

*Mențiune: Materialul cuprinde informații actualizate care se regăsesc în versiunea sintetizată a materialului dezvoltat de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice cu sprijinul Băncii Mondiale în cadrul proiectului SIPOCA 625 "Acord de Servicii de Asistență Tehnică (RAS) pentru Evaluarea Sistemului de Achiziții Publice și continuarea sprijinului în implementarea Strategiei naționale în domeniul achizițiilor publice încheiat între Banca Mondială și ANAP", finanțat prin Programul Operațional Capacitate Administrativă (cod SMS 126949 - cod SIPOCA 625).*

## ÎNDRUMARE

### privind analiza confidențialității ofertelor

#### 1. Obiectivul îndrumării

Obiectivul acestui material constă în interpretarea și aplicarea art. 57 din Legea 98/2016, respectiv a art. 70 din Legea 99/2016, sens în care se vor identifica criteriile de analiză obiectivă a documentului intitulat „*declarație de confidențialitate*”, având în vedere că autoritatea/entitatea contractantă trebuie să asigure respectarea principiului transparenței, a caracterului public al dosarului de achiziție publică/sectorială cât și interesele legitime ale ofertantului atunci când acesta declară și dovedește că anumite elemente din ofertă sunt confidențiale.

În continuare, vă aducem la cunoștință că deși considerațiile care urmează fac referire la dispozițiile din Legea nr. 98/2016, acestea sunt valabile și în situațiile similare care se circumscriu dispozițiilor Legii nr. 99/2016.

#### 2. Referințe normative

##### **Directiva 2014/24/UE, art. 21 Confidențialitate**

*(1) Cu excepția cazului în care se prevede altfel în prezenta directivă sau în legislația națională sub incidența căreia intră autoritatea contractantă, în special legislația privind accesul la informații și fără a aduce atingere obligațiilor legate de publicitatea contractelor atribuite și de informațiile pentru candidați și ofertanți prevăzute la articolele 50 și 55, autoritatea contractantă nu dezvăluie informațiile transmise de către operatorii economici și desemnate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv, fără a se limita la acestea, secrete tehnice sau comerciale și aspectele confidențiale ale ofertelor.*

*(2) Autoritățile contractante pot impune operatorilor economici cerințe care vizează protejarea naturii confidențiale a informațiilor pe care autoritățile contractante le pun la dispoziție pe durata întregii proceduri de achiziție.*

##### **Legea nr. 98/2016:**

##### **Secțiunea 3 Confidențialitate**

*Art. 57 alin. (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.*

*Alin. (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.*

*Alin. (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.*

*Alin. (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).*

### **Secțiunea 5 Reguli aplicabile comunicărilor**

*Art. 65 alin. (2) Conținutul ofertelor și al solicitărilor de participare, precum și cel al planurilor/proiectelor în cazul concursurilor de soluții este confidențial până la publicarea raportului procedurii.*

### **Secțiunea a 14 -a Dosarul achiziției și raportul proceduri de atribuire**

*Art. 217 alin. (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.*

### **Anexa la HG nr. 395/2016, Secțiunea 8 Oferta și documentele însoțitoare**

*Art. 123 alin. (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.*

### **Legea nr. 11/1991- privind combaterea concurenței neloiale**

*Art. 1<sup>1</sup> lit. e) secret comercial - informațiile care îndeplinesc cumulativ următoarele cerințe:*

*1. sunt secrete în sensul că nu sunt, ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se articulează elementele acestora, cunoscute la nivel general sau ușor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informații în cauză;*

*2. au valoare comercială prin faptul că sunt secrete;*

3. *au făcut obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi păstrate secrete;*

*f) deținătorul secretului comercial - orice persoană fizică sau juridică care deține controlul legal asupra unui secret comercial;*

### 3. Aspecte de interpretare

Atât autoritățile contractante cât și operatorii economici, au drepturi și obligații instituite prin lege în ceea ce privește derularea și implicarea în procesul de achiziții publice, asumându-și fiecare responsabilitatea pentru acțiunile întreprinse și demersurile realizate în vederea respectării și punerii în aplicare a legislației incidente.

