



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

7 september 2021*

Inhoud

Toepasselijke bepalingen	4
Unierecht	4
Richtlijn 2014/24	4
Richtlijn 89/665	11
Richtlijn 2016/943	13
Litouws recht	15
Wet inzake overheidsopdrachten	15
Wetboek van burgerlijke rechtsvordering van de Republiek Litouwen	18
Hoofdgeding en prejudiciële vragen	19
Beantwoording van de prejudiciële vragen	25
Eerste vraag	25
Tweede vraag	26
Derde vraag	28
Vierde tot en met negende vraag	30
Opmerkingen vooraf	30
Vijfde tot en met zevende vraag	31
Vierde, achtste en negende vraag	33

* Procestaal: Litouws.

– Omvang van de verplichting van de aanbestedende dienst om vertrouwelijke informatie te beschermen; motiveringsplicht	33
– Omvang van de verplichting van de bevoegde nationale rechter om vertrouwelijke informatie te beschermen	36
Tiende vraag	39
Elfde vraag	41
Kosten	42

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 58, leden 3 en 4 – Artikel 60, leden 3 en 4 – Bijlage XII – Verloop van aanbestedingsprocedures – Selectie van deelnemers – Selectiecriteria – Bewijsmiddelen – Economische en financiële draagkracht van de ondernemers – Mogelijkheid dat de leidende onderneming van een tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen zich beroept op de inkomsten uit een eerdere openbare aanbesteding op hetzelfde gebied als de aanbesteding in het hoofdgeding, ook wanneer zij niet zelf de activiteiten uitoefende waarop de aanbesteding in het hoofdgeding betrekking heeft – Technische en beroepsbekwaamheid van de ondernemers – Exhaustief karakter van de door de richtlijn toegelaten bewijsmiddelen – Artikel 57, lid 4, onder h), en leden 6 en 7 – Aanbesteding van overheidsopdrachten voor diensten – Facultatieve gronden voor uitsluiting van deelname aan een aanbestedingsprocedure – Opname op een lijst van ondernemers die van openbare aanbestedingsprocedures zijn uitgesloten – Solidariteit tussen de leden van een tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen – Persoonlijk karakter van de sanctie – Artikel 21 – Bescherming van de vertrouwelijkheid van informatie die een ondernemer aan een aanbestedende dienst verstrekt – Richtlijn (EU) 2016/943 – Artikel 9 – Vertrouwelijkheid – Bescherming van bedrijfsgeheimen – Toepasbaarheid op aanbestedingsprocedures – Richtlijn 89/665/EEG – Artikel 1 – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte”

In zaak C-927/19,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechterlijke instantie, Litouwen) bij beslissing van 17 december 2019, ingekomen bij het Hof op 18 december 2019, in de procedure

„Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB,

in tegenwoordigheid van:

„Ecoservice Klaipėda” UAB,

„Klaipėdos autobusų parkas” UAB,

„Parsekas” UAB,

„Klaipėdos transportas” UAB,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, R. Silva de Lapuerta, vicepresident, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, A. Prechal, N. Piçarra en A. Kumin, kamerpresidenten, C. Toader, M. Safjan, D. Šváby (rapporteur), S. Rodin, F. Biltgen, L. S. Rossi, I. Jarukaitis en N. Jääskinen, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: M. Longar, administrateur,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- „Ecoservice Klaipėda” UAB, vertegenwoordigd door J. Elzbergas en V. Mitrauskas, advocatai,
- „Klaipėdos autobusų parkas” UAB, vertegenwoordigd door D. Soloveičik, advocatas,
- de Litouwse regering, vertegenwoordigd door K. Dieninis en R. Butvydytė als gemachtigden,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door A. Posch en J. Schmoll als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Haasbeek, S. L. Kalėda en P. Ondrůšek als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 15 april 2021,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 21 en 42, artikel 57, lid 4, onder h), artikel 58, leden 3 en 4, en artikel 70 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31), de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 (PB 2014, L 94, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/665”), en artikel 9, lid 2, van richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (PB 2016, L 157, blz. 1).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen „Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB (afvalbeheercentrum voor de regio Klaipėda, Litouwen; hierna: „aanbestedende dienst”) en „Ecoservice Klaipėda” UAB (hierna: „Ecoservice”) betreffende de gunning van een

overheidsopdracht voor de inzameling en het vervoer van stedelijk afval aan een combinatie van ondernemers, bestaande uit „Klaipėdos autobusų parkas” UAB, „Parsekas” UAB en „Klaipėdos transportas” UAB (hierna: „Combinatie”).

