

Cauza C-54/21

Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție

Data depunerii:

29 ianuarie 2021

Instanța de trimitere:

Krajowa Izba Odwoławcza

Data deciziei de trimitere:

22 decembrie 2020

Recurenți:

ANTEA POLSKA S.A.

„Pectore-Eco” sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy

Intimată:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Alte părți interveniente în procedură:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Obiectul procedurii principale

Recurs formulat în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice pentru „elaborarea proiectelor celei de a doua actualizări a planurilor de gestionare a bazinelor hidrografice (II aPGW), precum și a împreună cu metodologiilor aferente”, cu privire la acțiunile sau omisiunile autorității contractante, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie [Administrația Națională a Apelor Polone], în cursul procedurii în cauză.

Obiectul și temeiul juridic ale trimiterii preliminare

Obiectul trimiterii privește două aspecte – primul referitor la rezervarea informațiilor cu titlu de secrete comerciale de către operatorii economici, iar al doilea la determinarea de către autoritatea contractantă a unor criterii de evaluare a ofertelor care nu sunt legate de prețuri și a modului de evaluare a acestora.

Cererea a fost depusă în temeiul articolului 267 TFUE.

Întrebările preliminare

Întrebarea 1: Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici și principiul transparenței, prevăzute la articolul 18 alineatul (1) 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 (denumită în continuare „Directiva 2014/24/UE”), permit o interpretare a articolului 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE și a articolului 2 punctul 1 din Directiva (UE) 2016/943 a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2016 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale (denumită în continuare „Directiva 2016/943”) și în special a termenilor „ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se articulează elementele acestora, cunoscute la nivel general sau ușor accesibile” și „au valoare comercială prin faptul că sunt secrete” și a precizării potrivit căreia „autoritatea contractantă nu dezvăluie informațiile transmise de către operatorii economici și desemnate de aceștia ca fiind confidențiale” în sensul că un operator economic poate rezerva cu titlu de secret comercial orice informație pentru motivul că nu dorește să o divulge operatorilor economici concurenți?

Întrebarea 2: Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici și principiul transparenței, prevăzute la articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE, permit o interpretare a articolului 21 punctul 1 din Directiva 2014/24/UE și a articolului 2 punctul 1 din Directiva (UE) 2016/943 potrivit căreia operatorii economici care participă la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice pot rezerva cu titlu secret comercial documentele menționate la articolele 59 și 60 din Directiva 2014/24/UE și în anexa XII la Directiva 2014/24/UE, integral sau parțial, în special în ceea ce privește lista

experiențelor, a referințelor, lista persoanelor propuse pentru executarea contractului și calificările lor profesionale, numele și capacitățile entităților ale căror capacități vor fi utilizate sau ale subcontractanților, în cazul în care aceste documente sunt necesare pentru a demonstra respectarea condițiilor de participare la procedură sau pentru a evalua ofertele în conformitate cu criteriile de evaluare sau pentru a constata că oferta este conformă cu celelalte cerințe impuse de autoritatea contractantă, cuprinse în documentația procedurii (anunțul de participare, caietul de sarcini)?

Întrebarea 3: Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici și principiul transparenței, prevăzute la articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE, coroborate cu articolul 58 alineatul (1), articolul 63 alineatul (1) și articolul 67 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2014/24/UE permit autorității contractante să accepte în același timp o declarație a operatorului economic în sensul că dispune de resursele de personal solicitate de autoritatea contractantă sau declarate de el însuși, ale unor entități ale căror resurse dorește să le utilizeze sau ale unor subcontractanți, ceea ce trebuie să dovedească autorității contractante, în conformitate cu reglementările în vigoare, precum și o declarație potrivit căreia simpla divulgare către operatorii economici concurenți a datelor referitoare la respectivele persoane sau entități (denumire, nume, experiență, capacități) poate conduce la „acapararea” acestora de către acești operatori economici, astfel încât este necesar ca informațiile respective să fie protejate cu titlu de secret comercial? În lumina celor de mai sus, o legătură atât de efemeră între operatorul economic respectiv și aceste persoane și entități poate fi considerată o probă a faptului că operatorul economic dispune de aceste resurse și, în special, poate permite atribuirea de puncte suplimentare operatorului economic conform criteriilor de evaluare a ofertelor?

Întrebarea 4: Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici și principiul transparenței, prevăzute la articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE, permit o interpretare a articolului 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE și a articolului 2 punctul 1 din Directiva (UE) 2016/943 în sensul că operatorii economici care participă la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice pot rezerva cu titlu de secret comercial documentele necesare pentru verificarea conformității ofertei cu cerințele autorității contractante cuprinse în caietul de sarcini (inclusiv în descrierea obiectului contractului) sau pentru evaluarea ofertei conform criteriilor de evaluare a ofertelor, în special în cazul în care aceste documente se referă la respectarea cerințelor autorității contractante cuprinse în caietul de sarcini, în legislația aplicabilă sau în alte documente accesibile publicului sau persoanelor interesate, în particular atunci când această evaluare nu urmează modele comparabile în mod obiectiv și indicatori măsurabili și comparabili din punct de vedere matematic sau fizic, ci o apreciere individuală efectuată de autoritatea contractantă? În consecință, articolul 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE și articolul 2 punctul 1 din Directiva 2016/943 pot fi interpretate în sensul că poate fi considerată secret comercial o declarație, prezentată de un operator economic în cadrul unei oferte, privind executarea obiectului unui anumit contract în

conformitate cu cerințele autorității contractante cuprinse în caietul de sarcini, a căror respectare este controlată și evaluată de autoritatea contractantă, chiar dacă alegerea metodelor de obținere a rezultatului impus de autoritatea contractantă (obiectul contractului) revine operatorului economic?

Întrebarea 5: Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici și principiul transparenței, prevăzute la articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE, coroborate cu articolul 67 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE, potrivit cărora criteriile de atribuire nu au ca efect acordarea unei libertăți de selecție nelimitate autorității contractante, asigură posibilitatea concurenței efective și permit verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul evaluării modului în care ofertele îndeplinesc criteriile de atribuire, permit autorității contractante să stabilească un anumit criteriu de evaluare a ofertelor, în special un criteriu apreciat pe baza unei evaluări individuale a autorității contractante, deși încă din momentul în care se stabilește acest criteriu este cunoscut faptul că operatorii economici vor proteja partea din ofertă referitoare la acest criteriu cu titlu de secret comercial fără ca autoritatea contractantă să se opună, astfel încât operatorii economici concurenți, aflându-se în imposibilitatea de a verifica ofertele concurenților și de a le compara cu propriile oferte, pot avea impresia unei examinări și evaluări total discreționare a ofertelor de către autoritatea contractantă?

Întrebarea 6: Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici și principiul transparenței, prevăzute la articolul 18 alineatul 1 din Directiva 2014/24/UE, coroborate cu articolul 67 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE, potrivit cărora criteriile de atribuire nu au ca efect acordarea unei libertăți de selecție nelimitate autorității contractante, asigură posibilitatea concurenței efective și permit verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul evaluării modului în care ofertele îndeplinesc criteriile de atribuire, pot fi interpretate în sensul că permit autorității contractante să stabilească un criteriu de evaluare a ofertelor precum criteriile privind „conceptul de dezvoltare” și „descrierea modului de executare a contractului” din prezenta procedură?

Întrebarea 7: Alineatele (1) și (3) ale articolului 1 din Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice (denumită în continuare „Directiva privind căile de atac”), care impun statelor membre să asigure operatorilor economici accesul la căi de atac efective împotriva deciziilor luate de autoritățile contractante, precum și disponibilitatea căilor de atac pentru o entitate care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare trebuie interpretate în sensul că stabilirea de către autoritatea competentă a faptului că documentele rezervate de operatorii economici într-o anumită procedură nu constituie un secret comercial, ceea ce are ca efect divulgarea lor de către autoritatea contractantă și punerea lor la dispoziția

operatorilor economici concurenți – în măsura în care acest efect nu rezultă direct din lege – impune autorității competente să adopte o decizie care să permită operatorului economic să formuleze o nouă cale de atac – în limitele conținutului acestor documente, pe care nu le cunoștea anterior, motiv pentru care nu a putut exercita în mod util o cale de atac jurisdicțională – împotriva unui act care nu ar putea fi atacat din cauza expirării termenului de introducere a acesteia, de exemplu prin anularea procedurii de examinare și evaluare a ofertelor în cadrul căreia documentele în cauză sunt rezervate cu titlu de secrete comerciale?