Astfel, din perspectiva operatorului economic, facem precizarea că, potrivit **art. 123 alin. (1) din Anexa HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, ofertantul/operatorul economic 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.

Totodată, vă aducem la cunoștință că potrivit modificării aduse **art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 prin OUG nr. 114/2020<sup>1</sup>**, informațiile indicate de ofertanți/operatori economici ca fiind confidențiale, pot fi doar cele care se încadrează în sfera datelor cu caracter personal, secretelor tehnice sau comerciale sau celor care sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Așadar, din prevederile sus citate se desprind următoarele concluzii: **legislația în materie conferă dreptul operatorilor economici de a declara confidențiale doar anumite informații/elemente din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare și/sau fundamentări/justificări de preț/cost, drept care este condiționat** însă de obligația operatorilor de a **justifica** caracterul confidențial al acestora întrucât sunt date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Subliniem că motivarea caracterului confidențial al informațiilor/elementelor din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare și/sau fundamentărilor/justificărilor de preț/cost declarate, **NU IMPLICĂ DOAR O SIMPLĂ DECLARAȚIE DATĂ ÎN ACEST SENS, CI O ARGUMENTARE TEMEINICĂ ȘI PLAUZIBILĂ**, conform prevederilor art. 57 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 123 alin. (1) din Anexa la HG nr. 395/2016, prin prezentarea motivelor concrete în temeiul cărora ofertantul dorește să păstreze confidențiale unele informații/elemente din cadrul propunerii tehnice și/sau din propunerea financiară prin raportare la domeniul de activitate al acestuia, cu atât mai mult cu cât respectivele informații/elemente declarate confidențiale pot viza date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau date protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Pe de altă parte, astfel cum stipulează **art. 57 alin. (1) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile/elementele din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost** transmise și indicate de operatorii economici ca fiind confidențiale, **dar numai dacă operatorii respectivi au dovedit caracterul de confidențialitate** al acestora conform **art. 57 alin. (4) din același act normativ**.

În contextul dispozițiilor legale enunțate și raportat la împrejurarea că ofertanții care participă la o procedură de achiziție publică sau de la care se achiziționează în mod direct produse/servicii/lucrări de către o autoritate contractantă acceptă *a priori* faptul că prețul

<sup>1</sup> Ordonanța de Urgență nr. 114/2020 privind modificarea și completarea unor acte normative cu impact în domeniul achizițiilor publice, publicată în Monitorul Oficial nr. 614 din 13 iulie 2020;

ofertei/de achiziție va deveni public, apreciem că nici oferta tehnică și nici oferta financiară nu pot fi declarate ca fiind confidențiale în integralitatea lor, iar autoritatea contractantă are obligația de a face publice informații/elemente din conținutul acestora, precum prețul ofertei. În ceea ce privește accesul la dosarul achiziției publice ulterior finalizării procedurii de atribuire, precizăm că acesta se face în conformitate cu **art. 217 alin. (4)-(5) din Legea nr. 98/2016**, cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public.

#### **4. Tipuri de aspecte care pot fi declarate confidențiale în oferte**

##### **4.1. Datele cu caracter personal**

Datele cu caracter personal sunt acele informații care, individual sau combinate, pot duce la identificarea unei anumite persoane (informații relevante pot fi găsite prin accesarea următorului link: [Ce sunt datele cu caracter personal? | Comisia Europeană \(europa.eu\)](#)).

