițiile art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, cât și mențiunea expresă din caietul de sarcini conform căreia: *„Ofertanții trebuie să prezinte documentația tehnică de la producător, documentație necesară evaluării corecte și complete a modelului ofertat. Fișele tehnice trebuie să conțină în mod obligatoriu, toate caracteristicile tehnice solicitate prin caietul de sarcini”*.

Având în vedere cele expuse mai sus, contestatorul solicită Consiliului să constate că echipamentul ofertat de ... nu respectă specificația tehnică din caietul de sarcini *„270 CTMO - Garanție. Se solicită ca garanția să fie «Certificată de producător pentru 3 ani reparații sau înlocuire (excluzând bateria) și 2 ani pentru baterie»”*.

Ca o concluzie generală, întrucât propunerea tehnică a ... nu îndeplinește specificațiile tehnice indicate prin contestație, comisia de evaluare ar fi trebuit să facă aplicarea dispozițiilor art. 143 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 394/2016 și să declare oferta ca neconformă.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației, anularea procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023 și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește oferta ..., reevaluarea acestei oferte în conformitate cu prevederile caietului de sarcini și a legislației în cauză, iar în situația în care contestația nr. 3662/14.11.2023 se va respinge în ceea ce privește oferta sa, anularea procedurii de atribuire conform art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, precum și obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații, constând în onorariu avocațial, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. DEER_PL/391304/20.12.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 69619/20.12.2023, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ..., solicitând respingerea acesteia ca nelegală și neîntemeiată.

În fapt, la data de 20.11.2023, entitatea contractantă a transmis la CNSC „Punctul de vedere” și „Dosarul achiziției”, înregistrate la acesta prin adresa nr. 63603/21.11.2023, cu privire la prima contestație depusă

de ... nr. 3662/14.11.2023, prin care se menține punctul de vedere exprimat în raportul procedurii nr. DEER_PL/336049/01.11.2023 și se solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Referitor la contestația nr. 3688/14.12.2023, entitatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere următoarele răspunsuri, la solicitările contestatorului:

1. Se menține punctul de vedere cu privire la oferta tehnică a ... și a celor consemnate în procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023;

2. Oferta tehnică a ... corespunde caietului de sarcini;

3. Se solicită Consiliului să decidă privitor la punctul 3 din contestație.

Față de aceste aspecte, se menține punctul de vedere exprimat în raportul procedurii nr. DEER_PL/336049/01.11.2023, prin care oferta tehnică depusă de către ... este neconformă și oferta ... este declarată câștigătoare.

În concluzie, ... arată că își menține punctul de vedere privitor la contestația nr. 3662/14.11.2023 și consideră tardivă contestația nr. 3688/14.12.2023, motiv pentru care solicită C.N.S.C. respingerea ambelor contestații ca nelegale și neîntemeiate, precum și menținerea tuturor actelor efectuate în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Prin adresa nr. 3698/21.12.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 69918/21.12.2023, ... transmite Concluzii Scrise la contestația sa nr. 3688/14.12.2023, prin care reiterează solicitarea de admitere a acesteia astfel cum a fost formulată, având în vedere următoarele motive:

În fapt, contestația nr. 3688/14.12.2023 nu este tardivă.

Aceasta a fost formulată în termenul instituit de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, care a început să curgă la data efectuării studiului dosarului achiziției publice la CNSC - 11.12.2023, dată la care contestatorul a luat cunoștință de conținutul actului vătămător al entității contractante constând în procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, din cuprinsul căruia au rezultat și alte neconformități ale ofertei ... decât cele deja expuse prin contestația nr. 3662/14.11.2023.

Așadar, la momentul formulării celei de-a doua contestații, se întruneau condițiile prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 pentru a fi considerată persoană vătămată prin actul atacat, respectiv avea interes în legătură cu procedura de atribuire (întrucât prima contestație nu era soluționată la acea dată) și risca să sufere un prejudiciu cauzat de actul entității contractante constând în respectivul proces-verbal - pe care, neavând acces la conținutul său, nu a avut posibilitatea de a-l ataca pe calea primei contestații, dezvoltând motivele de neconformitate ale ofertei ...

În concluzie, se solicită Consiliului să respingă ca neîntemeiată excepția tardivității contestației nr. 3688/14.12.2023.

De asemenea, se solicită Consiliului să constate faptul că entitatea contractantă nu a formulat nicio apărare cu privire la argumentele sale de neconformitate a ofertei ... expuse în cuprinsul acesteia.

În aceste condiții, se reiterează solicitarea de admitere a contestației nr. 3688 /14.12.2023 astfel cum a fost formulată.

În ceea ce privește capătul de cerere subsidiar din contestație, respectiv cel al anulării procedurii de atribuire, contestatorul solicită să se aibă în vedere următoarele aspecte:

În situația în care se vor respinge argumentele în privința conformității ofertei expuse în cuprinsul contestației nr. 3662/14.11.2023, însă se va admite criticile aduse ofertei ..., se impune adoptarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, sens în care trebuie avute în vedere inclusiv considerentele hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-131/16, Archus și Gama, din care se citează.

Aceste considerente au fost deja reținute de Consiliu, anterior, în jurisprudența sa, din care se menționează, cu titlu exemplificativ, Decizia nr. 75/C9/2550 din 16.01.2020 din care se citează.

În concluzie, având în vedere toate argumentele expuse în cuprinsul contestației nr. 3688/14.12.2023 (conexată, conform legii, la contestația nr. 3662/14.11.2023), ... solicită: în principal, anularea procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, precum și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește oferta ... și reevaluarea acesteia în conformitate cu prevederile caietului de sarcini și ale legii privind achizițiile publice sectoriale, iar, în subsidiar, în cazul respingerii criticilor aduse în privința evaluării ofertei sale prin contestația nr. 3662/14.11.2023, anularea procedurii de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016.

Cu cheltuielile de judecată atașate, conform prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. DEER_PL/918/03.01.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 257/03.01.2024, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ..., solicitând respingerea acesteia ca tardiv formulată.

În fapt, la data de 21.12.2023, ... a transmis în completarea contestației nr. 3688/14.12.2023, Concluzii Scrise, înregistrate cu nr. 3698/21.12.2023, prin care considera neîntemeiată excepția tardivității contestației nr. 3688/14.12.2023, pe motiv că în data de 11.12.2023 a luat la cunoștință de procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, din cuprinsul căruia au rezultat și alte neconformități ale ofertei ..., decât cele expuse în contestația nr. 3662/14.11.2023.

Procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice a fost pus la dispoziția contestatorului și în data de 09.11.2023, la sediul entității

contractante, conform procesului-verbal nr. 345947/09.11.2023 (atașat).

Referitor la faptul că „entitatea contractantă nu a formulat nicio apărare” cu privire la neconformitatea ofertei ..., aceasta arată că a considerat că nu mai sunt necesare argumentele privind acceptabilitatea ofertei câștigătoare, acestea fiind detaliate în punctul de vedere nr. 353773/16.11.2023 și dosarul achiziției, transmise la CNSC ca urmare a contestației nr. 3662/14.11.2023.

Cu toate acestea, entitatea contractantă vine în completare cu următoarele răspunsuri (1-5), referitoare la contestația nr. 3688/14.12.2023, pentru echipamentul ofertat de ...:

1. În cadrul cerințelor tehnice minime obligatorii, la rubrica „0202 CTMO Construcție” se oferă modulul principal și un modul de baterie externă pentru fiecare echipament.