Dispozițiile de drept al Uniunii invocate

Directiva 2014/24/UE: articolul 18 alineatul (1), articolul 21 alineatul (1), articolul 55 alineatele (2) și (3), articolul 56 alineatele (1) și (2), articolul 58 alineatul (4), articolul 59, articolul 60 alineatul (1), articolul 63 alineatul (1), articolul 67, articolul 71 alineatul (2).

Directiva 2016/943: articolul 2 punctul 1.

Directiva 2007/66: articolul 1 alineatele (1) și (3).

Dispozițiile naționale invocate

Legea din 29 ianuarie 2004 – Legea privind achizițiile publice (Dz. U. din 2004, nr. 19, poziția 177)

Articolul 7

Autoritatea contractantă pregătește și desfășoară procedura de atribuire a contractelor de achiziții astfel încât să asigure concurența loială și egalitatea de tratament a operatorilor economici și în conformitate cu principiile proporționalității și transparenței.

Articolul 8

1. Procedura de atribuire a contractelor de achiziții este publică.
2. Autoritatea contractantă poate limita accesul la informațiile legate de procedura de atribuire a contractelor numai în cazurile prevăzute de lege.
 - 2a. Autoritatea contractantă poate specifica în caietul de sarcini cerințe privind confidențialitatea informațiilor furnizate operatorului economic în cursul procedurii.
3. Informațiile care constituie secret comercial în sensul normelor privind combaterea concurenței neloiale nu sunt divulgate dacă operatorul economic, nu mai târziu de termenul limită pentru depunerea ofertelor sau a cererilor de participare la procedură, a stipulat că acestea nu pot fi puse la dispoziție și a

demonstrat că informațiile rezervate constituie un secret comercial. Operatorul economic nu poate rezerva informațiile menționate la articolul 86.

4. Dispoziția se aplică *mutatis mutandis* concursurilor.

Articolul 36b alineatul 1

Autoritatea contractantă solicită operatorului economic să indice părțile contractului a căror executare intenționează să o încredințeze subcontractanților și entitățile subcontractante.

Articolul 91

1. Autoritatea contractantă selectează oferta cea mai avantajoasă pe baza criteriilor de evaluare a ofertelor specificate în caietul de sarcini.

2. Criteriile de evaluare a ofertelor sunt prețul sau costul ori prețul sau costul și alte criterii referitoare la obiectul contractului, în special:

1) calitatea, inclusiv parametrii tehnici, caracteristicile estetice și funcționale;

2) aspectele sociale, inclusiv integrarea profesională și socială a persoanelor menționate la articolul 22 alineatul 2, accesibilitatea pentru persoanele cu dizabilități sau luarea în considerare a nevoilor utilizatorilor;

3) aspectele de mediu, inclusiv eficiența energetică a obiectului contractului;

4) aspectele inovatoare;

5) organizarea, calificările profesionale și experiența persoanelor desemnate pentru executarea contractului, în cazul în care acestea pot avea un impact semnificativ asupra calității executării contractului;

6) serviciile post-vânzare și asistența tehnică, condițiile de livrare, precum data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de execuție.

[...]

2d. Autoritatea contractantă definește criteriile de evaluare a ofertelor într-un mod fără echivoc și inteligibil, care să permită verificarea informațiilor prezentate de operatorii economici.

[...]

Articolul 96

1. În cursul procedurii de atribuire a contractelor de achiziții, autoritatea contractantă întocmește un proces-verbal care conține cel puțin: [...]

5) numele și prenumele sau denumirea operatorului economic a cărei ofertă a fost aleasă ca fiind oferta cea mai avantajoasă și motivele pentru selectarea ofertei sale și, dacă este cunoscută, indicarea părții din contract sau din acordul-cadru pe care operatorul economic intenționează să o subcontracteze unor terți și, dacă se cunoaște la momentul respectiv, numele și prenumele sau denumirea subcontractanților; [...]

7) dacă este cazul, rezultatele examinării motivelor de excludere, evaluarea respectării condițiilor de participare la procedură sau a criteriilor de selecție, inclusiv:

a) numele și prenumele sau denumirea operatorilor economici care nu au fost excluși, care au demonstrat respectarea condițiilor de participare la procedură sau a criteriilor de selecție și motivele selectării acestor operatori economici;

b) numele și prenumele sau denumirea operatorilor economici excluși care nu au demonstrat respectarea condițiilor de participare la procedură sau a criteriilor de selecție și motivele pentru care nu au fost invitați să participe la procedură;

8) motivele respingerii ofertelor; [...]

2. Ofertele, avizele experților, declarațiile, informațiile din cadrul întrunirii menționate la articolul 10 alineatul 3, anunțurile, cererile, alte documente și informații prezentate de autoritatea contractantă și de operatorii economici și contractul de achiziții publice sunt anexate la procesul-verbal.

3. Procesul-verbal și anexele la acesta sunt publice. Anexele la procesul-verbal sunt puse la dispoziție după selectarea ofertei cele mai avantajoase sau anularea procedurii, cu condiția ca ofertele să fie puse la dispoziție din momentul deschiderii, ofertele preliminare de la data invitației de participare la procedura de ofertare și cererile de participare de la data notificării rezultatelor evaluării respectării condițiilor de participare la procedură.

Legea din 16 aprilie 1993 privind combaterea concurenței neloiale (Dz. U. din 2020, poziția 1913)

Articolul 11 alineatul 2

Secret comercial înseamnă orice informații tehnice, tehnologice sau referitoare la organizarea unei întreprinderi sau alte informații cu valoare comercială care 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, cu condiția ca persoana autorizată să utilizeze sau să dispună de informațiile respective să fi luat măsuri, cu diligența necesară, pentru a păstra confidențialitatea acestora.

Regulamentul Ministrului Dezvoltării din 26 iulie 2016 privind tipurile de documente pe care autoritatea contractantă le poate solicita operatorilor economici

în cadrul procedurii de atribuire a contractelor de achiziții publice (Dz. U. din 2020, poziția 1282)

Articolul 2 alineatul 4

Pentru a confirma că operatorul economic îndeplinește condițiile de participare la procedură sau criteriile de selecție referitoare la capacitatea tehnică sau profesională, autoritatea contractantă poate solicita prezentarea următoarelor documente:

1) [...]

2) lista livrărilor efectuate sau a serviciilor prestate și, în cazul prestărilor periodice sau continue efectuate în ultimii 3 ani înainte de expirarea termenului de depunere a ofertelor sau a cererilor de participare la procedură și dacă perioada de desfășurare a activității operatorului economic este mai scurtă – pentru această perioadă, cu indicarea valorii, a obiectului, a termenelor de executare și a entităților pentru care au fost efectuate livrările de produse sau prestările de servicii, însoțite de dovezi care să ateste dacă aceste livrări de produse sau prestări de servicii au fost efectuate sau sunt efectuate în mod corespunzător, dovezile în cauză constând în referințe sau alte documente emise de entitatea în beneficiul căreia au fost efectuate livrările de produse sau prestările de servicii și, în cazul livrărilor sau prestărilor periodice sau continue pentru care operatorul economic nu poate obține aceste documente dintr-un motiv obiectiv, într-o declarație a operatorului economic; în cazul livrărilor sau prestărilor periodice sau continue care încă sunt în curs de desfășurare, referințele sau alte dovezi privind executarea lor în mod corespunzător trebuie să fie emise cu cel puțin trei luni înainte de expirarea termenului de depunere a ofertelor sau a cererilor de participare la procedură;

3) lista utilajelor, instalațiilor sau echipamentelor tehnice de care dispune operatorul economic în vederea executării contractului de achiziții publice, însoțite de informații referitoare la temeiul pentru a dispune de acestea;

4) descrierea instalațiilor tehnice și a măsurilor organizatorice și tehnice utilizate de operatorul economic în vederea asigurării calității și a resurselor de studiu și cercetare deținute de operatorul economic sau care vor fi la dispoziția acestuia;

5) precizarea sistemelor de management și de trasabilitate din cadrul lanțului de aprovizionare pe care operatorul economic le va putea aplica în cadrul executării contractului; [...]