##### **Exemple de date cu caracter personal**

- Nume și prenume;
- Adresă de domiciliu;
- Adresă de e-mail, cum ar fi [prenume.nume@societate.com](mailto:prenume.nume@societate.com);
- Număr de act de identitate;
- Date privind locația (de exemplu, funcția de date privind locația disponibilă pe un telefon mobil)\*;
- Adresă de protocol de internet (IP);
- Identificator de modul cookie\*;
- Identificatorul de publicitate al telefonului dvs.;
- Date deținute de către un spital sau un medic, care ar putea fi un simbol ce identifică în mod unic o persoană.

\*Este important de reținut că în unele cazuri există o legislație specifică, care reglementează, de exemplu, situațiile de utilizare a datelor privind locația sau utilizarea modulelor cookie, precum Directiva privind confidențialitatea în mediul electronic [Directiva 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002 (JO L 201, 31.7.2002, p. 37), și Regulamentul (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 octombrie 2004 (JO L 364, 9.12.2004, p. 1)].

##### **Exemple de date care pot fi protejate (private)**

- Rasa sau origine etnică;
- Date medicale;
- Date genetice;
- Date biometrice;
- Orientare sexuală;
- Apartenență politică;
- Religie.

##### **Exemple de combinații de date care pot conduce la identificarea unei anumite persoane**

- Număr înmatriculare mașină, funcție și loc de muncă;
- Vârsta, ocupație, adresa de domiciliu;
- Nume, prenume și număr de telefon.

##### **Exemple de date considerate ca neavând caracter personal**

- Codul de înregistrare a unei societăți;
- Adresă de e-mail, cum ar fi [info@societate.com](mailto:info@societate.com);
- Datele anonimizate.

## 4.2. Secrete tehnice sau comerciale

Secretele comerciale sunt informații valoroase, pe care firmele, cercetătorii și inventatorii le țin, în general, secrete și le utilizează doar în cadrul organizației sau al rețelelor de parteneri din care fac parte, cu scopul de a obține și a păstra astfel un avantaj competitiv.

În linii mari, secretele comerciale se pot referi la două tipuri de informații:

- tehnice (procese de fabricație, rețete, compuși chimici etc.);
- comerciale (liste de clienți, rezultatele unor studii de piață, date privind lansarea unui produs etc.).

De remarcat faptul că **secretul tehnic** poate fi integrat în secretul comercial, caz în care nu se justifică o categorie distinctă de date confidențiale.

### 4.2.1 Secretul comercial

Sunt secrete comerciale informațiile care îndeplinesc cumulativ următoarele cerințe (Art. 1<sup>1</sup> lit. (e) din Legea nr. 11/1991) în sensul că nu sunt, ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se articulează elementele acestora, cunoscute la nivel general sau ușor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informații în cauză;

- au valoare comercială prin faptul că sunt secrete;
- au făcut obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi păstrate secrete.

#### Dovezi

Ofertantul ar trebui să poată demonstra că a luat măsuri rezonabile pentru protecția informațiilor declarate ca fiind secrete comerciale, printr-o politică internă de protecție a secretelor comerciale cunoscută și asumată de personalul companiei, care poate cuprinde:

- modul în care a *identificat* la nivel organizațional secretele comerciale;
- modul în care a pus în practică *proceduri* pentru protecția secretelor comerciale (pentru acea informație declarată ca fiind secret comercial);
- modul în care a *restricționat* accesul la secretele comerciale;
- existența unor clauze contractuale în contracte încheiate cu partenerii, furnizorii, clienții și angajații pentru protecția secretelor comerciale;
- registrul acordurilor de confidențialitate încheiate cu partenerii, furnizorii, clienții și angajații pentru protecția secretelor comerciale;
- documentele semnate de angajați la momentul angajării pentru păstrarea respectivului secret comercial sau la părăsirea locului de muncă prin care se asigură că nu mai au acces la secretele comerciale (dacă este aplicabil, în funcție de tipul secretului comercial).

