

Confidențialitate vs. Transparența și termenul de contestare în achiziții publice. Armistițiul CJUE



Prin Hotărârea din data de 17 noiembrie 2022 pronunțată în Cauza C-54/21, Curtea de la Luxemburg a antamat o problema spinoasă în materia remediilor în achiziții publice – conflictul juridic dintre obligația respectării confidențialității ofertelor, pe de o parte, și obligația de a asigura transparența procedurilor, prin acordarea accesului la dosarul achiziției publice în vederea asigurării accesului la un remediu efectiv, pe de alta parte.

Context factual

Ulterior finalizării procedurii de atribuire, operatorii economici implicați în procedura au dreptul să analizeze dosarul achiziției publice. Astfel, ofertanții declarați ne câștigatori pot analiza documentele și pot adopta astfel o decizie informată cu privire la oportunitatea de a formula sau nu o contestație.

În practica, autoritățile contractante răspund însă diferit la cererile de acordare a accesului la dosarul achiziției publice. Unele autorități acordă acces nestingherit la toate ofertele și documentele de evaluare (mai rar). Alte autorități acordă acces strict la informațiile care nu au fost declarate confidențiale de către ofertanți, însă acordă acces la toate documentele de evaluare și răspunsurile la clarificări (cel mai des). Arareori însă autoritățile procedează corect, și anume analizează declarațiile de confidențialitate și restricționează accesul strict la informațiile din oferte/clarificări și chiar din documentele de evaluare cu privire la care ofertanții au demonstrat în mod corespunzător caracterul confidențial.

Așadar, în practica, accesul la dosarul achiziției publice este de multe ori restrâns nejustificat de autoritatea contractantă. În astfel de cazuri, este practic încălcat atât principiul transparenței, cât și accesul la un remediu efectiv al ofertanților care se simt nedreptați de deciziile adoptate de autoritatea contractantă în procesul de evaluare. Sentimentul de nedreptate este augmentat de frustrarea necunoașterii conținutului ofertelor concurente, de cele mai multe ori, fără o justificare concretă a restricționării acestui drept.

Concluziile CJUE

Trei dintre concluziile CJUE în Cauza C-54/21 prezintă un interes deosebit cu privire la modalitatea de echilibrare în procedurile de achiziție publică a interesului privat (confidențialitatea unei părți din oferta), pe de o parte, și a interesului public (transparența și accesul efectiv la remedii care asigură o corectă cheltuire a banului public), pe de alta parte.

În ceea ce privește modalitatea de legiferare de către statele membre, Curtea a statuat că legislația națională în materie de achiziții publice nu poate impune ca informațiile transmise de ofertanți autorităților contractante să fie publicate în mod integral sau comunicate celorlalți ofertanți, cu singura excepție a secretelor comerciale. Totodată, nu este conformă cu legislația europeană practica autorităților

contractante de a accepta în mod sistematic cererile de tratament confidențial cu titlu de secret comercial (articolul 18 (1) și articolul 21 (1) coroborate cu articolul 50 (4) și cu articolul 55 (3) din Directiva 2014/24/UE).

Referitor la acordarea accesului de catre autoritațile contractante, CJUE a concluzionat ca, pentru a stabili daca va refuza accesul la informațiile pe care ceilalți ofertanți le-au prezentat, unui ofertant a carui oferta a fost respinsa, autoritatea contractanta trebuie sa aprecieze daca aceste informații au o **valoare comerciala** care nu se limiteaza la contractul de achiziții publice în cauza, divulgarea lor fiind de natura sa aduca atingere unor interese comerciale legitime sau concurenței loiale. În plus, autoritatea contractanta poate sa refuze sa acorde accesul la aceste informații atunci când, deși acestea nu au o astfel de valoare comerciala, divulgarea lor **ar împiedica aplicarea legii sau ar fi contrara unui interes public**. În cazul în care este refuzat accesul integral la informații, trebuie sa acorde ofertantului **acces la conținutul esențial al acestorași informații**, astfel încât sa fie asigurata respectarea dreptului la o cale de atac efectiva (**articolul 18 (1), articolul 21 (1) și articolul 55 (3) din Directiva 2014/24**).

Nu în ultimul rând, daca se constata în cursul soluționarii unei cai de atac **o eroare în stabilirea caracterului confidențial a unor informații** care a condus la o încălcare a dreptului la o cale de atac efectiva din cauza nedivulgării acestor informații, o astfel de constatare nu trebuie în mod necesar sa conduca la adoptarea de catre aceasta autoritate contractanta a unei noi decizii de atribuire a contractului. Aceasta însa **cu condiția ca dreptul procedural național sa permita instanței sesizate sa adopte, în cursul judecății, masuri care sa restabileasca respectarea dreptului la o cale de atac efectiva sau sa îi permita sa considere ca reclamantul poate formula o noua cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate**. Termenul de introducere a unei astfel de cai de atac nu trebuie sa curga decât din momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informațiilor care au fost calificate în mod eronat drept confidențiale (**articolul 1 (1) și (3) din Directiva 89/665/CEE**).

