

Achiziții publice: Principiul transparenței vs. dreptul la confidențialitate prin optica deciziei CJUE C-927/19



PNRR-ul bate la ușa și este util să știm ce instrumente avem pentru a îi deschide. Astăzi discutăm despre problemele ce se nasc în ceea ce privește transparența în licitațiile publice și confidențialitatea de care se bucură ofertanții.

În legislația română, în ceea ce privește achiziții publice, sunt stabilite două drepturi care aparent se bat cap în cap:

- Principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (în continuare **“Legea nr. 98/2016”**) și dreptul care izvorăște din acesta care în sens larg poate fi prezentat în sens larg ca dreptul de a avea acces la informațiile referitoare la aplicarea procedurii de atribuire;
- Dreptul ofertantului la confidențialitate raportat la secretul sau de afaceri (în sens larg) prevăzut de art. 57 din Legea nr. 98/2016. Reamintim că intra sub incidența confidențialității (i) datele cu caracter personal, (ii) secretele tehnice sau comerciale și (iii) drepturile de proprietate intelectuală. Reamintim de asemenea că Legea nr. 98/2016 solicită probarea caracterului confidențial al acestora.

Într-adevăr, acest conflict pune autoritatea într-o situație dificilă în cazul unei contestații: pe de o parte, autoritatea trebuie să justifice de ce oferta câștigătoare este mai bună decât celelalte (pe baza unei comparații concrete), iar pe de altă parte, această justificare nu poate dezvălui informații care au fost indicate, motivate și probate de către ofertant ca fiind confidențiale.

I. Cauza - 927/19 – ce s-a întâmplat

Intra în scena Cauza C-927/19 ([link](#)). În această cauză, prin mecanismul întrebării preliminare a fost solicitat CJUE să se pronunțe asupra următoarei situații: în cadrul unei licitații realizate în Lituania, societatea Ecoservice (ce a ocupat locul al doilea în cadrul licitației) a solicitat acces la oferta câștigătoare pentru a putea verifica dacă câștigătorul într-adevăr îndeplinea anumite criterii ce erau solicitate în cadrul respectivei proceduri de achiziție.

Autoritatea contractantă a refuzat accesul la aceste informații, rezumându-se la a transmite un răspuns lacunar în

care a susținut fara o motivare reala, pe scurt, ca ofertantul îndeplinește acele criterii solicitate. Dupa un ping-pong intensiv în care s-a stabilit accesul la informațiile confidențiale, dupa care s-a revenit asupra acestei decizii, dupa care s-a oferit accesul doar pentru instanța și așa mai departe, problema a ajuns la instanța suprema din Lituania, instanța care și-a pus, printre altele, următoarele probleme:

- (i) Problema conținutului precis al obligațiilor autoritaților contractante de a proteja confidențialitatea informațiilor care îi sunt transmise de ofertanți și
- (ii) Problema raporturilor dintre aceste obligații și obligația de a garanta o protecție jurisdicțională efectivă operatorilor economici care au introdus o “acțiune în deconfidențializarea informațiilor”.

Instanța de trimitere a mai reținut ca deși CJUE a subliniat prin Cauza C-450/06 ca procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice se întemeiază pe o relație de încredere între operatorii economici și autoritațile contractante, articolul 9 alineatul (2) al treilea paragraf din Directiva 2016/943, care este ulterior acestei hotărâri, ar prevedea ca **parțile la un proces nu pot dispune de informații diferite fara nesocotirea dreptului la protecție jurisdicțională efectivă și dreptului la un proces echitabil**. Reține de asemenea ca din moment ce aceasta dispoziție impune instanței sa garanteze dreptul operatorilor economici de a lua cunoștința de secretele comerciale ale unei părți în litigiu, ar putea fi de asemenea necesar sa li se recunoasca exercitarea acestui drept înaintea oricarei proceduri contencioase, în special pentru ca aceștia sa poata decide daca introduc sau nu o acțiune în deplina cunoștința de cauza.

