

Redefinirea limitelor confidențialității în achizițiile publice



Autoritațile contractante nu pot divulga orice informații în cadrul unei proceduri de achiziție. Limitele erau stabilite, până de curând, prin raportare la secretul comercial: autoritațile nu putea divulga ceea ce participanții la procedura desemnau și probau ca intra în zona secretului comercial.

Prin hotărârea sa recentă în Cauza C-54/21, ANTEA POLSKA și alții ([link](#)), Curtea de Justiție a Uniunii Europene („CJUE” sau „Curtea”) furnizează clarificări cu privire la **întinderea și aplicabilitatea interdicției impuse autorităților contractante de a divulga informațiile comunicate de ofertanți** în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice.

În linii mari, CJUE a decis ca **Dreptul Uniunii se opune unei legislații naționale care impune publicitatea oricărei informații comunicate de ofertanți, cu unica excepție a secretelor comerciale.**

Curtea a considerat așadar ca există și **alte informații cu valoare comercială** care trebuie să rămână inaccesibile, în măsura în care divulgarea acestora este de natură să aducă atingere unor interese comerciale legitime, concurenței loiale, interesului public sau unor dispoziții legale.

Rezultă ca protecția confidențialității, consacrată de Directiva 2014/24 privind achizițiile publice, are un domeniu de aplicare mai larg decât cel al unei protecții care acopera numai secretele comerciale.

Situația de fapt supusa analizei Curții

Cererea de decizie preliminară adresată de Camera Națională de Recurs din Polonia (instanța de trimitere) a fost formulată în cadrul unui litigiu privind atribuirea unui contract de achiziții publice care a avut ca obiect dezvoltarea de proiecte de management de mediu în anumite districte hidrografice din Polonia.

În cadrul acestui litigiu inițial, unul dintre ofertanții caruia nu i-a fost atribuit contractul a solicitat (i) anularea deciziei de atribuire, (ii) o nouă examinare a ofertelor și (iii) divulgarea anumitor informații comunicate de ceilalți ofertanți autorității contractante.

Instanța de trimitere a solicitat Curții să se pronunțe cu privire la **limitele confidențialității informațiilor pe care ofertanții le furnizează împreună cu ofertele lor în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice.**

Interpretarea Curții

CJUE a considerat ca protecția confidențialității în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice trebuie pusă în balanță cu **cerințele transparenței și protecției jurisdicționale** efective. Astfel, prin hotărârea pronunțată **Curtea a stabilit ca Dreptul Uniunii se opune:**

- a) unei legislații naționale în materie de achiziții publice care impune, **cu singura excepție a secretelor comerciale**, ca informațiile transmise de ofertanți autorităților contractante să fie publicate în mod integral sau comunicate celorlalți ofertanți, dar și
- b) unei practici a autorităților contractante care constă în **a accepta în mod sistematic** cererile de tratament confidențial cu titlu de secret comercial.

Așadar, Curtea considera ca legislația europeană în materia achizițiilor publice trebuie interpretată într-un mod echilibrat, care să nu cadă în niciuna dintre cele două extreme, motiv pentru care furnizează prin această hotărâre anumite repere și direcții suplimentare.

Astfel, conform CJUE, autoritatea contractantă:

- **trebuie să refuze accesul unui ofertant a cărui ofertă a fost respinsă la informațiile prezentate de ceilalți ofertanți**, în măsura în care apreciază ca aceste informații au o valoare comercială care nu se limitează la contractul de achiziție în cauză, iar **divulgarea lor este de natură să aducă atingere unor interese comerciale legitime sau concurenței loiale;**

- **poate să refuze accesul** la aceste informații atunci când, deși acestea nu au o astfel de valoare comercială, **divulgarea lor ar împiedica aplicarea legii sau ar fi contrară unui interes public;** și

- **trebuie**, atunci când este refuzat accesul integral la informații, **să acorde acces ofertantului la conținutul esențial al acelor informații**, astfel încât să fie asigurată respectarea dreptului la o cale de atac efectivă.

Prin aceeași hotărâre a fost analizată abordarea de urmat în cazul în care se constată, în cursul soluționării unei cai de atac împotriva unei decizii de atribuire, **încalcarea obligației autorității contractante de a divulga reclamantului informații care au fost tratate în mod eronat ca fiind confidențiale**, fapt ce a dus la încălcarea dreptului la o cale de atac efectivă.

În urma analizei, Curtea a stabilit că o astfel de constatare **nu trebuie în mod necesar să conducă la adoptarea de către autoritatea contractantă a unei noi decizii de atribuire a contractului**, cu condiția ca dreptul procedural național să permită instanței sesizate să adopte, în cursul judecății, măsuri **care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă** sau să îi permită să considere că reclamantul poate formula o nouă cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate.

Termenul de introducere a unei astfel de cai de atac trebuie să curgă din momentul în care acest reclamant are acces la toate informațiile calificate în mod eronat drept confidențiale.

