



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

7. september 2021 *

Indhold

Retsforskrifter	4
EU-retten	4
Direktiv 2014/24	4
Direktiv 89/665	10
Direktiv 2016/943	12
Litauisk ret	14
Lov om offentlige kontrakter	14
Republikken Litauens civile retsplejelov	17
Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål	17
Om de præjudicielle spørgsmål	24
Det første spørgsmål	24
Det andet spørgsmål	24
Det tredje spørgsmål	26
Det fjerde til det niende spørgsmål	28
Indledende bemærkninger	28
Det femte til det syvende spørgsmål	29
Det fjerde, det ottende og det niende spørgsmål	31

* Processprog: litauisk.

– Rækkevidden af den ordregivende myndigheds pligt til at beskytte de fortrolige oplysninger og begrundelsespligten	31
– Rækkevidden af den kompetente nationale rets pligt til at beskytte de fortrolige oplysninger	34
Det tiende spørgsmål	37
Det ellefte spørgsmål	39
Sagsomkostninger	40

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2014/24/EU – artikel 58, stk. 3 og 4 – artikel 60, stk. 3 og 4 – bilag XII – afvikling af udbudsprocedurer – udvælgelse af deltagere – udvælgelseskriterier – dokumentation – de økonomiske aktørers økonomiske og finansielle formåen – muligt for lederen af en midlertidig virksomhedssammenslutning at påberåbe sig indtægter oppebåret i forbindelse med et forudgående udbud på samme område som den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt, herunder når lederen ikke selv udøvede den aktivitet, som henhører under det område, der berøres af den i hovedsagen omhandlede kontrakt – de økonomiske aktørers tekniske og faglige formåen – udtømmende karakter af den dokumentation, der tillades i medfør af direktivet – artikel 57, stk. 4, litra h), samt artikel 57, stk. 6 og 7 – indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter – fakultative udelukkelsesgrunde fra deltagelse i en udbudsprocedure – opførsel på en liste over økonomiske aktører, som udelukkes fra udbudsprocedurer – solidaritet mellem medlemmer af en midlertidig virksomhedssammenslutning – sanktionens personlige karakter – artikel 21 – beskyttelse af fortroligheden af de oplysninger, som en økonomisk aktør overdrager til den ordregivende myndighed – direktiv (EU) 2016/943 – artikel 9 – fortrolighed – beskyttelse af forretningshemmeligheder – anvendelse heraf på udbudsprocedurer – direktiv 89/665/EØF – artikel 1 – adgang til effektive retsmidler«

I sag C-927/19,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) ved afgørelse af 17. december 2019, indgået til Domstolen den 18. december 2019, i sagen

»Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras« UAB,

procesdeltagere:

»Ecoservice Klaipėda« UAB,

»Klaipėdos autobusų parkas« UAB,

»Ecoservice« UAB,

»Klaipėdos transportas« UAB,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, R. Silva de Lapuerta, afdelingsformændene J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, A. Prechal, N. Piçarra og A. Kumin samt dommerne C. Toader, M. Safjan, D. Šváby (refererende dommer), S. Rodin, F. Biltgen, L.S. Rossi, I. Jarukaitis og N. Jääskinen,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig M. Longar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- »Ecoservice Klaipėda« UAB ved advokatai J. Elzbergas og V. Mitrauskas,
- »Klaipėdos autobusų parkas« UAB ved advokatas D. Soloveičik,
- den litauiske regering ved K. Dieninis og R. Butvydytė, som befuldmægtigede,
- den østrigske regering ved A. Posch og J. Schmoll, som befuldmægtigede,
- Europa-Kommissionen ved L. Haasbeek, S.L. Kalėda og P. Ondrůšek, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 15. april 2021,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 21 og 42, artikel 57, stk. 4, litra h), artikel 58, stk. 3 og 4, og artikel 70 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65), artikel 1 og 2 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 (EUT 2014, L 94, s. 1) (herefter »direktiv 89/665«), samt artikel 9, stk. 2, i Rådets direktiv (EU) 2016/943 af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse (EUT 2016, L 157, s. 1).
- 2 Denne anmodning er indgivet i forbindelse med en tvist mellem »Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras« UAB (det regionale affaldshåndteringscenter i Klaipėda, Litauen) (herefter »den ordregivende myndighed«) og »Ecoservice Klaipėda« UAB (herefter »Ecoservice«) om tildelingen af en offentlig kontrakt vedrørende indsamling og transport af kommunalt affald til en sammenslutning af økonomiske aktører, der bestod af »Klaipėdos autobusų parkas« UAB, »Parsekas« UAB og »Klaipėdos transportas« UAB (herefter »sammenslutningen«).

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2014/24

3 Følgende fremgår af 51. betragtning til direktiv 2014/24:

»Det bør præciseres, at bestemmelser vedrørende beskyttelse af fortrolige oplysninger ikke hindrer offentliggørelse af ikkefortrolige dele af indgåede kontrakter, herunder efterfølgende ændringer.«

4 Dette direktivs artikel 18 med overskriften »Udbudsprincipper« bestemmer følgende i stk. 1:

»De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

[...]«

5 Nævnte direktivs artikel 21 med overskriften »Fortrolighed« bestemmer:

»1. Medmindre andet er fastsat i dette direktiv eller i den nationale lovgivning, som den ordregivende myndighed er omfattet af, især lovgivning om adgang til oplysninger, og med forbehold af forpligtelserne om offentliggørelse af oplysninger om indgåede kontrakter og om meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere, som er omhandlet i artikel 50 og 55, må den ordregivende myndighed ikke offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige, herunder men ikke begrænset til tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud.

2. Ordregivende myndigheder kan pålægge økonomiske aktører krav om beskyttelse af oplysninger af fortrolig karakter, som de ordregivende myndigheder stiller til rådighed under hele udbudsproceduren.«

6 Direktivets artikel 42 med overskriften »Tekniske specifikationer« fastsætter:

»1. De tekniske specifikationer som defineret i punkt 1 i bilag VII anføres i udbudsdokumenterne. I de tekniske specifikationer fastsættes de egenskaber, som kræves af et bygge- og anlægsarbejde, en tjenesteydelse eller en vare.

Disse karakteristika kan også vedrøre den specifikke proces eller metode for produktion eller levering af de ønskede bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus, også selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold, forudsat at de er forbundet med kontraktens genstand og svarer til kontraktens værdi og mål.

De tekniske specifikationer kan desuden angive, hvorvidt der stilles krav om overførsel af intellektuel ejendomsret.

[...]

3. For så vidt andet ikke er fastsat i de retligt bindende nationale tekniske forskrifter, forudsat at de er forenelige med EU-retten, affattes de tekniske specifikationer på en af følgende måder:

- a) som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav, herunder miljømæssige egenskaber, forudsat at parametrene er så præcise, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand, og de ordregivende myndigheder kan tildele kontrakten
- b) ved henvisning til tekniske specifikationer og i nævnte rækkefølge ved henvisning til nationale standarder til gennemførelse af europæiske standarder, europæiske tekniske vurderinger, fælles tekniske specifikationer, internationale standarder, andre tekniske referencer udarbejdet af europæiske standardiseringsorganer eller — når ingen af disse eksisterer — nationale standarder, nationale tekniske godkendelser eller nationale tekniske specifikationer for projektering, beregning og udførelse af arbejderne og anvendelse af varerne; hver henvisning efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«
- c) som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav, jf. litra a), idet der som et middel til formodning om overensstemmelse med denne funktionsdygtighed eller disse krav henvises til de tekniske specifikationer i litra b)
- d) ved henvisning til de tekniske specifikationer i litra b), for så vidt angår visse karakteristika, og til funktionsdygtigheden eller de funktionelle krav i litra a), for så vidt angår andre karakteristika.

[...]«

- 7 Bilag VII til direktiv 2014/24 vedrører »[d]efinition af visse tekniske specifikationer«.
- 8 Direktivets artikel 50 med overskriften »Bekendtgørelser om indgåede kontrakter« bestemmer følgende i stk. 4:

»Offentliggørelse af visse oplysninger om indgåelsen af kontrakten eller rammeaftalen kan undlades, hvis videregivelse heraf ville hindre retshåndhævelsen eller på anden måde være i strid med offentlige interesser eller til skade for en bestemt offentlig eller privat økonomisk aktørs legitime økonomiske interesser, eller for fair konkurrence mellem økonomiske aktører.«

- 9 Det nævnte direktivs artikel 55, som har overskriften »Meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere«, har følgende ordlyd:

»1. De ordregivende myndigheder underretter hurtigst muligt hver enkelt ansøger og tilbudsgiver om, hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til indgåelse af en rammeaftale, tildeling af en kontrakt eller optagelse i et dynamisk indkøbssystem, herunder bl.a. begrundelsen for, at de har besluttet ikke at indgå en rammeaftale eller tildele en kontrakt, som har været genstand for en indkaldelse af tilbud, at påbegynde proceduren på ny eller ikke at indføre et dynamisk indkøbssystem.

2. På anmodning af den berørte ansøger eller tilbudsgiver meddeler den ordregivende myndighed hurtigst muligt og under alle omstændigheder senest 15 dage efter modtagelsen af en skriftlig anmodning:

- a) alle forbigåede ansøgere, hvorfor deres ansøgning om deltagelse er forkastet

- b) alle forbigåede tilbudsgivere om grundene til, at deres tilbud er forkastet, herunder i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 42, stk. 5 og 6, hvorfor den har besluttet, at kravene ikke anses for opfyldt på tilsvarende måde, eller hvorfor den har besluttet, at bygge- og anlægsarbejderne samt vareleverancerne og tjenesteydelserne ikke opfylder kravene til ydelse eller funktion
- c) alle tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele og meddeler dem navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget, eller parterne i rammeaftalen
- d) alle tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, om gennemførelsen og forløbet af forhandlinger og dialog med tilbudsgiverne.

3. De ordregivende myndigheder kan beslutte ikke at meddele visse af de i stk. 1 og 2 omhandlede oplysninger om kontrakttildelingen, indgåelsen af rammeaftaler eller optagelsen i et dynamisk indkøbssystem, hvis en sådan videregivelse vil hindre retshåndhævelsen eller på anden måde være i strid med offentlige interesser eller til skade for en bestemt offentlig eller privat økonomisk aktørs legitime økonomiske interesser eller for fair konkurrence mellem økonomiske aktører.«

- 10 Samme direktivs artikel 56 med overskriften »Generelle principper« fastsætter i stk. 3:

»Når de oplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan de ordregivende myndigheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.«

- 11 Artikel 57 i direktiv 2014/24 med overskriften »Udelukkelsesgrunde« bestemmer følgende i stk. 4 og 6:

»4. De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

[...]

- h) hvis den økonomiske aktør har givet groft urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kræves til verifikation af, at der ikke er grundlag for udelukkelse, eller af at udvælgelseskriterierne er opfyldt, har tilbageholdt sådanne oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter i henhold til artikel 59 eller

[...]

6. En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.

De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse.

En økonomisk aktør, som ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, er ikke berettiget til at gøre brug af den mulighed, der fastsættes i dette stykke, under den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning.«

12 Dette direktivs artikel 58 med overskriften »Udvælgelseskriterier« har følgende ordlyd:

»1. Udvælgelseskriterier kan omhandle

- a) egnethed til at udøve det pågældende erhverv
- b) økonomisk og finansiell formåen
- c) teknisk og faglig formåen.

De ordregivende myndigheder må kun pålægge økonomiske aktører de kriterier, der henvises til i stk. 2, 3 og 4, som krav for deltagelse. De begrænser kravene for deltagelse til de krav, der er relevante for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har juridisk og finansiell kapacitet samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Alle krav skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand.

2. Hvad angår egnethed til at udøve det pågældende erhverv, kan de ordregivende myndigheder kræve, at økonomiske aktører er optaget i et fagligt register eller handelsregister i den medlemsstat, hvor de har hjemsted, jf. bilag XI, eller at de overholder alle andre krav i dette bilag.

Hvis økonomiske aktører i forbindelse med udbudsprocedurer for tjenesteydelser skal have en bestemt autorisation eller være medlem af en bestemt organisation for i deres hjemland at kunne udføre den pågældende tjenesteydelse, kan den ordregivende myndighed kræve bevis for denne autorisation eller dette medlemskab.

3. Hvad angår økonomisk og finansiell formåen, kan de ordregivende myndigheder pålægge krav, så det sikres, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig økonomisk og finansiell kapacitet til at opfylde kontrakten. Med henblik herpå kan de ordregivende myndigheder navnlig kræve, at de økonomiske aktører har en vis minimumsårsomsætning, herunder en vis minimumsomsætning inden for det område, som kontrakten dækker. Ordregivende myndigheder kan desuden kræve, at de økonomiske aktører fremlægger oplysninger om deres årsregnskab, der viser forholdet mellem f.eks. aktiver og passiver. De kan endvidere kræve et tilstrækkeligt niveau af erhvervsansvarsforsikring.

[...]

4. Hvad angår teknisk og faglig formåen, kan de ordregivende myndigheder pålægge krav, der sikrer, at de økonomiske aktører besidder de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer og erfaringer til at gennemføre kontrakten i overensstemmelse med en passende kvalitetsstandard.

De ordregivende myndigheder kan især kræve, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig erfaring, som kan vises ved passende referencer fra tidligere gennemførte kontrakter. En ordregivende myndighed kan gå ud fra, at en økonomisk aktør ikke har de krævede erhvervsevner, hvis den ordregivende myndighed har fastslået, at den økonomiske aktør har modstridende interesser, som kan påvirke kontraktens opfyldelse i negativ retning.

I forbindelse med udbudsprocedurer vedrørende leverancer, der kræver monterings- eller installationsarbejder, eller vedrørende tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, kan de økonomiske aktørers erhvervsmæssige formåen med hensyn til at gennemføre disse tjenesteydelser, installationsarbejder eller bygge- og anlægsarbejder vurderes på grundlag af deres faglige dygtighed, effektivitet, erfaring og pålidelighed.

[...]«

13 Nævnte direktivs artikel 60 med overskriften »Dokumentation« fastsætter følgende i stk. 3 og 4:

»3. Som generel regel kan bevis for den økonomiske aktørs økonomiske og finansielle formåen føres ved en eller flere af de i bilag XII, del I, anførte oplysninger.

Hvis den økonomiske aktør af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed forlangte dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.

4. De økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af de i bilag XII, del II, anførte måder, i overensstemmelse med arten, mængden eller betydningen og anvendelsen af bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne.«

14 Bilag XII med overskriften »Dokumentation for udvælgelseskriterier« fastsætter:

»Del I: Økonomisk og finansiell formåen

Bevis for den økonomiske aktørs finansielle og økonomiske formåen kan almindeligvis føres ved en eller flere af følgende oplysninger:

- a) relevante erklæringer fra en bank eller i givet fald bevis for relevant erhvervsansvarsforsikring
- b) fremlæggelse af årsregnskaber eller uddrag heraf, hvis offentliggørelse af årsregnskaber er lovpligtig i det land, hvor den økonomiske aktør er etableret
- c) en erklæring om den økonomiske aktørs samlede omsætning og i påkommende tilfælde omsætningen inden for det område, som kontrakten vedrører, i højst de tre seneste disponible regnskabsår, afhængigt af hvornår den økonomiske aktør blev etableret eller startede sin virksomhed, hvis tallene for denne omsætning foreligger.

