

## 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 său 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, urmatoarele 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 jurisdicționala efectiva 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 jurisdicționala efectiva 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 autoritații 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 urmatoarele (rezumate): (i) este permisa 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 aparare 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 lucrari **nu se opune (așadar, permite) ca un astfel de ofertant necâștigător sa poata introduce acțiuni în justiție numai cu privire la baza refuzului autoritații 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 autoritații de transmitere a informațiilor confidențiale.

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

Curtea adaugă ca statele membre pot totuși cere mai întâi epuizarea căilor de atac administrative existente.

Curtea reține de asemenea foarte important ca **orice decizie a autorității trebuie să fie motivată, adică trebuie să conțină informațiile care să permită unui participant neselectat în procedura de achiziție publică să o conteste în mod eficient**. Totuși, această obligație de motivare nu impune autorității contractante să divulge toate informațiile referitoare la o cerere sau o ofertă. Prin urmare, este la latitudinea acesteia să decida dacă este justificată menținerea – totală sau parțială – a confidențialității informațiilor furnizate de candidați sau ofertanți.

Adăugăm că, din perspectiva noastră, această decizie a autorității de a menține sau nu confidențialitatea ar trebui raportată și la motivarea + probarea pe care respectivii candidați au realizat-o, conform legislației române. Este evident că o motivare și probare puternică (e.g. prezentarea de documente de la OSIM care probează existența unui drept de proprietate intelectuală) ar trebui să atragă nepublicarea respectivelor informații. În caz contrar, societatea prejudiciată va avea o acțiune împotriva autorității.

### **III. O scurta concluzie**

Rezumând, putem reține următoarele: **(i)** confidențialitatea nu este absolută, **(ii)** ofertantul poate cere autorității contractante să dezvăluie informații referitoare la oferta câștigătoare printr-o acțiune a cărei obiect este doar acesta și **(iii)** în caz de refuz, ofertantul are cale de atac, indiferent dacă ataca și procedura de atribuire sau nu.

Rămâne de stabilit de către jurisprudența cât de utilă va fi o asemenea “*acțiune în deconfidențializarea informațiilor*” a cărei existență a fost confirmată de CJUE. Dacă scopul este acela de a putea stabili de către ofertantul pierzător dacă este întemeiată o contestație a licitației se ridică problema termenului. Este posibil ca până la finalizarea definitivă a litigiului prin care se solicită informațiile confidențiale să se piardă termenul de exercitare a contestației împotriva licitației (cu puțin ghinion având în vedere termenele lungi ce se stabilesc în ultima perioadă, poate chiar să se fi și executat contractul). Astfel, este posibil să aibă mai mult sens să se dezbata aceste aspecte în cadrul acțiunii ce va avea ca obiect contestarea atribuirii licitației.