



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 12 май 2022 година¹

Дело C-54/21

**Konsorcjum: ANTEA POLSKA S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska —
Panstwowy Instytut Badawczy**

срещу

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie,

встъпили страни:

ARUP Polska sp. z o.o.,

CDM Smith sp. z o.o.,

**Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o., ARCADIS Sp. z o.o., HYDROCONSULT sp. z
o.o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych**

(Преюдициално запитване, отправено от Krajowa Izba Odwoławcza (Национална комисия по жалбите, Полша)

„Преюдициално производство — Обществени поръчки — Директива 2014/24/ЕС — Член 21 — Поверителност — Обосновано искане за поверителност и доказване — Компетентност на възлагащия орган — Деклариране на поверителност — Мотивиране — Изменение на обхвата на поверителността чрез националното законодателство — Търговски тайни — Директива (ЕС) 2016/943 — Приложимост — Оценка на поверителността по отношение на категориите документи — Изключване — Индивидуализирана оценка“

1. С това преюдициално запитване от Съда се иска да уточни границите на поверителността на информацията, предоставена от оферентите заедно с офертите им в рамките на процедури за възлагане на обществени поръчки.

2. В решение *Klaipėdos*², постановено след постъпването на настоящото преюдициално запитване, Съдът разглежда проблемите, които създават отнасящите се до поверителността на такава информация членове на Директива 2014/24/ЕС³, и по-специално член 21.

¹ Език на оригиналния текст: испански.

² Решение от 7 септември 2021 г., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (C-927/19, EU:C:2021:700), наричано по-нататък „решение *Klaipėdos*“). В съдебното заседание встъпилите страни са взели отношение по въпроса за значението му за настоящото дело.

³ Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

3. Съдържащите се в това решение съображения дават отговор на някои от въпросите на Krajowa Izba Odwoławcza (Национална комисия по жалбите, Полша), която е запитващата юрисдикция⁴.

I. Правна уредба

A. Правото на Съюза

1. Директива 2014/24

4. Член 21 („Поверителност“) гласи:

„1. Освен ако не е предвидено друго в настоящата директива или в националното право, на което е подчинен възлагащият орган, по-специално законодателството относно достъпа до информация, и без да се засягат задълженията, свързани с обявяването на възложените поръчки и с информацията за кандидати и оференти по смисъла на членове 50 и 55, 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.

2. Възлагащите органи могат да наложат на икономическите оператори изисквания, имащи за цел защитата на поверителния характер на информацията, която възлагащите органи предоставят в хода на процедурата за възлагане на обществена поръчка“.

5. Член 50 („Обявления за възложени поръчки“) предвижда:

„[...]

4. Определена информация за възлагането на поръчката или за сключването на рамковото споразумение може да не бъде публикувана, когато разкриването ѝ би попречило на правоприлагането или би било в противоречие с обществения интерес поради други причини, би увредило законните търговски интереси на конкретен публичен или частен икономически оператор или би накърнило лоялната конкуренция между икономическите оператори“.

6. Съгласно член 55 („Информирание на кандидатите и оферентите“):

„[...]

3. Възлагащите органи могат да решат да откажат достъп до определена информация по параграфи 1 и 2, свързана с възлагането на поръчката, сключването на рамкови споразумения или допускането до динамична система за покупки, когато разкриването ѝ би попречило на правоприлагането или би било в противоречие с обществения интерес поради други причини, би увредило законните търговски интереси на конкретен публичен

⁴ Съдът е признал компетентността на този орган да отправя преюдициални запитвания в решенията от 13 декември 2012 г., Forposta и ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), и от 11 май 2017 г., Archus и Gama (C-131/16, EU:C:2017:358), наред с други.

или частен икономически оператор или би накърнило лоялната конкуренция между икономическите оператори“.

2. Директива (ЕС) 2016/943⁵

7. Съгласно съображение 18:

„Освен това, когато придобиването, използването или разкриването на търговски тайни се налага или позволява по закон, то следва да се счита за законно за целите на настоящата директива. [...] По-специално настоящата директива не следва да освобождава публичните органи от задълженията за поверителност, с които последните са обвързани във връзка с информация, предоставена от притежателите на търговски тайни, независимо дали тези задължения са определени в правото на Съюза или в националното право. Тези задължения за поверителност включват, *inter alia*, задължения по отношение на информацията, предоставяна на възлагащите органи в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка, както е предвидено например в [...] Директива 2014/24/ЕС [...]“.