Modelul echipamentului „Eaton 9SX11Ki 11kVA” + 1 EBM (modul de baterie externă) are „Autonomie standard la sarcină 50 și 70%” de 22/15 minute, conform „Eaton_9SX_datasheet_A4_rev_B_LOW - RO.pdf”.

Conform celor menționate, echipamentul corespunde caietului de sarcini.

2. Cerința „0218 CTMO Card ethernet de management”:

Se solicită: Fast Ethernet 10100/1000BaseT, Interfața de management web based; Sistem de autentificare; Baterie individuală care să păstreze timpul chiar dacă modulul nu este conectat; Protocoale: HTTP, HTTPS, SNMP V3, NTP, SMTP, SMTPS BOOTP/DHCP, CLI, SSH, ARP.

... oferă: Ethernet 10100/1000BaseT, Interfața de management web based; Sistem de autentificare; Baterie individuală care să păstreze timpul chiar dacă modulul nu este conectat;

Protocoale: HTTP, HTTPS, SNMP V3, NTP, SMTP, SMTPS BOOTP/DHCP, CLI, SSH, ARP Protocol Support HTTP, HTTPS 1.1, TLS 1.2, SNMP V1, SNMP V3, NTP, SMTP, SMTPS BOOTP/DHCP, CLI, SSH, ARP, Syslog, Radius, LDAP, ActiveDirectory.

De asemenea, face referire și la Document „9PXSX_8-11_RO” pag. 32 și Document „Eaton_Network_Gigabit_card_datasheet_LR” pag. 1.

... oferă echipamentul UPS: „Eaton 9SX5KiRT 5kVA/4.5kW VFI-SS-111”.

Conform celor menționate, cerința este îndeplinită, echipamentul corespunde caietului de sarcini.

3. Referitor „0266 CTMO - Timp de funcționare fără alimentare”

Se solicită: Minim 10 minute la 3kW/12min la 2,25kW conform răspuns de clarificare nr. 294175/28.09.2023

... oferă: Se acceptă erata solicitată, motivat eroare de redactare; 0226 CTMO - Timp de funcționare fără alimentare: minim 10 minute la 3kW / 12 minute la 2,25kW

De avut în vedere că și la acest echipament se solicită, conform cerinței „0269 CTMO - Furnitura trebuie să conțină obligatoriu următoarele produse”:

Modulul principal; Modulul extern de baterii, (baterii incluse); Network Management Card; Bloc terminal Remote PowerOff; 2 șine rackabile pentru cele două module; Software CD + USB Cable + Serial Cable; Full suport pentru modul de amplasare verticală;

... oferă: Modulul principal; Modulul extern de baterii, (baterii incluse); Network Management Card; Bloc terminal Remote PowerOff ; 2 șine rackabile pentru cele două module; Software CD + USB Cable + Serial Cable; Full suport pentru modul de amplasare verticală.

Implicit, timpul de funcționare, conform fișei tehnice „Eaton_9SX_datasheet_A4_rev_B_LOW-RO.pdf”, prezentată de către ... la rubrica: „Autonomie standard la sarcină 50 și 70%” , 9SX + 1 EBM (modul extern de baterii) timpul de funcționare este de „60/40 minute”.

Conform celor menționate, echipamentul corespunde caietului de sarcini.

4. Referitor la „0269 CTMO - Furnitura trebuie să conțină obligatoriu următoarele produse - Network Card Management”

DEER solicită, printre alte cerințe și „Network Card Management”.

... oferă: Network Management Card

De avut în vedere că există și cerința: „0265 CTMO - Card ethernet de management”

DEER solicită: Card de rețea disponibil pentru monitorizare și control de la distanță a stării UPS-ului prin Fast Ethernet 10/100/1000BaseT

... oferă: „Card de rețea: Eaton Gigabit Network Card Network-M2” cu referire la „Document "Eaton_Network_Gigabit _card_datasheet_LR” pag. 1.

Conform celor menționate, echipamentul corespunde caietului de sarcini.

5. Referitor la cerința „0270 CTMO – Garanție”:

DEER solicită: Certificată de producător pentru 3 ani reparații sau înlocuire (excluzând bateria) și 2 ani pentru baterie

... oferă: 3 ani, cu mențiunea: UPS-urile marca Eaton vin cu 2 ani garanție standard - Eaton-9sx-ups-5-6-8-11-kva.pdf – pag. 2, la care se adaugă 1 an extra-garanție - cod produs producător W1006WEB - Warranty+1 Product 06 Web.

Conform celor menționate, cerința este îndeplinită, echipamentul corespunde caietului de sarcini.

Față de aceste aspecte, entitatea contractantă arată că își menține punctul de vedere exprimat în raportul procedurii nr. DEER_PL/336049/01.11.2023, postat în SEAP la data de 07.11.2023, prin care oferta ... este conformă.

Având în vedere cele expuse mai sus și în conformitate cu art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, citat, entitatea contractantă precizează că susține tardivitatea contestației nr. 3688/14.12.2023, din următoarele motive:

- procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, a fost analizat de contestator la sediul entității contractante și în data de 16.11.2023 (conf. document atașat), nu numai în data de 11.12.2023 la CNSC, conform celor susținute în contestația nr. 3688/14.12.2023;

- raportul procedurii și comunicările către ofertanți au fost postate în SEAP la data de 07.11.2023.

În concluzie, întrucât cele 2 contestații vizează același act vătămător din cadrul aceleiași proceduri de atribuire, entitatea contractantă arată că își menține punctul de vedere privitor la contestația nr. 3662/14.11.2023 și consideră tardivă contestația nr. 3688/14.12.2023, motiv pentru care solicită C.N.S.C. respingerea acesteia ca tardiv formulată.

De asemenea, se solicită Consiliului menținerea tuturor actelor efectuate de către entitatea contractantă, în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Prin adresa nr. 3708/05.01.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 787/05.01.2023, ... transmite Concluzii Scrise, ca răspuns la completarea entității contractante nr. DEER_PL/918/03.01.2024 la punctul de vedere nr. DEER_PL/391304/20.12.2023, reiterând solicitarea de admitere a contestației și respingerea, ca neîntemeiate, a apărărilor entității contractante, având în vedere următoarele motive:

- În realitate, excepția tardivității este complet neîntemeiată

Prin intermediul Invitației nr. DEER_PL/343385/08.11.2023 (atașată), semnată de Președintele comisiei de evaluare, dl. Adrian Bratu, entitatea contractantă a permis contestatorului studierea limitată a dosarului achiziției publice la sediul acesteia, astfel cum se menționează expres în conținut adresei respective, punctul 3: „3. Vă punem la dispoziție: documentele care nu sunt declarate confidențiale, raportul procedurii de atribuire, procesele verbale de evaluare și informațiile din cadrul propunerilor tehnice care nu au fost declarate confidențiale „.

În considerarea acestei restricționări, d-na ... a pus la dispoziția contestatorului o parte a unui proces-verbal (un extras), ce conținea doar evaluarea tehnică a propriei oferte, susținând că paginile care vizează ofertele declarate confidențiale nu se pot vizualiza.

Aceasta a și fost rațiunea pentru care s-a solicitat studierea dosarului achiziției publice și la sediul CNSC.