10) lista persoanelor desemnate de operatorul economic pentru executarea contractului de achiziții publice, în special a celor responsabile cu prestarea de servicii, controlul calității sau gestionarea lucrărilor, cu indicarea informațiilor privind calificările profesionale, autorizațiile, experiența și formarea lor necesare pentru executarea contractului de achiziții publice, precum și sfera activităților lor și temeiul pentru a dispune de acestea.

Prezentare succintă a situației de fapt și a procedurii principale

- 1 Litigiul din prezenta cauză se referă la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice anunțată de Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie [Administrația Națională a Apelor Polone] pentru „elaborarea proiectelor celei de a doua actualizări a planurilor de gestionare a bazinelor hidrografice (II aPGW), precum și a metodologiilor aferente”, desfășurată sub forma unei proceduri deschise. Invitația de participare la procedura de ofertare a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene cu numărul 2019/S 245-603343.
- 2 Planurile de gestionare a bazinelor hidrografice sunt incluse în documentele de planificare de bază, a căror elaborare și actualizare sunt impuse de dispozițiile Directivei-cadru privind apa (Directiva 2000/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 octombrie 2000 de stabilire a unui cadru de politică comunitară în domeniul apei, JO 2000, L 327, p. 1, Ediție specială, 15/vol. 6, p. 193) și ale Legii privind apa din 20 iulie 2017 (Dz. U. din 2018, poziția 2268, cu modificările și completările ulterioare). Aceste documente stau la baza deciziilor care configurează starea resurselor hidrografice și modul de gestionare a acestora în viitor. Ele servesc la coordonarea activităților legate de starea apelor și ecosisteme, resursele hidrografice, utilizarea apelor, substanțele introduse în ape sau în sol și care pot afecta negativ apele, protecția împotriva inundațiilor și prevenirea efectelor secetei. Contractul se referea la o actualizare periodică a acestor planuri și urma să fie pus în aplicare în patru etape: etapa I: elaborarea proiectelor II aPGW, precum și a metodologiilor aferente; etapa II: consultarea publică privind proiectele II aPGW și evaluarea strategică a impactului asupra mediului; etapa III: elaborarea unor proiecte de reglementări privind II aPGW; etapa IV: pregătirea unui raport către Comisia Europeană și elaborarea bazelor de date privind II aPGW.
- 3 În caietul de sarcini, autoritatea contractantă a indicat experiența minimă care trebuie demonstrată de operatorul economic care participă la procedură și a specificat echipa necesară pentru executarea contractului, experiența minimă, formarea și calificările necesare membrilor echipei. Autoritatea contractantă a reamintit, de asemenea, că un operator economic care se bazează pe resursele altor entități trebuie să dovedească faptul că, în executarea contractului, va avea la dispoziție resursele respectivelor entități, prezentând în special angajamentul acestor entități de a-i pune la dispoziție resursele necesare pentru executarea contractului. Operatorilor economici li s-a solicitat să prezinte documentele standardizate aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice: documentul european de achiziție unic, listele contractelor încheiate însoțite de referințe, lista persoanelor desemnate pentru executarea contractului și a entităților care pun resurse la dispoziția operatorului economic. În conformitate cu cerința prevăzută la articolul 36b alineatul 1 din Legea privind achizițiile publice, autoritatea contractantă a solicitat ca operatorii economici să precizeze dacă vor efectua contractul cu participarea unor subcontractanți și să indice societățile subcontractante (denumire) și părțile din contract care urmează să fie încredințate subcontractanților. Formularul de ofertă trebuia să indice documentele care puteau

fi obținute prin intermediul bazelor de date gratuite și publice (denumirea documentului și adresa site-ului web).

- 4 În cadrul procedurii, au fost depuse oferte de către: 1. operatori economici care au solicitat să participe la procedură împreună: ANTEA POLSKA spółka akcyjna cu sediul în Katowice, „Pectore-Eco” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością cu sediul în Gliwice și Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy cu sediul în Varșovia [Institutul Național pentru Protecția Mediului – Institutul Național de Cercetare] (denumiți în continuare împreună „recurentul”); 2. ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością cu sediul în Varșovia (denumită în continuare „Arup”); 3. CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością cu sediul în Varșovia (denumită în continuare „CDM”); 4. operatori economici care au solicitat să participe la procedură împreună: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością cu sediul în Varșovia, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością cu sediul în Varșovia, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych [HYDROCONSULT S.R.L. Birou de Studii și Cercetări Hidrogeologice și Geofizice] cu sediul în Varșovia (denumiți în continuare împreună „Multiconsult”).
- 5 Ofertele au fost evaluate în conformitate cu criteriile de atribuire (două criterii de calitate – „conceptul de dezvoltare”, pondere: 42, și „descrierea modului de executare a contractului”, pondere: 18; criteriul prețului – pondere: 40).
- 6 Potrivit criteriului „conceptul de dezvoltare”, oferta trebuia să descrie metodele de abordare a executării contractului:
 1. o abordare metodologică a elaborării unui set de acțiuni (pentru acțiuni individuale, metode: realizarea unei evaluări a eficacității și fezabilității în vederea atingerii obiectivelor de mediu ale corpurilor de apă individuale, efectuarea unei analize a rentabilității, determinarea modului în care realizarea afectează CAI (corpurile de apă individuale) de suprafață/subterane, determinarea costurilor de executare și a surselor de finanțare ținând seama de fondurile naționale și europene, efectuarea unei verificări climatice a programelor, identificarea impactului socio-economic al realizării acestora, prioritizarea acțiunilor, identificarea posibilelor sinergii care rezultă din existența altor documente de planificare, evaluarea faptului dacă setul de acțiuni propuse pentru un anumit CAI va permite atingerea obiectivelor de mediu, ținând cont de punerea în aplicare a acțiunilor planificate pentru CAI învecinate);
 2. o abordare metodologică pentru identificarea acțiunilor de preservare a continuității morfologice în contextul obiectivelor de mediu planificate pentru un corp de apă de suprafață, inclusiv modul de analiză/evaluare a funcționării instalațiilor existente de migrație a peștilor (inclusiv o abordare metodologică pentru identificarea structurilor care constituie un obstacol în calea migrației, pentru a determina dacă structurile identificate sunt echipate cu instalații de

migrație a peștilor, evaluarea funcționării instalațiilor existente în contextul atingerii obiectivelor de mediu și identificarea activităților din acest domeniu);

3. un concept de identificare a abaterilor de la realizarea obiectivelor de mediu însoțit de justificarea aferentă;
 4. o abordare a cartografierii locației corpurilor de apă de suprafață și a corpurilor de apă subterană astfel încât să se localizeze utilizarea punctuală a apelor cel puțin în raport cu localitatea menționată la punctul 28 litera r) din etapa IV a descrierii obiectului contractului.
- 7 Pe de altă parte, în conformitate cu criteriul „descrierea modului de executare a contractului”, oferta trebuia să conțină:
1. o descriere a riscurilor potențiale pentru îndeplinirea corespunzătoare a sarcinilor individuale în fiecare etapă a contractului, a mijloacelor de prevenire și contracarare a acestora sub forma unui registru al riscurilor, cu o estimare a probabilității potențiale a survenirii acestora și a nivelului de risc;
 2. structura organizatorică a echipei: roluri, responsabilități în raport cu competențele materiale declarate; fluxul de informații;
 3. propuneri de valori adăugate care nu sunt incluse în descrierea detaliată a obiectului contractului, care afectează calitatea și executarea obiectului contractului.
- 8 Subcriteriile au fost evaluate în conformitate cu tabele care conțin evaluări descriptive, care corespundeau unui anumit număr de puncte. Evaluările descriptive indicau dacă au fost îndeplinite cerințele prevăzute de documentele achiziției dacă au fost săvârșite erori de fond, dacă au fost descrise toate elementele subcriteriilor, câte dintre acestea au fost descrise într-un mod clar și complet, câte dintre soluțiile propuse pentru un anumit subcriteriu sunt optime și garantează un nivel ridicat de calitate și fiabilitate a rezultatelor lucrării și câte propuneri de valori adăugate, care nu erau incluse în descrierea detaliată a obiectului contractului și care afectează calitatea și executarea obiectului contractului, au fost incluse în descriere.
- 9 Oferte depuse au primit următorul punctaj:
1. CDM – preț (21 517 620 PLN): 33,61 puncte, conceptul de dezvoltare: 29 de puncte, descrierea modului de executare a contractului: 12 puncte, total: 74,61 puncte (oferta cea mai avantajoasă);
 2. Recurentul – preț (18 081 000 PLN): 40 de puncte, conceptul de dezvoltare: 7 puncte, descrierea modului de executare a contractului: 15 puncte, total: 62 de puncte;