Așadar, dovezile care pot fi prezentate pentru susținerea caracterului confidențial al informațiilor declarate ca fiind secrete comerciale, sunt **documentele/înscrisurile/orice alt mijloc de probă care demonstrează măsurile întreprinse de către operatorul economic pentru protejarea respectivelor informații, astfel cum sunt menționate mai sus cu titlu exemplificativ.**

#### Testul prejudiciului

Este necesar să se demonstreze o relație clară de tip cauză-efect între dezvăluirea informațiilor și potențialul prejudiciu pe care îl poate suferi operatorul economic pentru ca acesta să poată invoca un interes în confidențialitatea ofertei (De reținut că instanța de judecată va aplica același test).

De asemenea, prejudiciul trebuie să fie mai mult decât unul banal/fără valoare, iar probabilitatea prejudiciului trebuie să fie una serioasă și posibilă.

### 4.3. Proprietatea intelectuală

#### Definire

Proprietatea intelectuală se referă la creațiile intelectuale utilizate în activități comerciale. Deținătorul proprietății intelectuale poate controla și trebuie răsplătit pentru uzul acesteia, iar acest fapt încurajează inovația și creativitatea spre beneficiul umanității.<sup>2</sup>

#### Categorii

Proprietatea intelectuală este împărțită în două categorii principale:

(a) Drepturi de autor (copyright), care înseamnă drepturi asupra unor lucrări literare și artistice, o formă de protecție garantată de lege a lucrărilor originale ale unui autor și

(b) Drepturile conexe, care includ drepturile artiștilor apărute ca urmare a interpretării, drepturile legate de înregistrările efectuate de producătorii de fonograme și drepturile apărute urmare a emisieii programelor de radio și televiziune.

#### Proprietatea industrială

- Brevete de invenție (patente): orice invenție cu caracter tehnic având ca obiect un produs sau un procedeu, cu condiția ca aceasta să fie nouă, să implice o activitate inventivă și să fie susceptibilă de aplicare industrială;
- Model de utilitate: soluție tehnică care depășește nivelul simplei îndemânări și este susceptibilă de aplicare industrială/soluție cunoscută în principiu și doar se aduc îmbunătățiri care duc la un efect tehnic mai performant/modelul de utilitate nu poate să fie un procedeu sau o metodă;
- Mărci și indicații geografice: orice semn, cum ar fi cuvintele, inclusiv numele de persoane sau desenele, literele, cifrele, culorile, elementele figurative, forma produsului sau a ambalajului produsului sau sunetele, cu condiția ca aceste semne să fie capabile să distingă produsele sau serviciile unei întreprinderi de cele ale altor întreprinderi și să fie reprezentate în Registrul mărcilor într-un mod care să permită autorităților competente și publicului să stabilească cu claritate și precizie obiectul protecției conferite titularului lor;
- Desene și modele industriale: aspectul exterior al unui produs sau al unei părți a acestuia, redat în două sau trei dimensiuni, rezultat din combinația dintre principalele caracteristici, îndeosebi linii, contururi, culori, formă, textură și/sau materiale ale produsului în sine și/sau ornamentația acestuia;
- Topografii pentru produse semiconductoare: o serie de imagini legate între ele, indiferent de modalitatea în care acestea sunt fixate sau codate, reprezentând configurația tridimensională a straturilor care compun un produs semiconductor și în care fiecare imagine reproduce desenul sau o parte din desenul unei suprafețe a produsului semiconductor, în orice stadiu al fabricației sale.

#### Dovezi care pot fi prezentate pentru susținerea caracterului confidențial al elementelor ofertei

##### Drepturi de autor (copyright)

- Marcajul holografic/dreptul de autor

##### Proprietatea industrială

- Brevetul de invenție;

---

<sup>2</sup> Sursa: *Oficiul de Stat pentru Invenții și Mărci* - <https://www.eucopyright.com/> pentru cadrul legal a se vedea <https://www.euoparl.europa.eu/factsheets/ro/sheet/36/proprietatea-intelectuala-industrial-a-si-comerciala>

- Certificat de model de utilitate;
- Certificat de marcă înregistrată;
- Certificat de înregistrare desen sau model;