8. В член 1 („Предмет и обхват“) се уточнява:

„[...]“

2. Настоящата директива не засяга:

[...]

в) прилагането на правилата на Съюза или националните правила, които изискват или позволяват институциите и органите на Съюза или [...] националните публични органи да разкриват информация, предоставена от предприятията, която тези институции и органи притежават съгласно и в съответствие със задълженията и правомощията, предвидени в правото на Съюза или националното право;

[...]“.

9. Член 2 („Определения“) гласи:

„За целите на настоящата директива се прилагат следните определения:

1) „търговска тайна“ означава информация, която отговаря на всички посочени по-долу изисквания:

а) да бъде тайна в смисъл, че 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 с въпросния вид информация;

б) да има търговска стойност поради това че е тайна;

⁵ Директива 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 (ОВ L 157, 2016 г., стр. 1).

- в) да е била предмет на обосновани при дадените обстоятелства действия от страна на законно контролиращото информацията лице с цел запазването ѝ в тайна;

[...]“.

10. Член 3 („Законно придобиване, използване и разкриване на търговски тайни“) гласи:

„[...]

2. Придобиването, използването или разкриването на търговска тайна се счита за законно, доколкото такова придобиване, използване или разкриване се изисква или разрешава от правото на Съюза или националното право“.

Б. Полското право

1. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych⁶

11. Член 7 предвижда:

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

[...]“.

12. Член 8 гласи:

„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.

2а. Възложителят може да определи в спецификацията на поръчката изискванията относно опазването на поверителността на информацията, предоставена на икономическия оператор 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 за проект тази разпоредба се прилага съответно.

[...]“.

⁶ Закон от 29 януари 2004 г. за обществените поръчки.

2. *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*⁷

13. Член 11, параграф 2 гласи:

„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“.

II. Фактите, производството и преюдициалните въпроси

14. През 2019 г.⁸ Państwowe Gospodarstwo wodne Wody Polskie (Държавно водно стопанство „Полски води“, Полша) започва открита процедура за възлагане на обществена поръчка за „изготвяне на проекти за втора актуализация на плановете за управление на речните басейни (II aPGW) със съответните методики“.

15. В спецификация на поръчката се предвижда, че офертите ще бъдат оценявани въз основа на три критерия: цената (40 %), концепция на разработката (42 %) и описанието на начина на изпълнение на поръчката (18 %).

16. Четирима оператори подават оферти, включително консорциум от дружества, ръководен от ANTEA POLSKA S.A. (наричан по-нататък „Antea Polska“)⁹. Договорът е възложен на CDM Smith Sp.z o.o. (наричано по-нататък „CDM“).

17. Antea Polska, класиран на второ място, обжалва възлагателното решение пред Krajowa Izba Odwoławcza (Национална комисия по жалбите). Едно от исканията му е да получи достъп до определени документи и до информацията, класифицирана от CDM и от други участници във възлагателната процедура като търговска тайна.

18. Според Antea Polska класирането на тази информация като тайна нарушава принципите на равно третиране и на прозрачност, съгласно които поверителността трябва да се тълкува стриктно. Освен това поради прекомерното квалифициране на информацията като поверителна без адекватна обосновка за това, той бил лишен от правото си на ефективна съдебна защита, тъй като не бил запознат в подробности с офертите на конкурентите си.

19. Възлагащият орган по-специално твърди, че:

- притежателите на поверителната информация са изпълнили задължението правдиво да обяснят защо тя заслужава защита като тайна,
- концепцията на разработката и описанието на начина на изпълнение на поръчката са авторско дело и разкриването им би могло да увреди интересите на техния автор,

⁷ Закон от 16 април 1993 г. за борба с нелоялната конкуренция.

⁸ Обявление за обществена поръчка, публикувано в *Официален вестник на Европейския съюз* от 19 декември 2019 г. под номер 2019/S 245 603343.

⁹ Освен Antea Polska в консорциума членуват Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska — Państwowy Instytut Badawczy.

- информацията, съдържаща се в офертата на CDM, има търговска стойност. Нейното разкриване би позволило на конкурентите да използват притежаваното от оферента ноу-хау и разработените от него технически или организационни решения,
- що се отнася до лицата, които ще участват в изпълнението на поръчката, налице са данни, позволяващи да се установи кои са тези лица, което би могло да изложи икономическия оператор на риск да понесе загуби, ако конкуренцията се опита да ги „открадне“. Също така данните от офертния формуляр съдържат подробна и имаща търговска стойност информация за третите лица, които предоставят на разположение свои ресурси.