În urma solicitării contestatorului, Consiliul (deși a refuzat accesul la cele două propuneri tehnice), a permis studierea proceselor-verbale intermediare integrale, iar din cuprinsul procesului-verbal de evaluare a

propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023 necenzurat, de care a luat cunoștință în data de 11.12.2023, au rezultat și alte neconformități ale ofertei ... decât cele deja expuse prin contestația nr. 3662/14.11.2023.

Așadar, în realitate, contestația nr. 3688/14.12.2023 nu este tardivă.

În acest context, contestatorul solicită Consiliului să constate că, deși în punctul de vedere nr. DEER_PL/391304/20.12.2023 s-a invocat excepția tardivității, aceasta nu a fost motivată în niciun fel, pentru simplul motiv că nu există niciun argument care să o susțină.

În acest context, revenirea la excepție prin Completare, cu denaturarea completă a realității și cu specularea, lipsită de onestitate, a faptului că d-na Niculiță (care a completat, manuscris, PV-ul cu datele privind studierea dosarului) nu a precizat în cuprinsul acestuia că extrasul din procesul-verbal de evaluare tehnică studiat a vizat exclusiv propria ofertă, denotă o rea-credință vădită și o încercare de manipulare a soluției Consiliului.

Nu în ultimul rând, însă, această manieră lipsită de fair play de a acționa dovedește teama că CNSC va analiza pe fond criticile pertinente pe care studierea, cel puțin a acestui proces-verbal, a permis contestatorului să le aducă ofertei nelegal declarată câștigătoare.

În realitate, contestația nr. 3688/14.12.2023 a fost formulată în termenul instituit de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b), care a început să curgă la data efectuării studiului dosarului achiziției publice la CNSC - 11.12.2023, dată la care contestatorul susține că a luat cunoștință de conținutul vătămător al actului entității contractante constând în maniera nelegală de evaluare a ofertei neconforme a ..., consemnată în Procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023.

Așadar, la momentul formulării celei de-a doua contestații, se întruneau condițiile prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 pentru a fi considerată persoană vătămată prin actul atacat, respectiv avea interes în legătură cu procedura de atribuire (întrucât prima contestație nu era soluționată la acea dată) și risca să sufere un prejudiciu cauzat de actul entității contractante constând în respectivul proces-verbal - pe care, neavând acces la conținutul său, nu a avut posibilitatea de a-l ataca pe calea primei contestații, dezvoltând motivele de neconformitate ale ofertei ...

În concluzie, ... solicită Consiliului să respingă ca neîntemeiată excepția tardivității contestației sale nr. 3688/14.12.2023, invocată de către entitatea contractantă.

▪ În ceea ce privește apărările pe care entitatea contractantă le formulează în privința neconformității ofertei ..., acestea sunt neîntemeiate și trebuie respinse ca atare

1. Referitor la cerința „0266 CTMO - Timp de funcționare fără alimentare”, care conform eratei este de „10 min la 3kW și 12 min la 2,25kW”

Astfel cum s-a demonstrat pe larg în cuprinsul contestației nr. 3688 /14.12.2023, echipamentul oferat de ... nu respectă cerința minimă privind timpul de funcționare fără alimentare de 10 min la 3kW și 12 min la 2,25kW.

În acest sens, trebuie avut în vedere că, așa cum se reține în procesul verbal de evaluare a ofertelor tehnice și cum este completat în cadrul Matricei de conformitate, ... a precizat că tipul de echipament oferat în cadrul cerinței „248 CTMO - Tip echipament” este: „EATON 9SX5KiRT 5kVA/4,5kW VFI-SS-111, on-line double conversion with power factor correction”, fără a fi menționată și ofertarea unui cabinet extern de baterii.

Tipul de echipament oferat este confirmat prin retransmiterea ofertei tehnice în limba română, unde s-a reiterat faptul că modelul oferat este: EATON 9SX5KiRT 5kVA/4,5kW VFI-SS-111, cu dublă conversie și bypass static automat inclus și cu sistem de corecție al factorului de putere pentru protecție avansată.

Așadar, în realitate, cabinetului extern de baterii al acestui produs nu a fost oferat.

În aceste condiții, se poate constata că entitatea contractantă a afirmat, în Completarea sa la punctul de vedere, în mod eronat și nesustținut de niciun document din propunerea tehnică a ..., că această entitate ar fi oferat atât UPS-ul 9SX5KiRT, ... cât și EBM (!), respectiv un UPS + un cabinet extern de baterii.

De asemenea, entitatea contractantă afirmă, fără niciun suport în cadrul ofertei ..., că „timpul de funcționare este de 60/40 minute”, contrar celor expres menționate de acest ofertant în propunerea sa tehnică.

2. Referitor la cerința „0269 CTMO - Furnitura trebuie să conțină obligatoriu următoarele produse - Network Card Management”

Așa cum s-a arătat mai sus, ... a declarat în mod clar, atât în versiunea în engleză cât și în cea în limba română, că tipul de echipament oferat în cadrul cerinței „248 CTMO - Tip echipament” este: „EATON 9SX5KiRT 5kVA/4,5kW VFI-SS-111, on-line double conversion with power factor correction”, fără, însă, a oferta și cardul de rețea.

3. În ceea ce privește la cerința „270 CTMO - Garanție. Se solicită ca garanția să fie Certificată de producător pentru 3 ani reparații sau înlocuire (excluzând bateria) și 2 ani pentru baterie”

Deși ... a completat în cadrul Matricei de conformitate: „3 ani”, în fapt această specificație tehnică nu este îndeplinită.

Astfel, așa cum s-a arătat prin contestație, în Broșura „eaton-9sx-ups- 5-6-8-11-kva-datasheet.pdf”, descărcată de pe site-ul original al

producătorului EATON, aflat la adresa: <https://www.eaton.com/ae/en-gb/skuPage.9SX11KiRT.html> și se citează din pag. 2.

În aceste condiții, în Completarea sa, entitatea contractantă face o afirmație nesusținută de propunerea tehnică a ..., conform căreia: *„în plus față de cei 2 ani, s-ar fi oferat și W1006WEB - Warranty+1 Product 06 Web”*.

În concluzie, mențiunea privind *„anul suplimentar de garanție”*, care nu există în oferta ..., reprezintă o încercare, cu rea-credință, de a se acoperi neconformitatea acestei oferte.

4. Cu privire la cerința *„0202 CTMO Construcție”*

Entitatea contractantă afirmă că ... ar fi oferat câte un modulul principal și un modul de baterie externă pentru fiecare echipament: *„Modelul echipamentului Eaton 9SX11 Ki 11kVA + 1 EBM (modul de baterie externă) are Autonomie standard la sarcină 50 și 70%” de 22/15 minute, conform Eaton_9SX_datasheet_A4_rev_B_LOW-RO.pdf. Conform celor menționate, echipamentul corespunde caietului de sarcini.”*

Cu toate acestea, contestatorul solicită Consiliului să constate că afirmația este, în realitate, eronată și nesusținută de propunerea tehnică a ...

Astfel, ... a descris în mod clar, în cadrul cerinței *„201 CTMO - Tip echipament”*, ce echipament a oferat, menționând că a oferat DOAR produsul: *„EATON 9SX11KiRT 11kVA/10kW VFI-SS-111, on-line double conversion with powerfactor correction”*, NU și vreun cabinet extern de baterii.