**Exemple de formulări de cerințe pentru operatorii economici în documentația de atribuire**  
*Solicitarea de a anexa dovezi la declarația de confidențialitate*

*Solicitarea clară de demonstrare a relației cauză-efect între dezvăluirea informațiilor confidențiale și prejudiciul pe care îl poate suferi ofertantul, dacă se declară anumite informații ca fiind confidențiale*

*Prezentarea detaliată și dovedirea politicii la nivel organizațional pentru asigurarea menținerii caracterului confidențial al elementelor declarate ca și confidențiale în ofertă [cu numirea/descrierea exactă a acestor elemente].*

#### **Măsuri interne, organizaționale**

Se recomandă implementarea de măsuri/proceduri interne și prezentarea la nivelul documentației de atribuire a informațiilor referitoare la modul în care autoritatea/entitatea contractantă abordează și tratează la nivelul organizațional informațiile cu caracter confidențial ale ofertelor primite în cadrul procesului de achiziție.

Cu titlu exemplificativ, poate fi abordată analiza situației în care transmiterea din partea unui ofertant a unor informații confidențiale se face în baza unui acord de confidențialitate care a fost încheiat de către respectivul ofertant cu un partener, furnizor, client și/sau angajați pentru protecția secretelor comerciale. În această situație, autoritatea contractantă se angajează să păstreze distinct aceste informații, pentru ce perioadă și în ce condiții vor fi păstrate aceste informații?

#### **5. Jurisprudență CJUE**

- Curtea de Justiție a Uniunii Europene - cauza C-927/2019 [CURIA - Case Information \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/index.do)

Extrase din Opinia Curții:

*(...) articolul 21 din Directiva 2014/24, citit în contextul său, nu încredințează exclusiv operatorului economic funcția de a specifica, după cum consideră de cuviință, informațiile care trebuie calificate drept confidențiale. Cererea sa motivată în această privință, care este indispensabilă, dacă dorește să limiteze publicarea informațiilor pe care el însuși le furnizează, este supusă deciziei ulterioare a autorității contractante (și, eventual, celei a instanței care efectuează controlul deciziilor acesteia).*

*În cazul în care, prin intermediul acestei cereri motivate, precum în cazul celorlalte dispoziții ale Directivei 2014/24, se urmărește evitarea denaturării concurenței(14), este logic să se confere autorității contractante, și nu în mod unilateral operatorului vizat, posibilitatea de a aprecia riscurile pentru concurență care ar rezulta din divulgarea informațiilor pretins confidențiale. Obligația de imparțialitate și obiectivitate a autorității contractante, în ceea ce privește diverșii ofertanți, face din aceasta actorul ideal pentru a efectua analiza respectivă.*

**Oferta, în ansamblul său, sau cererea de participare a furnizorului nu poate fi considerată confidențială, însă furnizorul poate indica faptul că anumite informații prezentate în oferta sa sunt confidențiale.**

*Articolele 21, 50 și 55 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE nu impun autorității contractante obligația de a furniza unui participant la procedura de achiziții publice, care contestă în fața sa evaluarea ofertelor, toate informațiile din oferta prezentată de ofertantul câștigător.*

*Atunci când soluționează calea de atac introdusă împotriva deciziei de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă trebuie să își motiveze răspunsul prin indicarea argumentelor pe care se întemeiază decizia sa, pentru a permite ca aceasta să fie atacată în mod efectiv în fața unui organism de control. **Obligația de motivare nu implică, în sine, divulgarea informațiilor confidențiale care i-au fost încredințate, în cazul în care consideră că o astfel de divulgare este inoportună.***

- Curtea de Justiție a Uniunii Europene - cauza C-54 /2021 [CURIA - Case Information \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/docContent/annexes/annexes/2022/11/cp220186ro.pdf)

Întrebările preliminare acoperă o serie de posibile interpretări ale principiului tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici și principiul transparenței prevăzute la articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE.