20. В този контекст Krajowa Izba Odwoławcza (Национална комисия по жалбите), която трябва да се произнесе по жалбата срещу решението на възлагащия орган, поставя седем преюдициални въпроса. По указание на Съда ще разгледам само първите четири, чийто текст е следният:

- „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 [...], позволява член 21, параграф 1 от Директива 2014/24 и член 2, точка 1 от Директива 2016/943 [...], 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?
- 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, предложени да изпълняват поръчката, и професионалната им квалификация, наименованията и капацитета на субектите, чийто капацитет ще се 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)?
- 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?

- 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)?“.

III. Производството пред Съда

21. Преюдициалното запитване постъпва в Съда на 29 януари 2021 г.
22. Писмени становища представят Antea Polska, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Държавно водно стопанство „Полски води“), австрийското и полското правителство, както и Европейската комисия.
23. В съдебното заседание, проведено на 16 март 2022 г., участват Antea Polska, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Държавно водно стопанство „Полски води“), CDM, полското правителство и Комисията.

IV. Анализ

А. Встъпителни бележки: приложимата директива

24. В решение Klairédos (т. 96—102) Съдът приема, че правната уредба, приложима към делата, свързани със защитата на поверителността в процедурите за възлагане на обществени поръчки, се съдържа в Директива 2014/24, която представлява *lex specialis*, а не в Директива 2016/943.

25. Тази констатация отчита по-специално факта, че:

- „С оглед на целта, посочена в член 1, параграф 1 във връзка със съображение 4, Директива 2016/943 се отнася само до незаконното придобиване, използване и разкриване на търговска тайна и не предвижда мерки за защита на поверителността на търговските тайни в други видове съдебни производства, като например процедурите за възлагане на обществени поръчки“¹⁰.
- В съображение 18 от Директива 2016/943 се посочва, че „[...] настоящата директива не следва да освобождава публичните органи от задълженията за поверителност, с които последните са обвързани във връзка с информация, предоставена от притежателите на търговски тайни, независимо дали тези задължения са определени в правото на Съюза или в националното право. Тези задължения за поверителност включват, *inter alia*, задължения по отношение на информацията, предоставяна на възлагащите органи в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка, както е предвидено например в [...] Директива [2014/24] [...]“.

26. След това уточнение няма пречка да се вземе предвид някое от понятията на Директива 2016/943¹¹, когато, както в настоящия случай, националното законодателство препраща към тях, за да уреди режима на поверителност в процедурите за възлагане на обществени поръчки. Ще се спра на това по-нататък.

Б. Първи преюдициален въпрос

27. Запитващата юрисдикция иска най-напред да установи дали тълкуването на член 21 от Директива 2014/24¹² дава право на оферента да определи за поверителна, като представляваща търговска тайна, всяка информация, която не желае да разкрие на своите конкуренти.

¹⁰ Решение Klairédos, точка 97 (курсивът е мой). В това дело посочването на съдебните производства е уместно, тъй като въпросът се отнася до тълкуването на член 9 от Директива 2016/943 („Запазване на поверителността на търговската тайна в хода на съдебното производство“). Същевременно съжденията в това решение лесно биха могли да се отнесат и към предходната фаза, по време на която възлагащият орган трябва да се произнесе по поверителността.

¹¹ На някои езици (испански, английски, немски, румънски, италиански и португалски) в текстовете и на Директива 2014/24 и на Директива 2016/943 се употребява все изразът „търговски тайни“. На други езици (например полски или френски) в първата е използван изразът „търговски тайни“, а във втората — изразът „бизнес тайни“. Разликата е без значение за този спор, тъй като двете понятия са равностойни.

¹² Макар въпросът да се отнася и до принципите на равно третиране, на недискриминация на икономическите оператори и на прозрачност, за да се отговори, е достатъчно да се даде тълкуване на член 21 от Директива 2014/24, който ги развива.

28. Следва да се има предвид, че за запитващата юрисдикция проблемът е не толкова едностранното действие на оферента, колкото произтичащите от него последици за възлагащия орган.