Ca și în cadrul apărărilor privind cerința *„0266 CTMO - Timp de funcționare fără alimentare”*, și în acest caz, entitatea contractantă prezintă detalii inexistente în oferta ..., afirmând că: *„pe lângă UPS-ul EATON 9SX11KiRT, ... ar fi oferat și un al doilea cabinet de baterii și că astfel ar oferi o autonomie de «Autonomie standard la sarcină 50 și 70% de 22/15 minute», cu toate că ofertantul însuși, completând Matricea de conformitate, spune că autonomia este 10 min la 5,5kW”* (a se vedea cerința 219 din cadrul Matricei de conformitate completată de însuși ofertant).

Trebuie reținut faptul că produsul EATON 9SX11KiRT are în construcție partea electronică a modulului de putere - care nu conține baterii - și un modul de baterii.

Astfel, constructiv, codul 9SX11KiRT reprezintă: *„Power Module + EBM”*, astfel cum este specificat în pagina 2-a a documentului invocat chiar de către entitatea contractantă.

În consecință, întrucât echipamentul EATON 9SX11KiRT oferat de ... nu conține baterii, iar cabinetul extern nu a fost oferat, cerința privind autonomia nu este respectată, așa cum s-a argumentat pe larg în cadrul contestației nr. 3688/14.12.2023.

5. Referitor la cerința *„0218 CTMO Card ethernet de management”*

Contestatorul reiterează cele expuse mai sus, respectiv că tipul de echipament oferat de ... a fost specificat în cadrul cerinței 201 CTMO - Tip echipament, unde se menționează că a oferat DOAR produsul: „EATON 9SX11KiRT 11kVA/10kW VFI- SS-111, on-line double conversion with power factor correction”, NU că ar fi oferat și cardul de rețea.

În aceste condiții, mențiunea privind cerința 218 din Matricea de conformitate reprezintă doar o preluare prin metoda copy&paste, contrazisă de oferta tehnică a ...

Se reiterează astfel că, așa cum s-a arătat pe larg în contestație, echipamentul EATON 9SX11KiRT 11kVA/10kW, livrat în configurația standard, NU ESTE PREVĂZUT și cu card de management prin rețea.

În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, ... solicită C.N.S.C. să admită contestația nr. 3688/14.12.2023 astfel cum a fost formulată și să respingă ca neîntemeiate atât excepția prescripției, cât și apărările pe fond ale entității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. DEER_PL/391304/20.12.2023 și Completările la acesta nr. DEER_PL/918/03.01.2024.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „UPS-uri Data Center”, cod CPV 31682530-4 Surse de alimentare electrică (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare este de 850.000,00 lei fără TVA.

Prin procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, nr. DEER_PL/305474/09.10.2023, s-a menționat faptul că la procedura de atribuire s-au depus 4 oferte, dintre care și cea a contestatorului ...

Conform celor precizate în raportul procedurii nr. DEER_PL/336049/01.11.2023, oferta ... a fost declarată câștigătoare, cu suma de 847.174,50 lei, fără TVA.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis:

- recipisa de consemnare nr. 209699904/1, eliberată de CEC BANK Sucursala ... la data de 16.11.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 17.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3212/2023;

- recipisa de consemnare nr. 209786005/1, eliberată de CEC BANK Sucursala ... la data de 18.12.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 17.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3504/2023.

Astfel, Consiliul constată că ... a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 pentru dosarele nr. 3212/2023 și nr. 3504/2023.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea în care achizițarea ... a evaluat oferta depusă de către ..., pe care a declarat-o neconformă, cât și pe cea depusă de către ..., desemnată câștigătoare.

Referitor la aspectul legat de studiu dosarului, Consiliul a luat în considerare prevederile 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 (...).”*

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea contestatoarei ... de studiere a dosarului cauzei, aceasta prezentându-se la sediul CNSC la data de 11.12.2023.

Potrivit art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt prevăzute următoarele:

„(1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității contractante prevăzute la art. 145 și 215 în legătură cu transmiterea spre publicare a anunțului de atribuire și, respectiv, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire către candidați/ofertanți.

(3) Autoritatea contractantă poate impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1).”

La art. 217 din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a prevăzut următoarele:

„Art. 217:

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a întocmi dosarul achiziției publice pentru fiecare contract de achiziție publică/acord-cadru încheiat, respectiv pentru fiecare sistem dinamic de achiziții lansat.

(2) Dosarul achiziției publice se păstrează de către autoritatea contractantă atât timp cât contractul de achiziție publică/acordul-cadru produce efecte juridice, dar nu mai puțin de 5 ani de la data încetării contractului respectiv.

(3) În cazul anulării procedurii de atribuire, dosarul se păstrează cel puțin 5 ani de la data anulării respectivei proceduri.

(4) Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice are caracter de document public.

(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

(7) Conținutul dosarului achiziției publice se stabilește prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi."

Dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016 prevăd următoarele:

„(1) 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 prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) 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. "

Iar dispozițiile art. 123 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 prevăd următoarele: „(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile."

Se reține faptul că la prezenta procedură au prezentat declarații de confidențialitate următoarele ofertante, respectiv:

- ... a declarat confidențiale:

- „... a) Documentele de calificare integral;
- b) Propunerea tehnică integral inclusiv anexele;
- c) Propunerea financiară integral;
- d) Răspunsurile la solicitările de clarificări. ..."

- ... a declarat confidențiale:

- „... a) informațiile din propunerea tehnică în integralitate;
- b) prețurile din propunerea financiară, exceptând prețul final criptat în SEAP;

c) solicitările și răspunsurile la clarificări în ceea ce privește Propunerea Tehnică și Propunerea Financiară. ...”.

Prin adresa nr. 64687/3212/C7/24.11.2023, Consiliu a solicitat ... să justifice/motiveze încadrarea documentelor confidențiale și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

... transmite răspunsul său prin adresa nr. VDF202312053066, înregistrată la Consiliu cu nr. 66472/06.12.2023, prin care transmite adresa emisă de către furnizorul său de echipamente (... S.R.L.), în care se menționează că respectiva ofertă este destinată strict pentru clientul final ...

Ținând seama de faptul că în cadrul ofertelor depuse, aflate la dosarul achiziției publice se regăsesc declarații de confidențialitate din partea celor doi ofertanți la procedura de atribuire, privind anumite documente, astfel cum au fost amintite, Consiliul, cu ocazia invitării autoarei contestației ... la studierea dosarului achiziției publice, a comunicat acesteia următoarele, prin intermediul adresei nr. 66202/3212/C7/05.12.2023:

„ ... Ținând seama de faptul că ... și ... și-au declarat confidențiale informațiile aferente ofertei, în situația în care doriți studierea respectivelor documente, trebuie să obțineți acordul scris al acestora, conform art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.”

Așa cum a fost mai sus reținut, ținând seama de faptul că în cadrul ofertelor depuse de către operatorii economici, anumite documente depuse sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale, și care au fost justificate/probate și însoțite de dovezi, Consiliul a pus la dispoziția autoarei contestației dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale de ofertanți, așa cum au fost mai sus amintite.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul a ținut seama de rigorile la care este supus, prin regulile precitate, situație în care nu au fost puse la dispoziția autoarei contestației, documentele provenind de la operatorii economici mai sus amintiți, întrucât constituie informații declarate confidențiale. Conform art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Din economia tuturor aspectelor anterior redată, luând act de documentele aflate la dispoziția sa și susținerile părților, Consiliul a decis să nu pună la dispoziția contestatoarei ..., care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, documentele declarate confidențiale ale contracandidatului criticat, respectiv ofertanta ..., documentele depuse marcate sau indicate de către aceasta, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale.

Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei ... dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale de contracandidații acesteia, așa cum au fost mai sus amintite.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul a ținut seama de rigorile la care este supus, prin regulile precizate, situație în care nu au fost puse la dispoziția ... documentele/înscrisurile provenind de la ofertanta ... S.A și ... mai sus amintite, întrucât constituie informații declarate confidențiale.

În ceea ce privește, însă, documentele întocmite de entitatea contractantă respectiv procesele-verbale de evaluare și restul documentelor care nu au fost declarate confidențiale de ofertantele participante, acestea au fost puse la dispoziția autoarei contestației. Se are în vedere că, Consiliul a avut acces la întregul dosar al achiziției publice, la fel și entitatea contractantă.

Pe de altă parte se are în vedere că autoarea contestației a formulat critici concrete vizavi de ofertanta reclamată.

La nivel național, tema confidențialității ofertelor depuse în procedurile de achiziție publică este reglementată, cu titlu general, prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și normele sale de punere în aplicare, Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale și normele sale de punere în aplicare și Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Liberul acces la informații de interes public este garantat, fără a fi însă un drept/o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la informații de interes publică comportă limitări. Astfel, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale (secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor).

Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care acestea le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

Legiuitorul a reglementat, cu titlu de principiu - *de plano*, faptul că accesul la informații de interes public este liber. Fără a nega sau încalcă prevederile principiului transparenței, în procesul de achiziție publică/sectorială această aplicare a sa, *de plano*, fără o analiză apriorică fundamentată, în caz contrar, contracandidații ar intra în posesia unor informații sensibile și extrem de importante pe care le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, entitatea a cărei ofertă va fi făcută publică pierzând inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

Astfel, prin simpla invocare a principiului transparenței, nu se poate crea un avantaj sau/și oferirii datelor vitale din sistemul de producție a unui ofertant, unui contracandidat în procedură.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială intră în competiție concurenți de pe aceeași piață și implicit cu interese contrarii. Într-un astfel de context, informațiile confidențiale au o valoare extrem de importantă, rațiunea protejării lor fiind, în fapt, extrinsecă procedurii de achiziție publică în cauză.

Așadar, este perfect justificată menționarea ca și confidențiale a unor informații a căror dezvăluire ar putea prejudicia ofertanții. Acest aspect, este tratat și de legiuitor, care protejează, *de plano*, în etapa contestației, informațiile cuprinse în ofertele depuse declarate confidențiale, condiționând accesul la consultarea documentelor confidențiale de acordul scris al respectivilor ofertanți.

În concluzie, în vederea respectării dreptului la confidențialitate, legea însăși limitează aplicarea principiului transparenței, unul dintre principiile fundamentale din domeniul achizițiilor publice.

Potrivit jurisprudenței CJUE (Hotărârea Curții din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, Varec SA c. Etat belge, în prezenta Diehl Remscheid GmbH & Co), în etapa căilor de atac, obligația de respectare a confidențialității informațiilor se transmite de la autoritatea/entitatea contractantă către organismul responsabil cu soluționarea respectivei căi de atac – C.N.S.C., acesta din urmă fiind obligat să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

În lumina celor reținute, după cum s-a arătat mai sus, nu se putea permite ofertantei contestatoare 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 nederaturată. 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

acestui, 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 conexate 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 nedenaturată. 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, pârâțul 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,

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].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

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.

În aceeași direcție acționează și instanțele de judecată relevantă fiind Hotărârea nr. 354/2021 din data de 08.03.2021 emisă de Curtea de Apel Ploiești, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal care a reținut următoarele:

„În ceea ce privește **critica referitoare la asigurarea accesului la întregul dosar al cauzei** (în principal) sau cel puțin la înscrisurile care nu au fost declarate confidențiale de către Supercom la momentul depunerii ofertei (în subsidiar), petenta a susținut că solicitarea sa a fost respinsă atât de către autoritatea contractantă cât și de către CNSC, fără temei și fără argumente credibile/întemeiate, pe motiv că ofertele criticate sunt confidențiale în integralitate deoarece ofertanții le-au declarat confidențiale. Învederează petenta că acest refuz a determinat încălcarea dreptului la apărare și a accesului la probele care urmau a fi analizate de către CNSC, încălcarea principiul transparenței și al echității ("egalității armelor"), petenta fiind în mod evident într-o poziție inferioară față de autoritatea contractantă, încercând să dovedească o situație de fapt și de drept fără a avea acces concret la dosarul de achiziție publică.

Curtea constată că, în mod neîntemeiat, petenta susține că se află într-o poziție de inferioritate față autoritatea contractantă, esențială este asigurarea principiului egalității de tratament între ofertanți și nu în raport cu autoritatea contractantă.

Principiul egalității de tratament între ofertanți a fost respectat având în vedere faptul că toți ofertanții au depus declarații de confidențialitate în aceleași condiții. Pe de altă parte, autoritatea contractantă a avut acces la întregul dosar al achiziției publice, la fel și Consiliul.

Accesul la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii:

„(1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității/entității contractante, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității/entității contractante prevăzute la art. 66 și art. 91 și nici publicarea părților din contractele de concesiune încheiate fără caracter confidențial, inclusiv a eventualelor modificări ulterioare.

(3) Autoritatea/entitatea contractantă poate impune operatorilor economici cerințe care vizează protejarea caracterului confidențial al informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)”.

Accesul părților la dosarul cauzei, la sediul CNSC, se face conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează: „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 prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. (3) 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.”. Raportat la legislația în vigoare incidentă, se constată că, la autoritatea contractantă, ofertanții indică și dovedesc în cuprinsul ofertelor care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale (conform dispozițiilor art. 41 din Legea nr. 100/2016).

Curtea constată că S.C. Supercom SA a depus Declarația de confidențialitate odată cu depunerea ofertei (fila 242), iar adresa nr. 10793/04.11.2020 reprezintă dovedirea caracterului confidențial al înscrisurilor declarate, fiind astfel respectate dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 și art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

(...)

Mai mult, Curtea constată că petenta a prezentat la rândul său declarație de confidențialitate, acționând în aceeași manieră ca și intimata. Astfel, asocieria S.C. RER SUD SA - S.C. Rer Ecologic Service București Rebu SA a prezentat declarație de confidențialitate cu privire la:

(...)

Potrivit jurisprudenței CJUE din cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Conseil d'Etat (Belgia), „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. 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. 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. 1-6675, 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)".

În raport de toate aspectele cele mai sus reținute, solicitările contestatoarei privind: „... Subscrisa am solicitat entității contractante, conform legii, permisiunea de a studia dosarul achiziției publice la sediul acesteia, astfel încât să ne putem exercita în mod documentat dreptul legal la contestație.

Aceasta, însă, ne-a refuzat accesul la ofertele ... și ..., pe motiv că «sunt confidențiale și nu pot fi vizualizate, conform celor specificate în raportul publicat».

Deși i-am menționat că, în conformitate cu dispozițiile art. 231 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele ale art. 70 alin. (1) și (4) din Legea nr. 99/2016, doar informațiile din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost care au fost declarate și probate ca fiind confidențiale, potrivit legii, se pot bucura de protecția conferită de legea achizițiilor sectoriale, aceasta nu a revenit asupra deciziei sale de a ne interzice studierea celor două oferte.