Practica CNSC

Practica recenta a Consiliului¹ are deja în vedere aceasta hotărâre, ale carei concluzii au fost implementate, în esența, astfel:

§ Consiliul este competent 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 în litigiu (Hotărârea din 14 februarie 2008, cauza C-450/06);

§ simpla declarare de catre un ofertant a unei informații drept confidențiale nu conduce automat la restricționarea accesului, constatarea caracterului confidențial fiind supusă deciziei ulterioare a autorității contractante și, eventual, celei a instanței care efectuează controlul deciziilor acesteia (Hotărârea din 7 septembrie 2021, CJUE s-a pronunțat în cauza C-927/19, concluziile formulate de Avocatul General în cauza C-927/19);

§ Consiliul nu este abilitat să se pronunțe cu privire la respectarea/ nerespectarea prevederilor legale cu privire la accesul la dosarul achiziției publice de catre autorități contractante, ci doar instanța de judecată competentă; Consiliul poate însa decide el însuși sa acorde accesul la dosar în baza legislației privind remediile;

§ contestarea integrala și generica a evaluării tehnice/financiare, urmând ca motivele concrete sa fie prezentate ulterior studiului în fața Consiliului nu reprezinta o motivare concreta a contestației și nici nu genereaza obligația Consiliului de a solicita completarea motivării cu depășirea principiului disponibilității;

§ calea de atac prevazuta de legislația remediilor este doar contestația, reglementata distinct de concluziile scrise; termenul de contestație începe să curgă nu de la data primirii deciziei, ci de la data luării la cunoștință a motivelor pertinente ale deciziei contestate, care garantează ca ofertantul contestator a avut cunoștință sau a putut să aibă cunoștință despre eventuale încălcări care viciază o astfel de decizie (Hotărârea din 24 Februarie 2022, cauza C-532/20); contestația se formuleaza cu respectarea condițiilor prevazute de lege, inclusiv prin constituirea unei (N.B. noi) cauțiuni;

§ dacă nu a avut acces la dosarul achiziției în fața autorității contractante, accesul în fața Consiliului îi da operatorului economic posibilitatea de a critica punctual și detaliat (ATENȚIE!) în cadrul unei **noi contestații** criticile față de aspectele relevate de studierea dosarului; formularea criticilor noi pe calea concluziilor scrise nu este admisibilă.

Practica instanțelor de judecată

Într-una din cauzele soluționate de Consiliu (nu cunoaștem însă considerentele sau criticile din plângere), Curtea de Apel București a menținut soluția organismului administrativ-jurisdicțional. Aceeași instanță pare însă să aplice diferit concluziile CJUE din cauza C-54/21 și a constatat că se impune să se recunoască dreptul de a supune instanței naționale analiza criticilor invocate la CNSC prin concluziile scrise, în privința acestora nefiind aplicabilă inadmisibilitatea criticilor formulate prin concluziile scrise².

Problema mecanismului propus de Consiliu – formularea unei noi contestații

Mecanismul propus de Consiliu pentru implementarea concluziilor CJUE, deși are aceeași finalitate – *analiza criticilor formulate după studiul dosarului achiziției publice* –, are un pronunțat caracter discriminatoriu pentru contestatorii aflați în această situație: constituirea de două ori a cauțiunii. Deja vatămați suplimentar prin îngradirea accesului la dosar în fața autorităților contractante, astfel de operatori economici se vad nevoiți să imobilizeze lichidități importante (o singură cauțiune poate ajunge și la 2.000.000 lei, deci un maxim de 4.000.000 lei – peste 800.000 Euro) doar pentru a avea șansa analizei criticilor formulate.

În aceste condiții, este cu adevărat accesul la remedii unul efectiv?

Nu cumva deschide o astfel de practică o porțiță autorităților contractante pentru a dubla cuantumul cauțiunilor (oricum deja nejustificat de ridicat) prin refuzul de a da acces la dosarele de achiziție publică? Aceasta cu atât mai mult cu cât sancționarea unui refuz eventual nejustificat poate fi efectuată doar de instanța de judecată în cadrul procedurilor privind accesul la informațiile de interes public, departe de celeritatea specifică materiei achizițiilor publice și care risca să primească o rezoluție chiar și după executarea contractelor?

Câta vreme dreptul procesual civil național permite **repunerea în termen**, care este motivul pentru care Consiliul nu dispune repunerea în termenul de contestare pentru criticile care nu au putut fi inițial formulate din cauza restricționării în mod greșit a accesului la anumite informații? Aceasta cu atât mai mult cu cât o eventuală repunere în termen limitat față de aceste critici s-ar efectua în cadrul unei contestații deja formulate, ar deveni parte integrantă din aceasta și nu ar mai necesita o operațiune de conexare ulterioară a două cai de atac formulate de aceeași parte împotriva, de cele mai multe ori, aceluiași raport al procedurii.

Concluzie

Fata de caracterul decisiv al accesului la dosarul achiziției publice în economia temeiniciei cailor de atac, ar fi utilă parcurgerea demersurilor pentru lamurirea modului de implementare a Deciziei CJUE, astfel încât dreptul la remedii să fie într-adevăr efectiv și nediscriminatoriu.

În cadrul proceselor în curs aflate în etapa plângerilor, ar putea fi avută în vedere sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

De asemenea, în cazul în care practica în materie se va dovedi contradictorie, sesizarea Avocatului Poporului ar putea determina solicitarea ca Înalta Curte de Casație și Justiție să se pronunțe în cadrul unui recurs în interesul legii asupra problemelor de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești.

În afara acestora, operatorii economici ar putea sesiza Comisiei Europene această practică care încalcă dreptul Uniunii Europene, similar plângerii formulate cu privire la garanția de bună conduită (<https://www.avocat-achizitii-publice.ro/2014/12/sesizarea-formulata-de-vass-lawyers-cu-privire-la-garantia-de-buna-conduita-connduce-la-actiuni-concrete-din-partea-comisiei-europene/>).

1. BO2023_212 (definitivă prin Decizia nr. 58/06.03.2023, Curtea de Apel București), BO2023_578 (definitivă), BO2023_580 (definitivă), BO2023_599 (definitivă), BO2023_730 (atacată la Curtea de Apel București - 2586/2/2023)

2. Hotărâre nr. 3120/2022 din 19.12.2022 pronunțată de Curtea de Apel București, cod RJ 5988dg7eg (<https://www.rejust.ro/juris/5988dg7eg>)