29. Според мен отговорът произтича от решение *Klaipėdos*, в което Съдът постановява:

- „[...] главната цел на правилата на Съюза в областта на обществените поръчки включва да се осигури ненарушено конкурентно начало във всички държави членки и [...] за постигането на тази цел е важно възлагащите органи да не разкриват информация, свързана с процедурите за възлагане на обществени поръчки, чието съдържание може да бъде използвано за нарушаване на конкуренцията било в процедура за възлагане, която е в ход, било в последващи процедури за възлагане“¹³.
- „от разпоредбите на Директива 2014/24, цитирани в точки 113 и 114 от настоящото решение, [член 21, параграфи 1 и 2, член 50 и член 55, параграф 2, буква в) от Директива 2014/24], както и от [...] съдебна[та] практика следва, че възлагащият орган, сезиран от икономически оператор с искане за предоставяне на информация, която се счита за поверителна и се съдържа в офертата на конкурента, на който е била възложена поръчката, по принцип не трябва да предоставя тази информация“¹⁴.
- „[...] възлагащият орган [обаче] не може да бъде обвързан само от твърдението на икономически оператор, че представената информация е поверителна. Всъщност такъв оператор трябва да докаже, че информацията, срещу чието разкриване възразява, действително е поверителна, като например установи, че тя съдържа технически или търговски тайни, че съдържанието ѝ би могло да се използва за нарушаване на конкуренцията или че разкриването ѝ би могло да му причини вреди“¹⁵.
- „[...] ако възлагащият орган има съмнения относно поверителния характер на представената от посочения оператор информация, още преди да вземе решение, с което да позволи достъпа на заявителя до тази информация, той трябва да даде възможност на съответния оператор да приведе допълнителни доказателства, за да гарантира спазването на неговото право на защита“¹⁶.

30. В този смисъл както възлагащият орган, така и органите, които проверяват неговите решения, имат задачата да оценяват претендираната от оферента поверителност, а не просто да я приемат за вече установена. Те разполагат с достатъчно правомощия, за да противодействат на това, което според акта за преюдициално запитване представлява неправомерна практика („патологична злоупотреба“) от страна на оферентите, свикнали да използват прекомерно възможността да квалифицират определени аспекти на офертите си като поверителни, без те в действителност да са такива.

¹³ Решение *Klaipėdos*, точка 115.

¹⁴ Пак там, точка 116.

¹⁵ Пак там, точка 117.

¹⁶ Пак там, точка 118.

31. От акта за преюдициално запитване е видно, че макар полският законодател да е искал да ограничи обхвата на поверителността, някои оференти системно се позовават на това, че голяма част от съдържащата се в офертите им информация е търговска тайна, и възлагащите органи са склонни да приемат за верни тези твърдения¹⁷.

32. Ако случаят е такъв и е налице неправилно прилагане на националната норма, която транспонира Директива 2014/24, националните съдилища следва да го коригират, за да спазят правото на Съюза.

33. Макар запитващата юрисдикция да не отделя специално внимание на това, което ще изложи по-нататък, в становищата на страните и в съдебното заседание е обсъдено наложеното с националния закон ограничение (член 8, алинея 3 от Закона за обществените поръчки), което не позволява разгласяване единствено на информация, представляваща търговска тайна по смисъла на правната уредба относно нелоялната конкуренция¹⁸.

34. Спорът се отнася до това дали въпросната национална норма е в съответствие с член 21 от Директива 2014/24, който защитава едно по-широко поле на поверителност от това на техническите и търговските тайни¹⁹ (обхваща например и „поверителните аспекти на офертите“).

35. Както вече посочих в съответния момент²⁰, съгласно член 21 от Директива 2014/24 защитата не се ограничава само до техническите и търговските тайни, а се отнася в частност и до поверителните аспекти на офертите. Затова тази разпоредба може да обхваща и информация, която не може да се квалифицира точно като техническа или търговска тайна. Според мен тази идея е залегнала в няколко пасажа от решение *Klaipėdos*²¹.

36. Доколкото изменението на член 11 от Закона за нелоялната конкуренция²², с който се транспонира Директива 2016/943, включва нейното определение за „търговска тайна“, чрез тази верига от препращания полското законодателство относно обществените поръчки стига до понятието „търговска тайна“ по Директива 2016/943²³.

37. Следователно косвено се поставя въпросът дали вътрешно законодателство, което дава на поверителността по-ограничен обхват от предвидения в член 21 от Директива 2014/21, е съвместимо с тази разпоредба.

¹⁷ Точка IV.B от акта за преюдициално запитване. Запитващата юрисдикция пояснява, че възлагащите органи са двойно мотивирани да действат по този начин. От една страна, те се страхуват да разкриват документи, представени като поверителни, за да не изпаднат в затруднения или да не понесат отговорност, а от друга страна, непрозрачността ги устройва, защото прави решенията им практически необжалваеми, тъй като оферентите нямат информация за качествата или слабостите на офертата на избрания оферент.