3. Multiconsult – preț (20 662 770 PLN): 35 de puncte, conceptul de dezvoltare: 14 puncte, descrierea modului de executare a contractului: 9 puncte, total: 58 de puncte;
4. Arup – preț (18 240 900 PLN): 39,65 puncte, conceptul de dezvoltare: 9 puncte, descrierea modului de executare a contractului: 6 puncte, total: 54,65 puncte.
- 10 Recurentul a formulat un recurs la Președintele Krajowa Izba Odwoławcza [Camera Națională de Recurs] [denumită în continuare „Camera”], solicitând anularea selecției ofertei CDM, reexaminarea și reevaluarea ofertelor, precum și desecretizarea și punerea la dispoziție a documentelor și informațiilor rezervate cu titlu de secrete comerciale de către CDM, Multiconsult și Arup aferente criteriilor „conceptul de dezvoltare” și „descrierea modului de executare a contractului”, precum și documentele și informațiile rezervate de CDM (lista serviciilor, lista persoanelor, referințele, punctele 5 și 13 din formularul de ofertă), modificarea punctajului în favoarea recurentului și în detrimentul CDM, punerea la dispoziție a unei motivări în fapt a numărului de puncte acordate: CDM, Multiconsult și Arup și desemnarea ofertei prezentate de recurent ca fiind cea mai avantajoasă.
- 11 Arup, CDM și Multiconsult au intervenit în procedura de recurs în susținerea autorității contractante.
- 12 Recurentul a invocat următoarele motive:
- lipsa desecretizării informațiilor pe baza cărora au fost atribuite punctele pentru criteriile de calitate și a altor informații care nu au fost rezervate în mod util de CDM cu titlu de secrete comerciale, ceea ce constituie o încălcare a articolului 7 alineatele 1 și 3 coroborat cu articolului 81 alineatele 1, 2 și 3 din Legea privind achizițiile publice coroborate cu articolul 11 alineatul 2 din Legea din 16 aprilie 1993 privind combaterea concurenței neloiale;
 - lipsa furnizării unei motivări adecvate a aprecierii criteriilor de calitate, ceea ce constituie o încălcare a articolului 92 alineatul 1 coroborat cu articolul 7 alineatul 1 din Legea privind achizițiile publice;
 - lipsa evaluării ofertelor prezentate de recurent și de CDM într-un mod compatibil cu criteriile de evaluare a ofertelor și selectarea ofertei prezentate de CDM ca fiind oferta cea mai avantajoasă, chiar dacă, în conformitate cu criteriile de evaluare a ofertelor, oferta prezentată de recurent trebuia să fie selecționată ca fiind oferta cea mai avantajoasă, ceea ce constituie o încălcare a articolului 92 alineatul 1 coroborat cu articolul 7 alineatul 1 din Legea privind achizițiile publice.

Principalele argumente ale părților

- 13 În motivare, recurentul a indicat – în ceea ce privește motivul referitor la nedivulgarea informațiilor care nu au fost rezervate în mod util cu titlu de secrete comerciale de către CDM, Multiconsult și Arup – că principiul transparenței informațiilor publice este unul dintre principiile fundamentale ale ordinii juridice a Republicii Polone, astfel cum rezultă din articolele 54 și 61 din Constituția Republicii Polone și dispozițiile Legii din 6 septembrie 2001 privind accesul la informațiile publice (Dz. U nr. 112, poziția 1198). Nu se poate abuza de posibilitatea de a exclude caracterul transparent al unei proceduri de atribuire a contractelor și aceasta nu poate fi interpretată în sens larg, întrucât principiul transparenței în cadrul procedurilor este un principiu primordial, iar excepțiile de la acesta nu pot fi interpretate într-un mod care să conducă la limitarea sa. Această posibilitate nu poate fi aplicată numai jocului concurențial al operatorilor economici, ci strict în limitele definiției prevăzute la articolul 11 alineatul 2 din Legea privind combaterea concurenței neloiale. În conformitate cu articolul 96 alineatul 3 din Legea privind achizițiile publice, procesul-verbal și anexele sale sunt publice și sunt puse la dispoziția tuturor persoanelor interesate pentru examinare, indiferent de interesul acestora de drept sau de fapt. Operatorii economici care participă la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice trebuie să țină seama de faptul că ofertele lor vor fi, în principiu, publice și să fie conștienți de consecințele respectării procedurilor prevăzute de dispozițiile privind achizițiile publice.
- 14 Justificările invocate de operatorii economici CDM, Multiconsult și Arup pentru protejarea informațiilor ca secretele comerciale sunt laconice și, în principiu, se limitează la invocarea jurisprudenței. Din cuprinsul articolului 8 alineatul 3 din Legea privind achizițiile publice reiese că pot fi rezervate cu titlu de secret comercial numai informațiile care constituie un secret, iar nu documentele în care astfel de informații pot fi parțial conținute. Cu toate acestea, operatorii economici CDA, Multiconsult și Arup au rezervat cu titlu de secrete comerciale seturi întregi de documente, fără dovezi adecvate ale legalității unei astfel de acțiuni. Autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice în detaliu dacă și în ce măsură solicitarea de rezervare a documentelor era validă, cu atât mai mult cu cât aceste documente au un impact direct asupra evaluării ofertelor, reprezentând un total de până la 60 % din criteriile de evaluare a ofertelor. În schimb, autoritatea contractantă a acceptat în mod necritic explicațiile operatorilor economici, ceea ce determină recurentul să conteste legalitatea atribuirii unui anumit număr de puncte acestor operatori. O astfel de acțiune aduce atingere în mod direct principiul transparenței procedurii de atribuire a unui contract achiziții publice.
- 15 În ceea ce privește documentele și informațiile individuale rezervate, recurentul a susținut că concurentul în cauză a divulgat acest tip de informații în procedurile la care a participat în trecut; că a rezervat documente care sunt publicate online; că contractele incluse în lista de secrete comerciale erau servicii furnizate autorităților contractante obligate să aplice Legea privind achizițiile publice, prin urmare acestea sunt informații publice; că operatorul economic în cauză nu a luat

măsurile adecvate pentru păstrarea confidențialității, în pofida unei afirmații în acest sens din declarația prezentată autorității contractante.

- 16 În ceea ce privește motivul potrivit căruia nu exista o motivare completă în ceea ce privește punctele acordate operatorilor economici CDM, Multiconsult și Arup, recurentul a arătat că, în lipsa unei motivări în fapt a deciziei privind numărul de puncte acordate operatorilor economici respectivi, nu poate comenta cu precizie evaluarea realizată de autoritatea contractantă. Caracterul laconic al motivării deciziei autorității contractante, care a fost comunicată operatorilor economici, constituie un obstacol în calea controlului corectitudinii actelor autorității contractante și a exercitării căilor de atac.
- 17 Autoritatea contractantă a subliniat că dreptul operatorului economic de a desemna o parte a ofertei drept secret comercial trebuie să fie tratat similar cu principiul transparenței procedurii. Entitatea care rezervă informații trebuie să depună efortul de a explica în mod rezonabil de ce informațiile rezervate trebuie protejate cu titlu de secret comercial, afirmațiile în acest sens trebuie să fie susținute de probe, iar argumentația trebuie să fie convingătoare, coerentă și logică, luând în considerare caracteristicile procedurii și informațiile rezervate. Aceste cerințe au fost îndeplinite de toți operatorii economici.
- 18 Unul dintre operatorii economici care au intervenit procedura de recurs în susținerea autorității contractante a susținut că Directiva 2016/943 a fost adoptată pentru a proteja informațiile, care reprezintă moneda unei economii bazate pe cunoaștere și care conferă un avantaj competitiv. Aceste informații sunt percepute de operatorii economici în mod similar cu brevetele și alte tipuri de proprietate intelectuală. Din considerentul (18) al directivei rezultă că aceasta nu exonerează autoritățile publice de obligațiile de confidențialitate care le revin în privința informațiilor transmise, inclusiv în cadrul procedurilor de achiziții publice. Obligația de păstrare a confidențialității informațiilor identificate de operatorul economic drept secret comercial decurge din articolul 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE. Principiul protecției informațiilor care constituie secret comercial în sensul normelor privind combaterea concurenței neloiale (articolul 8 alineatul 3 din Legea privind achizițiile publice) constituie o excepție de la principiul general al transparenței procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice (articolul 8 alineatul 1 din Legea privind achizițiile publice). Definiția secretului comercial este prevăzută la articolul 11 alineatul 2 din Legea privind combaterea concurenței neloiale. Principiul transparenței procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice nu are un caracter absolut. Autoritatea contractantă evaluează ceea ce constituie și ceea ce nu constituie informații protejate prin lege și, în funcție de decizia respectivă, ia măsuri suplimentare de protecție. Acțiunile autorității contractante nu trebuie să expună operatorii economici riscului de a suferi prejudicii care rezultă din desecretizarea informațiilor.
- 19 În ceea ce privește cerința ca informațiile să aibă valoare comercială, ca element constitutiv al unui secret comercial, potrivit articolului 39 din TRIPS (Acordul