Considerentele relevante ale Curții

Curtea a analizat prin considerentele hotărârii **aplicarea regulilor menționate mai sus în privința diferitelor tipuri de informații transmise de ofertanți**, precum cele în legătură cu:

1. *Experiența relevantă*

Informațiile privind experiența relevantă a ofertanților și referințele care atestă această experiență și capacitățile lor **nu pot fi calificate drept confidențiale în totalitate**, întrucât experiența nu este în general secretă, iar concurenții nu pot fi privați de informații cu privire la aceasta decât în cazuri excepționale, justificate de respectarea legii sau interesului public.

2. *Experții sau subcontractanții propuși pentru executarea contractului*

Informațiile din această categorie sunt analizate separat, Curtea făcând o distincție între datele de identificare ale acestor persoane (datele nominale) și cele care privesc numai calificările sau capacitățile lor profesionale (datele nenominale).

Astfel, **datele nominale pot fi considerate confidențiale** în măsura în care ofertantul și experții sau subcontractanții propuși de acesta au creat **o sinergie cu valoare comercială** ce depășește procedura de atribuire în cauză. Spre exemplu, Curtea menționează existența interesului acestor operatori economici de a participa, cu aceleași angajamente negociate în mod confidențial, la proceduri ulterioare de achiziții publice.

Referitor la datele nenominale, având în vedere importanța lor pentru atribuirea contractului de achiziții, se impune ca **conținutul esențial al unor date** precum calificările sau capacitățile profesionale ale persoanelor angajate pentru executarea contractului, dimensiunea sau configurarea efectivelor constituite de acestea ori partea din contract pe care ofertantul intenționează să o subcontracteze **să fie accesibil ansamblului ofertanților**.

3. *Concepția proiectelor și descrierea modului de executare a contractului*

În privința informațiilor privind concepția proiectelor a caror realizare este preconizată în cadrul unui contract de achiziții publice și descrierea modului de executare a contractului, autoritățile contractante trebuie să examineze, de la caz la caz, dacă acestea constituie sau conțin **elemente protejate printr-un drept de proprietate intelectuală, caz în care aceste elemente nu pot fi divulgate, în limita protecției oferite de lege**.

În plus, publicarea acestor concepții și descrieri **trebuie refuzată în măsura în care acestea au o valoare comercială, și pot denatura concurența**, printre altele prin reducerea capacității ofertantului în cauză de a se distinge prin intermediul respectivelor concepții și descrieri în viitoare proceduri de achiziții publice.

Chiar dacă accesul integral la aceste informații poate fi așadar refuzat, **conținutul esențial al acestei părți a ofertelor trebuie să fie accesibil tuturor ofertanților** pentru a le fi garantat dreptul la o cale de atac efectivă.

Această nouă decizie va trebui analizată de autoritățile contractante și de către participanții la proceduri pentru a putea stabili care sunt acele informații care sunt distinctive și, deci, esențiale pentru a-și menține avantajele comerciale în cadrul procedurilor de achiziție, fără a depăși însă limitele unui acces justificat la informații. O soluție ar putea fi pregătirea unor extrase cu informații care pot fi prezentate de către autoritate pentru documentele problematice.

Perspectiva legislației de concurență concurenței

Considerentele CJUE sunt binevenite inclusiv în vederea interpretării schimburilor de informații care pot avea loc în contextul licitațiilor publice (sau chiar private) și care pot deveni sensibile **din perspectiva legislației privind dreptul concurenței**.

Autoritatea națională de concurență este activă cu privire la investigarea și, acolo unde este cazul, sancționarea

încalcarilor de concurență ce au loc cu ocazia participării, de către diferite întreprinderi, în cadrul licitațiilor publice.

Astfel de încălcări pot avea loc, spre exemplu, pe fondul schimbului de informații realizat între organizatorul licitației și participanți sau între participanții la licitație care sunt organizați în diferite forme asociative (spre exemplu, consorții) și care, în acest context, realizează diferite schimburi de informații.

În aceste condiții, o atenție deosebită trebuie acordată atât de autoritatea contractantă, cât și de întreprinderile participante cu privire la interacțiunile ce au loc pe parcursul procedurii de licitație, dar și prealabil acesteia. Spre exemplu, o întreprindere ar trebui să se asigure că, **în contextul participării la un proces de consultare a pieței derulat de o autoritate contractantă** în vederea stabilirii pregătirii procesului de atribuire, nu divulga și / sau nu are acces informații cu valoare comercială, inclusiv de tipul celor amintite în decizia CJUE.

În mod similar, în contextul participării în cadrul unui **consorțiu**, distinct de analiza privind necesitatea și oportunitatea participării sunt aceasta formă (în special în situația în care consorțiul este format din societăți concurente), întreprinderile participante trebuie să se asigure că, printre altele, schimburile de informații sunt limitate strict la scopul consorțiului și ca informațiile schimbate nu ridică riscuri de concurență. Măsurile de siguranță pentru acest scop pot îmbraca, de la caz la caz, diferite forme, precum desemnarea unor angajați / echipe speciale pentru consorțiul în cauză, realizarea unor proceduri specifice de comunicare etc.

Acordarea unei atenții deosebite pentru prevenirea unui schimb de informații sensibile în contextul unei licitații publice este cu atât mai importantă cu cât o întreprindere poate fi sancționată chiar și în situația în care participă de o manieră involuntară la un schimb de informații sensibile, lipsa intenției ori necunoașterea normelor legale aplicabile nefiind cauze de înlăturare a răspunderii.