¹⁸ Тази липса на внимание би могла да се дължи на факта, че както пояснява полското правителство в съдебното заседание, ако са тайни предоставените със спечелилата оферта данни, те биха съответствали на понятието „търговска тайна“. Следователно няма основание да се обсъждат останалите понятия по член 21 от Директива 2014/24.

¹⁹ Според Директива 2016/943 техническите тайни спадат към търговската тайна. В съображение 14 от нея притежаваното ноу-хау се възприема като съставна част на „търговската тайна“.

²⁰ Заключение по дело *Klaipėdos* (C-927/19, EU:C:2021:295, т. 44).

²¹ Например в точка 130, в която се разглежда „необходимостта да се защити действително поверителната информация, и особено търговските тайни на участниците в процедурата за обществена поръчка“. Курсивът е мой.

²² В съдебното заседание полското правителство потвърждава, че *ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw* (Закон за изменение на Закона за нелоялната конкуренция и на други закони (Dz.U. 2018/1637 z dnia 2018.08.27) транспонира Директива 2016/943 във вътрешното право.

²³ Сравнението на член 11, параграф 2 от Закона за нелоялната конкуренция с член 2, параграф 1 от Директива 2016/943 разкрива съществено съвпадение на понятието „търговска тайна“ в тези два текста, а запитващата юрисдикция не изтъква нищо проблематично в това отношение.

38. На пръв поглед няма пречки националният закон да съдържа такова ограничение, тъй като член 21 от Директива 2014/24 се прилага „освен ако не е предвидено друго в настоящата директива или в националното право, на което е подчинен възлагащият орган“.

39. Тази *уговорка* оставя на държавите членки свобода на преценка, по подобие на други разпоредби на Директива 2014/24, които препращат към националното законодателство. Такъв е случаят с член 57, параграф 7 от Директива 2014/24, съгласно който държавите членки определят условията за прилагане на този член „при спазване на правото на Съюза“.

40. Съдът обаче дава тълкуванието, че „правото на преценка на държавите членки не е всеобхватно и че щом като някоя държава членка вземе решение да възприеме определено факултативно основание за изключване по Директива 2014/24, тя трябва да се съобразява с основните му черти, предвидени в нея. Като уточнява, че държавите членки определят „условията за прилагане на настоящия член“ „при спазване на правото на Съюза“, член 57, параграф 7 от Директива 2014/24 не допуска държавите членки да видоизменят предвидените в тази разпоредба факултативни основания за изключване или да не се съобразяват с целите или принципите в основата на всяко от тези основания“²⁴.

41. Според мен тази съдебна практика може да се приложи по аналогия към това дело. Спазвайки правото на Съюза, държавите членки могат да изменят обхвата на поверителността, така че по принцип няма пречка наборът от защитена информация да обхваща само „търговските тайни“, а това е по-тесен обхват от този съгласно общата разпоредба на член 21 от Директива 2014/24.

42. За тълкуването на понятието „търговска тайна“ може да е от полза да се прибегне до Директива 2016/943, която очертава пределите на понятието, използвано в член 21 от Директива 2014/24. Такъв би бил по-специално случаят, когато националното законодателство, чрез посочените по-горе препращания, свързва преценката на поверителността в областта на обществените поръчки с търговските тайни, както те са определени в транспониращия Директива 2016/943 закон.

43. Доколкото цели да регламентира общо търговските тайни, Директива 2016/943 може да послужи на възлагащия орган и на органите, които проверяват решенията му, за постигане на равновесие между принципите, които конкретно засягат поверителността, и принципите, на които се основава системата за възлагане на обществени поръчки по Директива 2014/24, както и достъпът до ефективен режим на обжалване.

44. Следва обаче други разпоредби на Директива 2014/24, извън съдържащите се в член 21, да се вземат предвид в светлината на общите ѝ цели. Прилагането им предполага някои поверителни сведения, макар да не попадат, строго погледнато, в понятието „търговска тайна“, да бъдат защитени, за да се запазят лоялната конкуренция между икономическите оператори или законните търговски интереси на даден икономически оператор.

45. Съгласно член 21 от Директива 2014/24 възлагащият орган предоставя на кандидатите и оферентите информацията, предвидена в членове 50 и 55. Тази информация по принцип не е поверителна, но може да стане такава, ако са налице обстоятелствата по член 50, параграф 4 и член 55, параграф 3 от Директива 2014/24.