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2014/24

3 Overweging 51 van richtlijn 2014/24 luidt:

„Er moet worden verduidelijkt dat de bepalingen inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie geenszins een beletsel vormen voor openbaarmaking van de niet-vertrouwelijke onderdelen van gegunde opdrachten, met inbegrip van eventuele latere wijzigingen.”

4 Artikel 18 van deze richtlijn heeft als opschrift „Aanbestedingsbeginselen” en bepaalt in lid 1:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

[...]”

5 Artikel 21 van de richtlijn bepaalt onder het opschrift „Vertrouwelijkheid”:

„1. Tenzij anders bepaald in deze richtlijn of in het nationale recht waaraan de aanbestedende dienst is onderworpen, in het bijzonder de wetgeving inzake de toegang tot informatie, en onverminderd de verplichtingen inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en de informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers overeenkomstig de artikelen 50 en 55, maakt een aanbestedende dienst de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van – zij het niet uitsluitend – de fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijving, niet bekend.

2. De aanbestedende dienst kan aan een ondernemer eisen stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt, gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen.”

6 Artikel 42 van de richtlijn, met als opschrift „Technische specificaties”, luidt:

„1. De technische specificaties als omschreven in punt 1 van bijlage VII worden uitgeschreven in de aanbestedingsstukken. In de technische specificaties worden de voor een werk, dienst of levering gestelde kenmerken voorgeschreven.

Die kenmerken kunnen ook verband houden met het specifieke proces of de specifieke methode van productie of uitvoering van de gevraagde werken, leveringen of diensten of met een specifiek proces van een ander stadium van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren niet tot de materiële essentie van de werken, leveringen of diensten behoren, mits zij met het voorwerp van de opdracht verbonden en in verhouding tot de waarde en de doelstellingen ervan zijn.

De technische specificaties kunnen tevens bepalen of de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten vereist zal zijn.

[...]

3. Onverminderd dwingende nationale technische voorschriften, voor zover deze met het recht van de Unie verenigbaar zijn, worden de technische specificaties opgesteld op een van de volgende wijzen:

- a) aan de hand van prestatie- of functionele eisen, inclusief milieukeurmerken, mits de parameters zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende diensten de opdracht kunnen gunnen;
- b) onder verwijzing naar de technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen, of, bij gebreke van dit alles, de nationale normen, de nationale technische goedkeuringen dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van de werken en het gebruik van de leveringen; elke verwijzing gaat vergezeld van de woorden ‚of gelijkwaardig‘;
- c) aan de hand van de onder a) bedoelde prestatie- of functionele eisen, waarbij onder aanname van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de onder b) bedoelde technische specificaties;
- d) onder verwijzing naar de onder b) bedoelde technische specificaties voor bepaalde kenmerken, en naar de onder a) bedoelde prestatie- of functionele eisen voor andere kenmerken.

[...]”

7 Bijlage VII bij richtlijn 2014/24 heeft betrekking op de „definitie van enkele technische specificaties”.

8 Artikel 50 van deze richtlijn heeft als opschrift „Aankondigingen gegunde opdracht” en bepaalt in lid 4 het volgende:

„Bepaalde informatie aangaande de gunning van de opdracht of de sluiting van de raamovereenkomst hoeft niet voor bekendmaking te worden vrijgegeven indien de openbaarmaking ervan rechtshandhaving in de weg zou staan, of op andere wijze in strijd zou zijn met het openbare belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde publieke of particuliere ondernemer, of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers.”

9 Artikel 55 van die richtlijn, met als opschrift „Informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers”, luidt als volgt:

„1. Aanbestedende diensten stellen elke gegadigde en inschrijver zo spoedig mogelijk in kennis van besluiten inzake de sluiting van een raamovereenkomst, gunning van een opdracht of toelating tot een dynamisch aankoopstelsel, met inbegrip van de redenen waarom zij hebben

besloten geen raamovereenkomst te sluiten, een opdracht na oproep tot mededinging niet te gunnen of de procedure te heropenen, of geen dynamisch aankoopstelsel in te stellen.