Informații suplimentare privind starea de fapt și considerentele hotărârii în comunicatul de presă al CJUE: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-11/cp220186ro.pdf>.

Prin hotărârea pronunțată la data de 17 noiembrie 2022, Curtea a interpretat articolul 18 alineatul (1) și articolul 21 alineatul (1) coroborate cu articolul 50 alineatul (4) și cu articolul 55 alineatul (3) din Directiva 2014/24/UE în sensul că se opun 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, precum și unei practici a autorităților contractante care constă în a accepta în mod sistematic cererile de tratament confidențial cu titlu de secret comercial.

Potrivit hotărârii Curții, articolul 18 alineatul (1), articolul 21 alineatul (1) și articolul 55 alineatul (3) din Directiva 2014/24 a fost interpretat în sensul că:

- pentru a stabili dacă va refuza, unui ofertant a cărui ofertă a fost respinsă, accesul la informațiile pe care ceilalți ofertanți le-au prezentat în legătură cu experiența lor relevantă și cu referințele referitoare la aceasta, în legătură cu identitatea și calificările profesionale ale persoanelor propuse pentru executarea contractului și ale subcontractanților și în legătură cu concepția proiectelor a căror realizare este preconizată în cadrul contractului de achiziții și cu modul de executare a acestuia, autoritatea contractantă trebuie să aprecieze dacă aceste informații au o valoare comercială care nu se limitează la contractul de achiziții publice în cauză, **divulgarea lor fiind de natură să aducă atingere unor interese comerciale legitime sau concurenței loiale;**
- autoritatea contractantă poate, pe de altă parte, să refuze să acorde 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**
- atunci când este refuzat accesul integral la informații, autoritatea contractantă trebuie să acorde ofertantului menționat acces la **conținutul esențial al aceluiași informații, astfel încât să fie asigurată respectarea dreptului la o cale de atac efectivă.**

Articolul 18 alineatul (1), coroborat cu articolul 67 alineatul (4) din Directiva 2014/24 din aceasta a fost interpretat în sensul că nu se opune includerii printre criteriile de atribuire a contractului a „concepției cu privire la dezvoltarea proiectelor” a căror realizare este preconizată în cadrul contractului de achiziții publice în discuție și a „descrierii modului de executare” a acestui contract, cu condiția ca aceste criterii să fie însoțite de precizări care să permită autorităților contractante să evalueze în mod concret și obiectiv ofertele prezentate.

Prin aceeași hotărâre, articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665/CEE a fost interpretat în sensul că în cazul constatării, în cursul soluționării unei căi de atac formulate împotriva unei decizii de atribuire a unui contract de achiziții publice, a unei obligații a autorității contractante



de a divulga reclamantului informații care au fost tratate în mod eronat ca fiind confidențiale și a unei încălcări a dreptului la o cale de atac efectivă din cauza nedivulgării acestor informații, această constatare nu trebuie în mod necesar să conducă la adoptarea de către această autoritate contractantă a unei noi decizii de atribuire a contractului, cu condiția ca dreptul procedural național să permită instanței sesizate să adopte, în cursul judecării, 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 căi de atac nu trebuie să curgă decât din momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informațiilor care au fost calificate în mod eronat drept confidențiale.

## **6. Aspecte specifice cu privire la elemente de confidențialitate:**

6. 1. Autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere oferta depusă în ansamblul ei, relevant fiind faptul că nu toate informațiile/elementele de confidențialitate ale unei oferte se regăsesc în propunerea tehnică sau propunerea financiară.

În acest sens, menționăm că informațiile cu privire la persoanele fizice sau juridice, inclusiv subcontractanții, pe care un ofertant precizează că se sprijină pentru executarea contractului (precum **experții propuși**), nu fac întotdeauna parte din propunerea tehnică, ci uneori sunt incluse în documentele de calificare și selecție..