²⁴ Решение от 19 юни 2019 г., Меса (C-41/18, EU:C:2019:507). Това гледище е възпроизведено в определение от 20 ноември 2019 г., Indaco Service (C-552/18, непубликувано, EU:C:2019:997, т. 23).

46. В този смисъл задължението за поверителност се разпростира и върху данните (които не са непременно търговска тайна), чието разкриване „би увредило законните търговски интереси на конкретен [...] икономически оператор или би накърнило лоялната конкуренция между икономическите оператори“.

47. Макар член 55, параграф 3 от Директива 2014/24 да се отнася конкретно до информацията, посочена в параграфи 1 и 2 от същия член, важното тук е призивът да не се увреждат *законните* търговски интереси на даден икономически оператор (конкурент) и да се запази конкуренцията.

48. Този двоен призив е по-широко формулиран в практиката на Съда относно обществените поръчки. От нея произтича, че:

- конкуренцията между операторите може да пострада, ако един от тях се възползва незаконосъобразно от чувствителната информация, предоставена от други лица в този род процедури. В решение *Klaipėdos* Съдът потвърждава, че „[...] *е важно възлагащите органи да не разкриват информация, свързана с процедурите за възлагане на обществени поръчки, чието съдържание може да бъде използвано за нарушаване на конкуренцията* било в процедура за възлагане, която е в ход, било в последващи процедури за възлагане“²⁵,
- следва да се избягва увреждането на законните интереси на други публични или частни икономически оператори, като тази необходимост е логичното ограничение за разкриването на информацията, която тези оператори са предоставили на възлагащия орган²⁶. Дали съществува или не законен интерес да се запази в тайна определена информация, преценява възлагащият орган по искане на оферента.

49. Член 50, параграф 4 и член 55, параграф 3 от Директива 2014/24 оставят на възлагащите органи решението да не разгласяват чувствителната информация, посочена в тези членове. Никоя от двете разпоредби не съдържа уговорката по член 21, параграф 1 от същата директива („освен ако не е предвидено друго [...] в националното право“), поради което прилагането им не е обусловено от националните разпоредби.

50. Във всеки случай по силата на други секторни разпоредби може да бъде ограничена възможността на възлагащите органи да разкриват съдържанието се в офертите информация, макар същата да не е търговска тайна *stricto sensu*²⁷.

51. В заключение, в отговор на първия преюдициален въпрос, считам, че член 21 от Директива 2014/24:

- не допуска икономически оператор да квалифицира всякаква информация като поверителна само защото не желае да я разкрива на конкурентите,

²⁵ Точка 115 (курсивът е мой).

²⁶ Решение *Klaipėdos*, точка 115: „[...] тъй като процедурите за възлагане на обществени поръчки са основани на отношение на доверие между възлагащите органи и икономическите оператори, последните трябва да могат да предоставят на възлагащите органи всяка полезна информация във връзка с процедурата за възлагане, *без да се страхуват, че те предоставят на трети лица информация, чието разкриване би могло да причини вреди на споменатите оператори* (вж. в този смисъл решения от 14 февруари 2008 г., *Vares*, C-450/06, EU:C:2008:91, т. 34—36 и от 15 юли 2021 г., Комисия/*Landesbank Baden-Württemberg* и ЕСП, C-584/20 Р и C-621/20 Р, EU:C:2021:601, т. 112 и цитираната съдебна практика)“. Курсивът е мой.

²⁷ В съдебното заседание са споменати аспектите, свързани със защитата на личните данни и с правата на интелектуална собственост. За последните ще стане дума по-нататък.

- не предполага възлагащият орган да е обвързан от простото твърдение на икономическия оператор, че предоставената информация е поверителна,
- не е пречка държава членка да ограничи поверителността само до търговските тайни, стига правото на Съюза да бъде спазено и информацията, която е разкрита, тъй като не попада в обхвата на това понятие, да не може да бъде използвана в ущърб на законните търговски интереси на други икономически оператори или за нарушаване на конкуренцията между тях.

В. Втори, трети и четвърти преюдициален въпрос

52. С тези въпроси, на които може да се отговори съвкупно, запитващата юрисдикция изразява съмнения относно възможността изтъкнатата от оферента поверителност да се отнася по-специално 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“ (втори въпрос).
- „Декларацията на икономическия оператор, че разполага с изискваните от възлагащия орган или самостоятелно деклариранни лични ресурси, субекти, чиито ресурси смята да използва, или подизпълнители“ (трети въпрос).
- „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“ (четвърти въпрос).