2. Op verzoek van de betrokken gegadigde of inschrijver informeren aanbestedende diensten zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen 15 dagen na ontvangst van een schriftelijk verzoek:

- a) iedere afgewezen gegadigde over de redenen voor de afwijzing van zijn verzoek tot deelname;
- b) iedere afgewezen inschrijver over de redenen voor de afwijzing van zijn inschrijving, inclusief voor de in artikel 42, leden 5 en 6, bedoelde gevallen, de redenen voor het besluit inzake niet-gelijkwaardigheid of het besluit dat de werken, leveringen of diensten niet aan de prestatie- of functionele eisen voldoen;
- c) iedere inschrijver die een ontvankelijke inschrijving heeft ingediend, over de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde inschrijving, alsmede over de naam van de begunstigde inschrijver of de partijen bij de raamovereenkomst;
- d) iedere inschrijver die een ontvankelijke inschrijving heeft ingediend, over het verloop en de voortgang van de onderhandelingen en de dialoog met de inschrijvers.

3. Aanbestedende diensten kunnen besluiten dat bepaalde informatie als bedoeld in de leden 1 en 2 betreffende de gunning van de opdracht, de sluiting van de raamovereenkomst of de toelating tot het dynamisch aankoopstelsel niet wordt meegedeeld indien de openbaarmaking van dergelijke informatie de rechtshandhaving in de weg zou staan, in strijd zou zijn met het openbare belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde publieke of particuliere ondernemer, of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers.”

10 Artikel 56 van diezelfde richtlijn, met als opschrift „Algemene beginselen”, bepaalt in lid 3:

„Wanneer de door de ondernemers in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, kunnen de aanbestedende diensten, tenzij het nationale recht dat deze richtlijn uitvoert anders bepaalt, de betrokken ondernemers verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.”

11 Artikel 57 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Uitsluitingsgronden”, bepaalt in de leden 4 en 6:

„4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

[...]

h) wanneer de ondernemer zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of de naleving van de selectiecriteria, of die informatie heeft achtergehouden, of niet in staat was de ondersteunende documenten die vereist zijn op grond van artikel 59 over te leggen, of

[...]

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Hiertoe bewijst de ondernemer dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout. Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de ondernemer de redenen daarvoor medegedeeld.

Een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies mag gedurende de duur van de uitsluiting als gevolg van dat vonnis geen gebruik kunnen maken van de in dit lid geboden mogelijkheid in de lidstaten waar het vonnis van kracht is.”

12 Artikel 58 van die richtlijn, met als opschrift „Selectiecriteria”, bepaalt:

„1. Selectiecriteria kunnen betrekking hebben op:

- a) geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen;
- b) de economische en financiële draagkracht;
- c) de technische en beroepsbekwaamheid.

De aanbestedende diensten mogen alleen de criteria bedoeld in de leden 2, 3 en 4 als voorwaarden voor deelname opleggen aan ondernemers. De aanbestedende diensten beperken eventuele voorwaarden tot die welke kunnen garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische en financiële middelen en de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. Alle voorwaarden houden verband met en staan in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

2. Met betrekking tot de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen kunnen aanbestedende diensten van ondernemers eisen dat zij zijn ingeschreven bij een van de in de lidstaat van vestiging bijgehouden beroeps- of handelsregisters, als omschreven in bijlage XI, of dat zij voldoen aan andere eisen in die bijlage.

Bij aanbestedingsprocedures voor diensten kan de aanbestedende dienst, voor zover ondernemers moeten beschikken over een bepaalde vergunning of lid moeten zijn van een bepaalde organisatie om in hun land van herkomst de betrokken dienst te verlenen, van deze ondernemers verlangen dat zij het bewijs leveren van die vergunning of dat lidmaatschap.

3. Met betrekking tot de economische en financiële draagkracht, kunnen de aanbestedende diensten eisen stellen om ervoor te zorgen dat ondernemers over de nodige economische en financiële draagkracht beschikken om het contract uit te voeren. Daartoe kunnen de aanbestedende diensten met name eisen dat de ondernemers een bepaalde minimumjaaromzet hebben, met inbegrip van een minimumomzet op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft. Voorts kunnen de aanbestedende diensten verlangen dat de ondernemers informatie verstrekken over hun jaarrekeningen, bijvoorbeeld over de verhouding tussen de activa en de passiva. Zij kunnen tevens een passend niveau voor de verzekering tegen beroepsrisico's verlangen.

[...]

4. Met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kunnen aanbestedende diensten eisen opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passende kwaliteitsnorm uit te voeren.

De aanbestedende diensten kunnen met name eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten. Een aanbestedende dienst kan ervan uitgaan dat een ondernemer niet over de vereiste beroepsbekwaamheid beschikt wanneer hij heeft vastgesteld dat de ondernemer conflicterende belangen heeft die negatief kunnen uitwerken op de uitvoering van de overeenkomst.