aspectele legate de comerț ale drepturilor de proprietate intelectuală din 15 aprilie 1994, care constituie o anexă la Acordul de instituire a Organizației Mondiale a Comerțului), informațiile cu valoare comercială sunt protejate prin faptul că sunt secrete. Acest lucru înseamnă că informațiile în cauză au o anumită valoare comercială pentru operatorul economic tocmai pentru că rămân secrete.

- 20 În ceea ce privește obiecția privind documentele care trebuie evaluate în cadrul criteriilor de calitate, din argumentele autorității contractante și ale operatorilor economici care au intervenit în procedura de recurs în susținerea autorității contractante reiese că acestea constituie creații originale și un fel de proprietate intelectuală a diferiților operatori economici, *know-how-ul* acestora. Acestea constituie o operă în sensul Legii din 4 februarie 1994 privind drepturile de autor și drepturile conexe (Dz. U. 1994, nr. 24, poziția 83), pentru care dreptul exclusiv de utilizare și dispunere în toate domeniile de exploatare, inclusiv dreptul de a supraveghea modalitatea de utilizare a operei și dreptul de a decide cu privire la prima difuzare a operei, aparține creatorului – operatorului economic. Divulgarea documentelor în cauză ar putea afecta grav interesele operatorilor economici, deoarece acestea au o valoare comercială, iar operatorii economici au luat măsurile necesare pentru a împiedica divulgarea acestora publicului, inclusiv, *inter alia*, proceduri interne adecvate, clauze de confidențialitate, reglementări ale muncii, controlul accesului în clădire, securitatea documentelor electronice (nume de utilizator și parolă) și fizice (dulap).
- 21 Autoritatea contractantă a explicat că fiecare dintre conceptele prezentate de operatorii economici este realizat în scopul procedurii în cauză și conține soluții unice. Pe de altă parte, ideile conținute în acestea nu sunt inovatoare, întrucât autoritatea contractantă nu se așteaptă la inovație, ci la îndeplinirea cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, astfel încât soluțiile să urmărească obținerea celor mai bune rezultate posibile și să fie corecte. Divulgarea unui concept poate aduce atingere intereselor autorului său, deoarece: un alt operator economic poate propune un termen de executare mai scurt sau un preț mai mic, conceptul poate fi utilizat întrucât nu este o operațiune unică și este corelat cu alte proceduri, pe baza conceptului, un concurent poate evalua cine va participa la executarea acestuia și poate acapara persoana în cauză.
- 22 În ceea ce privește confidențialitatea listei de servicii și referințe, informațiile menționate în lista de servicii constituie date care ar permite cunoașterea de către concurență a mai multor aspecte ale activităților operatorului economic (urmărirea profilului de activitate la un anumit moment, tipurile de contracte executate, beneficiarii serviciilor). Lista serviciilor arată, de asemenea, valoarea veniturilor obținute din prestarea de servicii, ceea ce constituie, de asemenea, un secret comercial.
- 23 În ceea ce privește confidențialitatea listei de persoane, aceasta conține date care permit identificarea persoanelor, care pot expune operatorul economic la pierderi în cazul unei încercări a concurenților de a recruta aceste persoane. În mod similar, datele din formularul de ofertă conțin detalii privind punerea la dispoziție

de către terți a unor resurse, ceea ce constituie o valoare comercială. Activitățile operatorilor economici constau în principal în furnizarea de servicii de consultanță și aceștia nu dețin alte active decât proprietatea intelectuală creată de angajați. Specificul serviciilor în cauză impune dispunerea de personal înalt calificat și protecția informațiilor privind persoanele care urmează să execute contractele. Datele privind potențialul de resurse umane sunt de importanță economică ridicată pentru operatorii economici și se referă la principiile de funcționare ale întreprinderii, la structura internă și la organizarea activității acestora.

- 24 Din poziția prezentată de autoritatea contractantă în ședință reiese, de asemenea, că, de regulă, în cadrul procedurii astfel de studii sunt păstrate secrete. Operatorii economici utilizează justificări standardizate pentru desemnarea informațiilor drept secrete comerciale. Documentele solicitate de autoritatea contractantă sunt interconectate și nu pot fi separate.
- 25 În ceea ce privește critica privind lipsa motivării exhaustive în ceea ce privește punctajul atribuit, autoritatea contractantă susține că a evaluat fiecare concept, subcriteriu și criteriu în conformitate cu procedura și normele descrise în caietul de sarcini. Fiecare ofertă a fost analizată în detaliu, iar evaluarea este însoțită de o motivare detaliată transmisă operatorilor economici la 12 martie 2020. Nivelul de detaliere a motivării punctajului acordat, transmisă tuturor operatorilor economici, permite verificarea cu ușurință a corectitudinii numărului de puncte acordate, precum și verificarea numărului de cazuri în care un anumit element a fost evaluat ca fiind descris în mod clar și complet și a numărului de valori adăugate declarate care au fost recunoscute de autoritatea contractantă. Condiția prealabilă pentru această verificare constă în lectura atentă și înțelegerea normelor de evaluare a ofertelor, iar recurentul nu a procedat astfel, după cum reiese din susținerile sale și din interpretarea eronată a diferite pasaje din motivarea evaluării ofertelor. Din argumentația recurentului reiese că acesta nu înțelege structura de evaluare a diverselor criterii și subcriterii și, pe această bază, invocă în recurs teze și concluzii incorecte în susținerea unor pretinse nereguli săvârșite de autoritatea contractantă sau a lipsei de imparțialitate a acesteia. Punctarea unui subcriteriu a depins de numărul de elemente care îndeplinesc cerințele specifice: soluția optimă și garantarea unui nivel ridicat de calitate și fiabilitate a rezultatelor lucrării, precum și de numărul de elemente care depășesc descrierea obiectului contractului, care au fost considerate ca având un impact pozitiv asupra calității executării contractului. În plus, sub tabelul care specifică regulile de acordare a punctelor, autoritatea contractantă a clarificat că prin sintagma „soluții optime care garantează un nivel ridicat de calitate și fiabilitate a rezultatelor lucrării” se înțelege „utilizarea de către operatorul economic a unui nivel adecvat de detaliere a analizelor și/sau instrumentelor adecvate și/sau efectuarea unei verificări efective și substanțiale a datelor sursă și/sau luarea de măsuri eficiente pentru a asigura caracterul complet al datelor și analizelor”. Principiile de mai sus au fost aplicate în mod consecvent de comisia de evaluare la evaluarea fiecărei oferte și nu au suscitat nicio îndoială din partea recurentului sau a altor operatori economici în etapa procedurii de cererii de ofertă. Nu a existat nicio îndoială cu privire la metoda de evaluare a ofertelor adoptată de autoritatea contractantă, având în

vedere că nu s-a adresat nici o singură întrebare cu privire la caietul de sarcini și nici nu au existat cereri de modificare în acest sens. Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că aceasta a fost corect formulată.