53. Отново решение Klaipėdos дава на запитващата юрисдикция ключовите насоки, за да може самата тя да направи извод дали тази информация (или която и да било друга информация, придружаваща офертата на оферента) има поверителен характер в разглеждания от нея спор.

54. Според мен в решение Klaipėdos се възприема постановката, че поверителността трябва да е максимално специфична²⁸:

- На първо място, свързването на „решението определени данни да бъдат третирани като поверителни“ и задължението да се „съобщи в неутрална форма същественото съдържание на [поверителните данни] на поискалия ги оферент“²⁹ предполага отхвърляне на декларации за поверителност, които са общо формулирани или се отнасят до общи категории документи.

²⁸ Понятието „достатъчно информация“ е използвано в точка 129 от решение Klaipėdos, за да се гарантира правото на ефективна съдебна защита. Това право „трябва да се претегли спрямо правото на други икономически оператори“ да бъде защитена поверителната им информация.

²⁹ Решение Klaipėdos, точка 123.

- На второ място, макар начините да се поддържа равновесие между влизашите в стълкновение принципи да са разнообразни и трудни за определяне, „възлагащият орган може по-специално и доколкото приложимото за него национално право допуска това, да съобщи в обобщена форма някои аспекти от кандидатурата или офертата, както и техническите им характеристики по такъв начин, че поверителната информация да не може да бъде идентифицирана“³⁰.
- На трето място, възлагащите органи разполагат с механизми, разширяващи полето им на действие: „в приложение на член 21, параграф 2 от Директива 2014/24 възлагащите органи могат да наложат на икономическите оператори изисквания, имащи за цел защитата на поверителния характер на информацията, която възлагащите органи предоставят в хода на процедурата за възлагане на обществена поръчка. Така, ако се приеме, че неповерителната информация е подходяща за тази цел, възлагащият орган ще може да използва и тази възможност, за да осигури, че е спазено правото на ефективно средство за защита на неизбрания оферент, като поиска от оператора, чиято оферта е била избрана, да му предостави неповерителна версия на документите, съдържащи поверителна информация“³¹.

55. Тълкуването на член 21 от Директива 2014/24, което произтича от тази тенденция в съдебната практика, е съзвучно с други разпоредби от тази директива, които засягат *специфичността* на поверителността³².

56. В съдебното заседание е обсъден „принципът на минимизиране“ съгласно терминологията на запитващата юрисдикция като критерий, ограничаващ поверителността до необходимия минимум. Поверителни могат да са само сведения, данни, елементи или пасажи от приложенияте към офертите документи (или от самите оферти), които конкретно се считат за необходими за запазване на законните интереси на оферента и за осуетяване на възможността негов конкурент да наруши конкуренцията помежду им.

57. Ако възлагащият орган счита това за уместно, няма пречка за прилагането на този принцип, който се отнася само до конкретни части от предоставената информация, а не до всички документи като цяло. Във всеки случай не е възможно *априори* да се установи кога едни или други документи могат да бъдат класирани като поверителни, тъй като тази квалификация зависи от характеристиките на всеки отделен документ в даден спор.

58. От акта за преюдициално запитване изглежда, че възлагащият орган е действал общо по отношение на определени категории информация, отклонявайки се от необходимата индивидуализирана класификация.

³⁰ Пак там, точка 124.

³¹ Пак там, точка 125. Представянето на неповерителен вариант е израз на специфичността и конкретността при декларирането на информация за поверителна. То предполага, че един и същ документ може да бъде третиран така, че само някои негови части да бъдат предпазени от публично оповестяване.

³² Такъв е случаят например с член 31, параграф 6 от Директива 2014/24: „При партньорство за иновации с няколко партньори възлагащият орган не разкрива, в съответствие с член 21, на другите партньори предложените решения или друга поверителна информация, предоставена от даден партньор в рамките на партньорството, без съгласието на този партньор. Това съгласие не може да бъде под формата на общо освобождаване от отговорност, а се дава по отношение на намерението да се съобщи *конкретна информация*“. (курсивът е мой).

59. Това обаче е преценка, която е от компетентността единствено на запитващата юрисдикция, която трябва да оцени подробно и мотивирано:

- дали оферентът е подал аргументирано и обосновано искане за пълно или частично третиране като търговска тайна на всеки документ, чието съдържание е желал да запази в тайна от своите конкуренти,
- дали възлагащият орган се е произнесъл индивидуално относно причините, поради които смята, че конкретен документ или набор от документи трябва да е поверителен, както и относно обхвата и условията на тази поверителност,
- дали са основателни изложените от възлагащия орган причини да не декласифицира информацията, представена от оферента, като конфиденциална.