Cu toate acestea, instanța de trimitere amintește și ca ar exista totuși un risc ca anumiți operatori economici sa abuzeze de acest drept prin sesizarea autorității contractante nu pentru a asigura apararea drepturilor lor, ci numai pentru a obține informații cu privire la concurenții lor.

În lumina acestor detalii, instanța lituaniana a adresat mai multe întrebări Curții, însă aspectele ce ne-au captat atenția au fost următoarele (rezumate): (i) este permisă introducerea unei acțiuni având ca obiect doar dezvaluirea informațiilor confidențiale? și (ii) cum se poate reconcilia protecția informațiilor confidențiale ale ofertantului câștigător cu dreptul la apărare al ofertantului care nu a câștigat?

II. Ce a reținut Curtea

Curtea afirma ca Directiva 89/665/CEE privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează caile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări **nu se opune (așadar, permite) ca un astfel de ofertant necâștigător sa poata introduce acțiuni în justiție numai cu privire la baza refuzului autorității contractante de a dezvalui informațiile identificate ca fiind confidențiale** (adica fara a se contesta neaparat și decizia de atribuire, ci numai cea de refuz la transmiterea informațiilor). Așadar, nu este obligatoriu ca ofertantul sa-și îndrepte contestația și împotriva deciziei de atribuire însași pentru a putea ataca refuzul autorității de transmitere a informațiilor confidențiale.

În cazul în care se admite o astfel de acțiune, **autoritatea contractanta trebuie totuși sa informeze candidatul sau ofertantul în cauza ca informațiile sale confidențiale vor fi dezvaluite**, astfel încât acesta din urma sa poata decide sa ia masuri împotriva acestei dezvaluiri.

Curtea adauga ca statele membre pot totuși cere mai întâi epuizarea cailor de atac administrative existente.

Curtea reține de asemenea foarte important ca **orice decizie a autorității trebuie sa fie motivata, adica trebuie sa conțină informațiile care sa permita unui participant neselectat în procedura de achiziție publica sa o conteste în mod eficient**. Totuși, aceasta obligație de motivare nu impune autorității contractante sa divulge toate informațiile referitoare la o cerere sau o oferta. Prin urmare, este la latitudinea acesteia sa decida daca este justificata menținerea – totala sau parțiala – a confidențialității informațiilor furnizate de candidați sau ofertanți.

Adaugam ca, din perspectiva noastra, aceasta decizie a autorității de a menține sau nu confidențialitatea ar trebui raportata și la motivarea + probarea pe care respectivii candidați au realizat-o, conform legislației române. Este evident ca o motivare și probare puternica (e.g. prezentarea de documente de la OSIM care probeaza existența unui drept de proprietate intelectuala) ar trebui sa atraga nepublicarea respectivelor informații. În caz contrar, societatea prejudiciata va avea o acțiune împotriva autorității.

III. O scurta concluzie

Rezumând, putem reține urmatoarele: **(i)** confidențialitatea nu este absoluta, **(ii)** ofertantul poate cere autorității contractante sa dezvalui informații referitoare la oferta câștigatoare printr-o acțiune a carei obiect este doar acesta și **(iii)** în caz de refuz, ofertantul are cale de atac, indiferent daca ataca și procedura de atribuire sau nu.

Ramâne de stabilit de catre jurisprudența cât de utila va fi o asemenea “*acțiune în deconfidențializarea informațiilor*” a carei existența a fost confirmata de CJUE. Daca scopul este acela de a putea stabili de catre ofertantul pierzator daca este întemeiata o contestare a licitației se ridica problema termenului. Este posibil ca pâna la finalizarea definitiva a litigiului prin care se solicita informațiile confidențiale sa se piarda termenul de exercitare a contestației împotriva licitației (cu puțin ghinion având în vedere termenele lungi ce se stabilesc în ultima perioada, poate chiar sa se fi și executat contractul). Astfel, este posibil a avea mai mult sens sa se dezbata aceste aspecte în cadrul acțiunii ce va avea ca obiect contestarea atribuirii licitației.