Prezentare succintă a motivării trimiterii preliminare

- 26 Primul set de întrebări incluse în cererea de decizie preliminară privește rezervarea informațiilor cu titlu de secret comercial de către operatorii economici.
- 27 Potrivit Hotărârii Curții din 29 martie 2012 în cauza C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., autoritatea contractantă are obligația să trateze diferiții candidați în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, operatorii economici să nu aibă impresia că autoritatea contractantă a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații. Realizarea unui astfel de efect este direct legată de transparența atribuirii contractelor, ceea ce implică, la rândul său, transparența față de participanții la procedură. Transparența procedurii poate fi limitată, însă dreptul național nu impune astfel de limitări cu privire la principiile consacrate la articolul 7 alineatul 1 din Legea privind achizițiile publice, și anume concurența loială, egalitatea de tratament și transparența procedurii. În mod similar, dispozițiile articolului 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE și ale articolului 2 punctul 1 din Directiva 2016/943 nu trebuie să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE.
- 28 În sistemul juridic polonez, operatorii economici au, în general, acces deplin la documentația procedurii de atribuire a contractelor de achiziții publice (articolul 96 din Legea privind achizițiile publice). Absența sau restricționarea unui astfel de acces subminează încrederea operatorilor economici în deciziile autorităților contractante și, prin urmare, în sistemul de achiziții publice în ansamblu, ca urmare a lipsei de transparență și a lipsei posibilității de verificare a actelor autorității contractante și ale concurenților. Aceasta face de asemenea mai dificilă sau chiar imposibilă exercitarea în mod util a căilor de atac jurisdicționale de către operatorii economici.
- 29 Urmărirea desfășurării procedurilor de către operatorii economici, familiarizarea cu ofertele concurenților, precum și verificarea ofertelor respective și a informațiilor furnizate autorității contractante reprezintă o practică obișnuită în contractele naționale și reiese și din căile de atac cu care este sesizată Camera, care sunt dominate de acuzații privind nerespingerea unor oferte nevalide și neexcluderea operatorilor economici care nu au demonstrat respectarea condițiilor de participare la procedură sau care au furnizat autorității contractante informații incorecte. Operatorii economici dispun adesea de mult mai multe cunoștințe profesionale decât autoritățile contractante cu privire la obiectul contractului și la situația din sectorul în cauză și sunt, de asemenea, dornici să utilizeze accesul la informațiile publice pentru a verifica informațiile furnizate de concurenți – ceea ce conduce adesea la o schimbare a rezultatului procedurii.

- 30 Se înregistrează din ce în ce mai mult o practică menită să contracareze fenomenul descris mai sus sub forma rezervării documentelor prezentate în cadrul unei proceduri sau a unor părți a acestora cu titlu de secrete comerciale. Este vorba despre documentele solicitate de autoritățile contractante cu privire la motivele de excludere a operatorilor economici din procedură, la respectarea condițiilor de participare la procedură, la conformitatea ofertei cu cerințele caietului de sarcini și criteriile de evaluare a ofertelor. Rezervarea unor astfel de documente este considerată o dorință de a ascunde conținutul lor față de concurenți, astfel încât aceștia să nu cunoască motivele de excludere a operatorului economic de la procedură sau de respingere a unei oferte pe care autoritatea contractantă însăși nu le va revela, iar în cele din urmă pentru a nu putea contesta evaluarea ofertei în conformitate cu criteriile de evaluare.
- 31 Potrivit hotărârii Sąd Najwyższy [Curtea Supremă] din 2005, rezervarea informațiilor cu titlu de secret comercial, chiar dacă nu au această natură, nu conduce la respingerea ofertei ca fiind neconformă cu legea, ci doar la obligația autorității contractante de a verifica această rezervare și de a divulga informațiile respective. Prin urmare, operatorii economici au început treptat să rezerve o cantitate tot mai mare de informații, deoarece acest lucru nu are consecințe negative pentru ei. Rezervarea informațiilor se realizează într-un mod oportunist, și anume operatorii economici rezervă informațiile și, respectiv, le divulgă, în funcție de ceea ce este avantajos pentru ei. Operatorii economici rezervă adesea documente întregi, iar la solicitarea, în ședință, de a indica pasajele specifice care conțin secrete comerciale și de a justifica acest lucru nu sunt în măsură să răspundă sau indică doar date individuale sau pasaje scurte.
- 32 Pe de o parte, autoritățile contractante se tem să divulge documente rezervate, chiar dacă consideră că acestea nu constituie un secret comercial, temându-se de posibile neplăceri și cereri de despăgubire. Pe de altă parte, această situație este convenabilă pentru autoritățile contractante, întrucât în acest mod alți operatori economici nu au acces la documentele respective, ceea ce îi împiedică să conteste în mod util deciziile autorității contractante și limitează căile de atac împotriva acestora.
- 33 În încercarea de a contracara problema descrisă, articolul 8 alineatul 3 din Legea privind achizițiile publice din 2014 a fost modificat, introducându-se obligația operatorilor economici de a demonstra că informațiile rezervate constituie un secret comercial.
- 34 În ultimii ani, au fost adoptate dispoziții, atât în Directiva 2014/24/UE, cât și în Directiva 2016/943, care pot crea o incertitudine din ce în ce mai mare din partea autorităților contractante și a organelor jurisdicționale cu privire la posibilitatea reală a operatorilor economici de a rezerva informații cu titlu de secrete comerciale în cadrul unei proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice. Aceste îndoieli sunt legate în principal de termenii utilizați în directivele respective.

- 35 Articolul 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE prevede că 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. La articolul 2 punctul 1 din Directiva 2016/943, secretele comerciale sunt definite ca informații care „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” și „au valoare comercială prin faptul că sunt secrete”. Prin urmare, aceste dispoziții subliniază simplul fapt că un comerciant poate păstra anumite informații secrete, dar nu vizează natura acestor informații. De asemenea, dispozițiile directivelor nu subliniază obligația operatorului economic de a dovedi că o anumită informație sau document constituie un secret comercial și nici obligația autorității contractante de a verifica dacă secretul comercial este justificat.
- 36 Operatorii economici încearcă să utilizeze formularea foarte generală a dispozițiilor directivelor și să le interpreteze, în special articolul 2 punctul 1 din Directiva 2016/943 – ca o posibilitate de a se rezerva cu titlu de secret comercial orice informații sau documente pe care nu doresc să le divulge altor operatori economici. În cadrul procedurii. Acesta poate fi orice document întocmit individual pentru procedura cererii de ofertă sau orice element relevant al ofertei. Pentru operatorii economici, valoarea comercială a acestor informații rezultă tocmai din faptul că sunt acoperite de secret, întrucât, în cazul în care nu ar fi acoperite de secretul comercial, concurenții ar putea constata vicii în oferte. Totuși, nu acesta pare să fie scopul posibilității de a asigura protecția informațiilor, instituită prin articolul 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE și prin Directiva 2016/943. De asemenea, nu corespunde cu bunul simț al funcționării în condiții de concurență loială.
- 37 În prezenta procedură, este contestată rezervarea cu titlu de secret comercial a două tipuri de documente: cele care descriu situația subiectivă a operatorului economic selectat în raport cu experiența sa, entitățile și personalul propus pentru executarea contractului și cele care descriu modul de executare a contractului.
- 38 În ceea ce privește documentele care descriu situația subiectivă a operatorului economic selectat în raport cu experiența sa, entitățile și personalul propus pentru executarea contractului, autoritatea contractantă solicită documente și informații oficiale și standardizate, astfel cum sunt definite de legislație – și anume articolele 59 și 60 și partea II din anexa XII la Directiva 2014/24/UE, Legea privind achizițiile publice și Regulamentul privind tipurile de documente pe care autoritatea contractantă le poate solicita operatorilor economici în cadrul procedurii de atribuire a contractelor de achiziții publice.
- 39 Având în vedere că legiuitorul Uniunii a indicat informațiile specifice care trebuie furnizate autorității contractante, se poate considera că acesta a considerat că aceste informații nu au un caracter confidențial. Sfera acestor informații este

determinată de cerințele autorității contractante, însă nu este necesară furnizarea de detalii despre contract, în special date financiare și alte date sensibile.

- 40 În ceea ce privește informațiile privind proiectele realizate cu succes, inclusiv referințele, precum și calificările specifice ale personalului sau ale cercetătorilor, acestea sunt uneori promovate și plasate pe site-uri web pentru a atrage viitori clienți și pentru a obține prestigiu. Prin urmare, prin însăși natura lor, ele nu constituie un secret comercial.
- 41 Indicarea de către operatorii economici drept motiv al rezervării informațiilor în cauză a posibilității concurenților de a recruta sau de a „acapara” persoanele respective, indiferent dacă sunt persoane propuse în echipa de executare a contractului sau entități care își pun la dispoziție resursele/subcontractanți, suscită îndoieli cu privire la relația reală dintre operatorul economic și persoana sau entitatea indicată de acesta și la posibilitatea reală de a dispune de această persoană sau entitate și de resursele sale. Operatorul economic trebuie să decidă dacă poate dispune efectiv de resursele indicate, element care, în cazul prezentei proceduri, se referă nu numai la îndeplinirea cerințelor minime ale autorității contractante, ci și la criteriile de evaluare a ofertelor. Este vorba despre persoane identificate în cadrul criteriului de evaluare și pentru participarea cărora sunt acordate puncte suplimentare în cadrul procedurii de atribuire a contractelor de achiziții publice.
- 42 În practică, Camera nu a reținut „acapararea” de personal sau de entități terțe/subcontractanți ca fiind o problemă reală pe piața achizițiilor publice și nici existența altor practici în afara limitelor circulației naturale a personalului sau ale libertății de a încheia contracte între comercianți. Specialiștii apreciați dintr-un anumit sector, în special cei cu o specializare nișată, sunt cel mai adesea cunoscuți, iar entitatea interesată să îi angajeze este capabilă să îi contacteze, existând de asemenea întreprinderi specializate în resurse umane. Autorii studiilor nu ascund realizările lor profesionale, ei își expun adesea public realizările, mai ales dacă redactează lucrări științifice. Mai mult decât atât, în cazul în care o anumită sarcină este interesantă și de prestigiu din punct de vedere profesional, doresc să o efectueze, indiferent de entitatea pentru care ar lucra. Același lucru este valabil și pentru subcontractanți. De asemenea, nu există nicio interdicție ca aceeași persoană, același subcontractant sau aceeași entitate care își oferă experiența să fie desemnată de mai mulți operatori economici – în cele din urmă, un singur operator economic va primi oricum contractul. Prin urmare, este mai degrabă decisiv care dintre operatorii economici va obține contractul în cauză și condițiile de cooperare pe care le va propune. Astfel cum reiese din Directiva 2016/943, aceasta nu trebuie înțeleasă ca limitând libertatea de stabilire, libera circulație a lucrătorilor sau mobilitatea lucrătorilor [articolul 1 alineatul (3) și considerentul (13)].
- 43 Pe de altă parte, astfel de date conținute în ofertă pot constitui un secret comercial, dar înainte de depunerea ofertei, atunci când operatorii economici sunt în căutare de personal, subcontractanți, furnizori de resurse etc. Însă, după depunerea

ofertelor și având în vedere interzicerea modificării conținutului acestora (conform articolului 87 alineatul 1 din Legea privind achizițiile publice), cunoașterea personalului sau a entităților cu care un concurent intenționează să coopereze este inutilă. Adecvarea lor viitoare depinde, la rândul său, de îndeplinirea cerințelor specifice ale altor contracte.

- 44 Al doilea tip de documente rezervate de operatorii economici sunt studiile solicitate de autoritatea contractantă pentru a evalua ofertele în funcție de criteriile de calitate, și anume „conceptul de dezvoltare” și „descrierea modului de executare a contractului”. Operatorii economici intervenienți și autoritatea contractantă, în justificarea confidențialității documentelor în cauză, s-au bazat în principal pe faptul că acestea constituiau creații originale, opere de valoare intelectuală.
- 45 Camera are îndoieli dacă simplul fapt că o parte a unei oferte poate fi considerată ca având o valoare intelectuală echivalează cu constatarea că aceasta poate fi protejată cu titlu de secret comercial. Într-adevăr, aceasta ar fi putut constitui un secret comercial dacă ar fi fost dezvoltată pentru uzul propriu al operatorului economic. Oferta se elaborează însă pe baza cerințelor caietului de sarcini pentru a constitui baza pentru examinarea conformității ofertei cu cerințele cuprinse în acesta (descrierea obiectului contractului) și baza de evaluare a ofertei în conformitate cu criteriile de evaluare a ofertelor. Fără acest obiectiv, este dificil de demonstrat valoarea studiilor respective. Simplul fapt că poate fi considerată o operă intelectuală a unui operator economic nu înseamnă că aceasta constituie un secret, întrucât caracteristica operelor este că sunt făcute publice, cu indicarea autorului. Afirmația autorității contractante conform căreia studiile nu conțin soluții inovatoare în sectorul respectiv nu a fost nici ea contestată – rezultă că acestea conțin cunoștințe disponibile profesioniștilor. Prin urmare, există îndoieli cu privire la faptul că simpla capacitate de a descrie o problemă în mod abil poate fi considerată un secret comercial.
- 46 Argumentele operatorilor economici referitoare la avantajul concurențial ar putea fi aplicate în cadrul oricărei proceduri de cerere de ofertă. Admiterea ipotezei că simpla creare de oferte care, în același timp, îndeplinesc cerințele autorității contractante și primesc un punctaj ridicat în criteriile de evaluare a ofertelor reprezintă un know-how al unui operator economic, care constituie un secret comercial, ar conduce la desemnarea de către operatorii economici a fiecărui detaliu al ofertei drept confidențial.
- 47 Potrivit considerentului (14) al Directivei 2016/943, informațiile pot fi considerate un secret comercial atunci când există atât un interes legitim pentru păstrarea confidențialității, cât și o așteptare legitimă de protejare a acestei confidențialități. În plus, astfel de know-how sau de informații ar trebui să aibă valoare comercială, fie ea reală sau potențială. Pe de altă parte, în pozițiile autorității contractante și ale operatorilor economici intervenienți există prea multe ipoteze care contrazic argumentele invocate pentru a nu suscita îndoieli cu privire la aspectul dacă motivele indicate pentru rezervarea informațiilor cu titlu de secret comercial

trebuie considerate reale și dacă documentele rezervate au o valoare comercială reală, în sensul considerentului (14). Pe de altă parte, însă, operatorii economici exprimă o opoziție puternică și concertată față de divulgarea informațiilor. Formularea dispozițiilor Directivei 2016/943 suscită îndoieli cu privire la ceea ce este permis în această privință și nu există o jurisprudență uniformă și consacrată în ceea ce privește posibilitatea de a rezerva astfel de informații cu titlu de secret comercial. Astfel, în opinia Camerei, este important ca Curtea să răspundă dacă așteptările operatorilor economici ca documentele de mai sus să nu fie divulgate de autoritatea contractantă sunt justificate.

- 48 Rezervarea anumitor informații cu titlu de secret comercial are de asemenea efectul de a limita și adesea chiar de a împiedica alți operatori economici să se prevaleze de căile de atac, după cum reiese din motivele și din argumentele invocate în prezentul recurs, prin intermediul cărora recurentul susține că nu este în măsură să furnizeze o justificare mai completă a argumentelor sale din cauza lipsei accesului la informații.
- 49 O altă chestiune referitoare la exercitarea căilor de atac este că, în conformitate cu Directiva privind căile de atac și cu Legea privind achizițiile publice, aceasta este limitată atât în timp, cât și din punctul de vedere al obiectului.
- 50 În ceea ce privește limitarea în timp, articolul 182 din Legea privind achizițiile publice prevede termenele în care poate fi introdusă o cale de atac împotriva unui act al autorității contractante. În speță, o cale de atac poate fi introdusă numai în termen de 10 zile de la comunicarea de către autoritatea contractantă a selecției ofertei celei mai avantajoase și a rezultatului examinării și evaluării ofertelor efectuate de autoritatea contractantă, după care operatorul economic își pierde dreptul de a formula o cale de atac și nu există o posibilitate de repunere în termen (nicio dispoziție nu prevede o astfel de posibilitate).
- 51 Recurentul a formulat recurs împotriva rezervării cu titlu de secret comercial a informațiilor din toate celelalte oferte, chiar dacă acestea se aflau într-o poziție inferioară în clasificarea ofertelor, întrucât nu ar fi putut formula recurs la o dată ulterioară, chiar dacă clasificarea ofertelor s-ar fi modificat; el a ridicat, de asemenea, obiecții cu privire la evaluarea ofertei CDM, în pofida faptului că nu avea cunoștință de temeiul acestei evaluări.
- 52 Limitarea posibilității de recurs în cauză din punctul de vedere al obiectului constă în faptul că, în conformitate cu articolul 189 alineatul 2 punctele 4 și 5 din Legea privind achizițiile publice, Camera respinge o cale de atac în cazul în care constată că recurentul se întemeiază numai pe aceleași împrejurări care au făcut obiectul unei decizii a Camerei cu privire la o altă cale de atac referitoare la aceeași procedură introdusă de același recurent sau dacă recursul se referă la un act pe care autoritatea contractantă l-a adoptat în conformitate cu hotărârea Camerei sau a unei instanțe sau, în cazul admiterii motivelor de recurs, în conformitate cu concluziile formulate în recurs. Astfel, în cazul în care operatorul economic prezintă în recurs mai multe motive, precum în prezenta procedură, iar Camera