60. Без да искам да заместя запитващата юрисдикция при изпълнението на тази задача (която в действителност се отнася по-скоро до прилагането на правилото, а не до неговото тълкуване), ще се спра накратко на съдържащата се в офертите информация, предмет на преюдициалните въпроси. Запитващата юрисдикция я обобщава в две категории.

61. Първата включва документите, които описват „лични обстоятелства за избрания икономически оператор във връзка с неговия опит и със субектите и персонала, които предлага да използва за изпълнението на поръчката“.

62. Според запитващата юрисдикция изискваните в спецификацията на поръчката документи са само предвидените в членове 59 и 60 от Директива 2014/24 и в приложение XII към нея (в допълнение към изискваните съгласно националното право).

63. Ако това е така, трудно може да се приеме, че документи, чиято публичност изисква самата Директива 2014/24, могат да бъдат класифицирани като търговска тайна или друга поверителна информация.

64. Относно данните за личните обстоятелства (финансовия капацитет) на оферента запитващата юрисдикция добавя, че в спецификацията на поръчката само се посочва, че този капацитет трябва да надхвърля определено ниво, но не се изисква той да бъде описан подробно, нито да бъдат уточнени средствата, с които разполага оферентът в своята банка.

65. Същото се отнася и за личните обстоятелства на трети лица или субекти, на чиито ресурси оферентът възнамерява да се опре, или на подизпълнителите, които предлага в офертата си. Без да се засягат общите задължения относно защитата на личните данни, кои са едните и другите, не може да остане тайна, при положение че спецификацията на поръчката налага те да бъдат оповестени, като изтъкването на хипотетичен риск от „открадване“ на човешките ресурси на оферента не е достатъчно.

66. Втората категория документи са „изискваните от възложителя разработки, които служат за оценяването на офертите по качествените критерии“, а именно „концепция на разработката“ и „описание на начина на изпълнение на поръчката“.

67. По принцип не може да се изключи възможността някой от документите, представени от икономическия оператор заедно с офертата, да съдържа чувствителна информация, която е обхваната от закрилата на интелектуалната собственост и е недостъпна за трети

лица, неразполагащи с надлежно разрешение³³.

68. В съдебното заседание встъпилите страни изразяват различни становища в това отношение, като в крайна сметка потвърждават, че запитващата юрисдикция е тази, която в зависимост от обстоятелствата по спора трябва да прецени дали са нарушени права от такова естество³⁴.

69. Тези разсъждения потвърждават трудността абстрактно и априори да се квалифицира като поверителна, независимо дали е търговска тайна, информацията, съдържаща се в офертите на оферентите. Неизбежно член 21 от Директива 2014/24 трябва да използва общи формулировки, позволяващи на възлагащите и проверяващите органи да ги прилагат във всеки конкретен случай по мотивиран начин.

V. Заключение

70. С оглед на гореизложеното предлагам на първите четири преюдициални въпроса на Krajowa Izba Odwoławcza (Национална комисия по жалбите, Полша) да се отговори по следния начин:

„Член 21 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година относно обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че:

- Възлагащият орган не е обвързан от простото твърдение на икономическия оператор, че предоставената в офертата му информация е поверителна.
- Държава членка може да ограничи поверителността само до търговските тайни, стига правото на Съюза да бъде спазено и информацията, която е разкрита, тъй като не попада в обхвата на това понятие, да не може да бъде използвана в ущърб на законните интереси на конкретен икономически оператор или за нарушаване на лоялната конкуренция между икономическите оператори.
- Възлагащият орган, от който икономическият оператор е поискал определена информация да бъде считана за поверителна, е длъжен да изясни подробно и мотивирано дали е необходимо да се даде предимство на правото на този оператор на защита на неговата информация пред правото на конкурентите да се запознаят с нея, за да оспорят евентуално решението за възлагане на обществената поръчка“.

³³ Членове 2—4 от Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество (ОВ L 167, 2001 г., стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230) налагат по-специално на държавите членки да гарантират на авторите изключителни права да разрешават или забраняват възпроизвеждането на техните произведения (член 2, буква а), да разрешават или забраняват публичното им разгласяване (член 3, параграф 1) и да разрешават или забраняват разпространяването им (член 4, параграф 1).

³⁴ В акта за преюдициално запитване (т. IV.B) се посочва, че никой не е оспорил твърдението, че „разработките не съдържат иновативни за бранша решения, а отразяват достъпни за специалистите знания“.