În schimb, însă, la insistențele noastre, entitatea contractantă ne-a pus la dispoziție declarațiile de confidențialitate ale ... și ..., pe care le atașăm la prezenta.

Din conținutul lor rezultă, în mod evident, că acestea au fost date în mod formal, cu nerespectarea obligației legale de a proba caracterul confidențial al

informațiilor pentru care invocă protecția juridică și cu scopul vădit de a îngreuna exercitarea dreptului legal al competitorilor de a le contesta”, sunt nefondate.

Luând în considerare ansamblul considerentelor anterior expuse, Consiliul respinge, ca neîntemeiate, criticile contestatoarei vizavi de pretinsa lipsă a dovedirii caracterului confidențial al informațiilor și datelor propunerilor tehnice ale ofertantei ..., constatându-se că în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul a ținut seama de solicitările formulate de ... și ... privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate confidențiale (acestea fiind marcate și indicate de către ofertant, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale, și care au fost justificate/probate și însoțite de dovezi) conform celor menționate anterior în considerentele expuse, 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 ofertantei ... nu a fost pus la dispoziția societății contestatoare ...

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea în care ... a evaluat oferta depusă de către ..., pe care a declarat-o neconformă, cât și pe cea depusă de către ..., desemnată câștigătoare.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de către ... este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost contestată și remediată, astfel încât toate prevederile acesteia și-au consolidat forța **obligatorie** atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru cei doi ofertanți (*relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g*). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (*a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e*). *„Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.”* – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impune să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care

dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire*, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, în condițiile art. 70 alin. (4) din Lege*. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (*elocvente în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g*). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărașită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 2724gd82).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (*în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust 28993ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e*).

Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, entitatea contractantă era ținută de obligația de a analiza ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate.

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de achizitoare în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de ..., Consiliul determină că aspectele criticate de acest contestator vizează modalitatea în care a fost evaluată oferta sa, în opinia contestatorului

evaluarea fiind nelegală, în condițiile în care, motivația adusă de achizitoare, prin adresa de comunicare, legată de presupusele aspecte de nelegalitate, nu poate fi acceptată, susține contestatorul, în condițiile în care, în opinia ..., echipamentele oferite de societatea sa sunt conforme cu cerințele impuse prin documentația de atribuire.

În analiză, Consiliul reiterează importanța conținutului documentației de atribuire și dreptul operatorilor economici de a contesta acest document, în termenul legal prevăzut la art. 8 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

Or, în speță, se constată că asupra cerințelor aferente obiectului achiziției „UPS-uri Data Center”, prin care entitatea contractantă a impus „Putere (VA/Wați) 11000VA/10000W”, „Managementul bateriei”, „Rackabil, maxim 3U cu toate accesoriile necesare incluse (convertibil Tower la nevoie)”, „Putere (VA/Wați) 5000VA/4.5kW”, „Temperatură funcționare în parametri normali 0-40 grade Celsius” ... nu a avut nicio obiecție sau nelămurire în condițiile în care, verificând documentele achiziției, Consiliul constată că acest ofertant contestator nu a solicitat achizitoarei nicio clarificare, asumându-și astfel cerințele menționate anterior astfel cum aceasta a fost impusă de achizitoare.

În analiză, Consiliul va avea în vedere cel puțin unul dintre motivele de neconformitate reținute de achizitoare în sarcina ofertei depusă de către ... și în măsura în care acesta se vedește întemeiat nu va mai proceda și la verificarea celorlalte motive, în condițiile în care s-ar menține caracterul neconform al ofertei, verificarea celorlalte motive fiind un demers fără vreo eficiență juridică.

Așadar, se va avea în vedere, aleatoriu, analizarea aspectului legat de faptul că ... a propus pentru cerința 267 CTMO - „Temperatură funcționare în parametri normali 0-40 grade Celsius”, impusă de achizitoare în caietul de sarcini DEER, temperatura de funcționare între **0-55** grade Celsius.

Vizavi de acest interval propus de ofertantul contestator, se reține că argumentul achizitoarei a fost următorul „Nu se acceptă oferta pe motiv că temperatura de funcționare mai mare de 40 grade Celsius poate duce la încălzirea progresivă a echipamentelor amplasate deasupra echipamentului de tip UPS și, de asemenea, senzorii de temperatură amplasați pe echipamentele DEER pot declanșa alarma de incendiu.”

Sub acest aspect, Consiliul punctează că aspectul în discuție a fost stabilit de achizitoare cu operatorii economici interesați să depună ofertă în cadrul procedurii, anterior depunerii ofertei, prin postarea în SICAP documentației de atribuire, ... însușindu-și ca atare această cerință.

Or, ofertarea de către ... a unui alt interval pentru caracteristica tehnică respectivă decât cel impus de achizitoare, aparent ar putea fi apreciat ca fiind un plus pentru achizitoare, fiind un produs/echipament tehnic superior, însă acest argument tehnic nu poate constitui un motiv pentru încălcarea principiului tratamentului egal între ofertanți, consacrat

de legislația în materia achizițiilor sectoriale (art. 2 alin. 2 lit. b din Legea nr. 99/2016).

În acest sens, se are în vedere faptul că impunerea unui interval minim-**maxim** pentru respectiva caracteristică tehnică legată de „Temperatura de funcționare în parametri normali” a echipamentelor ce constituie obiectul achiziției de față, nu a reprezentat un reper orientativ pentru ofertanți, ci o cerință obligatorie ce trebuia respectată ca tare, în intervalul impus.

Or, argumentul contestatorului conform căruia „Temperatura de operare este un parametru ce descrie plaja în care un echipament UPS poate funcționa alimentând continuu consumatorii, fără a intra în alarmă și fără a comuta pe circuitul de alimentare de rezervă (bypass). Cu cât această plajă este mai largă, cu atât un echipament este mai performant, putând proteja consumatorii atunci când temperatura ambiantă crește (de exemplu atunci când entitatea contractantă ar avea un aparat de climă defect). Mărirea plajei temperaturii de operare a unui UPS nu atrage după sine emanația de căldură de către acesta a unei temperaturi sporite, ci înseamnă explicit faptul că acel echipament funcționează în parametrii proiectați chiar și într-un climat cu temperatură ambiantă mai mare.

În fapt, acest lucru aduce economii importante, prin faptul că se poate seta în centrul de date o temperatură ambiantă mai mare, fără ca echipamentele să aibă de suferit, iar necesarul de răcire fiind mai mic, se reduc costurile cu răcirea încăperii.

Or, subscrisa am oferit un echipament superior, acesta putând funcționa și într-o plajă de temperatură mai mare decât cea indicată (respectiv 0-55 grade Celsius)” nu poate fi luat în considerare la această etapă în care se află procedura, în condițiile în care, prin depunerea ofertei, ofertantul contestator și-a asumat **maximul** impus de achizitoare pentru această caracteristică tehnică.

Respectivele argumentații din punct de vedere tehnic, menționate anterior, ar fi trebuit să constituie obiectul unei clarificări/contestații cu achizitoarea, **anterior depunerii ofertei**, care să fi putut conduce, eventual, la modificarea cerinței sau la acceptarea inclusiv a unei plaje mai largi pentru această specificație tehnică, pe considerentul că ar fi adus un plus de valoare echipamentelor ce constituie obiectul achiziției sau s-ar fi demonstrat caracterul restrictiv al cerinței.