Del II: Teknisk formåen

Midler, der beviser de økonomiske aktørers tekniske formåen som omhandlet i artikel 58:

- a) følgende lister:
 - i) en liste over de arbejder, der er udført i løbet af de seneste fem år, ledsaget af attester for tilfredsstillende udførelse og resultat af de betydeligste arbejder. Hvor det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan de ordregivende myndigheder angive, at der vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante arbejder, der er udført mere end fem år tidligere
 - ii) en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af højst de seneste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager. Hvis det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan de ordregivende myndigheder angive, at der vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante leveringer eller tjenesteydelser, der er leveret eller udført mere end tre år tidligere
- b) oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, især dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrollen, uanset om de direkte hører til den økonomiske aktørs virksomhed eller ej, og hvis det drejer sig om offentlige bygge- og anlægskontrakter, oplysning om dem, som entreprenøren disponerer over til udførelsen af arbejdet
- c) beskrivelse af det tekniske udstyr og de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet til sikring af kvaliteten, samt af virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter
- d) en angivelse af den forvaltning af forsyningskæden og de eftersporingsystemer, som den økonomiske aktør kan anvende ved gennemførelsen af kontrakten
- e) hvis de varer eller tjenesteydelser, der skal leveres, er komplekse eller undtagelsesvis skal tjene et særligt formål, en kontrol foretaget af den ordregivende myndighed eller på dennes vegne af et kompetent officielt organ i det land, hvor leverandøren eller tjenesteyderen er etableret, med forbehold af dette organs samtykke, af leverandørens produktionskapacitet eller tjenesteyderens tekniske formåen og om nødvendigt virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter og de foranstaltninger, som den vil træffe til kontrol af kvaliteten
- f) de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen eller entreprenøren eller virksomhedens ledende medarbejdere, forudsat at de ikke evalueres som et tildelingskriterium
- g) angivelse af de miljøstyringsforanstaltninger, som den økonomiske aktør kan anvende ved udførelsen af kontrakten
- h) en erklæring om tjenesteyderens eller entreprenørens årlige gennemsnitlige antal beskæftigede og antallet af ledere i de seneste tre år
- i) erklæring om, hvilket værktøj, materiel og teknisk udstyr tjenesteyderen eller entreprenøren disponerer over til opfyldelse af kontrakten
- j) oplysning om, hvor stor en del af kontrakten den økonomiske aktør eventuelt agter at give i underentreprise
- k) for så vidt angår de varer, der skal leveres:

- i) prøver, beskrivelser eller fotografier, hvis autenticitet skal kunne attesteres på den ordregivende myndigheds anmodning
- ii) attester udstedt af officielle kvalitetskontrolinstitutter eller -anstalter, hvis kompetence er anerkendt, og som attesterer, at varer, der er klart identificeret ved henvisning til tekniske specifikationer eller standarder, er i overensstemmelse med disse.«

- 15 Artikel 63 i direktiv 2014/24 med overskriften »Udnyttelse af andre enheders kapacitet« bestemmer i stk. 1:

»Med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen i henhold til artikel 58, stk. 3, og kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen i henhold til artikel 58, stk. 4, kan økonomiske aktører i givet fald og i forbindelse med en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet, uanset den retlige karakter af forbindelserne med dem. Med hensyn til kriterier vedrørende de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, jf. bilag XII, del II, litra f), eller vedrørende den relevante faglige erfaring, kan økonomiske aktører dog kun basere sig på andre enheders kapacitet, når sidstnævnte skal udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter kræves. Hvis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, skal den godtgøre over for den ordregivende myndighed, at den råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder i denne forbindelse.

Den ordregivende myndighed kontrollerer i henhold til artikel 59, 60 og 61, om de enheder, hvis kapacitet den økonomiske aktør agter at basere sig på, opfylder de relevante udvælgelseskriterier, og om der foreligger udelukkelsesgrunde, jf. artikel 57. Den ordregivende myndighed skal kræve, at den økonomiske aktør erstatter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller med hensyn til hvilken der foreligger udelukkelsesgrunde. Den ordregivende myndighed kan kræve, eller kan blive underlagt et krav fra medlemsstaten om at kræve, at den økonomiske aktør udskifter en enhed, med hensyn til hvilken der foreligger ikkeobligatoriske udelukkelsesgrunde.

Såfremt en økonomisk aktør baserer sig på andre enheders kapacitet med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen, kan den ordregivende myndighed kræve, at den økonomiske aktør og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse.

En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 19, stk. 2, kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders deltageres formåen.«

- 16 Dette direktivs artikel 70 med overskriften »Betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse« har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i artikel 67, stk. 3, og anført i indkaldelsen af tilbud eller udbudsdokumenterne. Disse betingelser kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.«

Direktiv 89/665

- 17 Artikel 1 i direktiv 89/665 med overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer« bestemmer:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i [direktiv 2014/24], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 og 37 i nævnte direktiv.

[...]

Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2 til 2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med EU-retten vedrørende offentlige udbud eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

[...]

5. Medlemsstaterne kan kræve, at den pågældende person først indgiver klage til den ordregivende myndighed. I så fald påser medlemsstaterne, at indgivelsen af denne klage fører til øjeblikkelig suspension af muligheden for at indgå kontrakten.

[...]

Den i første afsnit omhandlede suspension ophører først ved udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndighed har sendt et svar pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller, hvis et andet kommunikationsmiddel anvendes, først ved udløbet af enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndighed har sendt et svar, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor svaret modtages.«

18 Dette direktivs artikel 2 med overskriften »Krav til klageprocedurerne« bestemmer i stk. 1:

»Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

- a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero
- b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt
- c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.«

- 19 Direktiv 89/665 havde i sin oprindelige version, inden det blev ændret ved direktiv 2014/23, været genstand for ændringer ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31) med henblik på forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med offentlige udbud. Det fremgik af 36. betragtning til sidstnævnte direktiv, at i dette direktiv overholdes de grundlæggende rettigheder og de principper, som anerkendes i bl.a. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), og har navnlig til formål at sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, første og andet afsnit.

Direktiv 2016/943

- 20 4. og 18. betragtning til direktiv 2016/943 har følgende ordlyd:
- »(4) Innovative virksomheder udsættes i stigende grad for uhæderlig praksis, som tilsigter uretmæssig tilegnelse og brug af forretningshemmeligheder, f.eks. tyveri, uautoriseret kopiering, industrispionage eller misligholdelse af fortrolighedskrav, både i og uden for Unionen. De seneste udviklingstendenser, f.eks. globaliseringen, øget outsourcing, længere forsyningskæder og den øgede brug af informations- og kommunikationsteknologi, bidrager til at øge risikoen for sådan praksis. Ulovlig erhvervelse, brug eller videregivelse af en forretningshemmelighed hindrer retmæssige forretningshemmelighedshavere i at opnå de fordele af deres innovationsrelaterede bestræbelser, der er ved at være den første på markedet. Uden effektive og sammenlignelige retsmidler til at beskytte forretningshemmeligheder i hele Unionen undermineres tiltag til at deltage i innovative grænseoverskridende aktiviteter på det indre marked, og forretningshemmeligheders potentiale som drivkraft for økonomisk vækst og arbejdspladser udnyttes ikke fuldt ud. På denne måde tilskyndes der ikke til innovation og kreativitet, og investeringerne falder, hvilket gør det indre marked mindre velfungerende og underminerer dets vækstpotentiale.
- [...]
- (18) Desuden bør det i forbindelse med dette direktiv betragtes som lovligt at erhverve, bruge eller videregive forretningshemmeligheder, når loven kræver eller tillader det. Dette vedrører navnlig erhvervelse og videregivelse af forretningshemmeligheder i forbindelse med udøvelse af arbejdstagerrepræsentanters ret til information, høring og deltagelse i overensstemmelse med EU-retten og national ret og praksis og kollektivt forsvar af arbejdstageres og arbejdsgiveres interesser, herunder medbestemmelse, samt erhvervelse eller videregivelse af en forretningshemmelighed i forbindelse med lovpligtig revision, der foretages i henhold til EU-retten eller national ret. At betragte erhvervelse af forretningshemmeligheder som lovligt bør dog være med forbehold af fortrolighedsforpligtelser for så vidt angår forretningshemmeligheder eller begrænsninger i anvendelsen heraf, som EU-retten eller national ret måtte pålægge modtageren eller erhververen af de pågældende oplysninger. Navnlig bør dette direktiv ikke fritage offentlige myndigheder for de fortrolighedsforpligtelser, som de er underlagt for så vidt angår oplysninger videregivet af forretningshemmelighedshavere, uanset om disse forpligtelser er fastsat i EU-retten eller i national ret. Sådanne fortrolighedsforpligtelser vedrører [bl.a.] forpligtelser for så vidt angår oplysninger, der fremsendes til ordregivende myndigheder i forbindelse med udbudsprocedurer, som fastsat f.eks. i [direktiv 2014/24].«

21 Dette direktivs artikel 1 med overskriften »Genstand og anvendelsesområde« har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv indeholder regler om beskyttelse mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse af forretningshemmeligheder.

[...]

2. Dette direktiv berører ikke:

[...]

b) anvendelse af EU-regler eller nationale regler, der kræver, at forretningshemmelighedshavere af hensyn til den offentlige interesse videregiver oplysninger, herunder forretningshemmeligheder, til offentlige eller administrative eller retslige myndigheder, således at disse myndigheder kan varetage deres opgaver

c) anvendelse af EU-regler eller nationale regler, der kræver eller tillader, at EU-institutioner og -organer eller nationale offentlige myndigheder videregiver oplysninger indgivet af virksomheder, som disse institutioner, organer eller myndigheder er i besiddelse af i henhold til og i overensstemmelse med de forpligtelser og beføjelser, der er fastsat i EU-retten eller national ret

[...]«

22 Nævnte direktivs artikel 3 med overskriften »Lovlig erhvervelse, brug og videregivelse af forretningshemmeligheder« bestemmer i stk. 2:

»Erhvervelse, brug eller videregivelse af en forretningshemmelighed betragtes som lovlig, i det omfang EU-retten eller national ret kræver eller tillader en sådan erhvervelse, brug eller videregivelse.«

23 Direktivets artikel 4 med overskriften »Ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse af forretningshemmeligheder« fastsætter følgende i stk. 2, litra a):

»Erhvervelse af en forretningshemmelighed uden forretningshemmelighedshaverens samtykke betragtes som en ulovlig handling, hvis forretningshemmeligheden erhverves ved:

a) uautoriseret adgang til, tilegnelse af eller kopiering af dokumenter, genstande, materialer, stoffer eller elektroniske filer, der lovligt kontrolleres af forretningshemmelighedshaveren, og som indeholder en forretningshemmelighed, eller som en forretningshemmelighed kan udledes af.«

24 Artikel 9 i direktiv 2016/943 med overskriften »Beskyttelse af forretningshemmeligheder under retssager« bestemmer i stk. 2:

»Medlemsstaterne sikrer også, at de kompetente retslige myndigheder på foranledning af en behørigt begrundet anmodning fra en part kan træffe specifikke foranstaltninger, som er nødvendige for at beskytte enhver forretningshemmelighed eller påstået forretningshemmelighed, som bruges, eller som der henvises til under retssagen vedrørende

ulovlig erhvervelse, brug eller videregivelse af en forretningshemmelighed. Medlemsstaterne kan også tillade de kompetente retslige myndigheder at træffe sådanne foranstaltninger på eget initiativ.

De foranstaltninger, der er omhandlet i første afsnit, skal som minimum give mulighed for at:

- a) begrænse adgangen til ethvert dokument med forretningshemmeligheder eller påståede forretningshemmeligheder indgivet af parterne eller tredjeparter, i sin helhed eller i uddrag, til et begrænset antal personer
- b) begrænse adgangen til retsmøder, når forretningshemmeligheder eller påståede forretningshemmeligheder muligvis vil blive videregivet, og til den tilsvarende protokol eller udskrifter til et begrænset antal personer
- c) stille en ikkefortrolig udgave af enhver retsafgørelse til rådighed for andre end det begrænsede antal personer, jf. litra a) og b), hvori de afsnit, der indeholder forretningshemmeligheder, er fjernet eller redigeret.

Antallet af personer, jf. andet afsnit, litra a) og b), må ikke overstige det, der er nødvendigt for at sikre sagens parter adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol, og skal omfatte mindst en fysisk person for hver af sagens parter og de respektive advokater eller andre repræsentanter for sagens parter.«

Litauisk ret

Lov om offentlige kontrakter

25 Artikel 20 i Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Republikken Litauens lov om offentlige kontrakter) (herefter »lov om offentlige kontrakter«) med overskriften »Fortrolighed« bestemmer følgende:

»1. Den ordregivende myndighed, bedømmelsesudvalget, dets medlemmer og eksperter samt enhver anden person forbydes at videregive oplysninger, som leverandørerne har fremsendt på fortrolig basis, til tredjemand.

2. Leverandørens tilbud eller ansøgning om deltagelse kan ikke som helhed kvalificeres som fortrolig, men leverandøren kan angive, at visse oplysninger i tilbuddet er fortrolige. Fortrolige oplysninger kan bl.a. omfatte forretningshemmeligheder (produktionshemmeligheder) og fortrolige aspekter af tilbuddet. Oplysninger kan ikke kvalificeres som fortrolige:

- 1) hvis dette udgør en tilsidesættelse af lovgivningen om pligten til at videregive eller retten til at få oplysninger og gennemførelsesbestemmelserne hertil
- 2) hvis dette udgør en tilsidesættelse af de i denne lovs artikel 33 og 58 fastsatte forpligtelser med hensyn til offentliggørelse af indgåede kontrakter, oplysninger om ansøgere og tilbudsgivere, herunder oplysninger om prisen for varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, som er anført i udbuddet, med undtagelse af de elementer, som prisen udgøres af

- 3) når disse oplysninger er blevet fremlagt i dokumenter, der attesterer, at leverandøren ikke er omfattet af nogen udelukkelsesgrunde, opfylder kravene om formåen og reglerne for kvalitetsstyring og miljøbeskyttelse, med undtagelse af oplysninger, hvis videregivelse ville tilsidesætte bestemmelserne i Republikken Litauens lov om beskyttelse af personoplysninger eller leverandørens forpligtelser i henhold til kontrakter indgået med tredjemand
- 4) når disse oplysninger omhandler økonomiske aktører og underleverandører, hvis kapacitet leverandøren baserer sig på, med undtagelse af oplysninger, hvis videregivelse ville tilsidesætte bestemmelserne i lov om beskyttelse af personoplysninger.

3. Når den ordregivende myndighed nærer tvivl om, hvorvidt oplysninger i leverandørens tilbud er fortrolige, bør den pågældende myndighed anmode leverandøren om at godtgøre, hvorfor de pågældende oplysninger er fortrolige. [...]

4. Senest seks måneder efter indgåelsen af kontrakten kan interesserede tilbudsgivere anmode den kontraherende myndighed om adgang til den valgte tilbudsgivers tilbud eller ansøgning (ansøgere kan få adgang til ansøgninger fra andre leverandører, som er blevet opfordret til at afgive tilbud eller deltage i en dialog), men der kan ikke videregives oplysninger, som ansøgerne eller tilbudsgiverne har kvalificeret som fortrolige, uden at tilsidesætte denne artikels stk. 2.

[...]«

- 26 Denne lovs artikel 45, som har overskriften »Almindelige principper for vurderingen af leverandøren og af dennes ansøgning om deltagelse eller tilbud«, fastsætter følgende i stk. 3:

»Såfremt en ansøger eller en tilbudsgiver har fremlagt dokumenter eller oplysninger, der er upræcise, ufuldstændige eller falske med hensyn til foreneligheden med bestemmelserne i udbudsdokumenterne, eller ikke har fremlagt sådanne dokumenter eller oplysninger, anmoder den ordregivende myndighed under iagttagelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ansøgeren eller tilbudsgiveren om at berigtige, supplere eller præcisere disse dokumenter eller oplysninger inden for en rimelig frist, som myndigheden fastsætter. Alene et mandat, som leverandøren har afgivet til at underskrive tilbuddet eller ansøgningen om deltagelse i udbuddet, en kontrakt om fælles aktivitet, et dokument, der attesterer tilbuddets gyldighed og dokumenter uden forbindelse med kontraktens genstand, dens tekniske specifikationer, betingelserne for gennemførelse af kontrakten eller tilbuddets pris kan berigtiges, præciseres eller fremlægges som supplement til dokumenter eller oplysninger om, at leverandøren ikke er omfattet af nogen udelukkelsesgrunde, opfylder kravene om formåen og reglerne for kvalitetsstyring og miljøbeskyttelse. De øvrige dokumenter i leverandørens tilbud kan berigtiges, suppleres eller præciseres i overensstemmelse med denne lovs artikel 55, stk. 9.«

- 27 Nævnte lovs artikel 46 med overskriften »Udelukkelsesgrunde for leverandøren« fastsætter i stk. 4:

»Den ordregivende myndighed udelukker leverandøren fra udbudsproceduren, hvis:

[...]

4) leverandøren under udbudsproceduren har skjult oplysninger eller fremlagt falske oplysninger vedrørende overholdelsen af de bestemmelser, der er fastsat i denne artikel og i denne lovs artikel 47, og den ordregivende myndighed kan godtgøre dette ved hjælp af ethvert retsgyldigt bevismiddel, eller leverandøren, fordi den pågældende har fremlagt falske oplysninger, ikke kan fremlægge den fornødne dokumentation i medfør af denne lovs artikel 50. [...]«

28 Artikel 52 i lov om offentlige kontrakter med overskriften »Hemmeligholdelse af oplysninger, fremlæggelse af falske oplysninger eller manglende fremlæggelse af dokumentation« bestemmer:

»1. Den ordregivende myndighed offentliggør i Centrinė viešųjų pirkimų informacinė sistema [(central portal for offentlige udbud, Litauen)] og i henhold til de af Viešųjų pirkimų tarnyba [(kontoret for offentlige udbud, Litauen)] fastsatte regler inden for senest ti dage oplysninger om den leverandør, som under en udbudsprocedure har skjult oplysninger eller fremlagt falske oplysninger om overholdelsen af denne lovs artikel 46 og 47, eller som, fordi den pågældende har fremlagt falske oplysninger, ikke har fremlagt den fornødne dokumentation i medfør af denne lovs artikel 50, hvis:

1) denne leverandør er blevet udelukket fra udbudsproceduren.

2) der er truffet en retsafgørelse.

[...]«

29 Artikel 55 i lov om offentlige kontrakter med overskriften »Vurdering og sammenligning af tilbud« bestemmer følgende i stk. 9:

»I henhold til denne lovs artikel 45, stk. 3, kan den ordregivende myndighed anmode tilbudsgiverne om at berigtige, supplere eller præcisere deres tilbud, men kan ikke anmode dem om, foreslå eller tillade dem at ændre væsentlige elementer i et tilbud, der er afgivet i et offentligt eller begrænset udbud, eller i det endelige tilbud, der er afgivet under en konkurrencepræget dialog, en forhandlingsprocedure med eller uden offentliggørelse eller et innovationspartnerskab, dvs. ændre prisen eller foretage andre ændringer, som bringer et tilbud, der ikke opfyldte udbudsdokumenterne, i overensstemmelse hermed. Når den ordregivende myndighed under undersøgelsen af tilbuddene opdager fejl i tilbuddet vedrørende beregningen af priser eller omkostninger, opfordrer den tilbudsgiveren til at rette de konstaterede regnefejl inden for en af myndigheden fastsat frist uden at ændre de priser eller omkostninger, der fremgik af tilbuddet, da myndigheden fik kendskab hertil. Når tilbudsgiveren retter de konstaterede regnefejl i sit tilbud, kan den pågældende rette pris- eller omkostningselementer, men kan ikke fratage pris- eller omkostningselementer eller tilføje nye pris- eller oplysningselementer.«

30 Lovens artikel 58, som har overskriften »Meddelelse af resultatet af udbudsproceduren«, fastsætter i stk. 3:

»I de i denne artikels stk. 1 og 2 nævnte tilfælde kan den ordregivende myndighed ikke give oplysninger, hvis videregivelse tilsidesætter bestemmelserne om oplysninger og databeskyttelse eller er i strid med den almene interesse, til skade for en bestemt leverandørs legitime økonomiske interesser eller berører konkurrencen mellem leverandørerne.«

Republikken Litauens civile retsplejelov

31 Artikel 10¹ i Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (Republikken Litauens civile retsplejelov) med overskriften »Særlige bestemmelser vedrørende forretningshemmeligheder« bestemmer:

»1. I denne artikel fastsættes særlige bestemmelser om beskyttelse af forretningshemmeligheder i sager vedrørende ulovlig indsamling, anvendelse og videregivelse af forretningshemmeligheder og i andre civile sager.

2. Når der er grundlag for at fastslå, at en forretningshemmelighed kan videregives, udpeger retten, på foranledning af en behørigt begrundet anmodning fra en part eller af egen drift, ved en begrundet kendelse de personer, som kan:

- 1) få adgang til de dele af sagsmappen, der indeholder oplysninger, som udgør en forretningshemmelighed, eller som kan udgøre en forretningshemmelighed, tage eller få udskrifter, genparter og kopier (digitale kopier)
- 2) deltage i retsmøder for lukkede døre, hvor der kan videregives oplysninger, som udgør eller kan udgøre en forretningshemmelighed, og få adgang til protokollen fra sådanne retsmøder
- 3) få en bekræftet kopi (digital kopi) af en dom eller kendelse, der indeholder oplysninger, som udgør eller kan udgøre en forretningshemmelighed.

3. Antallet af de personer, der er omhandlet i denne artikels stk. 2, kan ikke overstige, hvad der er nødvendigt for at sikre adgangen til domstolsbeskyttelse og retten til en retfærdig rettergang. Disse personer er i hvert fald følgende:

- 1) såfremt parten er en fysisk person: personen selv og vedkommendes repræsentant
- 2) såfremt parten er en juridisk person: i hvert fald en fysisk person, som fører sagen på vegne af den juridiske person, og dennes repræsentant.

4. Ved anvendelsen af de i denne artikels stk. 2 fastsatte restriktioner tager retten hensyn til behovet for at sikre adgangen til domstolsbeskyttelse og retten til en retfærdig rettergang, parternes og de øvrige procesdeltageres legitime interesser samt til den skade, som anvendelse af – eller undladelse af at anvende – disse restriktioner kan medføre.

[...]

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

32 Ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort den 27. september 2018 iværksatte den ordregivende myndighed en udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en internationalt tilgængelig kontrakt om erhvervelse af tjenesteydelser vedrørende indsamling af kommunalt affald i Neringa kommune (Litauen) og transport af affaldet til behandlingsanlægget i regionen Klaipėda (Litauen).

- 33 I denne udbudsbekendtgørelse fastlagde den ordregivende myndighed de tekniske specifikationer. Den ordregivende myndighed bestemte navnlig, at leverandøren var forpligtet til at anvende kommunale renovationsvogne, som i hvert fald skulle opfylde standard Euro 5 og være udstyret med en fast, permanent virkende GPS-sender, således at den ordregivende myndighed kunne fastlægge vognens præcise position og dens præcise rute.
- 34 Udbudsbekendtgørelsen indeholdt ligeledes en beskrivelse af tilbudsgivernes faglige og tekniske formåen, som var nødvendig for gennemførelsen af kontrakten, samt en beskrivelse af deres finansielle og økonomiske formåen. Det præciseredes i denne forbindelse, at tilbudsgiveren skulle fremlægge en erklæring af enhver form, der attesterede, at den gennemsnitlige årlige omsætning, som tilbudsgiveren havde opnået under udøvelse af sin virksomhed med indsamling og transport af kommunalt affald, i løbet af de sidste tre regnskabsår – eller siden sin registrering, såfremt tilbudsgiveren havde udøvet sin virksomhed i mindre end tre regnskabsår – ikke var lavere end 200 000 EUR ekskl. merværdiafgift.
- 35 Den ordregivende myndighed modtog tre tilbud, herunder Ecoservices og sammenslutningens tilbud.
- 36 Den 29. november 2018 oplyste den ordregivende myndighed tilbudsgiverne om vurderingen af deres bud og deres endelige indplacering. Sammenslutningen fik tildelt kontrakten, da prisen på deres bud var lavere, og Ecoservice blev placeret på andenpladsen.
- 37 Den 4. december 2018 anmodede Ecoservice i henhold til artikel 20, stk. 4, i lov om offentlige kontrakter den ordregivende myndighed om aktindsigt i de elementer, som myndigheden havde lagt til grund for nævnte indplacering, navnlig vedrørende sammenslutningens bud.
- 38 Den 6. december 2018 fik Ecoservice kendskab til de fortrolige oplysninger vedrørende dette bud.
- 39 Idet Ecoservice fandt, at sammenslutningen ikke havde de fornødne kvalifikationer, indgav førstnævnte den 10. december 2018 en klage til den ordregivende myndighed for at anfægte resultatet af udbudsproceduren. Ecoservice gjorde for det første gældende, at ingen af sammenslutningens medlemmer kunne have gennemført kontrakter om indsamling og transport af blandet kommunalt affald for 200 000 EUR over de tre foregående år. Ecoservice præciserede i denne henseende, at eftersom Parsekas ikke udøvede tjenesteydelser med håndtering af blandet kommunalt affald, skulle den ordregivende myndighed have anmodet dette selskab om at uddybe den fremlagte erklæring om, at det havde gennemført kontrakter om håndtering af blandet affald for 235 510,79 EUR. For det andet gjorde Ecoservice gældende, at sammenslutningen ikke havde den fornødne tekniske formåen.
- 40 Den 17. december 2018 afviste den ordregivende myndighed klagen, idet den, ifølge den forelæggende ret, kortfattet anførte, at sammenslutningen havde overholdt de to kvalifikationsbetingelser, som Ecoservice havde anfægtet.
- 41 Den 27. december 2018 anlagde Ecoservice søgsmål til prøvelse af denne afgørelse for Klaipėdos apygardos teismas (den regionale domstol i Klaipėda, Litauen) bl.a. med påstand om, at den ordregivende myndighed blev pålagt at fremlægge sammenslutningens bud og den korrespondance, som sidstnævnte havde udvekslet med den ordregivende myndighed. Eftersom retten efter Ecoservices opfattelse skulle forelægges alle beviser, uanset om beviserne er fortrolige, fandt virksomheden det nødvendigt at råde over disse dokumenter, hvoraf visse ikke var fortrolige, for at kunne præcisere sine påstande.

- 42 Ved afgørelse af 3. januar 2019 pålagde denne retsinstant den ordregivende myndighed at fremlægge alle de ønskede dokumenter for Ecoservice.
- 43 I sit processkrift af 11. januar 2019, som blev indgivet efter nævnte påbud, gjorde den ordregivende myndighed for det første gældende, at den ved undersøgelsen af klagen havde anmodet sammenslutningen om at give præciseringer vedrørende de kontrakter om affaldshåndtering, som den havde indgået. Sammenslutningen fremsendte de ønskede oplysninger, idet den præciserede, at en stor del af de fremsendte oplysninger var fortrolige og derfor skulle beskyttes mod udbredelse til tredjeparter. Den ordregivende myndighed fandt ligeledes, at disse oplysninger havde en kommerciel værdi for sammenslutningen, og at videregivelsen heraf til konkurrenter derfor kunne påføre sammenslutningen en skade, og den undlod således at meddele disse oplysninger til retten for ikke at tilsidesætte artikel 20 i lov om offentlige kontrakter. Den ordregivende myndighed fremlagde således kun de ikke-fortrolige oplysninger i sammenslutningens bud, idet den anførte, at den ville forelægge retten de fortrolige oplysninger, hvis denne atter anmodede myndigheden herom.
- 44 For det andet nedlagde den ordregivende myndighed påstand om frifindelse, eftersom de supplerende præciseringer, som den havde modtaget fra sammenslutningen, og det besøg, som var blevet gennemført i dennes lokaler, havde bekræftet, at det pågældende tilbud var blevet vurderet korrekt.
- 45 Ved kendelse afsagt den 15. januar 2019 begrænsede Klaipėdos apygardos teismas (Den regionale domstol i Klaipėda) forpligtelsen til fremlæggelse af dokumenter til sammenslutningens bud og til de dokumenter, der var vedlagt dette, og pålagde, at de skulle fremlægges den 25. januar 2019.
- 46 Den 25. januar 2019 fremlagde den ordregivende myndighed de ønskede dokumenter for retten, idet den sondrede mellem, om de indeholdt fortrolige oplysninger eller ej. De oplysninger, som efter sammenslutningens opfattelse var fortrolige, uden at den ordregivende myndighed bestred dette, blev alene tilstillet nævnte ret. Den ordregivende myndighed anmodede endvidere retten om ikke at give Ecoservice kendskab til de fortrolige oplysninger i sammenslutningens bud og om at kvalificere disse oplysninger som ikke-offentlige forhold i sagen.
- 47 Ved kendelse afsagt den 30. januar 2019 tiltrådte retten i første instans den ordregivende myndigheds anmodninger om, at sammenslutningens oplysninger, som den var blevet forelagt, dels blev kvalificeret som fortrolige, dels ikke blev videregivet.
- 48 Den 14. februar 2019 forkastede denne ret ved en kendelse, som ikke kunne appelleres, Ecoservices anmodning af 11. februar 2019 om aktindsigt i alle oplysninger i sagsakterne.
- 49 Den 21. februar 2019 forkastede nævnte ret ved en kendelse, som ikke kunne appelleres, Ecoservices anmodning af 12. februar 2019 om at pålægge Parsekas at fremlægge oplysningerne om de kontrakter om affaldshåndtering, som dette selskab havde indgået.
- 50 Ved dom afsagt den 15. marts 2019 frifandt Klaipėdos apygardos teismas (Den regionale domstol i Klaipėda) den ordregivende myndighed med den begrundelse, at sammenslutningen havde alle de fornødne kvalifikationer.

- 51 Ved dom af 30. maj 2019 i appellen iværksat af Ecoservice ophævede Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol) dommen i første instans og annullerede den ordregivende myndigheds afgørelse om indplacering af tilbuddene. Appeldomstolen pålagde ligeledes den ordregivende myndighed at foretage en ny vurdering af tilbuddene.
- 52 Den ordregivende myndighed har iværksat kassationsappel for Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol).
- 53 Den 26. juli 2019 har Ecoservice, inden virksomhedens indgivelse af svarskrift i kassationsappellen, anmodet Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) om aktindsigt i de fortrolige dokumenter, som den ordregivende myndighed havde fremlagt i første instans, idet de kommercielt følsomme oplysninger skulle skjules.
- 54 Den forelæggende ret har for det første anført visse krav til tilbudsgivernes kvalifikationer i udbudsbekendtgørelsen, der kan forstås som såvel betingelser for den økonomiske aktørs finansielle og økonomiske formåen som betingelser for dennes tekniske og faglige formåen, men ligeledes som tekniske specifikationer eller endda som betingelser vedrørende den offentlige kontrakts gennemførelse.
- 55 Arten af disse krav skal således fastlægges, eftersom forpligtelsen til eller muligheden for i henhold til artikel 45, stk. 3, og artikel 55, stk. 9, i lov om offentlige kontrakter at berigtige tilbudsgiverens erklæring varierer, alt efter om de omtvistede oplysninger vedrører vedkommendes kvalifikation eller det bud, som den pågældende har afgivet.
- 56 For det andet nærer den forelæggende ret tvivl om afvejningen af beskyttelsen af fortrolige oplysninger, som en tilbudsgiver har fremlagt, og effektiviteten af de andre tilbudsgiveres ret til forsvar.
- 57 I det foreliggende tilfælde har Ecoservice forgæves anmodet om aktindsigt i sammenslutningens tilbud. Den ordregivende myndighed har selv meget aktivt fremmet sammenslutningens ret til beskyttelse af fortrolige oplysninger. Denne praksis er hyppig i Litauen og bevirker, at tilbudsgivernes rettigheder kun beskyttes delvist. I tvister vedrørende tildeling af offentlige kontrakter har de afviste tilbudsgivere nemlig færre oplysninger end de andre parter i disse tvister. Den effektive beskyttelse af deres rettigheder afhænger desuden af rettens beslutning om at kvalificere de oplysninger, som de ønsker beskyttet, som fortrolige. En afgørelse, hvorved retten ikke tiltræder en anmodning om aktindsigt i sådanne oplysninger, kan således nedsætte en afvist tilbudsgivers mulighed for at få medhold i det søgsmål, som vedkommende har anlagt til prøvelse af afgørelsen om tildeling af kontrakten.
- 58 Den forelæggende ret har forklaret, at den på området for offentlige kontrakter bl.a. har fastslået, at tilbudsgivernes ret, der er sikret ved artikel 20 i lov om offentlige kontrakter, til beskyttelse af fortrolige oplysninger, som de har fremlagt i forbindelse med tilbuddet, kun omfatter oplysninger, der må kvalificeres som forretningshemmeligheder eller industrihemmeligheder i medfør af artikel 1116, stk. 1, i Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (den litauiske civile lovbog, herefter »den civile lovbog«), som i det væsentlige svarer til bestemmelserne i direktiv 2016/943. Tilbudsgiverens ret til aktindsigt i en anden tilbudsgivers tilbud skal endvidere anses for at være en integreret del af beskyttelsen af de rettigheder, der potentielt kan tilsidesættes.

- 59 Den forelæggende ret nærer imidlertid tvivl om det præcise indhold af de ordregivende myndigheders pligt til at beskytte fortroligheden af de oplysninger, som tilbudsgiverne forelægger dem, og om forholdet mellem denne pligt og forpligtelsen til at sikre de økonomiske aktører, der har anlagt sag, en effektiv domstolsbeskyttelse. Det er den forelæggende rets opfattelse, at selv om Domstolen ved dom af 14. februar 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91), fremhævede, at udbudsprocedurer er baseret på et tillidsforhold mellem de økonomiske aktører og de ordregivende myndigheder, bestemmer artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943, som er vedtaget efter denne dom, at parterne i et søgsmål under alle omstændigheder ikke må råde over forskellige oplysninger, idet retten til en effektiv domstolsbeskyttelse og retten til en retfærdig rettergang ellers ville blive tilsidesat. Denne ret har præciseret, at eftersom denne bestemmelse pålægger retten at sikre de økonomiske aktørers ret til at få kendskab til forretningshemmelighederne for en part i tvisten, kan der ligeledes være anledning til at indrømme denne rådighed inden den retslige procedure, navnlig for at de kan træffe en informeret beslutning om at anlægge et søgsmål.
- 60 Den forelæggende ret har anført, at der imidlertid er risiko for, at visse økonomiske aktører vil misbruge denne ret ved alene at henvende sig til den ordregivende myndighed for at opnå oplysninger om deres konkurrenter og ikke for at sikre deres retsforvar. Ved at indbringe sagen for en retsinstans har disse aktører ikke desto mindre under alle omstændigheder mulighed for at få de ønskede oplysninger.
- 61 Den forelæggende ret har konstateret, at direktiv 2016/943 med undtagelse af 18. betragtning hertil ikke indeholder en specifik bestemmelse om offentlige udbudsprocedurer. Denne ret har fremhævet, at selv om de ordregivende myndigheder ikke er klageinstanser, giver den obligatoriske ordning for tvistbilæggelse forud for den retslige fase, der er fastsat i national ret, dem en vid skønsbeføjelse til at samarbejde med de økonomiske aktører, uanset om de er klagere eller indklagede. Som følge af formålet med at sikre disse aktører en effektiv beskyttelse af deres rettigheder har de ordregivende myndigheder inden for rammerne af deres beføjelser og de midler, som de råder over, endvidere pligt til at sikre disse aktører muligheden for effektivt at forsvare deres interesser, som er blevet skadet. Artikel 21 i direktiv 2014/24 og de tilsvarende bestemmelser i direktiv 89/665 kan således eventuelt skulle fortolkes således, at tilbudsgiverne ikke alene som led i en retslig procedure, men ligeledes under den forudgående administrative procedure skal kunne få indsigt i oplysninger, som er andre tilbudsgivers forretningshemmeligheder.
- 62 For det tredje ønsker den forelæggende ret af egen drift at rejse spørgsmålet om, hvorvidt bedømmelsen af sammenslutningens dokumentation, henset til artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24, foretages for at afklare, om sammenslutningen, eller i hvert fald visse af medlemmerne heri, har forelagt den ordregivende myndighed falske oplysninger vedrørende deres formåens forenelighed med kravene i udbuddet.
- 63 Den forelæggende ret har af Domstolens praksis udledt, at de oplysninger, som Parsekas har fremlagt, kan udgøre en forsømmelse ved fremlæggelsen af oplysninger, der har påvirket resultatet af udbudsproceduren. Det er i denne henseende retts opfattelse, at Parsekas ikke skulle have nævnt indtægter, som selskabet havde opnået ved kontrakter, som det havde indgået og gennemført med andre økonomiske aktører, der leverer den del af tjenesteydelserne, som vedrører affaldshåndtering, samt de kontrakter, som det selv har gennemført, men for hvilke håndteringen af blandet affald blot udgjorde en ubetydelig del af det pågældende affald.

- 64 Den forelæggende ret har endvidere anført, at Domstolens praksis vedrørende artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 er støttet på det særlige, gensidige tillidsforhold mellem den ordregivende myndighed og den pågældende leverandør, og den ønsker i denne forbindelse oplyst, om den nationale ret kan fravige den ordregivende myndigheds vurdering af, at de oplysninger, som den er blevet overdraget under udbudsproceduren, ikke er falske eller vildledende.
- 65 Endelig nærer den forelæggende ret tvivl om, hvorvidt de medkontrahenter, der har afgivet et tilbud sammen med en økonomisk aktør, som har fremlagt eventuelt falske oplysninger, og med hvem de har indgået en kontrakt om fælles virksomhed, i medfør af artikel 46, stk. 4, nr. 4, og artikel 52 i lov om offentlige kontrakter ligeledes skal opføres på »listen over leverandører, der har fremlagt falske oplysninger«, idet en sådan opførelse følgerig forbyder dem at deltage i udbud offentliggjort af andre ordregivende myndigheder i et år.
- 66 Denne løsning, som kan støttes på alle partneraktørernes solidaritet, interessefællesskab og ansvar, synes ikke desto mindre at være til hinder for princippet om disse aktørers personlige ansvar, hvorefter kun den økonomiske aktør, som har fremlagt de falske oplysninger, kan pålægges en sanktion.
- 67 Det er på denne baggrund, at Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er en udbudsbetingelse, der indeholder et krav om, at leverandører skal dokumentere, at der foreligger særlige gennemsnitlige årlige driftsindtægter, som hidrører fra udførelsen af aktiviteter, der kun vedrører specifikke tjenester (blandet kommunal affaldshåndtering), omfattet af artikel 58, stk. 3 eller 4, i direktiv 2014/24?
 - 2) Afhænger metoden til vurderingen af leverandørers kapacitet, der er fastlagt af Domstolen i dom af 4. maj 2017, Esaprojekt (C-387/14[, EU:C:2017:338]), af svaret på det første spørgsmål?
 - 3) Er en udbudsbetingelse, der indeholder et krav om, at leverandører skal dokumentere, at de for leveringen af [affaldshåndterings]tjenesterne nødvendige køretøjer opfylder de specifikke tekniske krav om navnlig forurenende emissioner (EURO 5), installation af en GPS-sender, nødvendig kapacitet osv., omfattet af anvendelsesområdet for [...] artikel 58, stk. 4, [i direktiv 2014/24,] artikel 42, sammenholdt med bestemmelserne i bilag VII [til dette direktiv,] og[/eller direktivets] artikel 70 i [...]?
 - 4) Skal artikel 1, stk. 1, [fjerde] afsnit, i direktiv 89/665, der fastsætter effektivitetsprincippet for klageprocedurer, direktivets artikel 1, stk. 3 og 5, artikel 21 i direktiv 2014/24 og direktiv 2016/943, navnlig 18. betragtning hertil, og direktivets artikel 9, stk. 2, tredje afsnit (sammen eller hver for sig, men uden begrænsning), fortolkes således, at den ordregivende myndighed, såfremt der er fastsat en bindende administrativ procedure til afgørelse af tvister i de nationale retsfor skrifter om offentlige udbud:
 - a) skal give leverandøren, der har indledt klageproceduren, samtlige oplysninger om en anden leverandørs tilbud (uanset deres fortrolige karakter), såfremt genstanden for denne procedure specifikt vedrører lovligheden af vurderingen af den anden leverandørs tilbud, og leverandøren, der indledte proceduren, forud herfor udtrykkeligt har anmodet den ordregivende myndighed om at fremlægge dem

- b) uanset svaret på det forudgående spørgsmål i forbindelse med, at der gives afslag på klagen, der er indgivet af leverandøren for så vidt angår lovligheden af bedømmelsen af konkurrentens tilbud, under alle omstændigheder skal give et klart, fyldestgørende og præcist svar, uanset risikoen for at der derved videregives fortrolige oplysninger om tilbuddet, som den er blevet betroet?
- 5) Skal artikel 1, stk. 1, [fjerde] afsnit, artikel 1, stk. 3 og 5, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, artikel 21 i direktiv 2014/24 og direktiv 2016/943, navnlig 18. betragtning hertil (samlet eller hver for sig, men uden nogen begrænsning), fortolkes således, at den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at give en leverandør adgang til de fortrolige oplysninger i en anden deltagers tilbud er en beslutning, som kan anfægtes særskilt ved domstolene?
 - 6) Såfremt det forudgående spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 1, stk. 5, i direktiv 89/665 da fortolkes således, at leverandøren skal indgive en klage hos den ordregivende myndighed for så vidt angår denne beslutning og om nødvendigt anlægge en retssag ved domstolene?
 - 7) Såfremt det forudgående spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 1, stk. 1, [fjerde] afsnit, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 da fortolkes således, at leverandøren afhængig af omfanget af de oplysninger, der foreligger om indholdet af de øvrige leverandørers tilbud, kan anlægge en retssag ved domstolene udelukkende vedrørende afslaget på at give oplysninger til leverandøren, uden at lovligheden af den ordregivende myndigheds øvrige beslutninger drages i tvivl?
 - 8) Uanset svarerne på de forudgående spørgsmål skal artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943 fortolkes således, at den ret, der har modtaget sagsøgerens anmodning om, at den anden part i sagen pålægges at fremlægge dokumentation, og at retten giver sagsøgeren adgang til denne dokumentation, skal imødekomme denne anmodning uden hensyntagen til den ordregivende myndigheds handlinger under udbuddet eller klageprocedurerne?
 - 9) Skal artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943 fortolkes således, at retten efter at have givet afslag på sagsøgerens anmodning om videregivelse af fortrolige oplysninger fra den anden part i sagen af egen drift skal foretage en bedømmelse af betydningen af de oplysninger, [som anmodes videregivet], og oplysningernes virkning på lovligheden af den offentlige udbudsprocedure?
 - 10) Kan udelukkelsesgrunden for leverandører, der er fastsat i artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24, under hensyntagen til dom af 3. oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* [(C-267/18, EU:C:2019:826)], anvendes således, at retten i forbindelse med dens behandling af en tvist mellem en leverandør og den ordregivende myndighed af egen drift, uanset den ordregivende myndigheds vurdering, kan fastslå, at den omhandlede tilbudsgiver, idet den pågældende handlede forsætligt eller uagtsomt, afgav vildledende faktisk urigtige oplysninger til den ordregivende myndighed og følgelig skulle udelukkes fra den offentlige udbudsprocedure?
 - 11) Skal artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24, sammenholdt med proportionalitetsprincippet i direktivets artikel 18, stk. 1, fortolkes og anvendes således, at i situationer, hvor national ret fastsætter yderligere sanktioner (ud over udelukkelse fra udbudsprocedurer) for så vidt angår fremlæggelsen af urigtige oplysninger, skal disse

sanktioner kun anvendes på grundlag af et personligt ansvar, særligt såfremt faktisk urigtige oplysninger kun afgives af en del af de [aktører, der deltager samlet] i offentlige udbudsprocedurer (eksempelvis af en blandt flere partnere)?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

- 68 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 58 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at de økonomiske aktørers pligt til at godtgøre, at de har en bestemt gennemsnitlig årlig omsætning på området for de aktiviteter, som den pågældende offentlige kontrakt vedrører, er et udvælgelseskrITERIUM vedrørende deres økonomiske og finansielle formåen som omhandlet i denne bestemmelses stk. 3 eller deres tekniske og faglige formåen som omhandlet i nævnte bestemmelses stk. 4.
- 69 Det skal i denne henseende bemærkes, at direktivets artikel 58, stk. 1, fastsætter de tre typer udvælgelseskrITERIER, som de ordregivende myndigheder kan pålægge som betingelse for de økonomiske aktørers deltagelse. Disse krITERIER vedrører aktørernes egnethed til at udøve det pågældende erhverv, deres økonomiske og finansielle formåen samt deres tekniske og faglige formåen og præciseres i henholdsvis denne artikels stk. 2-4.
- 70 Det følger endvidere af nævnte direktivs artikel 58, stk. 3, at med henblik på at sikre, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig økonomisk og finansiell kapacitet til at opfylde kontrakten, kan de ordregivende myndigheder navnlig kræve, at de økonomiske aktører har en vis minimumsårsomsætning, herunder en vis minimumsomsætning inden for det område, som kontrakten dækker.
- 71 Det følger heraf, at kravet om, at de økonomiske aktører skal godtgøre, at de har en vis gennemsnitlig årlig omsætning på området for de aktiviteter, som kontrakten vedrører, netop svarer til definitionen af udvælgelseskrITERIET på grundlag af økonomisk og finansiell formåen som omfattet i artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24 og således henhører under denne bestemmelse. Det følger i øvrigt af bilag XII til dette direktiv om »Dokumentation for udvælgelseskrITERIER«, og nærmere bestemt del I i dette bilag, hvortil direktivets artikel 60, stk. 3, henviser, at den ikke-udtømmende liste over beviser, der kan godtgøre en økonomisk aktørs økonomiske og finansielle formåen, omfatter »omsætningen inden for det område, som kontrakten vedrører«, hvilket styrker denne fortolkning.
- 72 Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 58 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at de økonomiske aktørers pligt til at godtgøre, at de har en bestemt gennemsnitlig årlig omsætning på området for de aktiviteter, som den pågældende offentlige kontrakt vedrører, er et udvælgelseskrITERIUM vedrørende deres økonomiske og finansielle formåen som omhandlet i denne bestemmelses stk. 3.

Det andet spørgsmål

- 73 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 58, stk. 3, sammenholdt med artikel 60, stk. 3, i direktiv 2014/24, skal fortolkes således, at såfremt den ordregivende myndighed har krævet, at de økonomiske aktører har haft en bestemt

minimumsårsomsætning på det område, som den pågældende offentlige kontrakt vedrører, kan en økonomisk aktør med henblik på at godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen kun basere sig på indtægter, som en midlertidig virksomhedssammenslutning, som den pågældende aktør har tilhørt, har oppebåret, hvis aktøren inden for rammerne af en bestemt offentlig kontrakt rent faktisk har bidraget til denne sammenslutnings gennemførelse af en aktivitet, som svarer til den aktivitet, der er genstand for den offentlige kontrakt, for hvilken nævnte aktør søger at bevise sin økonomiske og finansielle formåen.

- 74 Med henblik på at bevise sin økonomiske og finansielle formåen som omhandlet i artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24 kan en økonomisk aktør i overensstemmelse med direktivets artikel 60, stk. 3, første afsnit, som generel regel forelægge den ordregivende myndighed en eller flere af de i del I i bilag XII til nævnte direktiv anførte oplysninger. Direktivets artikel 60, stk. 3, andet afsnit, bestemmer endda, at hvis den økonomiske aktør af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed forlangte dokumentation, kan vedkommende godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.
- 75 Som det fremgår af artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24, kan de ordregivende myndigheder navnlig kræve, at de økonomiske aktører har en vis minimumsårsomsætning, herunder en vis minimumsomsætning inden for det område, som kontrakten dækker.
- 76 Det fremgår således af denne bestemmelse, at de ordregivende myndigheder, når de fastlægger de betingelser, der kan sikre, at de økonomiske aktører har den nødvendige økonomiske og finansielle formåen til at gennemføre kontrakten, kan kræve, at de økonomiske aktører har haft en vis samlet minimumsårsomsætning på det område, som den pågældende offentlige kontrakt dækker, eller endda kan kombinere de to krav.
- 77 Selv om den ordregivende myndighed alene har pålagt en betingelse om en bestemt minimumsårsomsætning, uden at den har krævet, at denne bestemte minimumsårsomsætning er opnået på et område, som kontrakten dækker, er intet til hinder for, at en økonomisk aktør kan påberåbe sig indtægter, som en midlertidig virksomhedssammenslutning, som den pågældende aktør tilhørte, opnåede, hvis aktøren inden for rammerne af en bestemt offentlig kontrakt ikke reelt bidrog til denne sammenslutnings gennemførelse af en aktivitet, som svarede til den aktivitet, der er genstand for den offentlige kontrakt, for hvilken nævnte aktør søger at bevise sin økonomiske og finansielle formåen.
- 78 Når den ordregivende myndighed har krævet, at denne bestemte minimumsårsomsætning er blevet opnået inden for et område, som kontrakten dækker, forfølger dette krav derimod et dobbelt formål. Det tilsigter nemlig at godtgøre de økonomiske aktørers økonomiske og finansielle formåen og bidrage til at godtgøre deres tekniske og faglige formåen. I et sådant tilfælde er en aktørs økonomiske og finansielle formåen, ligesom dennes tekniske og faglige formåen, nemlig særegen og eksklusiv for denne aktør som fysisk eller juridisk person.
- 79 Det følger heraf, at i sidstnævnte tilfælde kan en økonomisk aktør med henblik på at godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen inden for rammerne af en udbudsprocedure kun basere sig på indtægter, som en midlertidig virksomhedssammenslutning, som den pågældende aktør har tilhørt, har oppebåret, hvis aktøren inden for rammerne af en bestemt offentlig kontrakt reelt har bidraget til denne sammenslutnings gennemførelse af en aktivitet, som svarer til den aktivitet, der er genstand for den offentlige kontrakt, for hvilken nævnte aktør søger at bevise sin økonomiske og finansielle formåen.

- 80 Når en økonomisk aktør baserer sig på den økonomiske og finansielle formåen hos en virksomhedssammenslutning, som vedkommende har været en del af, skal denne formåen nemlig vurderes i forhold til denne aktørs konkrete deltagelse og dermed hans effektive bidrag til gennemførelsen af den aktivitet, som kræves af denne sammenslutning som led i en bestemt offentlig kontrakt (jf. analogt dom af 4.5.2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, præmis 62).
- 81 Inden for rammerne af artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24 skal den omsætning, som man kan basere sig på i medfør af denne bestemmelse, i det tilfælde, der er nævnt i nærværende doms præmis 78, ligeledes begrænses til omsætningen vedrørende den pågældende aktørs effektive bidrag til den aktivitet, som krævedes af en sammenslutning som led i en tidligere offentlig kontrakt.
- 82 Det andet spørgsmål skal således besvares med, at artikel 58, stk. 3, sammenholdt med artikel 60, stk. 3, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at såfremt den ordregivende myndighed har krævet, at de økonomiske aktører har haft en bestemt minimumsårsomsætning på det område, som den pågældende offentlige kontrakt vedrører, kan en økonomisk aktør med henblik på at godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen kun basere sig på indtægter, som en midlertidig virksomhedssammenslutning, som den pågældende aktør har tilhørt, har oppebåret, hvis aktøren inden for rammerne af en bestemt offentlig kontrakt rent faktisk har bidraget til denne sammenslutnings gennemførelse af en aktivitet, som svarer til den aktivitet, der er genstand for den offentlige kontrakt, for hvilken nævnte aktør søger at bevise sin økonomiske og finansielle formåen.

Det tredje spørgsmål

- 83 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 58, stk. 4, samt artikel 42 og 70 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at disse bestemmelser kan anvendes samtidigt på en teknisk forskrift i et udbud.
- 84 Det skal i denne forbindelse fastslås, at direktiv 2014/24 ikke udelukker, at tekniske forskrifter både kan forstås som udvælgelseskriterier, der vedrører den tekniske og faglige formåen, og som tekniske specifikationer og/eller betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse som omhandlet i henholdsvis direktivets artikel 58, stk. 4, artikel 42 og 70.
- 85 Hvad angår de udvælgelseskriterier, der vedrører de økonomiske aktørers »tekniske og faglige formåen« som omhandlet i artikel 58, stk. 4, i direktiv 2014/24, skal det bemærkes, at blandt den dokumentationen for denne formåen, som er opregnet i del II i bilag XII til dette direktiv, fremgår i denne dels litra g) og i) »angivelse af de miljøstyringsforanstaltninger, som den økonomiske aktør kan anvende ved udførelsen af kontrakten«, og en »erklæring om, hvilket værktøj, materiel og teknisk udstyr tjenesteyderen eller entreprenøren disponerer over til opfyldelse af kontrakten«.
- 86 Selv om sådanne bevismidler er egnede til at godtgøre de økonomiske aktørers »tekniske og faglige formåen«, synes de i det foreliggende tilfælde omhandlede tekniske forskrifter som forskrifterne vedrørende køretøjernes forurenende emissioner (standard Euro 5) og pligten til at udstyre disse køretøjer med en GPS-sender at vedrøre de økonomiske aktørers »tekniske ressourcer« og dermed at kunne kvalificeres som udvælgelseskriterier vedrørende deres »tekniske og faglige formåen« som omhandlet i nævnte artikel 58, stk. 4, for så vidt som udbudsmaterialet bestemmer, at disse kriterier netop pålægges som den formåen, som tilbudsgiverne skal bevise, at de har eller vil have i rimelig tid til at gennemføre kontrakten, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

- 87 Hvad angår »tekniske specifikationer« som omhandlet i artikel 42 i direktiv 2014/24 fremgår det af denne artikels stk. 3, at disse specifikationer fastlægger »de egenskaber, som kræves«, ved de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, og er affattet som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav, herunder miljømæssige egenskaber, eller ved henvisning til tekniske standarder. Nævnte artikels stk. 1 henviser i øvrigt til bilag VII til nævnte direktiv, hvis punkt 1, litra b), hvad angår offentlige vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter præciserer, at en teknisk specifikation »i et dokument [...] fastlægger krævede egenskaber ved et produkt eller en tjenesteydelse, som f.eks. [...] miljø- og klimapræstation [...]«. De i hovedsagen omhandlede tekniske forskrifter, som faktisk er affattet som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav, og som bl.a. henviser til standarden Euro 5 vedrørende køretøjernes forurenende emissioner, kan således ligeledes henhøre under begrebet »tekniske specifikationer«.
- 88 Eftersom disse forskrifter fastsætter de særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af kontrakten, ses at have tilknytning til kontraktens genstand og er anført i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet, kan disse forskrifter, som tager hensyn til betragtninger om innovation og miljø, ligeledes henhøre under begrebet »betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse« som omhandlet i artikel 70 i direktiv 2014/24, for så vidt som det fremgår af udbudsmaterialet, at de pålægges som betingelser, som den valgte tilbudsgiver skal opfylde under gennemførelsen af kontrakten, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.
- 89 Det skal i denne henseende præciseres, at overholdelsen af betingelserne vedrørende kontraktens gennemførelse ikke skal vurderes på tidspunktet for tildelingen af kontrakten. Det følger heraf, at såfremt den i hovedsagen omhandlede forskrift blev kvalificeret som en betingelse vedrørende gennemførelse, og den valgte tilbudsgiver ikke opfyldte denne betingelse, da vedkommende fik tildelt den offentlige kontrakt, ville den manglende overholdelse af denne betingelse ikke have indvirkning på, om tildelingen af kontrakten til sammenslutningen var i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 2014/24.
- 90 For det første kan et krav i et udbud som den i hovedsagen omhandlede forskrift således kvalificeres som et udvælgelseskriterium vedrørende den tekniske og faglige formåen eller som en teknisk specifikation eller endda som en betingelse vedrørende kontraktens gennemførelse. For det andet skal det, eftersom den forelæggende ret navnlig nærer tvivl om de i hovedsagen omhandlede forskrifters forenelighed med EU-retten, tilføjes, at artikel 42 og 70 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at disse bestemmelser i princippet ikke er til hinder for, at der som led i et udbud vedrørende en kontrakt pålægges forskrifter, der præciserer visse tekniske karakteristika ved de køretøjer, som skal anvendes med henblik på leveringen af de tjenesteydelser, der er omfattet af denne kontrakt, forudsat at forskrifterne overholder de grundlæggende principper for offentlige udbudsprocedurer som fastsat i dette direktivs artikel 18, stk. 1.
- 91 Det skal fremhæves, at den forelæggende ret med det tredje spørgsmål ligeledes ønsker oplyst, om kvalificeringen af de pågældende forskrifter kan have indvirkning på mulighederne for at berigtige eller rette de indleverede tilbud.
- 92 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af artikel 56, stk. 3, i direktiv 2014/24, at når de oplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan de ordregivende myndigheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende,

supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

- 93 Som det fremgår af fast retspraksis om fortolkningen af bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114), som bl.a. er støttet på ligebehandlingsprincippet, og som skal anvendes analogt i forbindelse med nævnte artikel 56, stk. 3, kan en anmodning om præcisering, som en økonomisk aktør har fremsat i henhold til denne bestemmelse, imidlertid ikke afhjælpe en manglende fremlæggelse af et dokument eller en oplysning, som skulle være fremsendt eller meddelt i medfør af udbudsmaterialet, idet det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat. En sådan anmodning må endvidere ikke føre til, at en tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud (jf. analogt dom af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 40, af 10.10.2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 36 og 40, og af 28.2.2018, MA.T.I. SUD og Duemme SGR, C-523/16 og C-536/16, EU:C:2018:122, præmis 51 og 52).
- 94 Det følger af de ovenstående betragtninger, at omfanget af den ordregivende myndigheds ret til at tillade tilbudsgiveren senere at supplere eller afklare sit oprindelige bud afhænger af, at bestemmelserne i artikel 56, stk. 3, i direktiv 2014/24 overholdes, navnlig henset til kravene i medfør af ligebehandlingsprincippet, og ikke som sådan af kvalificeringen af de i hovedsagen omhandlede forskrifter som udvælgelseskriterier vedrørende de økonomiske aktørers »tekniske og faglige formåen« som omhandlet i dette direktivs artikel 58, stk. 4, som »tekniske specifikationer« som omhandlet i direktivets artikel 42 eller som »betingelser vedrørende gennemførelse« i medfør af direktivets artikel 70.
- 95 Det tredje spørgsmål skal således besvares med, at artikel 58, stk. 4, samt artikel 42 og 70 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at disse bestemmelser kan anvendes samtidigt på en teknisk forskrift i et udbud.

Det fjerde til det niende spørgsmål

Indledende bemærkninger

- 96 Hvad angår det fjerde, det femte, det ottende og det niende spørgsmål om fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 2016/943 skal det afgøres, om dette direktiv finder anvendelse for det første på en situation, hvor tilbudsgiveren forelægger den ordregivende myndighed en anmodning om fremsendelse af angiveligt fortrolige oplysninger i en konkurrents tilbud, og eventuelt på en klage over afgørelsen om afslag på denne anmodning som led i den bindende administrative procedure, og for det andet når der anlægges sag for en retsinstant til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse om afvisning af denne klage.
- 97 Henset til formålet med direktiv 2016/943 som fastsat i direktivets artikel 1, stk. 1, sammenholdt med fjerde betragtning hertil, vedrører direktivet kun ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse og fastsætter ikke foranstaltninger til at beskytte fortroligheden af forretningshemmeligheder i andre former for retslige procedurer såsom sager vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter.

- 98 Dette direktivs artikel 4, stk. 2, bestemmer endvidere, at erhvervelse af en forretningshemmelighed uden forretningshemmelighedshaverens samtykke betragtes som en ulovlig handling, hvis forretningshemmeligheden erhverves ved uautoriseret adgang til, tilegnelse af eller kopiering af dokumenter, genstande, materialer, stoffer eller elektroniske filer, der lovligt kontrolleres af forretningshemmelighedshaveren, og som indeholder en forretningshemmelighed, eller som en forretningshemmelighed kan udledes af.
- 99 Som det fremgår af direktivets artikel 1, stk. 2, litra c), berører nævnte direktiv endvidere ikke anvendelse af EU-regler eller nationale regler, der kræver eller tillader, at EU-institutioner og -organer eller nationale offentlige myndigheder videregiver oplysninger indgivet af virksomheder, som disse institutioner, organer eller myndigheder er i besiddelse af i henhold til og i overensstemmelse med de forpligtelser og beføjelser, der er fastsat i EU-retten eller national ret. 18. betragtning til direktiv 2016/943, i lyset af hvilken denne bestemmelse skal fortolkes, præciserer for sin del, at dette direktiv ikke bør fritage offentlige myndigheder for de fortrolighedsforpligtelser, som de er underlagt for så vidt angår oplysninger videregivet af forretningshemmelighedshavere, uanset om disse forpligtelser er fastsat i EU-retten eller i national ret. Direktiv 2016/943 skal følgelig anses for ikke at fritage de offentlige myndigheder for de fortrolighedsforpligtelser, som kan følge af direktiv 2014/24.
- 100 Endelig bestemmer artikel 3, stk. 2, i direktiv 2016/943, at erhvervelse, brug eller videregivelse af en forretningshemmelighed betragtes som lovlig, i det omfang EU-retten eller national ret kræver eller tillader en sådan erhvervelse, brug eller videregivelse.
- 101 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at artikel 21 i direktiv 2014/24, sammenholdt med 51. betragtning til dette direktiv, fastsætter, at den ordregivende myndighed principielt ikke må offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige, og at denne myndighed kan pålægge økonomiske aktører krav om beskyttelse af oplysninger af fortrolig karakter, som de ordregivende myndigheder stiller til rådighed under hele udbudsproceduren.
- 102 Med henblik på at give den forelæggende ret en hensigtsmæssig besvarelse foretager Domstolen dermed en fortolkning af de relevante bestemmelser i direktiv 2014/24 og 89/665, som navnlig fastsætter de særlige regler for de ordregivende myndigheder og for de nationale domstole med hensyn til beskyttelsen af fortroligheden af de dokumenter, som de forelægges som led i udbudsprocedurer.

Det femte til det syvende spørgsmål

- 103 Med det femte til det syvende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, artikel 1, stk. 3 og 5, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at en ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele en økonomisk aktør oplysninger, der anses for at være fortrolige, i en anden økonomisk aktørs ansøgning eller tilbud udgør en retsakt, der kan anfægtes, og at når den medlemsstat, på hvis område den pågældende udbudsprocedure afvikles, har fastsat en bindende administrativ procedure for de ordregivende myndigheders afgørelser, skal der indgives en sådan administrativ klage, inden der anlægges søgsmål til prøvelse af denne afgørelse.
- 104 Det følger i denne henseende af artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665, at medlemsstaterne, navnlig for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2014/24, træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som

muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders afgørelser på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i direktiv 89/665, med den begrundelse, at afgørelserne er i strid med EU-retten vedrørende offentlige udbud eller de nationale regler til gennemførelse heraf. I henhold til dette direktivs artikel 1, stk. 3, skal der være adgang til disse procedurer efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

- 105 Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, er begrebet »de ordregivende myndigheders afgørelser« skal fortolkes bredt. Ved anvendelsen af udtrykket »for så vidt angår kontrakter« bevirker ordlyden af artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665, at alle afgørelser, truffet af de ordregivende myndigheder, som er undergivet EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter, og som kan tilsidesætte disse bestemmelser, er underlagt den retslige prøvelse, som er foreskrevet i samme direktivs artikel 2-2f. Denne ordlyd omfatter således generelt en ordregivende myndigheds beslutninger uden at sondre mellem disse beslutninger efter deres indhold eller det tidspunkt, hvor de er truffet, og indeholder ikke nogen begrænsninger vedrørende afgørelsernes art og indhold (jf. i denne retning dom af 5.4.2017, Marina del Mediterráneo m.fl., C-391/15, EU:C:2017:268, præmis 26 og 27 og den deri nævnte retspraksis).
- 106 Denne vide fortolkning af begrebet »afgørelser, der kan anfægtes«, som bl.a. har foranlediget Domstolen til at fastslå, at en ordregivende myndigheds afgørelse om at give en tilbudsgiver adgang til en udbudsprocedure udgør en afgørelse som omhandlet i artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665 (dom af 5.4.2017, Marina del Mediterráneo m.fl., C-391/15, EU:C:2017:268, præmis 28; og jf. hvad angår denne bestemmelses stk. 3 kendelse af 14.2.2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, præmis 36), gælder ligeledes for den ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele den økonomiske aktør oplysninger, som anses for fortrolige, og som er fremsendt af en ansøger eller en tilbudsgiver.
- 107 For så vidt som den forelæggende ret med det syvende spørgsmål nærmere bestemt ønsker oplyst, om en afvist tilbudsgiver kan anlægge søgsmål alene vedrørende afslaget på at meddele vedkommende angiveligt fortrolige oplysninger uden ligeledes at anfægte lovligheden af den ordregivende myndigheds øvrige afgørelser, skal det indledningsvis blot fastslås, at direktiv 89/665 ikke indeholder nogen bestemmelse, der er til hinder for, at en sådan tilbudsgiver anlægger søgsmål til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele vedkommende sådanne oplysninger uanset denne afgørelses indhold og rækkevidde.
- 108 Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 77 og 78 i forslaget til afgørelse, understøttes en sådan konklusion af de formål om effektivitet og hurtighed, der er fastsat i dette direktivs artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit.
- 109 Hvad endelig angår spørgsmålet om, hvorvidt et søgsmål til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele en økonomisk aktør oplysninger, som anses for fortrolige, og som er fremsendt af en ansøger eller tilbudsgiver, først kan anlægges efter en administrativ klage, når den medlemsstat, på hvis område den pågældende udbudsprocedure afvikles, har fastsat en bindende administrativ procedure, skal det bemærkes, at selv om artikel 1, stk. 5, i direktiv 89/665 foreskriver, at en medlemsstat kan kræve, at den pågældende person først indgiver klage til den ordregivende myndighed, inden vedkommende anlægger søgsmål, regulerer denne bestemmelse derimod hverken klageproceduren eller reglerne herfor.

- 110 Når en medlemsstat, på hvis område den pågældende udbudsprocedure afvikles, i overensstemmelse med nævnte direktivs artikel 1, stk. 5, har bestemt, at enhver, der ønsker at anfægte den ordregivende myndigheds afgørelse, skal indgive en administrativ klage, inden et søgsmål anlægges, kan denne medlemsstat under iagttagelse af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet ligeledes bestemme, at et søgsmål til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele en økonomisk aktør oplysninger, som anses for fortrolige, og som fremgår af en anden økonomisk aktørs ansøgning eller tilbud, først kan anlægges efter en administrativ klage til den ordregivende myndighed.
- 111 Det følger af ovenstående betragtninger, at det femte til det syvende spørgsmål skal besvares med, at artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, artikel 1, stk. 3 og 5, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at en ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele en økonomisk aktør oplysninger, der anses for at være fortrolige, i en anden økonomisk aktørs ansøgning eller tilbud udgør en retsakt, der kan anfægtes, og at når den medlemsstat, på hvis område den pågældende udbudsprocedure afvikles, har bestemt, at enhver, der ønsker at anfægte den ordregivende myndigheds afgørelse, skal indgive en administrativ klage, inden et søgsmål anlægges, kan denne medlemsstat ligeledes bestemme, at der skal indgives en sådan administrativ klage, inden der anlægges søgsmål til prøvelse af denne afgørelse.

Det fjerde, det ottende og det niende spørgsmål

- 112 Med det fjerde, det ottende og det niende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, og artikel 1, stk. 3 og 5, i direktiv 89/665 samt artikel 21 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at såvel den ordregivende myndighed som i givet fald den kompetente nationale retsinde har pligt til at meddele en økonomisk aktør, som har anmodet herom, alle oplysninger i den dokumentation, som en konkurrent har fremsendt, herunder de fortrolige oplysninger heri. Denne ret ønsker endvidere oplyst, om det påhviler den ordregivende myndighed, såfremt den giver afslag på at meddele oplysninger med den begrundelse, at de er fortrolige, at begrunde sit standpunkt vedrørende denne fortrolige karakter.

– Rækkevidden af den ordregivende myndigheds pligt til at beskytte de fortrolige oplysninger og begrundelsespligten

- 113 Det fremgår af artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24, at medmindre andet er fastsat i dette direktiv eller i den nationale lovgivning, som den ordregivende myndighed er omfattet af, især lovgivning om adgang til oplysninger, og med forbehold af forpligtelserne om offentliggørelse af oplysninger om indgåede kontrakter og om meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere, som er omhandlet i dette direktivs artikel 50 og 55, må den ordregivende myndighed ikke offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige, herunder, men ikke begrænset til tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud. Nævnte direktivs artikel 21, stk. 2, bestemmer, at ordregivende myndigheder kan pålægge økonomiske aktører krav om beskyttelse af oplysninger af fortrolig karakter, som de ordregivende myndigheder stiller til rådighed under hele udbudsproceduren.
- 114 Endvidere giver artikel 55, stk. 2, litra c), i direktiv 2014/24 udtrykkeligt alle tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, mulighed for at anmode den ordregivende myndighed om hurtigst muligt og under alle omstændigheder senest 15 dage efter modtagelsen af en skriftlig anmodning at meddele vedkommende det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele samt navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget. Dette direktivs artikel 50, stk. 4, og artikel 55, stk. 3,

fastsætter imidlertid, at de ordregivende myndigheder kan beslutte ikke at meddele visse oplysninger om kontrakttildelingen, navnlig når videregivelsen af disse oplysninger ville være i strid med offentlige interesser eller til skade for en bestemt offentlig eller privat økonomisk aktørs legitime økonomiske interesser eller for fair konkurrence mellem økonomiske aktører.

- 115 Det skal i denne henseende bemærkes, at hovedformålet med EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter er adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater, og at de ordregivende myndigheder for at virkeliggøre dette mål ikke skal afsløre oplysninger, som vedrører udbudsprocedurer, hvis indhold vil kunne anvendes til at fordreje konkurrencen, enten under en verserende udbudsprocedure eller under senere udbudsprocedurer. På samme måde indebærer pligten til at begrunde en afgørelse om afslag på tilbudsgivers tilbud i forbindelse med en udbudsprocedure ikke, at denne tilbudsgiver skal råde over fuldstændige oplysninger om det af den ordregivende myndighed antagne tilbud. Eftersom udbudsprocedurer er baseret på et tillidsforhold mellem den ordregivende myndighed og de økonomiske aktører, skal de sidstnævnte nemlig kunne meddele de ordregivende myndigheder enhver hensigtsmæssig oplysning som led i udbudsproceduren uden at frygte, at disse myndigheder meddeler tredjeparter de oplysninger, hvis videregivelse kan være til skade for nævnte aktører (jf. i denne retning dom af 14.2.2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 34-36, og af 15.7.2021, Kommissionen mod Landesbank Baden-Württemberg og CRU, C-584/20 P og C-621/20 P, EU:C:2021:601, præmis 112 og den deri nævnte retspraksis).
- 116 Det fremgår af de bestemmelser i direktiv 2014/24, som er nævnt i nærværende doms præmis 113 og 114, samt af den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 115, at en ordregivende myndighed, som af en økonomisk aktør forelægges en anmodning om meddelelse af oplysninger, der anses for at være fortrolige, i tilbuddet fra den konkurrent, som er blevet tildelt kontrakten, principielt ikke må meddele disse oplysninger.
- 117 Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 40 og 41 i forslaget til afgørelse, kan den ordregivende myndighed ikke være bundet af en økonomisk aktørs blotte angivelse af, at de fremsendte oplysninger er fortrolige. En sådan aktør skal nemlig godtgøre, at de oplysninger, i forhold til hvilke den pågældende gør indsigelse mod videregivelse, faktisk er af fortrolig karakter, ved eksempelvis at bevise, at oplysningerne indeholder tekniske hemmeligheder eller forretningshemmeligheder, at indholdet heraf kan bruges til at fordreje konkurrencevilkårene, eller at udbredelsen heraf kan være til skade for aktøren.
- 118 Såfremt den ordregivende myndighed nærer tvivl om den fortrolige karakter af de oplysninger, som denne aktør har fremsendt, skal den følgelig, inden den træffer afgørelse om aktindsigt heri til fordel for den person, der har fremsat anmodning herom, give den berørte aktør mulighed for at fremlægge supplerende beviser med henblik på at sikre overholdelsen af sidstnævntes ret til forsvar. Henset til den skade, som kunne følge af en ulovlig meddelelse af visse oplysninger til en konkurrent, skal den ordregivende myndighed – inden meddelelsen af disse oplysninger til en part i tvisten – nemlig give den berørte aktør mulighed for at påberåbe sig den fortrolige karakter af dens forretningshemmeligheder (jf. analogt dom af 14.2.2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 54).
- 119 Det påhviler endvidere den ordregivende myndighed at sikre sig, at den afgørelse, som den tilsigter at træffe efter en økonomisk aktørs anmodning om meddelelse af oplysninger i den dokumentation, som er blevet fremsendt af en konkurrent, er i overensstemmelse med de regler vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, som er fastsat i direktiv 2014/24, navnlig de regler om beskyttelse af fortrolige oplysninger, som er nævnt i nærværende doms præmis 113 og 114.

Den ordregivende myndighed har samme forpligtelse, når den medlemsstat, hvorunder den hører, i medfør af artikel 1, stk. 5, i direktiv 89/665 har benyttet muligheden for at gøre anlæggelsen af et søgsmål til prøvelse af de ordregivende myndigheders afgørelser betinget af en pligt til først at indgive en administrativ klage til disse myndigheder.

- 120 Det skal desuden præciseres, at den ordregivende myndighed, både når den afviser at meddele en økonomisk aktørs fortrolige oplysninger til en af den pågældendes konkurrenter, og når den som led i den bindende administrative procedure er forelagt en klage over myndighedens afslag på at videregive sådanne oplysninger, ligeledes skal overholde det generelle EU-retlige retsprincip om god forvaltningsskik, der indebærer krav, som medlemsstaterne skal tage hensyn til ved anvendelsen af EU-retten (dom af 9.11.2017, *LS Customs Services*, C-46/16, EU:C:2017:839, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis). Blandt disse krav har forpligtelsen til at begrunde de afgørelser, som de nationale myndigheder træffer, en særlig betydning, da den sætter modtagerne af disse afgørelser i stand til at forsvare deres rettigheder og træffe afgørelse om, hvorvidt sagen bør prøves retsligt, på grundlag af et fuldt kendskab til sagen. Denne forpligtelse er ligeledes nødvendig for, at den kompetente ret kan udøve sin legalitetsprøvelse af nævnte afgørelser, og den udgør derfor en af betingelserne for en effektiv domstolsprøvelse, som er fastsat i chartrets artikel 47 (jf. i denne retning dom af 15.10.1987, *Heylens m.fl.*, 222/86, EU:C:1987:442, præmis 15, af 9.11.2017, *LS Customs Services*, C-46/16, EU:C:2017:839, præmis 40, og af 15.7.2021, *Kommissionen mod Landesbank Baden-Württemberg og CRU*, C-584/20 P og C-621/20 P, EU:C:2021:601, præmis 103).
- 121 Princippet om beskyttelsen af fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder skal i øvrigt gennemføres på en måde, der bringer beskyttelsen i overensstemmelse med kravene til en effektiv retsbeskyttelse og overholdelsen af sagens parters ret til forsvar (dom af 14.2.2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 51 og 52 og den deri nævnte retspraksis).
- 122 For at afveje det forbud, der er fastsat i artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24, om at videregive de fortrolige oplysninger, som er meddelt af økonomiske aktører, med det generelle EU-retlige princip om god forvaltningsskik, hvoraf begrundelsespligten er afledt, skal den ordregivende myndighed klart angive grundene til, at den finder, at de oplysninger, der anmodes om aktindsigt i, eller i det mindste visse af disse, er fortrolige.
- 123 Denne afvejning skal endvidere tage hensyn til den omstændighed, at når der ikke foreligger tilstrækkelige oplysninger til, at en afvist tilbudsgiver kan kontrollere, om den ordregivende myndigheds afgørelse om realiteten vedrørende tildelingen af den pågældende kontrakt til en anden aktør var behæftet med eventuelle fejl eller ulovligheder, får denne tilbudsgiver i praksis ikke mulighed for at udnytte sin ret til effektive retsmidler, som er omhandlet i artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, i forhold til en sådan afgørelse, hverken som led i en klage til den ordregivende myndighed i overensstemmelse med denne artikels stk. 5 eller som led i et søgsmål. Den ordregivende myndighed skal således ikke alene begrunde sin afgørelse om at give visse oplysninger som fortrolig behandling, men skal ligeledes i videst muligt omfang, og for så vidt som en meddelelse kan sikre den fortrolige karakter af de specifikke forhold i disse oplysninger, der begrunder en beskyttelse i denne henseende, meddele det væsentligste indhold heraf i neutral form til en sådan tilbudsgiver, som har anmodet herom, og nærmere bestemt indholdet af oplysningerne vedrørende de afgørende aspekter ved dens afgørelse og det valgte bud, idet denne ret ellers ville blive tilsidesat.

- 124 Den ordregivende myndigheds pligt til at beskytte de oplysninger, der anses for fortrolige, fra den økonomiske aktør, som er blevet tildelt den offentlige kontrakt, skal nemlig ikke fortolkes så vidt, at begrundelsespligten som følge heraf bliver uden indhold (jf. i denne retning dom af 15.7.2021, Kommissionen mod Landesbank Baden-Württemberg og CRU, C-584/20 P og C-621/20 P, EU:C:2021:601, præmis 120), og at artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, der navnlig fastsætter medlemsstaternes pligt til at foreskrive effektive klageprocedurer, fratages sin effektive virkning. Den ordregivende myndighed kan bl.a., og for så vidt som den nationale lovgivning, som myndigheden er underlagt, ikke er til hinder herfor, nemlig meddele visse aspekter af en ansøgning eller et bud samt deres tekniske karakteristika i sammenfattet form, således at de fortrolige oplysninger ikke kan identificeres.
- 125 Det skal i øvrigt bemærkes, at det følger af artikel 21, stk. 2, i direktiv 2014/24, at de ordregivende myndigheder kan pålægge økonomiske aktører krav om beskyttelse af de oplysninger af fortrolig karakter, som de ordregivende myndigheder stiller til rådighed under hele udbudsproceduren. Hvis det antages, at ikke-fortrolige oplysninger er egnede til dette formål, kan den ordregivende myndighed således ligeledes benytte denne mulighed for at sikre overholdelsen af den afviste tilbudsgivers ret til effektive retsmidler ved at anmode den aktør, hvis bud er blevet valgt, om at forelægge myndigheden en ikke-fortrolig version af de dokumenter, der indeholder fortrolige oplysninger.
- 126 Det skal endelig præciseres, at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder har pligt til i rimelig tid inden gennemførelsen af denne afgørelse at meddele den berørte økonomiske aktør sin afgørelse om at meddele en af dennes konkurrenter oplysninger, som efter denne aktørs opfattelse er fortrolige, for at sætte sidstnævnte i stand til at anmode den ordregivende myndighed eller den kompetente nationale retsinstans om at træffe foreløbige forholdsregler som de i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665 omhandlede og således undgå, at den pågældende påføres en uoprettelig skade.
- *Rækkevidden af den kompetente nationale rets pligt til at beskytte de fortrolige oplysninger*
- 127 Hvad angår den kompetente nationale rets forpligtelser i forbindelse med søgsmål anlagt til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse om helt eller delvist afslag på indsigt i oplysninger, som er fremsendt af den aktør, hvis bud er blevet valgt, skal det ligeledes bemærkes, at artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, der har til formål at beskytte de økonomiske operatører mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, skal sikre, at der findes effektive klagemuligheder i alle medlemsstaterne med henblik på at sikre en effektiv anvendelse af EU-reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør (jf. i denne retning dom af 15.9.2016, Star Storage m.fl., C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).
- 128 Det påhviler også medlemsstaterne at vedtage de processuelle betingelser for søgsmål, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, EU-retten tillægger de ansøgere og tilbudsgivere, som berøres af de ordregivende myndigheders afgørelser, således at hverken den effektive virkning af direktiv 89/665 eller de rettigheder, som EU-retten tillægger borgerne, bringes i fare. Som det fremgår af 36. betragtning til direktiv 2007/66, og således af direktiv 89/665, som førstnævnte ændrede og supplerede, har direktivet til formål at sikre fuld respekt af adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, første og andet afsnit (jf. i denne retning dom af 15.9.2016, Star Storage m.fl., C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 42-46 og den deri nævnte retspraksis). Når medlemsstaterne fastlægger de processuelle betingelser for søgsmål, skal de følgelig sikre overholdelsen af denne ret. På trods

af, at der ikke findes EU-retlige regler om, hvorledes der kan anlægges sag ved de nationale retter, og for at fastlægge intensiteten af den domstolsprøvelse af nationale afgørelser, som er blevet vedtaget i medfør af en EU-retsakt, skal der således tages hensyn til denne retsakts formål, og det skal sikres, at dens effektivitet ikke bringes i fare (dom af 26.6.2019, Craeynest m.fl., C-723/17, EU:C:2019:533, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

- 129 Inden for rammerne af en klage vedrørende en udbudsprocedure indebærer kontradiktionsprincippet dog ikke, at parterne har en ubegrænset og ubetinget adgang til alle de oplysninger vedrørende den pågældende udbudsprocedure, som er indgivet til den instans, som er ansvarlig for klageproceduren (jf. i denne retning dom af 14.2.2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 51). Som det i det væsentlige er anført i nærværende doms præmis 121 vedrørende de forpligtelser, som i denne henseende påhviler de ordregivende myndigheder, skal pligten til at give den afviste tilbudsgiver tilstrækkelige oplysninger til at sikre den pågældendes ret til effektive retsmidler afvejes med andre økonomiske aktørers ret til beskyttelse af deres fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder.
- 130 Den kompetente nationale ret skal følgelig, under fuld hensyntagen til såvel behovet for at beskytte den offentlige interesse i opretholdelsen af en fair konkurrence i forbindelse med udbudsprocedurer som til behovet for at beskytte reelt fortrolige oplysninger og forretningshemmelighederne for deltagerne i udbudsproceduren enkeltvis, efterprøve, om den ordregivende myndighed med føje fandt, at de oplysninger, som den afviste at meddele, var fortrolige. Med henblik herpå skal den kompetente nationale ret foretage en fuldstændig undersøgelse af alle de relevante faktiske og retlige omstændigheder. Den skal ligeledes nødvendigvis råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den med fuldt kendskab til sagen kan træffe afgørelse, herunder også fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder (jf. i denne retning dom af 14.2.2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 53).
- 131 Hvis det antages, at nævnte retsinstans ligeledes fastslår, at de pågældende oplysninger er af en fortrolig karakter, som er til hinder for, at de videregives til konkurrenter til den berørte aktør, skal det, som Domstolen allerede har fastslået, bemærkes, at selv om kontradiktionsprincippet i almindelighed omfatter retten for sagens parter til at få kendskab til og kommentere alle de beviser og indlæg, der indgives til retten, og at kommentere disse, kan det i visse tilfælde være nødvendigt ikke at meddele sagens parter bestemte oplysninger med henblik på at beskytte en tredjemands grundlæggende rettigheder eller sikre en vigtig samfundsinteresse (dom af 14.2.2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 47).
- 132 Blandt de grundlæggende rettigheder, der således kan beskyttes, er retten til respekt for privatlivets fred og sin kommunikation, som er fastsat i chartrets artikel 7, samt retten til beskyttelse af forretningshemmeligheder, som Domstolen har anerkendt som et almindeligt princip i EU-retten (jf. i denne retning dom af 14.2.2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 48 og 49).
- 133 Henset til betydningen af at beskytte fortrolige oplysninger, som er anført i bl.a. nærværende doms præmis 131 og 132, skal den instans, som er ansvarlig for klageproceduren vedrørende udbudsproceduren, kunne beslutte, at visse oplysninger i de sagsakter, som den råder over, om nødvendigt ikke fremsendes til parterne og disses advokater (jf. i denne retning dom af 14.2.2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 43).

- 134 Det skal endvidere præciseres, at når den kompetente nationale ret finder, at den ordregivende myndighed med føje og med tilstrækkelig begrundelse besluttede, at de ønskede oplysninger ikke kunne meddeles, eftersom de var fortrolige, henset til denne ordregivende myndigheds forpligtelser i medfør af princippet om effektiv domstolsbeskyttelse, som er anført i nærværende doms præmis 121-123, kan den ordregivende myndigheds adfærd i denne henseende ikke kritiseres med den begrundelse, at den i for høj grad beskyttede interesserne for den økonomiske aktør, hvis fortrolige oplysninger ønskedes meddelt.
- 135 Den kompetente nationale ret skal ligeledes efterprøve, om begrundelsen for den afgørelse, hvorved den ordregivende myndighed gav afslag på at videregive de fortrolige oplysninger eller afviste den administrative klage over en tidligere afgørelse om afslag, var tilstrækkelig, dels for at give den person, der fremsatte anmodningen, mulighed for i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 120, at forsvare sine rettigheder og med fuldt kendskab til sagen beslutte, om afgørelsen bør prøves retsligt, dels for at domstolene kan udøve deres legalitetskontrol med denne afgørelse. Henset til den skade, som en økonomisk aktør kan påføres ved ulovlig meddelelse af visse oplysninger til en konkurrent, tilkommer det endvidere den kompetente nationale ret at bringe klagerens ret til effektive retsmidler som omhandlet i chartrets artikel 47 i overensstemmelse med denne aktørs ret til beskyttelse af fortrolige oplysninger.
- 136 Endelig skal den kompetente nationale ret kunne annullere afgørelsen om afslag eller afgørelsen om afvisning af den administrative klage, hvis disse afgørelser er ulovlige, og i givet fald kunne hjemvise sagen til den ordregivende myndighed, eller endda selv træffe en anden afgørelse, hvis den har beføjelse hertil i medfør af national ret. For så vidt som den forelæggende ret med det niende spørgsmål ønsker oplyst, om den ret, der behandler en anmodning om videregivelse af fortrolige oplysninger, selv skal undersøge ikke alene oplysningernes relevans, men ligeledes deres indvirkning på lovligheden af udbudsproceduren, skal det blot bemærkes, at det følger af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, at det tilkommer medlemsstaterne at fastlægge betingelserne for de klageprocedurer, der gør det muligt at anfægte afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder.
- 137 Henset til ovenstående betragtninger skal det fjerde, det ottende og det niende spørgsmål besvares således:
- Artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, og artikel 1, stk. 3 og 5, i direktiv 89/665 samt artikel 21 i direktiv 2014/24, sammenholdt med det generelle EU-retlige princip om god forvaltningsskik, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed, som af en økonomisk aktør er forelagt en anmodning om meddelelse af oplysninger, der anses for at være fortrolige, i tilbuddet fra den konkurrent, som er blevet tildelt kontrakten, ikke er forpligtet til at meddele disse oplysninger, når videregivelsen heraf vil være i strid med de EU-retlige regler om beskyttelsen af fortrolige oplysninger, også selv om den økonomiske aktørs anmodning er fremsat i forbindelse med en aktørs klage over den ordregivende myndigheds vurdering af konkurrentens bud. Når den ordregivende myndighed giver afslag på at fremsende sådanne oplysninger, eller når den under en indsigelse mod et sådant afslag afviser en administrativ klage over lovligheden af vurderingen af den pågældende konkurrents bud, har denne myndighed pligt til at afveje retten for den person, der anmoder om god forvaltning, med konkurrentens ret til beskyttelse af sine fortrolige oplysninger, således at myndighedens afgørelse om afslag eller afvisning er begrundet, og den afviste tilbudsgivers ret til effektive retsmidler ikke fratages sin effektive virkning.

- Artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, og artikel 1, stk. 3 og 5, i direktiv 89/665 samt artikel 21 i direktiv 2014/24, sammenholdt med chartrets artikel 47, skal fortolkes således, at den kompetente nationale ret, der er forelagt et søgsmål til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele en økonomisk aktør oplysninger, der anses for at være fortrolige, i den dokumentation, som er fremsendt af den konkurrent, der er blevet tildelt kontrakten, eller et søgsmål til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse om afvisning af den administrative klage over en sådan afgørelse om afslag, har pligt til at afveje den anmodende parts ret til effektive retsmidler med dennes konkurrents ret til beskyttelse af sine fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder. Med henblik herpå skal denne ret, som nødvendigvis skal råde over de fornødne oplysninger, herunder fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder, for med fuldt kendskab til sagen at kunne træffe afgørelse om, hvorvidt de nævnte oplysninger kan videregives, undersøge samtlige relevante faktiske og retlige omstændigheder. Denne ret skal ligeledes kunne annullere afgørelsen om afslag eller afgørelsen om afvisning af den administrative klage, hvis disse afgørelser er ulovlige, og i givet fald kunne hjemvise sagen til den ordregivende myndighed, eller endda selv træffe en anden afgørelse, hvis den har beføjelse hertil i medfør af national ret.

Det tiende spørgsmål

- 138 Med det tiende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at en national domstol, som er forelagt en tvist mellem en økonomisk aktør, der er blevet afvist ved tildelingen af en kontrakt, og en ordregivende myndighed, dels kan fravige denne myndigheds vurdering af lovligheden af adfærden hos den økonomiske aktør, som er blevet tildelt kontrakten, og dermed heraf udlede alle nødvendige konsekvenser i sin afgørelse, dels af egen drift kan inddrage anbringendet om den ordregivende myndigheds urigtige skøn.
- 139 Det fremgår af artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, at de ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i et af de i denne bestemmelse anførte tilfælde.
- 140 Det skal, for så vidt som den forelæggende ret i affattelsen af det tiende spørgsmål udtrykkeligt har henvist til dom af 3. oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* (C-267/18, EU:C:2019:826), indledningsvis bemærkes, at denne dom vedrører den ordregivende myndigheds kompetence til selv at foretage sin egen vurdering på grundlag af en af de fakultative udelukkelsesgrunde, der er nævnt i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, hvorfor den ikke er direkte relevant for besvarelsen af nævnte spørgsmål, idet spørgsmålet vedrører kompetencen for den retsinstans, der er forelagt en tvist mellem en afvist tilbudsgiver og en ordregivende myndighed.
- 141 I denne forbindelse bemærkede Domstolen ganske vist i præmis 28 og 34 i dom af 19. juni 2019, *Meca* (C-41/18, EU:C:2019:507), at det følger af ordlyden af nævnte bestemmelse, at det ikke er en national ret, men alene den ordregivende myndighed, der er blevet pålagt ved udvælgelsen af tilbudsgiverne at afgøre, om en økonomisk aktør skal udelukkes fra en udbudsprocedure.
- 142 Denne fortolkning er imidlertid blevet foretaget under hensyn til sammenhængen for den sag, der gav anledning til denne dom, hvori Domstolen skulle tage stilling til en national lovgivning, hvorefter anlæggelse af et søgsmål til prøvelse af en ordregivende myndigheds beslutning om at ophæve en offentlig udbudskontrakt på grund af betydelige mangler i forbindelse med dens gennemførelse afskar den ordregivende myndighed, som iværksatte en ny udbudsprocedure, fra

på tidspunktet for udvælgelse af tilbudsgiverne at foretage enhver bedømmelse af pålideligheden af den erhvervsdrivende, som er berørt af denne ophævelse (dom af 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, præmis 42).