In aanbestedingsprocedures voor leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerkzaamheden nodig zijn, dan wel voor diensten of werken, kan de beroepsbekwaamheid van de ondernemers om de dienst te verlenen of de installatie of de werkzaamheden uit te voeren worden beoordeeld op grond van hun vaardigheden, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid.

[...]”

13 Artikel 60 van deze richtlijn, met als opschrift „Bewijsmiddelen”, bepaalt in de leden 3 en 4:

„3. Het bewijs van de economische en financiële draagkracht van een ondernemer kan in het algemeen worden geleverd door één of meer van de in bijlage XII, deel I, bedoelde referenties.

Wanneer de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere documenten die de aanbestedende dienst geschikt acht.

4. De technische bekwaamheid van de ondernemer kan worden aangetoond op één of meer van de wijzen bedoeld in bijlage XII, deel II, naargelang de aard, de hoeveelheid of het belang en het gebruik van de werken, leveringen of diensten.”

14 Bijlage XII van de richtlijn heeft als opschrift: „Bewijsmiddelen voor selectiecriteria” en bepaalt:

„Deel I: economische en financiële draagkracht

In het algemeen kan de financiële en economische draagkracht van de ondernemer worden aangetoond door één of meer van de volgende referenties:

- a) een passende bankverklaring of, in voorkomend geval, het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's;
- b) overlegging van jaarrekeningen of uittreksels uit de jaarrekening, indien de wetgeving van het land waar de ondernemer is gevestigd publicatie van jaarrekeningen voorschrijft;
- c) een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.

Deel II: technische bekwaamheid

Bewijs van de technische bekwaamheid van de ondernemer in de zin van artikel 58:

- a) de volgende lijsten:
 - i) een lijst van de werken die gedurende de afgelopen periode van maximaal vijf jaar werden verricht, welke lijst vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, zowel met betrekking tot de wijze van uitvoering als met betrekking tot het resultaat; indien noodzakelijk om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen, kunnen de aanbestedende diensten aangeven dat bewijs van relevante werken die langer dan vijf jaar geleden zijn verricht toch in aanmerking wordt genomen;
 - ii) een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen periode van maximaal drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. Indien noodzakelijk om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen, kunnen de aanbestedende diensten aangeven dat bewijs van relevante leveringen of diensten die langer dan drie jaar geleden zijn geleverd of verleend toch in aanmerking wordt genomen;
- b) een opgave van de al dan niet tot de onderneming van de ondernemer behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole en, in het geval van overheidsopdrachten voor werken, van die welke de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;
- c) een beschrijving van de technische uitrusting van de ondernemer, van de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen en van de mogelijkheden van zijn onderneming ten aanzien van ontwerpen en onderzoek;
- d) een vermelding van de systemen voor het beheer van de toeleveringsketen en de traceersystemen die de ondernemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de opdracht;

- e) in het geval van complexe producten of diensten of wanneer deze bij wijze van uitzondering aan een bijzonder doel moeten beantwoorden, aan de hand van een controle door de aanbestedende dienst of, in diens naam, door een bevoegd officieel orgaan van het land waar de leverancier of de dienstverlener gevestigd is, onder voorbehoud van instemming door dit orgaan; deze controle heeft betrekking op de productiecapaciteit van de leverancier of op de technische capaciteit van de dienstverlener en, waar noodzakelijk, op diens mogelijkheden inzake ontwerpen en onderzoek en de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen;
- f) de onderwijs- en beroepskwalificaties van de dienstverlener of de aannemer of die van het leidinggevend personeel van de onderneming, mits zij niet als een gunningscriterium worden gehanteerd;
- g) een vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer die de ondernemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de opdracht;
- h) een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming van de dienstverlener of de aannemer, en de omvang van het kaderpersoneel gedurende de laatste drie jaar;
- i) een verklaring welke de outillage, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener of de aannemer voor het verlenen van de opdracht beschikt;
- j) een omschrijving van het gedeelte van de opdracht dat de ondernemer eventueel in onderaanneming wil geven;
- k) wat de te leveren producten betreft:
 - i) monsters, beschrijvingen of foto's, waarvan op verzoek van de aanbestedende dienst de echtheid moet kunnen worden aangetoond;
 - ii) certificaten die door als bevoegd erkende officiële instituten of diensten voor kwaliteitscontrole zijn opgesteld, waarin wordt verklaard dat duidelijk door referenties geïdentificeerde producten aan technische specificaties of normen beantwoorden."

15 Artikel 63 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Beroep op de draagkracht van andere entiteiten”, bepaalt in lid 1:

Met betrekking tot de in artikel 58, lid 3, bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan een ondernemer zich, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. