

Дело C-54/21

**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда**

Дата на постъпване в Съда:

29 януари 2021 г.

Запитваща юрисдикция:

Krajowa Izba Odwoławcza (Полша)

Дата на акта за преюдициално запитване:

22 декември 2020 г.

Жалбоподател:

ANTEA POLSKA S.A.

„Pectore-Eco“ sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska — Państwowy Instytut Badawczy

Отвeтник:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Встъпили страни:

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

Предмет на главното производство

Жалба във връзка с процедура за възлагане на обществена поръчка за „изготвяне на проекти за втората актуализация на плановете за управление на речните басейни (наричана по-нататък „втората актуализация на ПУРБ“) със съответните методики“, подадена заради някои действия и бездействия на възложителя, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Държавно водно стопанство „Полски води“, Полша), в хода на въпросната процедура.

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

Запитването поставя две групи проблеми — първо, за подаваните от икономическите оператори декларации за конфиденциалност на определена информация като търговска тайна и второ, за определянето от възложителя на извънценови критерии за оценяване на офертите и начина за оценяването им.

Запитването е отправено на основание член 267 ДФЕС.

Преюдициални въпроси

Въпрос 1: Трябва ли да се приеме, че принципът на равно и недискриминационно третиране на икономическите оператори и на прозрачност, закрепен в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, позволява член 21, параграф 1 от Директива 2014/24 и член 2, точка 1 от Директива (ЕС) 2016/943 на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2016 година относно защитата на неразкрити ноу-хау и търговска информация (търговски тайни) срещу тяхното незаконно придобиване, използване и разкриване, и конкретно съдържащите се в тях изрази „като цяло или в точната си конфигурация и сбор от компоненти не е общоизвестна или лесно достъпна“ и „има търговска стойност поради това, че е тайна“, както и разпоредбата, че „възлагащият орган не може да разкрива информация, която икономическите оператори са определили като поверителна“, да се тълкуват в смисъл, че икономическият оператор може да декларира всякаква информация за конфиденциална като представляваща търговска тайна, поради това че не иска тя да бъде разкрита на конкуриращите се с него икономически оператори?

Въпрос 2: Трябва ли да се приеме, че закрепеният в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24 принцип на равно и недискриминационно третиране на икономическите оператори и на прозрачност позволява член 21, параграф 1 от Директива 2014/24 и член 2, точка 1 от Директива 2016/943 да се тълкуват в смисъл, че участващите в процедура за възлагане на обществена поръчка икономически оператори могат изцяло или частично да декларират за

конфиденциални като представляващи търговска тайна документите, посочени в членове 59 и 60 от Директива 2014/24 и в приложение XII към Директива 2014/24, в частност що се отнася до списъка във връзка с притежавания опит, референциите, списъка на лицата, които предлага да използва за изпълнението на поръчката, и професионалната им квалификация, наименованията и капацитета на субектите, чийто капацитет смята да използва, или на подизпълнителите, ако тези документи се изискват за целите на доказването на изпълнението на условията за участие в процедурата или за оценката по критериите за оценяване на офертите или за установяването на съответствието на офертата с други изисквания на възлагащия орган, съдържащи се в документацията за поръчката (обявление за поръчката, спецификация на поръчката)?

Въпрос 3: Трябва ли да се приеме, че закрепеният в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24 принцип на равно и недискриминационно третиране на икономическите оператори и на прозрачност във връзка с член 58, параграф 1, член 63, параграф 1 и член 67, параграф 2, буква б) от Директива 2014/24 позволява на възлагащия орган да приеме едновременно декларацията на икономическия оператор, че разполага с изискваните от възлагащия орган или самостоятелно декларирани лични ресурси, субекти, чиито ресурси смята да използва, или подизпълнители, което в съответствие с приложимите разпоредби трябва да се докаже на възлагащия орган, и декларацията му, че още самото разкриване на данните за тези лица и субекти (имена, наименования, опит, квалификация) пред конкуриращите се с него икономически оператори може да доведе до „открадването“ им от тези икономически оператори, поради което е необходимо тази информация да се третира като търговска тайна? В това отношение може ли такава неустойчива връзка между икономическия оператор и тези лица и субекти да се приеме за доказателство, че той разполага с тези ресурси, и в частност да му се присъдят допълнителни точки по критериите за оценяване на офертите?

Въпрос 4: Трябва ли да се приеме, че закрепеният в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24 принцип на равно и недискриминационно третиране на икономическите оператори и на прозрачност позволява член 21, параграф 1 от Директива 2014/24 и член 2, точка 1 от Директива 2016/943 да се тълкуват в смисъл, че участващите в процедура за възлагане на обществена поръчка икономически оператори могат да декларират за конфиденциални като представляващи търговска тайна документите, изисквани за целите на преценката на съответствието на офертата с изискванията на възложителя, съдържащи се в спецификацията на поръчката (в това число в описанието на предмета на поръчката), или за целите на оценяването на офертите по критериите за оценяване на офертите, в частност ако тези документи се отнасят до изпълнението на изискванията на възлагащия орган, съдържащи се в спецификацията на поръчката, в правните разпоредби или в други документи, които са общодостъпни или са достъпни за заинтересованите лица, в частност ако оценяването не се извършва по обективно сравними

схеми и математически или физически измерими и сравними показатели, а по индивидуална преценка на възлагащия орган? Като последица от това може ли член 21, параграф 1 от Директива 2014/24 и член 2, точка 1 от Директива 2016/943 да се тълкуват в смисъл, че може за търговска тайна на съответния икономически оператор да се приеме направената от него в офертата декларация за изпълнение на предмета на поръчката съгласно указанията на възлагащия орган, съдържащи се в спецификацията на поръчката, проверявани и оценявани от възлагащия орган от гледна точка на съвместимостта с тези изисквания, дори ако икономическият оператор следва да избере методите за постигане на изисквания от възлагащия орган резултат (предмет на поръчката)?

Въпрос 5: Трябва ли да се приеме, че закрепеният в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24 принцип на равно и недискриминационно третиране на икономическите оператори и на прозрачност във връзка с член 67, параграф 4 от Директива 2014/24, който гласи, че критериите за възлагане не трябва да водят до предоставянето на неограничена свобода на избор на възлагащия орган и трябва да гарантират, че е възможна реална конкуренция, и да позволяват ефективна проверка на представената от оферентите информация с цел да се прецени доколко офертите отговарят на критериите за възлагане, позволява на възлагащия орган да въведе определен критерий за оценяване на офертите, в частност критерий, оценяван по индивидуална преценка на възлагащия орган, въпреки че към момента на въвеждането на този критерий е известно, че икономическите оператори ще определят отнасящата се до този критерий част от офертата като търговска тайна, срещу което възлагащият орган не възразява, а поради това конкурентните икономически оператори няма да могат да проверят офертите на конкурентите и да ги сравнят със своите и така може да останат с впечатление за пълен произвол при разглеждането и оценяването на офертите от възлагащия орган?

Въпрос 6: Може ли закрепеният в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24 принцип на равно и недискриминационно третиране на икономическите оператори и на прозрачност във връзка с член 67, параграф 4 от Директива 2014/24, който гласи, че критериите за възлагане не трябва да водят до предоставянето на неограничена свобода на избор на възлагащия орган и трябва да гарантират, че е възможна реална конкуренция, и да позволяват ефективна проверка на представената от оферентите информация с цел да се прецени доколко офертите отговарят на критериите за възлагане, да се тълкува в смисъл, че позволява на възлагащия орган да въведе критерий за оценяване на офертите като определените в настоящия случай критерии „концепция на разработката“ и „описание на начина на осъществяване на поръчката“?

Въпрос 7: Трябва ли член 1, параграфи 1 и 3 от Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 година за изменение на директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО на Съвета с оглед

повишаване на ефективността на процедурите за преразглеждане при възлагане на обществени поръчки, наричана по-нататък „Директивата относно средствата за правна защита“, който задължава държавите членки да осигурят на икономическите оператори ефективно средство за правна защита срещу решенията на възлагащите органи и да гарантират достъп до процедурите по преразглеждане за всяко лице, което има интерес от получаването на определена обществена поръчка и на което е нанесена или може да бъде нанесена вреда от твърдяно нарушение, да се тълкува в смисъл, че констатацията на правораздавателния орган, че документите, които икономическите оператори са декларирали за конфиденциални в съответната процедура, не представляват търговска тайна, от което произтича изискване за разкриването им от възлагащия орган и за предоставяне на достъп до тях на конкурентните икономически оператори — ако такава последица не произтича пряко от правните разпоредби — води до възникването на задължение за правораздавателния орган да се произнесе по такъв начин, че да даде възможност на този икономически оператор отново да подаде жалба — по въпросите, свързани със съдържанието на посочените документи, с което той преди това не е бил запознат и по тази причина не е можел ефективно да използва средството за правна защита — против акт, който иначе няма право да обжалва поради изтичането на срока за това, например като отмени актовете за разглеждането и оценяването на офертите, до които се отнасят въпросните декларирани като търговска тайна документи?

Цитирани разпоредби на правото на Съюза

Директива 2014/24: член 18, параграф 1, член 21, параграф 1, член 55, параграфи 2 и 3, член 56, параграфи 1 и 2, член 58, параграф 4, член 59, член 60, параграф 1, член 63, параграф 1, член 67 и член 71, параграф 2

Директива 2016/943: член 2, точка 1

Директива 2007/66: член 1, параграфи 1 и 3

Цитирани разпоредби на националното право

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Закон от 29 януари 2004 г. за обществените поръчки) (Dz. U., 2004 г., бр. 19, позиция 177)

Член 7

Възложителят подготвя и провежда процедурата за възлагане на поръчката по начин, който осигурява лоялна конкуренция и равно третиране на икономическите оператори, като спазва принципите на пропорционалност и прозрачност.

Член 8

1. Процедурата за възлагане на поръчката е публична.
2. Възложителят може да ограничава достъпа до информацията във връзка с процедурата за възлагане на поръчката само в случаите, посочени в закона.
 - 2a. В спецификацията на поръчката възложителят може да определи изискванията относно опазването на поверителността на информацията, представена от икономическите оператори в хода на процедурата.
3. Не се разкрива информация, която съставлява търговска тайна по смисъла на правилата за борба с нелоялната конкуренция, ако не по-късно от деня на изтичането на срока за подаване на оферти или заявления за участие в процедурата икономическият оператор декларира, че не следва да се дава достъп до тази информация, и докаже, че тя представлява търговска тайна. Икономическият оператор не може да декларира за конфиденциална информацията по член 86, параграф 4. По отношение на конкурсите тази разпоредба се прилага съответно.

Член 36b, параграф 1

Възложителят изисква от икономическия оператор да укаже кои дялове от поръчката възнамерява да възложи на подизпълнители и да посочи фирмите на подизпълнителите.

Член 91

1. Възложителят избира най-изгодната оферта въз основа на критериите за оценяване на офертите, определени в спецификацията на поръчката.
2. Критерии за оценяване на офертите са цената или разходите, или цената или разходите и други критерии, свързани с предмета на поръчката, като например:
 - 1) качество, включително технически параметри, естетически и функционални характеристики;
 - 2) социални аспекти, включително професионална и социална интеграция на лицата по член 22, параграф 2, достъпност за хора с увреждания или отчитане на нуждите на потребителите;
 - 3) екологични аспекти, включително енергийна ефективност на предмета на поръчката;
 - 4) иновативни аспекти;

5) организация, професионална квалификация и опит на лицата, на които е възложено изпълнението на поръчката, ако това може да окаже съществено влияние върху качеството на изпълнението ѝ;

б) обслужване след продажбата и техническа помощ, условия за доставка като дата на доставка, процес на доставка и срок на доставка или срок на завършване.

[...]

2d. Възложителят определя критериите за оценяване на офертите по недвусмислен и разбираем начин, който дава възможност за проверка на информацията, представяна от икономическите оператори.

[...]

Член 96

1. В процедурата за възлагане на поръчката възложителят изготвя протокол, който съдържа най-малко следните данни: [...]

5) имената или наименованието на икономическия оператор, чиято оферта е избрана като най-изгодна, и мотивите за избора на неговата оферта, и ако е известен, делът от договора за поръчка или рамковото споразумение, чието изпълнение икономическият оператор възнамерява да възложи на трети лица; и ако са известни на този етап — имената или наименованията на подизпълнителите, ако има такива; [...]

7) в съответните случаи, резултатите от преценката по основанията за изключване, оценката за изпълнението на условията за участие в процедурата или на критериите за подбор, в това число:

а) имената или наименованията на икономическите оператори, които не подлежат на изключване, доказали са изпълнението на условията за участие в процедурата или на критериите за подбор, както и мотивите за избора на тези икономически оператори;

б) имената или наименованията на икономическите оператори, които подлежат на изключване, не са доказали изпълнението на условията за участие в процедурата или на критериите за подбор, както и мотивите да не бъдат поканени за участие в процедурата;

8) мотивите за отхвърляне на офертите; [...]

2. Към протокола се прилагат офертите, експертизите, декларациите, информацията от събранието по член 38, параграф 3, уведомленията, заявленията, другите документи и сведения, представени от възложителя и икономическите оператори, както и договорът за обществената поръчка.

3. Протоколът заедно с приложенията към него е публичен. Достъп до приложенията към протокола се предоставя след избора на най-изгодната оферта или след прекратяването на процедурата, като достъп до офертите се предоставя от момента на отварянето им, до предварителните оферти — от деня на поканата за представяне на оферти, а до заявленията за участие в процедурата — от деня на съобщаването на резултатите от оценката за изпълнение на условията за участие в процедурата.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Закон от 16 април 1993 г. за борба с нелоялната конкуренция) (Dz. U., 2020 г., позиция 1913)

Член 11, параграф 2

Търговска тайна е всяка техническа, технологична и организационна информация на предприятието и всяка друга информация с икономическа стойност, която като цяло или в точната си конфигурация и сбор от компоненти не е общоизвестна или лесно достъпна за лица от средите, които обичайно се занимават със съответния вид информация, доколкото лицето, което има право да ползва информацията или да се разпорежда с нея, с дължимата грижа е предприело действия за запазването на нейната поверителност.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Наредба на министъра на развитието от 26 юли 2016 г. за видовете документи, които възложителите могат да изискват от икономическите оператори в процедурите за възлагане на поръчки) (Dz. U., 2020 г., позиция 1282)

Член 2, параграф 4

За да се увери, че икономическият оператор отговаря на условията за участие в процедурата или на критериите за подбор във връзка с техническите и професионалните способности, възложителят може да изисква следните документи:

1) [...]

2) списък на доставките на стоки или услуги, които е извършил, а в случаите на доставки с периодично или продължително изпълнение — и тези, които все още извършва, за последните три години преди изтичането на срока за представяне на оферти или на заявления за участие в процедурата, а ако срокът на изпълнение на дейността е кратък — за целия този срок, с посочване на стойността им, предмета, датите на изпълнение и субектите, в полза на които са извършени, и с прилагане на доказателства, от които да се установява, че тези доставки на стоки или услуги са извършени надлежно, като за такива доказателства се приемат референции или други

документи, съставени от субекта, за който са извършени доставките на стоките или услугите, а в случаите на доставки с периодично или продължително изпълнение — за който се извършват тези доставки, а ако по основателни причини от обективен характер икономическият оператор не е в състояние да се снабди с тези документи — декларация от самия икономически оператор; в случаите на все още извършвани доставки с периодично или продължително изпълнение референциите или другите документи, потвърждаващи надлежното изпълнение на доставките, трябва да са издадени не по-рано от три месеца преди изтичането на срока за представяне на оферти или на заявления за участие в процедурата;

3) списък на инструментите, съоръженията или техническото оборудване, с които разполага икономическият оператор за целите на изпълнението на обществената поръчка, заедно с информация за това на какво основание разполага с тези ресурси;

4) описание на техническите съоръжения и организационно-техническите мерки, използвани от икономическия оператор за осигуряване на качеството, както и на съоръженията за проучване и изследване, които икономическият оператор притежава или ще му бъдат предоставени на разположение;

5) списък на мерките за управление на веригата на доставка и системите за проследяване, които икономическият оператор ще бъде в състояние да прилага за целите на изпълнението на обществената поръчка; [...]

10) списък на лицата, определени от икономическия оператор да се занимават с изпълнението на обществената поръчка, и по-конкретно тези, които отговарят за доставката на услугите, контрола на качеството или ръководството на строителните работи, заедно с информация за професионалната им квалификация, правоспособността, опита и образованието, необходими за изпълнението на обществената поръчка, както и обхвата на извършваните от тях дейности и информация за това на какво основание операторът разполага с тези лица.

Кратко представяне на фактите и производството

- 1 Спорът в случая е свързан с обявената от Държавно водно стопанство „Полски води“ открита процедура за възлагане на обществена поръчка за „изготвяне на проекти за втората актуализация на плановете за управление на речните басейни (наричана по-нататък „втората актуализация на ПУРБ“) със съответните методики“. Процедурата е обявена в Официален вестник на Европейския съюз с номер 2019/S 245-603343.
- 2 Плановете за управление на речни басейни се числят към основните планови документи, които трябва да се изготвят и актуализират съгласно Рамковата директива за водите (Директива 2000/60/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2000 година за установяване на рамка за действията

на Общността в областта на политиката за водите, ОВ L 327, 2000 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 6, стр. 193) и съгласно Ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Закон за водите от 20 юли 2017 г.) (Dz. U., 2018 г., позиция 2268, съответно изменен). Въз основа на тези документи се вземат решенията за регулиране на състоянието на водните ресурси и правилата за управлението им в бъдеще. Те служат за координиране на действията във връзка със състоянието на водите и екосистемите, водните ресурси, използването на водите, изпусканите във водите или в земята вещества, които могат да имат отрицателно отражение върху водите, предпазването от наводнения и противодействието на последиците от засушаване. Поръчката се отнася до цикличната актуализация на тези планове и е трябвало да бъде осъществена на четири етапа — етап I: изготвяне на проекти за втората актуализация на ПУРБ със съответните методики; етап II: обществени консултации относно проектите за втората актуализация на ПУРБ и извършване на стратегическа оценка на въздействието върху околната среда; етап III: изготвяне на проекти на наредби относно втората актуализация на ПУРБ; етап IV: подготвяне на доклад до Европейската комисия и съставяне на бази данни за втората актуализация на ПУРБ.

- 3 В спецификацията на поръчката възложителят посочва какъв минимален опит трябва да докаже икономическият оператор, който кандидатства за поръчката, и определя какъв екип е необходим за осъществяването на поръчката, като посочва минимален опит, образование и квалификация на членовете на екипа. Възложителят също така припомня, че икономическият оператор, който смята да използва ресурсите на други субекти, трябва да докаже, че при осъществяването на поръчката ще разполага с необходимите ресурси на тези субекти, в частност като представи доказателство за поетия от тези субекти ангажимент да му предоставят на разположение необходимия персонал за осъществяването на поръчката. Икономическите оператори са задължени да представят стандартните за процедурите за обществени поръчки удостоверителни документи: единен европейски документ за обществени поръчки, списъци на изпълнените поръчки с референции, на лицата, определени да се занимават с изпълнението на поръчката, както и на субектите, които ще предоставят ресурси на икономическия оператор. Съгласно изискванията на член 36b, параграф 1 от Закона за обществените поръчки възложителят е поискал от икономическите оператори да укажат дали ще осъществяват поръчката с подизпълнители и да посочат фирмата (наименованието) на подизпълнителя, както и дела от поръчката, чието изпълнение ще възложат на подизпълнителя. В офертния формуляр е трябвало да се посочат документите, които може да се намерят в безплатни и общодостъпни бази данни (заглавие на документа и адрес на съответната интернет страница).
- 4 Оферти в тази процедура подават: 1. съвместно участващите в процедурата икономически оператори ANTEA POLSKA, акционерно дружество със седалище Катовице, „Pectore-Eco“, дружество с ограничена отговорност със

седалище Гливице, и Instytut Ochrony Środowiska — Państwowy Instytut Badawczy (Институт за опазване на околната среда — Държавен изследователски институт) със седалище Варшава (наричани заедно по-нататък „жалбоподателят“); 2. ARUP Polska, дружество с ограничена отговорност със седалище Варшава (наричано по-нататък „Arup“); 3. CDM Smith, дружество с ограничена отговорност със седалище Варшава (наричано по-нататък „CDM“); 4. съвместно участващите в процедурата икономически оператори Multiconsult Polska, дружество с ограничена отговорност със седалище Варшава, ARCADIS, дружество с ограничена отговорност със седалище Варшава, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych, дружество с ограничена отговорност със седалище Варшава (наричани по-нататък „Multiconsult“).

5 Офертите са оценени в съответствие с критериите за възлагане на поръчката (два качествени критерия — „концепция на разработката“ с тежест 42 и „описание на начина на осъществяване на поръчката“ с тежест 18; ценови критерий с тежест 40).

6 В съответствие с критерия „концепция на разработката“ офертата е трябвало да съдържа описание на подходите за осъществяването на поръчката:

1. методически подход за разработване на пакет от мерки (за всяка отделна мярка, начините за оценяване на ефективността и изпълнимостта с оглед на постигането на екологичните цели за отделните единни водни обекти, извършване на анализи на разходната ефективност, определяне как осъществяването им ще повлияе на намиращите се по-ниско/по-високо ЕВО (единни водни обекти), определяне на разходите за осъществяване и източниците на финансиране при отчитане на националните и европейските средства, провеждане на климатичен тест за програмите, определяне на социално-икономическите последици от осъществяването им, определяне на приоритетния ред на мерките, определяне на потенциалните синергични ефекти, произтичащи от наличието на други планови документи, преценка дали предлаганият пакет мерки за съответния ЕВО ще даде възможност за постигането на екологичните цели при съобразяване на осъществяването на планираните мерки за съседните ЕВО);

2. методически подход за определяне на мерки за опазване на морфологичните общности в контекста на планираните екологични цели за ЕПВО (единни повърхностни водни обекти), в това число извършване на анализ/оценка на функционирането на съществуващите съоръжения, позволяващи миграцията на рибите (включително методически подход за определяне на конструкциите, които пречат на миграцията, за преценка дали така определените конструкции са снабдени със съоръжения, позволяващи миграцията на рибите, за оценка на функционирането на съществуващите съоръжения в контекста на постигането на екологичните цели, за определяне на мерки в тази област);

3. концепция за определяне на изключения от екологичните цели със съответни мотиви;
 4. подход във връзка с картографското изобразяване на положението на ЕПВО (единни повърхностни водни обекти) и ЕПдВО (единни подземни водни обекти) по начин, който дава възможност за локализиране на точките на ползване на водите най-малко спрямо населеното място по точка 28, буква г) от етап IV от описанието на предмета на поръчката.
- 7 В съответствие с критерия „описание на начина на осъществяване на поръчката“ офертата е трябвало да съдържа:
1. описание на потенциалните рискове за надлежното осъществяване на отделните задачи на всеки етап от поръчката, на начините за предотвратяване и противодействие на тези рискове под формата на регистър на рисковете с оценка на потенциалната вероятност за настъпването им и степента на опасност;
 2. организационна структура на екипа: роля, обхват на отговорностите във връзка с декларираните съдържателни умения; движение на информацията;
 3. предложения за добавени стойности, невключени в подробното описание на предмета на поръчката, които оказват влияние върху качеството и осъществяването на предмета на поръчката.
- 8 Подкритериите в рамките на критериите са оценявани в съответствие с таблиците с описателни оценки, на които отговаря определен брой точки. Описателните оценки сочат дали са изпълнени изискванията на възлагателната документация, дали са допуснати съществени грешки, дали са описани всички елементи на подкритерия, колко от тях са описани ясно и пълно, колко от предложените решения по съответния подкритерий са оптимални и гарантират високо равнище на качество и надеждност на резултатите от работата и доколко описанието съдържа добавени стойности, невключени в отделното описание на предмета на поръчката, които оказват влияние върху качеството и осъществяването на предмета на поръчката.
- 9 Офертите получават следните точки:
1. CDM — цена (21 517 620 PLN (полски злоти): 33,61 точки, концепция на разработката: 29 точки, описание на начина на осъществяване на поръчката: 12 точки, общо: 74,61 точки (най-изгодна оферта);
 2. жалбоподателят — цена (18 081 000 PLN): 40 точки, концепция на разработката: 7 точки, описание на начина на осъществяване на поръчката: 15 точки, общо: 62 точки;

3. Multiconsult — цена (20 662 770 PLN): 35 точки, концепция на разработката: 14 точки, описание на начина на осъществяване на поръчката: 9 точки, общо: 58 точки;
4. Arup — цена (18 240 900 PLN): 39,65 точки, концепция на разработката: 9 точки, описание на начина на осъществяване на поръчката: 6 точки, общо: 54,65 точки.
- 10 Жалбоподателят подава жалба до председателя на Krajowa Izba Odwoławcza (Национална комисия по жалбите, Полша), като иска да се отмени решението за избора на офертата на CDM, отново да се разгледат и оценят офертите, като се вдигне тайната и се предостави достъп до документите и информацията, декларирани като търговска тайна от CDM, Multiconsult и Arup и свързани с критериите „концепция на разработката“ и „описание на начина на осъществяване на поръчката“, както и до документите и информацията, декларирани от CDM като търговска тайна (списък на услугите, списък на лицата, референции, точки 5 и 13 от офертния формуляр), да се променят точковите оценки в полза на жалбоподателя и в ущърб на CDM, да се предостави достъп до фактическата обосновка за броя на предоставените точки на CDM, Multiconsult и Arup и за най-изгодна оферта да се обяви тази на жалбоподателя.
- 11 Arup, CDM и Multiconsult встъпват в производството по обжалване като страни, подпомагащи възложителя.
- 12 Жалбоподателят формулира следните оплаквания:
- не е вдигната тайната над информацията, въз основа на която са определени точките по качествените критерии, нито над останалата информация, която не е основателно декларирана като търговска тайна от CDM, като с това е допуснато нарушение на член 7, параграфи 1 и 3 във връзка с член 8, параграфи 1, 2 и 3 от Закона за обществените поръчки във връзка с член 11, параграф 2 от Закона за борба с нелоялната конкуренция,
 - не са изложени надлежни мотиви за оценките по качествените критерии, като с това е допуснато нарушение на член 92, параграф 1 във връзка с член 7, параграф 1 от Закона за обществените поръчки;
 - офертата на жалбоподателя и офертата на CDM не са оценени в съответствие с критериите за оценяване на офертите, а офертата на CDM е избрана за най-изгодна, въпреки че съгласно критериите за оценяване на офертите е трябвало за най-изгодна да бъде избрана офертата на жалбоподателя, като с това е допуснато нарушение на член 92, параграф 1 във връзка с член 7, параграф 1 от Закона за обществените поръчки.

Основни доводи на страните в главното производство

- 13 В обстоятелствената част на жалбата си, във връзка с оплакването, че не е разкрита информацията, която без основание е декларирана като търговска тайна от CDM, Multiconsult и Arup, жалбоподателят изтъква, че принципът на публичност на обществената информация е един от основните принципи в правната система на Република Полша и произтича от членове 54 и 61 от Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Конституция на Република Полша) и от разпоредбите на Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Закон от 6 септември 2001 г. за достъпа до обществена информация) (Dz U., бр. 112, позиция 1198). Възможността за допускане на изключения от принципа на публичност на процедурата за възлагане на обществени поръчки не бивало да се използва превратно, нито да се тълкува разширително, тъй като принципът на публичност на процедурата е императивен и изключенията от него не може да се тълкуват така, че да се стига до ограничаването му. Това правомощие не можело да се прилага просто при конкуренция между икономическите оператори, а трябвало да се прилага само в тесните граници на дефиницията по член 11, параграф 2 от Закона за борба с нелоялната конкуренция. Съгласно член 96, параграф 3 от Закона за обществените поръчки протоколът заедно с приложенията към него бил публичен и достъп до него трябвало да имат всички заинтересовани лица без оглед на това дали притежават правен или фактически интерес. Икономическите оператори, които кандидатстват за обществената поръчка, трябвало да се съобразяват с обстоятелството, че по принцип офертите им ще са публични, и следвало да са запознати с последиците от участието в процедурите, определени в разпоредбите за обществените поръчки.
- 14 Изложените от CDM, Multiconsult и Arup съображения за наличието на търговска тайна били лаконични и като цяло се свеждали до цитиране на съдебната практика. От разпоредбата на член 8, параграф 3 от Закона за обществените поръчки еднозначно следвало, че декларация за конфиденциалност във връзка с наличието на търговска тайна може да се прави само по отношение на информацията, която съставлява такава тайна, а не и по отношение на документа, в който може отчасти да се съдържа такава информация. Същевременно CDA, Multiconsult и Arup декларирали като търговска тайна цели комплекти от документи, без надлежно да са доказали законосъобразността на подобен подход. Възложителят бил длъжен конкретно да провери дали и в какъв обхват има основание да се направи декларация за конфиденциалност във връзка с наличието на търговска тайна, още повече че въпросните документи имали пряко отражение върху оценката на офертите, доколкото общо представлявали цели 60 % от тежестта в критериите за оценяване на офертите. Вместо това възложителят безкритично приел доводите на тези икономически оператори, с което затруднил жалбоподателя да прецени дали правилно им е присъден съответният брой точки. Такъв подход бил в пряко противоречие с принципа на публичност на процедурите за възлагане на обществени поръчки.

- 15 Що се отнася до отделните документи и сведения, които конкурентите декларират като конфиденциални, жалбоподателят твърди, че в миналото въпросният конкурент е разкривал този тип информация в процедурите, в които е участвал; че като конфиденциални са декларирани документи, които са публикувани в интернет; че поръчките, посочени в декларирания като конфиденциален списък, представляват услуги, извършени за възложители, които са длъжни да прилагат Закона за обществените поръчки, поради което това е публична информация; че въпросният икономически оператор не е взел необходимите мерки с цел запазване на поверителността въпреки изявленията в този смисъл в представената пред възложителя декларация.
- 16 Що се отнася до оплакването за непълнота на мотивите относно присъдените точки на CDM, Multiconsult и Arup, жалбоподателят изтъква, че понеже решението относно присъдения брой точки на тези икономически оператори не е мотивирано от фактическа страна, той не е могъл да формира точно становище по дадената от възложителя оценка. Лаконичността на мотивите на съобщеното на икономическите оператори решение на възложителя затруднявало контрола за правилност на действията на възлагащия орган и използването на средствата за правна защита.
- 17 Възложителят изтъква, че правото на икономическите оператори да запазват в тайна части от офертите си трябва да се преценява наравно с принципа на публичност на процедурата. Субектът, който декларира конфиденциалност на информацията, трябвало да се погрижи правдиво да обясни защо информацията, за която подава декларация за конфиденциалност, заслужава защита като търговска тайна, като твърденията по този въпрос трябвало да са правдиви, а изводът да е убедителен, последователен и логичен, съобразен с характеристиките на процедурата и на съответната информация. Това било изпълнено от всички икономически оператори.
- 18 Един от встъпилите по делото икономически оператори изтъква, че Директива 2016/943 е приета, за да се защити информацията, която е разменната единица в икономиката на знанието и предоставя конкурентно предимство. Предприятията ценят тази информация също толкова, колкото и патентите и другите форми на интелектуална собственост. От съображение 18 от тази директива ясно следвало, че тя не освобождава публичните органи от задължението да пазят поверителността на предоставените им търговски тайни включително в рамките на процедурите за възлагане на обществени поръчки. Задължението за пазене на поверителността на избрана информация, определена от икономическия оператор като търговска тайна, следвало от член 21, параграф 1 от Директива 2014/24. Изключение от общия принцип за публичност на процедурите за възлагане на обществени поръчки (член 8, параграф 1 от Закона за обществените поръчки) бил принципът на защита на търговските тайни по смисъла на правилата за борба с нелоялната конкуренция (член 8, параграф 3 от Закона за обществените поръчки). Дефиницията за търговска тайна се съдържала в член 11, параграф 2 от Закона за борба с нелоялната конкуренция.

Принципът на публичност на процедурите за възлагане на обществени поръчки не бил абсолютен. Възложителят преценявал кое е и кое не е правно защитена информация и в зависимост от тази преценка вземал по-нататъшни защитни мерки. Действията на възлагащия орган не бивало да излагат икономическите оператори на риск от вреди, произтичащи от вдигането на тайната над информацията.

- 19 Що се отнася до изискването информацията да притежава икономическа стойност, което е един от елементите на фактическия състав на търговската тайна, съгласно текста на член 39 от ТРИПС (Споразумение за свързаните с търговията аспекти на правата върху интелектуалната собственост от 15 април 1994 г., приложено към Споразумението за създаване на Световната търговска организация) на закрила подлежала информацията, която има търговска стойност, защото е секретна. Това означавало, че съответната информация трябва да има определена икономическа стойност за икономическия оператор именно поради това, че ще остане поверителна.
- 20 Що се отнася до декларацията за конфиденциалност на документите, които се оценяват по качествените критерии, от доводите на възлагащия орган и встъпилите по делото икономически оператори следва, че тези документи са авторски разработки и своеобразна форма на интелектуална собственост на отделните икономически оператори, тяхно ноу-хау. Те били произведение по смисъла на Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Закон от 4 февруари 1994 г. за авторското право и сродните му права) (Dz. U., 1994 г., бр. 24, позиция 83), по отношение на което икономическият оператор — негов автор, има изключително право на използване и разпореждане във всички аспекти на експлоатацията му, в това число право на контрол над начина на използване на производението и право на избор за първото му публично разгласяване. Разкриването на въпросните документи можело съществено да увреди интересите на икономическите оператори, тъй като тези документи имали икономическа стойност, а икономическите оператори предприели необходимите мерки, за да не допуснат възможност тези документи да станат публично известни, в това число мерки като съответни вътрешни процедури, клаузи за поверителност, работни правила, контрол за достъп до сградите, мерки за сигурност на електронните документи (регистрация и парола) и на физическите документи (заклучващи се шкафове).
- 21 Възложителят пояснява, че всяка от представените от икономическите оператори концепции е изготвена за целите на тази процедура и съдържа уникални решения. За сметка на това съдържащите се там идеи не били иновативни, тъй като възлагащият орган не очаквал иновативност, а изпълнение на изискванията на спецификацията на поръчката, поради което предложените решения следвало да осигуряват най-добри резултати и да са правилни. Разкриването на концепцията можело да увреди интересите на нейния автор по следните причини: друг икономически оператор може да предложи по-кратък срок на изпълнение или по-ниска цена; концепцията

може да се използва, тъй като не става дума за еднократна дейност, доколкото освен въпросната поръчка има и други свързани поръчки и специалистите и фирмите могат да участват в различни поръчки; въз основа на концепцията на конкурента може да се прецени кой ще участва в осъществяването ѝ и това лице може да бъде „откраднато“.

22. Що се отнася до декларацията за конфиденциалност на списъка на услугите и референциите, съдържащата се в списъка на услугите информация би позволила на конкурентите да се запознаят с множество аспекти на дейността на икономическия оператор (проследяване на профила на дейността в определено време, видове осъществявани поръчки, получатели на услугите). Списъкът на услугите показвал и размера на приходите, реализирани вследствие на извършването на услугите, което също било търговска тайна.
23. Що се отнася до декларацията за конфиденциалност на списъка на лицата, в него се съдържаха данни, които позволяват да се установи кои са тези лица, което можело да доведе до загуби за икономическия оператор, ако конкурентите се опитат да привлекат тези лица. Аналогично, данните от офертния формуляр съдържаха конкретни данни за третите лица, които предоставят на разположение свои ресурси, а тези данни имали търговска стойност. Дейността на икономическите оператори се състояла главно в доставка на консултантски услуги и те не притежавали друго имущество освен обектите на интелектуална собственост, създадени от техните работници. Спецификацията на разглежданите услуги изисквала да се разполага с висококвалифициран персонал и да се защити информацията за лицата, които ще изпълняват поръчката. Данните за кадровия капацитет имали икономическо значение за икономическите оператори и се отнасяли до принципите на работа на предприятието на оператора, неговата вътрешна структура и организацията на дейността.
24. От изложеното в съдебното заседание становище на възложителя освен това следва, че е стандартна практика в тези процедури такива разработки да се пазят в тайна. Икономическите оператори използвали шаблонни мотиви в декларациите за конфиденциалност на информацията. Изисканите от възложителя документи били взаимосвързани и не можело да се разделят.
25. Що се отнася до оплакването за непълнота на мотивите относно присъдените точки, възложителят твърди, че е оценил всички теми, подкритерии и критерии в съответствие с процедурата и принципите, описани в спецификацията на основните условия на поръчката. Всяка от офертите била подробно анализирана, а оценката била съпътствана от конкретни мотиви, изпратени на икономическите оператори на 12 март 2020 г. Степента на подробност на представените на всички икономически оператори мотиви за точките позволявала безпроблемно да се прецени правилността на броя на присъдените точки и да се изчисли в кои случаи темата е оценена като описана ясно и пълно и кои от заявените добавени

стойности възложителят действително е признал за такива. За да може да се прецени всичко това, условието било да се познават и разбират принципите за оценяване на офертите, а жалбоподателят не отговарял на това условие, както личало от оплакванията му и от неправилното тълкуване на отделните компоненти на мотивите за оценката на офертите. От доводите на жалбоподателя ставало ясно, че той не разбира как е конструирана оценката по отделните критерии и подкритерии, а поради това той формулирал в жалбата си погрешни твърдения и изводи за неправомерност в действията на възложителя или пристрастност от негова страна. Точките по всеки подкритерий зависели от броя на темите, които отговарят на определените изисквания за оптималност на решенията и гаранция за високо равнище на качество и надеждност на резултатите от работата, както и от броя на елементите, които излизат извън описанието на предмета на поръчката и за които е установено, че оказват положително влияние върху качеството на изпълнение на поръчката. Наред с това в таблицата, в която са определени принципите за присъждане на точките, възложителят уточнил, че под формулировката „оптимални решения, които гарантират високо равнище на качество и надеждност на резултатите от работата“ се разбира „използване от икономическия оператор на подходяща степен на подробност в анализите и/или използване на подходящи инструменти и/или извършване на ефективна и съдържателна проверка на изходните данни и/или вземане на ефективни мерки за осигуряване на пълнотата на данните и анализите“. Възлагателната комисия последователно прилагала посочените по-горе принципи при оценката на всяка от офертите, за което нито жалбоподателят, нито другите икономически оператори изразили съмнение на етапа на възлагателната процедура. Възприетият от възлагащия орган начин за оценяване на офертите не предизвикал никакви съмнения, тъй като не бил поставен нито един въпрос относно спецификацията на поръчката, нито имало искания за промяна в това отношение. Затова възложителят смята, че тя е била правилно формулирана.

Кратко изложение на мотивите за запитването

- 26 Първата група проблеми, обхванати от преюдициалното запитване, се отнасят до декларациите на икономическите оператори за конфиденциалност на определена информация като търговска тайна.
- 27 Съгласно решение на Съда от 29 март 2012 г., SAG ELV Slovensko (C-599/10), възлагащият орган следва да третира еднакво и справедливо различните кандидати, така че в края на процедурата по подбор на офертите и предвид резултата от нея да не изглежда, че възлагащият орган третира по-благоприятно или по-неблагоприятно някои кандидати. Постигането на такъв ефект е пряко свързано с прозрачността на възлагането на поръчките, която пък е свързана с публичността на процедурата за участниците в нея. Публичността на процедурата може да се ограничи, но в националното право не са предвидени такива ограничения по отношение на принципите по

член 7, параграф 1 от Закона за обществените поръчки, а именно лоялна конкуренция, равно третиране и прозрачност на процедурата. Аналогично, правилата по член 21, параграф 1 от Директива 2014/24 и член 2, точка 1 от Директива 2016/943 не бива да водят до неспазване на принципите по член 18, параграф 1 от Директива 2014/24.

- 28 В полската правна система икономическите оператори по принцип имат пълен достъп до документацията в процедурата за възлагане на обществена поръчка (член 96 от Закона за обществените поръчки). Липсата или ограничаването на този достъп води до накърняване на доверието на икономическите оператори в решенията на възлагащите органи, а с това и в цялата система на обществените поръчки, поради липсата на публичност и на възможност за проверка на действията на възложителя и конкурентите. Освен това така за икономическите оператори става трудно и дори съвсем невъзможно да използват ефективно средствата за правна защита.
- 29 Проследяването на хода на процедурата от икономическите оператори, запознаването с офертите на конкурентите и проверката на тези оферти и на информацията, дадена на възложителя, е обичайна практика при националните поръчки, което личи от подаваните до настоящата комисия жалби, в които преобладават оплаквания от пропуски да се отхвърлят неправилни оферти и неотстраняване на икономически оператори, които не са доказали изпълнението на условията за участие в процедурата или са представили невярна информация на възложителя. Икономическите оператори често разполагат със значително по-големи професионални познания от възложителите относно предмета на поръчката и относно обстановката в съответния бранш и с готовност използват достъпа до публична информация, за да проверяват информацията, представяна от конкурентите им, с което често предизвикват промяна в изхода на процедурата.
- 30 Все по-обичайна става практиката да се противодейства на горното чрез деклариране на конфиденциалност на подадените в процедурата документи или техни части като съдържащи търговска тайна. Това се отнася до документите, изисквани от възложителите и отнасящи се до основанията за изключване на икономически оператори от участие в процедурата, до изпълнението на условията за участие в процедурата, до съответствието на офертите с изискванията на спецификацията на поръчката и до критериите за оценяване на офертите. Декларирането на конфиденциалност на този вид документи се разглежда като желание за скриване на съдържанието им от конкурентите, за да не могат да забележат основанията за изключване на икономическия оператор от участие в процедурата или за отхвърляне на офертата му, които самият възложител не е забелязал, и евентуално за да не оспорят така направената оценка на офертата според критериите за оценяване.

- 31 Съгласно постановление на Sąd Najwyższy (Върховен съд, Полша) от 2005 г. декларирането на определена информация за конфиденциална като представляваща търговска тайна, въпреки че всъщност не представлява такава, не е основание за отхвърляне на офертата като подадена в противоречие със закона, а само води до възникването на задължение за проверка на декларацията за конфиденциалност и разкриване на съответната информация от възложителя. Ето защо икономическите оператори постепенно започват да декларират за конфиденциални все по-широк кръг сведения, тъй като това няма никакви отрицателни последици за тях. Декларирането на информацията за конфиденциална се извършва на функционален принцип, тоест икономическите оператори подават декларация за конфиденциалност на информацията, когато това им е изгодно, и я разкриват също когато им е изгодно. Икономическите оператори често подават декларация за конфиденциалност на цели документи, а когато в съдебното заседание им се постави въпросът кои точно фрагменти съдържат тайна и защо, не успяват да отговорят или посочват само единични данни или кратки фрагменти.
- 32 От една страна, възложителите се боят да публикуват документите, за които е направена декларация за конфиденциалност, дори когато смятат, че те не представляват търговска тайна, тъй като се опасяват да не си създадат проблеми и да не се наложи да плащат обезщетения. От друга страна, това е изгодно за тях, тъй като така другите икономически оператори нямат поглед върху тези документи, което не им позволява ефективно да оспорват решенията на възложителите и ограничава жалбите против решенията на възложителя.
- 33 Опит за противодействие на описания проблем е изменението на член 8, параграф 3 от Закона за обществените поръчки през 2014 г., с което е въведено задължение на икономическите оператори да докажат, че декларираната информация представлява търговска тайна.
- 34 През последните години са приети правила — както в Директива 2014/24, така и в Директива 2016/943, които могат да доведат до още по-голяма несигурност за възложителите и правораздавателните органи каква възможност има в действителност за запазване на конфиденциалността на определена информация от икономическите оператори в процедурата за възлагане на обществени поръчки. Тези съмнения са свързани главно с термините, използвани в тези директиви.
- 35 Всъщност в член 21, параграф 1 от Директива 2014/24 се посочва, че възлагащият орган не може да разкрива информация, предоставена му от икономическите оператори, която те са определили като поверителна, включително, но не само, технически или търговски тайни и поверителните аспекти на офертите. В член 2, точка 1 от Директива 2016/943 пък търговската тайна е дефинирана като информация, която „като цяло или в точната си конфигурация и сбор от компоненти не е общоизвестна или лесно

достъпна“ и „има търговска стойност поради това, че е тайна“. Така в тези разпоредби се придава важност на факта на самото третиране на тази информация от предприятието като тайна, а не върху нейния характер. Разпоредбите на Директивите освен това не слагат ударение върху задължението на икономическия оператор да докаже, че съответната информация или съответният документ представлява търговска тайна, аналогично на задължението на възложителя да установи, че декларацията за конфиденциалност е основателно направена.

- 36 Икономическите оператори се стремят да използват твърде широко формулирания текст на Директивите, за да ги тълкуват — особено член 2, точка 1 от Директива 2016/943 — като възможност да декларират за конфиденциална всяка и всякаква информация и документация, която не искат да се разкрива на другите участници в процедурата. Това може да обхване всеки документ, изготвен единствено за възлагателната процедура, всеки съществен елемент на офертата. За икономическите оператори търговската стойност на тази информация всъщност произтича от това, че тя се третира като тайна — ако не беше тайна, конкурентите щяха да могат евентуално да намерят грешки в офертите. Не такава обаче е целта на възможността да се осигури защита на информацията на икономическите оператори, предвидена в член 21, параграф 1 от Директива 2014/24, както и в Директива 2016/943. То не съответства и на общия разум на правилата за лоялна конкуренция.
- 37 В разглежданата тук процедура е спорна конфиденциалността на два вида документи: документи, описващи лични обстоятелства за избрания икономически оператор във връзка с неговия опит и със субектите и персонала, които предлага да използва за изпълнението на поръчката, и документи, описващи начина на изпълнение на поръчката.
- 38 Що се отнася до документите, описващи лични обстоятелства за избрания икономически оператор във връзка с неговия опит и със субектите и персонала, които предлага да използва за изпълнението на поръчката, възложителят изисква официални и стандартни документи и информация, посочени в членове 59 и 60 от Директива 2014/24 и в част II от приложение XII към нея, както и в Закона за обществените поръчки и в Наредбата за видовете документи, които възложителите могат да изискват от икономическите оператори в процедурите за възлагане на поръчки.
- 39 Като се има предвид фактът, че законодателят на Съюза е изброил конкретно видовете информация, която следва да се предоставя на възложителя, може да се заключи, че той по презумпция е приел, че тези видове информация не са търговска тайна. Обхватът на тази информация е определен от изискванията на възложителя, като той не е изисквал да се представят договорни подробности, особено финансови и други чувствителни сведения.

- 40 Що се отнася до информацията за успешно приключените проекти с референции от клиентите и за конкретните квалификации на персонала или научните сътрудници, тази информация често се използва в рекламите и се помества на интернет страници с цел привличане на бъдещи клиенти и изграждане на престиж. Затова тази информация по естеството си не е търговска тайна.
- 41 Когато икономическите оператори твърдят, че причината да декларират тази информация за конфиденциална е рискът конкурентите им да привлекат или „откраднат“ лицата, предложени за участие в екипа, който ще изпълнява поръчката, или субектите, които ще предоставят на разположение свои ресурси/подизпълнителите, възникват съмнения дали действително е налице връзка между икономическия оператор и посоченото от него лице или субект и дали икономическият оператор действително може да използва труда или ресурсите на това лице или субект. Икономическият оператор е длъжен да реши дали действително може да разчита, че реално ще разполага с посочените ресурси, които в настоящия случай се отнасят не само до изпълнението на минималните изисквания на възложителя, но и до критериите за оценяване на офертите. Става дума за лицата, които са посочени във връзка с оценявания критерий и за чието участие в процедурата се признават допълнителни точки на офертата.
- 42 В практиката си комисията по жалбите не е установявала на пазара на обществените поръчки да съществуват случаи на „открадане“ на персонал или трети субекти/подизпълнители като реален проблем на този пазар, нито други практики, които да не се вменят в границите на естественото движение на персонала или на договорната свобода на предприятията. Ценните специалисти в съответния бранш, особено когато са тесни специалисти, най-често са известни и който иска да ги наеме на работа, може да се свърже с тях чрез специализираните фирми за човешки ресурси. Авторите на разработките не крият своите професионални постижения и често публично изтъкват успехите си, особено ако работят в научната област. Извън това, ако съответната задача е интересна и престижна от професионална гледна точка или пък доходна, тези лица ще искат да я изпълнят независимо от това за кого ще трябва да работят. Нещата стоят по подобен начин и за подизпълнителите. Също така няма забрана едно и също лице, един и същ подизпълнител или пък един и същ субект, предоставящ на разположение своя опит, да бъдат посочени от повече от един икономически оператор — защото в крайна сметка само един икономически оператор ще спечели поръчката. Затова решаващото по-скоро е кой от икономическите оператори ще получи съответната поръчка и какви условия за сътрудничество ще предложи. Както следва от Директива 2016/943, тя не следва да се разглежда като ограничаваща свободата на установяване, свободното движение на работници или мобилността на работниците (член 1, параграф 3 и съображение 13 от Директивата).

- 43 Освен това такъв тип данни в офертите могат да представляват търговска тайна само преди подаването на офертата, когато икономическите оператори още търсят персонал, подизпълнители, субекти, които да им предоставят ресурси, и т.н. След подаването на офертите обаче поради забраната за промяна на съдържанието им (член 87, параграф 1 от Закона за обществените поръчки) отпада ползата от това да се знае с какъв персонал и с кои субекти смята да работи конкурентът. Наред с това ползата от тези лица в бъдеще зависи от това дали ще отговарят на конкретните изисквания на други поръчки.
- 44 Другият вид документи, декларирани като конфиденциални от икономическите оператори, са изискваните от възложителя разработки, които служат за оценяването на офертите по качествените критерии, а именно „концепция на разработката“ и „описание на начина на осъществяване на поръчката“. Като основания за декларирането на въпросните документи като конфиденциални встъпилите по делото икономически оператори и възложителят изтъкват главно факта, че те са авторски разработки, трудове, които са интелектуална собственост.
- 45 Комисията по жалбите се съмнява дали сам по себе си фактът, че дадена част от офертата може да се признае за интелектуална собственост, би означавал, че тази част от офертата може да се защити като търговска тайна. Може наистина и да е така, ако става дума за разработка, предназначена за собствено ползване на икономическия оператор. Разработките в офертите обаче са изготвени според изискванията в спецификацията на поръчката, така че въз основа на тях да се прецени дали офертата отговаря на изискванията в спецификацията на поръчката (описанието на предмета на поръчката) и да се оцени офертата по критериите за оценяване. Без тази цел трудно може да се намери някаква стойност в тези разработки. Освен това сам по себе си фактът, че разработката може да е интелектуално произведение на съответния икономически оператор, не означава, че тя следва да е тайна — всъщност една от характеристиките на авторските произведения е публикуването им с посочване на автора. Не се оспорва и твърдението на възложителя, че разработките не съдържат иновативни за бранша решения, а отразяват достъпни за специалистите знания. Затова е съмнително дали самото умение да се опише ясно дадена тема може да се признае за търговска тайна.
- 46 Доводите на икономическите оператори относно конкурентните предимства може да се отнесат към всяка възлагателна процедура. Ако се приеме тезата, че самото изработване на оферти, които едновременно да отговарят на изискванията на възложителя и да получават висока оценка по критериите за оценяване на офертите, е ноу-хау на икономическия оператор, което е търговска тайна, би се стигнало дотам икономическите оператори да декларират за конфиденциални и най-малките подробности в офертите си.

- 47 Съгласно съображение 14 от Директива 2016/943 информацията може да се признае за търговска тайна в случаите, когато са налице законен интерес те да бъдат запазени поверителни и основано на закона очакване за запазването на тази поверителност. Такова ноу-хау или такава информация следва да има реална или потенциална търговска стойност. В становищата на възложителя и на встъпилите по делото икономически оператори обаче има твърде много допускания, които са хипотетични и в противоречие с изложените доводи, за да не възникнат съмнения дали изложените причини за декларирането на информацията като конфиденциална следва да се приемат за реални и дали декларираните за конфиденциални документи имат реална търговска стойност по смисъла на съображение 14 от Директивата. От друга страна обаче, икономическите оператори силно и единодушно възразяват срещу разкриването на информацията. Текстът на разпоредбите на Директива 2016/943 поражда съмнение какво е разрешено в това отношение, а няма и единна и установена линия в съдебната практика относно възможността за деклариране на конфиденциалност на този тип информация като търговска тайна. Затова според комисията по жалбите е важно Съдът да даде отговор на въпроса дали са оправдани очакванията на икономическите оператори, че възложителят няма да разкрие посочените по-горе документи.
- 48 Друга последица от декларациите за поверителност на определена информация като търговска тайна е, че ограничава, а често и поставя в невъзможност другите икономически оператори да използват средствата за правна защита, както се вижда например от оплакванията и доводите в разглежданата тук жалба, в която жалбоподателят изтъква, че не е в състояние да изложи по-пълни съображения в подкрепа на твърденията си, тъй като няма достъп до съответната информация.
- 49 Следващият въпрос относно използването на средствата за правна защита е свързан с това, че съгласно Директивата относно средствата за правна защита и съгласно Закона за обществените поръчки използването им е ограничено както във времето, така и по предмет.
- 50 Що се отнася до времевия аспект, член 182 от Закона за обществените поръчки определя сроковете, в които може да се обжалват актовете на възложителя. В настоящия случай жалбата може да се подаде само в срок от 10 дни от момента, в който възложителят съобщи информацията за избора на най-изгодната оферта и за определения от него резултат от разглеждането и оценяването на офертите, като след това икономическият оператор загубва правото да обжалва, а срокът не подлежи на възстановяване (няма разпоредба, която да предвижда възстановяване на този срок).
- 51 Жалбоподателят подава жалба във връзка с конфиденциалността на определена информация във всички останали оферти, дори в онези, които са по-ниско в класирането на офертите, тъй като на по-късен етап не би могъл да оспори конфиденциалността на тази информация дори ако се измени класирането на офертите; също така той формулира оплаквания против

оценката на офертата на CDM, въпреки че не знае основанията за тази оценка.

- 52 Предметното ограничение на възможността за обжалване се състои в това, че съгласно член 189, параграф 2, точки 4 и 5 от Закона за обществените поръчки комисията по жалбите отхвърля жалбата, ако установи, че жалбоподателят изтъква единствено обстоятелства, които вече са разгледани от комисията по жалбите по друго дело, образувано във връзка със същата процедура и по жалба на същия жалбоподател, или жалбата се отнася до акт, който възложителят е издал в изпълнение на решение на комисията по жалбите или на съда, а при уважаване на исканията в жалбата — който е издал в съответствие с исканията в жалбата. Следователно, ако в жалбата си икономическият оператор сочи няколко оплаквания, както е в настоящото производство, а комисията по жалбите приеме, че само някои от тях са основателни, например че оплакванията относно неразкриването на определени документи са основателни, а оплакванията относно оценките на офертите не са, възложителят ще е длъжен само да разкрие съответните документи, а изборът му на оферта ще бъде потвърден, поради което икономическият оператор вече няма да може да оспори офертата на другия икономически оператор, след като се запознае с цялото ѝ съдържание.
- 53 Комисията по жалбите не е сигурна дали ако постанови, че деклариранията като конфиденциални документи не представляват търговска тайна, което би задължило възложителя да вдигне тайната, това нейно решение ще доведе до възможност за икономическия оператор отново да подаде жалба по въпросите, свързани със съдържанието на документите, с което той по-рано не е бил запознат и не е можел ефективно да използва средството за правна защита. Ето защо, ако тази възможност за икономическия оператор не следва пряко от разпоредбите на закона (от текста им или чрез тълкуване), стои въпросът дали комисията по жалбите е длъжна с решението си да осигури такава възможност на икономическия оператор, например като не само разпорежи разкриване на въпросните документи, но и отмени акта за избора на най-изгодна оферта, което би позволило да се обжалва новият избор на оферта. Евентуално се поставя и въпросът дали тази възможност следва пряко от разпоредбите на Директивата относно средствата за правна защита или чрез тяхното тълкуване.
- 54 Другата група проблеми, които повдига преюдициалното запитване, се отнасят до въвеждането от възложителя на извънценови критерии за оценяване на офертите и начина за оценяването им. Възможно е начинът за оценяване на офертите по такива критерии да не буди съмнения на етапа, на който икономическите оператори се запознават с описанието им в спецификацията на поръчката, но порочите да станат видими в момента, в който въз основа на тези критерии възложителят пристъпи към същинското оценяване на офертите.

- 55 От член 67, параграф 4 от Директива 2014/24 следва, че установените от възложителя критерии за оценяване на офертите не трябва да водят до предоставянето на неограничена свобода на избор на възлагащия орган и трябва да гарантират, че е възможна реална конкуренция, и да позволяват ефективна проверка на представената от оферентите информация с цел да се прецени доколко офертите отговарят на критериите за възлагане. Това съответно означава, че тези критерии трябва да осигуряват възможност за проверка на дадената от възложителя оценка. Формулираните от възложителя извънценови критерии, свързани с оценяването на разработките — „Концепция на разработката“ и „Описание на начина за осъществяване на поръчката“, будят съмнения в това отношение по няколко причини.
- 56 Първо, въпросните критерии се опират не на лесно сравними и обективни данни, които могат да се измерят математически или физически, като конкретни параметри, работни характеристики, издръжливост, функционалност и пр., а на индивидуална преценка, описана от възложителя с неопределени понятия като „неясно е описал“, „описал е ясно и пълно“, „не са описани част от елементите“, „предложените решения са оптимални и гарантират високо равнище на качество и надеждност на резултатите“ или пък „не гарантират високо равнище на качество и надеждност на резултатите“, „съдържа добавени стойности, които оказват влияние върху качеството и осъществяването на предмета на поръчката“.
- 57 Второ, въпросните критерии зависят от индивидуалното убеждение на възложителя относно посочените по-горе характеристики. Невъзможно е да се използва експерт при оценяването на съдържанието на разработките на икономическите оператори, тъй като те не съдържат параметри, които да се поддават на проверка.
- 58 Трето, създалата се ситуация следва да се прецени и от гледна точка на това дали икономическите оператори действително са имали възможност надлежно да изготвят офертите си, съобразявайки предварително известни методи за оценяване.
- 59 Четвърто, икономическите оператори не са имали възможност да се запознаят с оценяваните от възложителя материали и с пълната им оценка, нито възможност да сравнят дали недостатъците им са сходни и дали предимствата на разработките на икономическите оператори са оценени по сходен начин.
- 60 Пето, за много от елементите на оценката жалбоподателят не по своя вина не е можел да формулира конкретни оплаквания в жалбата, а това е в разрез с принципите, закрепени в Директивата относно средствата за правна защита. Както следва от член 192, параграф 7 от Закона за обществените поръчки, комисията по жалбите се произнася в рамките на направените оплаквания и не може в това отношение да действа вместо жалбоподателя.

Жалбоподателят не е знаел какви конкретни оплаквания да направи относно оценката дори на своята собствена оферта, а още по-малко пък за офертата на CDM. Наистина възложителят полага старание и изготвя над десет страници мотиви за дадената оценка, но е очевидно, че не може да е дал достъп до пълните мотиви за оценката, ако самата разработка е тайна. Ключова информация е заличена и заместена с отбелязване [ТЪРГОВСКА ТАЙНА].

- 61 Шесто, поръчката е поръчка за резултат, а не за грижлива работа, като в този смисъл тя предполага икономическият оператор да изработи определен продукт. Възложителят обаче изисква не разработки под формата например на мострени проекти, а описания на начина, по който ще работят икономическите оператори. Ето защо е трудно в действителност да се определи как оценените разработки ще бъдат приложени в крайните проекти и възниква опасението, че в действителност е оценено умението за създаване на разработки, които да се харесват на възложителя („концепция на разработката“ и „описание на начина на осъществяване на поръчката“), а не качеството на поръчваните услуги.
- 62 Всъщност в разглежданата тук процедура за възлагане на обществена поръчка възложителят предвижда следните критерии за оценяване на офертите: цена с тежест 40 % и извънценови критерии, а именно „концепция на разработката“ и „описание на начина на осъществяване на поръчката“ с обща тежест 60 %. Тези критерии предполагат отворена оценка от страна на възложителя, която не е основана на показатели, които да може да се проверят математически или физически, като числови данни, параметри, функционалност и пр., което най-малкото съществено затруднява проверката на дадената от възложителя оценка на офертите. Освен това всички икономически оператори квалифицират въпросните си разработки като търговска тайна, което възложителят е очаквал или е можел да очаква при разработването на критериите предвид предходните декларации за конфиденциалност на аналогични документи, което води до невъзможност да се провери не само дадената от възложителя оценка на офертите, но и самите оферти. Като последица от това възложителят избира офертата с най-високата цена измежду представените оферти, като тази цена е единственият достъпен и подлежащ на проверка критерий, а останалите критерии, които са определили класирането на офертите, трудно може да бъдат проверени.