- 143 Den afgørelse, hvorved en ordregivende myndighed selv implicit afviser at udelukke en økonomisk aktør fra en udbudsprocedure af en af de fakultative udelukkelsesgrunde, der er fastsat i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, skal nødvendigvis kunne anfægtes af enhver, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en overtrædelse af denne bestemmelse, idet overholdelsen af retten til effektive retsmidler, som den inden for udbudsprocedurer er sikret ved artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, og artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 samt chartrets artikel 47, ellers ville blive tilsidesat.
- 144 Det følger heraf, at en national ret i forbindelse med en tvist mellem en ansøger eller en tilbudsgiver, der er udelukket fra tildelingen af kontrakten, og en ordregivende myndighed, kan kontrollere myndighedens vurdering af, om de betingelser, der skal opfyldes for at anvende en af de fakultative udelukkelsesgrunde, der er fastsat i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, var opfyldt i forhold til den økonomiske aktør, som er blevet tildelt kontrakten, og dermed kan fravige denne vurdering. Alt efter omstændighederne kan denne ret træffe afgørelse om realiteten eller hjemvise sagen til den ordregivende myndighed eller til den kompetente nationale ret med henblik herpå.
- 145 Når dette er sagt, pålægger EU-retten ikke de nationale domstole en forpligtelse til af egen drift at inddrage et anbringende om, at EU-retlige bestemmelser er overtrådt, når en stillingtagen til et sådant anbringende ville tvinge dem til at gå ud over de grænser, de er pålagt, og bl.a. den afgrænsning af sagen, som parterne har foretaget, og ved at lægge andre faktiske forhold og omstændigheder til grund end dem, som den part i sagen, der har interesse i, at de nævnte bestemmelser anvendes, har fremført til støtte for sin påstand (jf. i denne retning dom af 14.12.1995, van Schijndel og van Veen, C-430/93 og C-431/93, EU:C:1995:441, præmis 21 og 22, og af 19.12.2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust og Coopservice, C-216/17, EU:C:2018:1034, præmis 40).
- 146 Da der ikke findes EU-retlige bestemmelser på området, tilkommer det nemlig i henhold til fast retspraksis i medfør af princippet om medlemsstaternes procesautonomi hver enkelt medlemsstat at fastsætte processuelle regler for den administrative procedure samt for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne. Disse processuelle regler må imidlertid navnlig ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål fastsat til beskyttelse af rettigheder, der udledes af den interne retsorden (dom af 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).
- 147 Den nationale domstol kan således af egen drift kun inddrage et anbringende om en økonomisk aktørs tilsidesættelse af artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, hvis den har beføjelse hertil i medfør af national ret (jf. i denne retning dom af 14.12.1995, van Schijndel og van Veen, C-430/93 og C-431/93, EU:C:1995:441, præmis 13 og 14).
- 148 Henset til de ovenstående betragtninger skal det tiende spørgsmål besvares med, at artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at en national domstol, som er forelagt en tvist mellem en økonomisk aktør, der er blevet afvist ved tildelingen af en kontrakt, og en ordregivende myndighed, kan fravige denne myndigheds vurdering af lovligheden af adfærden hos den økonomiske aktør, som er blevet tildelt kontrakten, og dermed heraf udlede alle nødvendige

konsekvenser i sin afgørelse. I henhold til ækvivalensprincippet kan en sådan domstol kun af egen drift inddrage et anbringende om, at den ordregivende myndighed har anlagt et urigtigt skøn, hvis den har beføjelse hertil i medfør af national ret.

Det ellefte spørgsmål

- 149 Med det ellefte spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 63, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/24, sammenholdt med dette direktivs artikel 57, stk. 4 og 6, skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, hvorefter der kan vedtages en foranstaltning om udelukkelse fra alle udbudsprocedurer af alle medlemmerne af en sammenslutning af økonomiske aktører, når en økonomisk aktør, der er en del af denne sammenslutning, har gjort sig skyldig i en urigtig erklæring ved fremlæggelsen af de oplysninger, der er påkrævet til efterprøvelse af, om der foreligger udelukkelsesgrunde vedrørende sammenslutningen eller dens manglende opfyldelse af udvælgelseskriterierne, selv om partnerne ikke havde kendskab til denne urigtige erklæring.
- 150 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at artikel 63, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2014/24 fastsætter en ret for en økonomisk aktør til i forbindelse med en bestemt kontrakt at basere sig på andre enheders kapacitet, uanset den retlige karakter af forbindelserne med disse enheder, med henblik på at opfylde såvel kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen i henhold til dette direktivs artikel 58, stk. 3, som kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen i henhold til det nævnte direktivs artikel 58, stk. 4 (dom af 3.6.2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).
- 151 Den økonomiske aktør, der ønsker at benytte sig af denne ret, skal i medfør af artikel 59, stk. 1, andet og tredje afsnit, i direktiv 2014/24 ved afgivelsen af sin ansøgning om deltagelse eller sit tilbud tilsende den ordregivende myndighed det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), hvorved denne aktør erklærer, at hverken aktøren selv eller de enheder, hvis formåen vedkommende agter at benytte sig af, befinder sig i en af de situationer, der er angivet i dette direktivs artikel 57, som skal eller kan medføre udelukkelse af en økonomisk aktør, og/eller at det pågældende marked udvælgelseskriterium er opfyldt.
- 152 I medfør af artikel 63, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/24 tilkommer det herefter den ordregivende myndighed at kontrollere, navnlig om der foreligger udelukkelsesgrunde som omhandlet i dette direktivs artikel 57 for så vidt angår denne økonomiske aktør eller en af disse enheder. I bekræftende fald kan den ordregivende myndighed kræve – eller den kan blive pålagt af den medlemsstat, som den henhører under, at kræve – at den pågældende økonomiske aktør udskifter en enhed, hvis formåen den agter at basere sig på, men med hensyn til hvilken der foreligger ikke-obligatoriske udelukkelsesgrunde.
- 153 Det skal imidlertid præciseres, at før det overhovedet kræves af en tilbudsgiver at udskifte en enhed, hvis formåen vedkommende agter at benytte, fordi denne enhed befinder sig i en af de situationer, der er angivet i artikel 57, stk. 1 og 4, i direktiv 2014/24, forudsætter dette direktivs artikel 63, at den ordregivende myndighed giver denne tilbudsgiver og/eller denne enhed mulighed for at præsentere den ordregivende myndighed for de korrigerende foranstaltninger, som vedkommende eventuelt har truffet for at afhjælpe den konstaterede uregelmæssighed, og dermed mulighed for at dokumentere, at vedkommende igen kan anses for en pålidelig enhed (jf. i denne retning dom af 3.10.2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, præmis 37, og af 3.6.2021, RAD Service m.fl. C-210/20, EU:C2021:445, præmis 36).

- 154 Denne fortolkning af dette direktivs artikel 63, stk. 1, andet afsnit, kan sikre den effektive virkning af nævnte direktivs artikel 57, stk. 6, første afsnit, som principielt sikrer en ret for enhver økonomisk aktør, der befinder sig i en af de situationer, der er angivet i denne bestemmelses stk. 1 og 4, til at føre bevis for, at de af vedkommende truffne foranstaltninger er tilstrækkelige til at godtgøre dennes pålidelighed, selv om der foreligger en relevant udelukkelsesgrund (jf. i denne retning dom af 3.6.2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, præmis 35).
- 155 Nævnte fortolkning bidrager desuden til at sikre de ordregivende myndigheders overholdelse af proportionalitetsprincippet i overensstemmelse med dette direktivs artikel 18, stk. 1, første afsnit. Det følger nemlig af dette princip, der hører til EU-rettens almindelige grundsætninger, at de regler, som medlemsstaterne eller de ordregivende myndigheder har vedtaget i forbindelse med gennemførelsen af direktivets bestemmelser, ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, som forfølges med det nævnte direktiv (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 48, og af 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 45).
- 156 Det skal i denne henseende bemærkes, at når de ordregivende myndigheder anvender de fakultative udelukkelsesgrunde, bør de lægge særlig vægt på dette princip. Denne vægt skal imidlertid være endnu større, hvis den i den nationale lovgivning fastsatte udelukkelse ikke rammer tilbudsgiveren for en tilsidesættelse, som kan tilregnes denne, men for en tilsidesættelse, som er blevet begået af en enhed, hvis formåen tilbudsgiveren agter at benytte sig af, og som denne ikke har nogen kontrolbeføjelse over for (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 48, og af 3.6.2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, præmis 39).
- 157 I medfør af proportionalitetsprincippet skal den ordregivende myndighed nemlig foretage en konkret og individualiseret bedømmelse af den pågældende enheds adfærd. I denne forbindelse skal den ordregivende myndighed tage hensyn til de midler, som tilbudsgiveren havde til rådighed for at kontrollere, om der forelå en tilsidesættelse hos den enhed, hvis formåen tilbudsgiveren agtede at basere sig på (dom af 3.6.2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, præmis 40).
- 158 Det ellefte spørgsmål skal følgelig besvares med, at artikel 63, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/24, sammenholdt med dette direktivs artikel 57, stk. 4 og 6, skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, hvorefter der kan vedtages en foranstaltning om udelukkelse fra alle udbudsprocedurer af alle medlemmerne af en sammenslutning af økonomiske aktører, når en økonomisk aktør, der er en del af denne sammenslutning, har gjort sig skyldig i en urigtig erklæring ved fremlæggelsen af de oplysninger, der er påkrævet til efterprøvelse af, om der foreligger udelukkelsesgrunde vedrørende sammenslutningen eller dennes manglende opfyldelse af udvælgelseskriterierne, selv om partnerne ikke havde kendskab til denne urigtige erklæring.

Sagsomkostninger

- 159 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra de nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 58 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF skal fortolkes således, at de økonomiske aktørers pligt til at godtgøre, at de har en bestemt gennemsnitlig årlig omsætning på området for de aktiviteter, som den pågældende offentlige kontrakt vedrører, er et udvælgelseskriterium vedrørende deres økonomiske og finansielle formåen som omhandlet i denne bestemmelses stk. 3.
- 2) Artikel 58, stk. 3, sammenholdt med artikel 60, stk. 3, i direktiv 2014/24, skal fortolkes således, at såfremt den ordregivende myndighed har krævet, at de økonomiske aktører har haft en bestemt minimumsårsomsætning på det område, som den pågældende offentlige kontrakt vedrører, kan en økonomisk aktør med henblik på at godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen kun basere sig på indtægter, som en midlertidig virksomhedssammenslutning, som den pågældende aktør har tilhørt, har oppebåret, hvis aktøren inden for rammerne af en bestemt offentlig kontrakt rent faktisk har bidraget til denne sammenslutnings gennemførelse af en aktivitet, som svarer til den aktivitet, der er genstand for den offentlige kontrakt, for hvilken nævnte aktør søger at bevise sin økonomiske og finansielle formåen.
- 3) Artikel 58, stk. 4, samt artikel 42 og 70 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at disse bestemmelser kan anvendes samtidigt på en teknisk forskrift i et udbud.
- 4) Artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, artikel 1, stk. 3 og 5, og artikel 2, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014, skal fortolkes således, at en ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele en økonomisk aktør oplysninger, der anses for at være fortrolige, i en anden økonomisk aktørs ansøgning eller tilbud udgør en retsakt, der kan anfægtes, og at når den medlemsstat, på hvis område den pågældende udbudsprocedure afvikles, har bestemt, at enhver, der ønsker at anfægte den ordregivende myndigheds afgørelse, skal indgive en administrativ klage, inden et søgsmål anlægges, kan denne medlemsstat ligeledes bestemme, at der skal indgives en sådan administrativ klage, inden der anlægges søgsmål til prøvelse af denne afgørelse om afslag på aktindsigt.
- 5) Artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, og artikel 1, stk. 3 og 5, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 2014/23, samt artikel 21 i direktiv 2014/24, sammenholdt med det generelle EU-retlige princip om god forvaltningsskik, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed, som af en økonomisk aktør er forelagt en anmodning om meddelelse af oplysninger, der anses for at være fortrolige, i tilbuddet fra den konkurrent, som er blevet tildelt kontrakten, ikke er forpligtet til at meddele disse oplysninger, når videregivelsen heraf vil være i strid med de EU-retlige regler om beskyttelsen af fortrolige oplysninger, også selv om den økonomiske aktørs anmodning er fremsat i forbindelse med en aktørs klage over den ordregivende myndigheds vurdering af konkurrentens bud. Når den ordregivende myndighed giver afslag på at fremsende sådanne oplysninger, eller når den under en indsigelse mod et sådant afslag afviser en administrativ klage over lovligheden af vurderingen af den pågældende konkurrents bud, har denne myndighed pligt til at afveje retten for den person, der anmoder om god forvaltning, med

konkurrentens ret til beskyttelse af sine fortrolige oplysninger, således at myndighedens afgørelse om afslag eller afvisning er begrundet, og den afviste tilbudsgivers ret til effektive retsmidler ikke fratages sin effektive virkning.

- 6) Artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, og artikel 1, stk. 3 og 5, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 2014/23, samt artikel 21 i direktiv 2014/24, sammenholdt med artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at den kompetente nationale ret, der er forelagt et søgsmål til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele en økonomisk aktør oplysninger, der anses for at være fortrolige, i den dokumentation, som er fremsendt af den konkurrent, der er blevet tildelt kontrakten, eller et søgsmål til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse om afvisning af den administrative klage over en sådan afgørelse om afslag, har pligt til at afveje den anmodende parts ret til effektive retsmidler med dennes konkurrents ret til beskyttelse af sine fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder. Med henblik herpå skal denne ret, som nødvendigvis skal råde over de fornødne oplysninger, herunder fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder, for med fuldt kendskab til sagen at kunne træffe afgørelse om, hvorvidt de nævnte oplysninger kan videregives, undersøge samtlige relevante faktiske og retlige omstændigheder. Denne ret skal ligeledes kunne annullere afgørelsen om afslag eller afgørelsen om afvisning af den administrative klage, hvis disse afgørelser er ulovlige, og i givet fald kunne hjemvise sagen til den ordregivende myndighed, eller endda selv træffe en anden afgørelse, hvis den har beføjelse hertil i medfør af national ret.
- 7) Artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at en national domstol, som er forelagt en tvist mellem en økonomisk aktør, der er blevet afvist ved tildelingen af en kontrakt, og en ordregivende myndighed, kan fravige denne myndigheds vurdering af lovligheden af adfærden hos den økonomiske aktør, som er blevet tildelt kontrakten, og dermed heraf udlede alle nødvendige konsekvenser i sin afgørelse. I henhold til ækvivalensprincippet kan en sådan domstol kun af egen drift inddrage et anbringende om, at den ordregivende myndighed har anlagt et urigtigt skøn, hvis den har beføjelse hertil i medfør af national ret.
- 8) Artikel 63, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/24, sammenholdt med dette direktivs artikel 57, stk. 4 og 6, skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, hvorefter der kan vedtages en foranstaltning om udelukkelse fra alle udbudsprocedurer af alle medlemmerne af en sammenslutning af økonomiske aktører, når en økonomisk aktør, der er en del af denne sammenslutning, har gjort sig skyldig i en urigtig erklæring ved fremlæggelsen af de oplysninger, der er påkrævet til efterprøvelse af, om der foreligger udelukkelsesgrunde vedrørende sammenslutningen eller dens manglende opfyldelse af udvælgelseskriterierne, selv om partnerne ikke havde kendskab til denne urigtige erklæring.

Underskrifter