consideră că numai unele dintre acestea sunt întemeiate, de exemplu lipsa divulgării informațiilor, iar nu lipsa evaluării ofertelor, autoritatea contractantă ar fi obligată numai să divulge documentele, iar decizia de selecție a ofertei ar fi menținută, astfel încât operatorul economic nu mai poate contesta oferta operatorului economic după ce a citit întregul conținut al acesteia.

- 53 Camera se întreabă dacă, în cazul în care constată că documentele rezervate nu constituie un secret comercial, ceea ce conduce la dispunerea de către autoritatea contractantă a desecretizării acestora, această constatare oferă operatorului economic posibilitatea de a formula o nouă cale de atac în ceea ce privește conținutul lor, pe care nu îl cunoștea anterior și de care putea prevala în mod eficient în cadrul unei căi de atac jurisdicționale. Astfel, în cazul în care această posibilitate a operatorului economic nu rezultă în mod direct din dispozițiile legale (din formularea sau din interpretarea acestora), Camera ar trebui, în decizia sa, să deschidă o astfel de posibilitate, de exemplu dispunând nu numai divulgarea acestor documente, ci și anularea deciziei de selecție a ofertei celei mai avantajoase, ceea ce ar permite operatorului economic să declare recurs împotriva selecției ofertei? Pe scurt, Camera se întreabă dacă această posibilitate rezultă direct din dispozițiile Directivei privind căile de atac sau din interpretarea corectă a acestora.
- 54 Al doilea set de aspecte cuprinse în cererea de decizie preliminară privește stabilirea de către autoritatea contractantă a unor criterii de evaluare a ofertelor care nu sunt legate de preț și a modalității în care acestea au fost evaluate. Modalitatea de evaluare a ofertelor în conformitate cu aceste criterii putea să nu suscite îndoieli în etapa în care operatorii economici au luat la cunoștință descrierea lor cuprinsă în caietul de sarcini, însă viciile ar fi putut apărea atunci când autoritatea contractantă a încercat să realizeze evaluarea efectivă a ofertelor pe baza acestora.
- 55 Din articolul 67 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE rezultă că criteriile stabilite de autoritatea contractantă pentru evaluarea ofertelor nu trebuie să ofere autorității contractante o libertate nelimitată de alegere, scopul lor fiind de a asigura o concurență efectivă și de a permite verificarea reală a informațiilor prezentate de ofertanți în vederea evaluării măsurii în care ofertele îndeplinesc criteriile de atribuire. Prin urmare, acestea trebuie, de asemenea, să asigure posibilitatea de verificare a evaluării realizate de autoritatea contractantă. Criteriile care nu sunt legate de preț formulate de autoritatea contractantă cu privire la evaluarea criteriilor „conceptul de dezvoltare” și „descrierea modului de executare a contractului” suscită îndoieli în această privință din mai multe motive.
- 56 În primul rând, aceste criterii nu se bazează pe date ușor comparabile și obiective care pot fi măsurate matematic sau fizic, precum parametrii individuali, performanță, rezistență, funcționalitate etc., ci pe o evaluare individuală descrisă de autoritatea contractantă folosind termeni nedefiniți de tipul: „nu a descris în mod clar”, „a descris în mod clar și complet”, „unele elemente nu au fost descrise”, „soluțiile propuse sunt optime și garantează un nivel ridicat de calitate

și fiabilitate a rezultatelor” sau „nu garantează un nivel ridicat de calitate și fiabilitate a rezultatelor”, „prezintă valoare adăugată care afectează pozitiv calitatea și executarea obiectului contractului”.

- 57 În al doilea rând, criteriile în cauză depind de convingerea individuală a autorității contractante cu privire la aceste caracteristici. Este imposibil să fie numit un expert care să evalueze conținutul studiilor elaborate de operatorii economici, deoarece acestea nu conțin parametri care ar putea fi verificați.
- 58 În al treilea rând, situația trebuie, de asemenea, analizată în ceea ce privește posibilitatea efectivă a operatorilor economici de a-și pregăti ofertele în mod corespunzător în conformitate cu o metodă de evaluare cunoscută în prealabil.
- 59 În al patrulea rând, nu a existat posibilitatea ca operatorii economici să cunoască materialele evaluate de autoritatea contractantă și evaluarea completă a acestora, inclusiv posibilitatea de a verifica dacă operatorii economici au fost evaluați în condiții comparabile pentru avantajele și dezavantajele studiilor lor.
- 60 În al cincilea rând, pentru multe dintre elementele evaluării a fost imposibil să se formuleze motive specifice de recurs, din considerente neimputabile recurentului, cu încălcarea normelor stabilite în Directiva privind căile de atac. Astfel cum reiese din cuprinsul articolului 192 alineatul 7 din Legea privind achizițiile publice, Camera se pronunță în limitele motivelor de recurs invocate și nu se poate substitui recurentului în această privință. Recurentul nu știa ce motive specifice de recurs ar fi putut invoca împotriva evaluării propriei oferte, cu atât mai puțin împotriva ofertei CDM. Cu toate că autoritatea contractantă a depus eforturi și a pregătit o motivare a evaluării de mai multe pagini, este clar că nu poate pune la dispoziție motivarea completă a evaluării în cazul în care studiile în sine sunt confidențiale. Informațiile esențiale au fost înlocuite cu textul [SECRET COMERCIAL],
- 61 În al șaselea rând, contractul îi impune operatorului economic o obligație de rezultat, în temeiul căreia acesta urmează să efectueze lucrarea, iar nu o obligație de acțiune cu diligență. Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu a solicitat studii sub formă, de exemplu, a unor mostre de proiect, ci sub formă unor descrieri ale modului în care ar acționa operatorii economici. Prin urmare, este dificil, în realitate, să se spună care va fi transpunerea acestor studii în proiecte finale și există o îngrijorare cu privire la faptul că în realitate este evaluată capacitatea de a crea studii corespunzătoare solicitării autorității contractante („conceptul de dezvoltare” și „descrierea modului de executare a contractului”), iar nu calitatea efectivă a serviciilor contractate.
- 62 În cadrul prezentei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă a prevăzut, prin urmare, criterii de evaluare a ofertelor sub forma unui criteriu de preț cu ponderea de 40 % și a unor criterii independente de preț sub forma unor studii privind „conceptul de dezvoltare” și „descrierea modului de executare a contractului” cu o pondere totală de 60 %. Aceste criterii

se bazează pe o evaluare deschisă efectuată de autoritatea contractantă, care nu se bazează pe factori verificabili matematic sau fizic, cum ar fi cifre, parametri, funcționalitate etc., ceea ce îngreunează semnificativ verificarea evaluării ofertelor de către autoritatea contractantă. În plus, toți operatorii economici au protejat aceste studii ca secrete comerciale, împrejurare pe care autoritatea contractantă a anticipat-o sau ar fi putut-o anticipa la elaborarea criteriilor, având în vedere că documente similare au fost rezervate anterior cu titlu de secrete comerciale, ceea ce face imposibilă nu numai verificarea evaluării ofertelor efectuată de autoritatea contractantă, ci și ofertele în sine. În consecință, autoritatea contractantă a selectat oferta cu cel mai mare preț dintre ofertele depuse, acesta fiind singurul criteriu disponibil și verificabil, în timp ce celelalte criterii care au determinat clasificarea ofertelor sunt dificil de verificat.

DOCUMENT DE LUCRU