Însă, în condițiile în care respectiva caracteristică tehnică a fost cunoscută de operatorii economici interesați de la momentul postării documentației de atribuire și asumată de către aceștia prin necontestarea cerinței, astfel cum a fost stabilită de achizitoare, cu un maxim de 40 grade Celsius, Consiliul constată că entitatea a procedat legal în evaluarea efectuată, acceptarea unui alt interval decât cel impus (chiar și superior) putând conduce, pe de-o parte, la încălcarea propriei cerințe impuse, iar pe de altă parte, la încălcarea principiului tratamentului egal față de ofertanții care au propus echipamente care respectau întocmai intervalul minim-maxim impus pentru „Temperatura

de funcționare în parametri normali” a echipamentelor ce constituie obiectul achiziției de față.

Raportat la mențiunea din documentația de atribuire, însușită ca atare de ofertantul ... prin depunerea ofertei în cadrul procedurii, Consiliul determină că riscul nerespectării cerinței a fost al ofertantului, acesta neputându-și invoca propria culpă.

În măsura în care ... ar fi solicitat clarificări achizitoarei vizavi de acceptarea unei plaje mai mari decât cea maximă impusă, pe considerentul că ar fi superioară, atunci acesta putea ridica pretenții vizavi de rezultatul acestei evaluări efectuată de achizitoare.

Or, constatând contrariu, Consiliul are în vedere faptul că susținerile contestatorului se bazează pe presupusa încălcare de către entitate a legislației incidente în materia achizițiilor sectoriale, aspect avut în vedere cu atât mai mult cu cât, în considerarea prevederilor art. 1 din HG nr. 394/2016, care prevăd că *„(4) (...) entitatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a achizițiilor, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile”*, se constată că ... și-a asumat decizia de respingere a ofertei în cauză pe baza propriei cerințe tehnice impusă prin documentație.

Astfel, în condițiile în care, la baza deciziei luate vizavi de oferta depusă de către ..., achizitoare a avut în vedere o caracteristică cu interval clar precizat și asumat ca atare de ofertantul contestator, prin depunerea ofertei, Consiliul menține această decizie.

Concluzionând asupra aspectului de neconformitate analizat, Consiliul are în vedere faptul că, în evaluarea ofertelor, prin raportare la propriile cerințe impuse prin documentația de atribuire-fișa de date a achiziției și caietul de sarcini (*părți componente ale documentației de atribuire care, prin necontestare, au devenit obligatorii*), achizitoare a avut în vedere caracterul obligatoriu și definitiv al documentației de atribuire și s-a raportat la acesta în considerarea prevederilor art. 164 din Legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale (*„Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”*)

Așadar, în condițiile în care cel puțin unul dintre motivele de respingere a ofertei în cauză se menține, dovedindu-se întemeiat, Consiliul respinge criticile aduse de contestator sub acest aspect și nu va mai proceda la verificarea celorlalte motive de neconformitate avute în vedere de achizitoare în decizia luată, în condițiile în care acest demers ar fi unul fără vreo eficiență juridică, ce nu ar putea conduce la modificarea caracterului neconform al ofertei și, pe cale de consecință, respinge criticile aduse de către ..., vizavi de oferta sa, ca nefondate.

Astfel, Consiliul determină că evaluarea efectuată de comisia de evaluare a fost întemeiată, sub aspectul analizat în prezenta speță,

aceasta apreciind, în mod justificat și argumentat, faptul că oferta în analiză nu a îndeplinit cerința impusă prin caietul de sarcini și, pe cale de consecință, în mod întemeiat, a respins oferta în analiză.

Într-o atare situație, se are în vedere faptul că activitatea comisiei de evaluare, în ceea ce privește verificarea ofertei analizată anterior în cauză, s-a derulat cu respectarea prevederilor art. 132 și următoarele din HG nr. 394/2016, criticile aduse de contestator în referire la evaluarea efectuată de achizitoare fiind nefondate.

În ceea ce privește criticile aduse de către ... ofertei ..., desemnată câștigătoare, Consiliul constată că , în susținere, contestatorul se bazează pe presupuneri vizavi de caracteristicile tehnice ale echipamentului ofertat de ... iar nu pe conținutul propriu-zis al ofertei în discuție și a tuturor documentele aferente acesteia.

Or, contrar simplelor susțineri ale contestatorului vizavi de presupusul caracter neconform al ofertei în analiză, Consiliul constată că evaluarea efectuată de achizitoare a fost justificată în condițiile în care, legat de cerința 221 CTMO – unde s-a solicitat „*Conectori de ieșire: 4 x IEC 320 C19 (16A)-... a ofertat „8/11 kVA: Bloc terminal (până la 16 mm²) 4 x IEC 320 C19 (16A)”, așadar cu respectarea cerinței, iar în ceea ce privește cerința 256 CTMO - unde s-a solicitat „50/60 Hz +/- 3 Hz sincronizată cu rețeaua de către DEER” ... a ofertat „50Hz (standard) sau 60Hz. Când este sincronizat: ±5% standard, selectabil +1% to ±10%. Nesincronizat ±0.5%”, achizitoarea ținând seama de faptul că „fiind frecvență selectabilă între ±1% to ±10%, ofertantul respectă cerința DEER”, motiv pentru care respinge criticile aduse, ca nefondate.*

În consecință, pentru toate considerentele expuse, Consiliul constată că susținerile ... sunt neîntemeiate, în condițiile în care, astfel cum s-a arătat, evaluarea efectuată de comisia de evaluare a fost legală.

Concluzionând, în contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., ca nefondată.

Procedând la soluționarea celei de-a doua contestații formulate de către ..., contestație având nr. 3688/14.12.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 68335/14.12.2023, prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției invocate de către entitatea contractantă, în dosarul nr. 3504/2023.

Cercetând excepția tardivității contestației, invocată de către entitatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (1) din

Legea nr. 101/2016, Consiliul constată temeinicia acesteia, având în vedere argumentele ce vor fi detaliate în cele ce urmează:

În aprecierea acestei finalități au fost avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”*

De asemenea, Consiliul reține că, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din același act normativ:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”

În prezenta cauză, raportat la textele legale invocate anterior și la documentele aflate la dosarul achiziției publice, Consiliul constată că ... contestă procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, susținând în contestația nr. 3688/14.12.2023 că despre conținutul acestui document a avut cunoștință abia la data de 11.12.2023, cu ocazia studierii dosarului achiziției publice la sediul C.N.S.C., cererea de studiu fiind formulată în cadrul dosarului nr. 3212, aflat pe rol, dosar la care a fost conexas și dosarul nr. 3504/2023, aferent contestației nr. 3688/14.12.2023.

Verificând aspectele subliniate anterior și cele învederate de entitate în susținerea excepției tardivității contestației nr. 3688/14.12.2023, Consiliul constată contrariu celor precizate de ..., pentru următoarele considerente:

Procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, care constituie *„actul administrativ atacat”* prin prezenta contestație, a fost pus la dispoziția ... de către entitatea contractantă, la data de **09.11.2023**, cu ocazia studierii dosarului achiziției publice la sediul achizitoarei ...