Sub acest aspect, CJUE face o distincție între datele care permit identificarea acestor persoane și cele care privesc numai calificările sau capacitățile lor profesionale.

În ceea ce privește datele nominale, CJUE nu exclude, cu condiția să fie plauzibil că ofertantul și experții sau subcontractanții săi au creat o sinergie cu valoare comercială, ca accesul la ele să trebuiască refuzat. Astfel, autoritatea contractantă trebuie să stabilească dacă divulgarea acestor date de identificare riscă să îl expună pe ofertant unei încălcări a protecției confidențialității. În acest scop, ea trebuie să țină seama de toate împrejurările relevante, inclusiv de obiectul contractului de achiziții în discuție, precum și de interesul ofertantului menționat și al experților sau subcontractanților menționați de a participa, cu aceleași angajamente negociate în mod confidențial, la alte proceduri de achiziții publice. Cu toate acestea, divulgarea unor informații transmise autorității contractante nu poate, în principiu, să fie refuzată dacă aceste informații relevante pentru procedura de achiziții publice în discuție nu au nicio valoare comercială în cadrul mai amplu al activităților acestor operatori economici.

**Referitor la datele nenominale**, CJUE apreciază, având în vedere importanța lor pentru atribuirea contractului de achiziții, principiul transparenței și dreptul la o protecție jurisdicțională efectivă, că se impune ca date cu un conținut esențial precum calificările sau capacitățile profesionale ale persoanelor angajate pentru executarea contractului, dimensiunea sau configurarea efectivelor astfel constituite ori partea din executarea contractului pe care ofertantul intenționează să o încredințeze unor subcontractanți, să fie accesibil ansamblului ofertanților.

6. 2. Este necesar a se **face diferența între o ofertă depusă în contextul unor cerințe specifice procedurii lansate de AC și ofertele depuse în general în cadrul altor proceduri.**

Întrucât în primul caz este vorba de inovare, într-o asemenea situație autoritatea contractantă nu ar mai avea nevoie de documente de proprietate intelectuală, brevete, etc, atâta timp cât ofertantul a inovat special în cadrul ofertei depuse pentru respectiva autoritate.

Prin urmare, este nevoie să se facă diferența între o ofertă care conține elemente specifice, depusă în cadrul procedurii pentru respectiva autoritate contractantă (ex. o strategie specifică domeniului autorității contractante) și o ofertă care conține alte elemente care pot fi date pe piață oricărei alte autorități contractante (ex. un sistem disponibil pe piață cu care participă multe alte oferte).

6. 3. Este important de reținut faptul că **OUG nr. 25/2019** privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, care a transpus Directiva 2016/943/UE privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale - **NU se aplică în domeniul achizițiilor publice.**

## 7. Concluzii

7. 1. Informațiile indicate de ofertanți/operatori economici ca fiind confidențiale, pot fi doar cele care se încadrează în sfera datelor cu caracter personal, secretelor tehnice sau comerciale sau cele care sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

7. 2. Documentele pot fi declarate ca fiind confidențiale prin marcarea sau indicarea acestora, de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind „confidențiale”.

7. 3. Motivarea caracterului confidențial al informațiilor/elementelor din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare și/sau fundamentărilor/justificărilor de preț/cost declarate, **NU IMPLICĂ DOAR O SIMPLĂ DECLARAȚIE DATĂ ÎN ACEST SENS, CI O ARGUMENTARE TEMEINICĂ ȘI PLAUZIBILĂ ȘI/SAU PROBE ÎN SUSȚINERE.**

7. 4. Caracterul confidențial al informațiilor/elementelor din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare și/sau fundamentărilor/justificărilor de preț/cost poate fi demonstrat prin orice mijloace de probă.

7. 5. Autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile/elementele din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost transmise și indicate de operatorii economici ca fiind confidențiale, dar numai dacă operatorii respectivi au dovedit caracterul de confidențialitate al acestora.

7. 6. Autoritatea 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.