Acest fapt reiese fără putere de tăgadă din conținutul procesului-verbal nr. 345947/09.11.2023, încheiat la momentul studierii de către ...

a dosarului achiziției publice la sediul entității contractante, unde s-a menționat, printre altele, următoarele:

„(...) Conform extras din RAPORTUL PROCEDURII nr. DEER-PL/336049/01.11.2023, următorii ofertanții au declarat informațiile din ofertele prezentate ca fiind confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală, astfel:

- ... - Declarație cuprinzând informațiile considerate confidențiale (informațiile din propunerea tehnică în integritate; prețurile din propunerea financiară; solicitările și răspunsurile la clarificări);

- ... - Declarație cuprinzând informațiile confidențiale (documentele de calificare integral; propunerea tehnică și financiară integral, răspunsuri la solicitările de clarificări).

În conformitate cu prevederile art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, ofertantul, prin ..., conform împuternicire anexată prezentei, **a vizualizat următoarele documente:**

- Proces-verbal de evaluare GP și DUAE;
- **Proces-verbal de evaluare tehnică;**
- Proces-verbal de evaluare financiară;
- Declarații de confidențialitate: ... și

Studierea documentelor s-a desfășurat în data de 09.11.2023 conform celor convenite între părți.

Având în vedere cele de mai sus s-a încheiat prezentul proces verbal, prin care reprezentanții ambelor părți consideră că au fost respectate prevederile legii 99/2016 privind liberul acces la documente.

Încheiat azi 09.11.2023, în două exemplare originale, câte unul pentru fiecare parte”.

Totodată, este de subliniat în speță și faptul că ... a semnat procesul-verbal nr. 345947/09.11.2023, încheiat la momentul studierii dosarului achiziției publice la sediul entității contractante, fără obiecțiuni.

Astfel, susținerea contestatorului, exprimată în cauza pendinte, vizavi de lipsa *accesului integral* la conținutul procesului-verbal de evaluare tehnică (la dosarul achiziției publice regăsindu-se un singur proces-verbal întocmit de comisie în etapa de evaluare a propunerilor tehnice depuse în cadrul procedurii de atribuire, având nr. DEER_PL/328702/26.10.2023), nu poate fi primită de către Consiliu, în condițiile în care, pe de-o parte, se constată că ... a semnat procesul-verbal nr. 345947/09.11.2023, încheiat la momentul studierii dosarului achiziției publice la sediul entității contractante, fără obiecțiuni vizavi de acest aspect iar, pe de altă parte, în condițiile în care ... avea dreptul de a semnala lipsa accesului la informațiile din respectivul document, sens în care putea formula o contestație cu acest obiect.

Or, în condițiile în care acesta nu a înțeles să semneze documentul respectiv cu obiecțiuni, pentru a proba cele susținute în prezenta cauză vizavi de accesul limitat la informațiile din procesul-verbal de evaluare tehnică și nu și-a exercitat dreptul de a formula o contestație având ca obiect obligarea achizitoarei de a-i pune la dispoziție, în integralitate,

procesul-verbal nr. 345947/09.11.2023, încheiat la momentul studierii dosarului achiziției publice la sediul entității contractante, Consiliul constată faptul că demersul efectuat de ... prin intermediul contestației nr. 3688/14.12.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 68335/14.12.2023, reprezintă un demers tardiv.

Totodată, Consiliul constată și faptul că entitatea contractantă a transmis ..., prin postarea în SEAP la data de 07.11.2023 ora 08:19 și prin adresa de comunicare a rezultatului nr. DEER_PL/341539/07.11.2023, motivul respingerii ofertei ca neconformă.

Analizând documentele dosarului, Consiliul constată că, deși ... indică Procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023 ca fiind actul atacat, în fapt, acesta a avut cunoștință despre motivele care au stat la baza deciziei respingerii ofertei sale ca neconformă și de motivele admiterii ofertei ..., de la data luării la cunoștință a acestuia, când i-a fost pus la dispoziție de către entitatea contractantă, la data de 09.11.2023, cu ocazia studierii dosarului achiziției publice, potrivit procesului-verbal nr. 345947/09.11.2023.

Totodată, Consiliul constată faptul că în procesul-verbal nr. 345947/09.11.2023 de studiere a dosarului achiziției publice, contestatorul nu a specificat că Procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023 nu i-a fost prezentat în integralitate. Acesta face respectiva afirmație numai prin adresa nr. 3708/05.01.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 787/05.01.2023.

Prin urmare, în măsura în care ... s-a considerat vătămată de decizia de respingere a ofertei sale ca neconformă și de declarare a ofertei ..., se impunea ca aceasta să formuleze o contestație împotriva Procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023 în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere faptul că rezultatul evaluării propunerilor tehnice a fost emis de către entitatea contractantă prin Procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, în considerarea prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, termenul avut la dispoziție de către ... pentru formularea unei contestații împotriva Procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. DEER_PL/328702/26.10.2023, a început să curgă la data de 09.11.2023, dată când a luat la cunoștință despre conținutul acestuia la sediul entității contractante și s-a împlinit la data de 16.11.2023, inclusiv.

Prin urmare, contestația nr. 3688/14.12.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 68335/14.12.2023, de către ..., este tardiv formulată, în afara termenului legal prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr.

101/2016, cu modificările și completările ulterioare, ceea ce atrage sancțiunea respingerii acesteia ca tardivă.

În considerarea aspectelor de fapt și de drept anterior evocate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (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, admite excepția invocată de entitatea contractantă și, pe cale de consecință, respinge ca tardivă contestația formulată de, fără pronunțare pe fondul contestației, în dosarul nr. 3504/2023.

În ceea ce privește cererile contestatorului ... de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată, pentru dosarele nr. 3212/2023 și nr. 3504/2023, Consiliul constată următoarele:

- pentru dosarul nr. 3212/2023 s-a prezentat dovada efectuării acestora, respectiv s-a prezentat factura seria ASI nr. 355/16.11.2023, în valoare de 4.165 lei, emisă de către CABINET INDIVIDUAL DE AVOCAT ..., reprezentând *„Onorariu avocat conform Contractului de asistență juridică nr. 1937648/27.06.2023 Asistență juridică, redactare, semnare, depunere contestație procedura simplificată furnizare „UPS-uri Data Center” Anunț de participare nr. ...”* și extrasul de transfer bancar efectuat de către BRD la data de 17.11.2023;

- pentru dosarul nr. 3504/2023 s-a prezentat dovada efectuării acestora, respectiv s-a prezentat factura seria ASI nr. 356/21.12.2023, în valoare de 2.380 lei, emisă de către CABINET INDIVIDUAL DE AVOCAT DUMITRACHE ..., reprezentând *„Onorariu avocat conform Contractului de asistență juridică nr. 1937648/27.06.2023 Asistență juridică, redactare, semnare, depunere contestație II procedura simplificată furnizare „UPS-uri Data Center” Anunț de participare nr. ...”* și extrasul de transfer bancar efectuat de către ING la data de 21.12.2023.

Având în vedere caracterul neîntemeiat al criticilor formulate de ... prin contestațiile formulate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge cererile ... de obligare a entității contractante ... la plata cheltuielilor de judecată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației formulată de către ..., invocată de către entitatea contractantă ..., în dosarul nr. 3504/2023.

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca tardivă, în dosarul nr. 3504/2023.

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată, în dosarul nr. 3212/2023.

Respinge cererile formulate de către ... privind obligarea entității contractante ... la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației, ca nefondate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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,

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 48 (patruzecișiopt) pagini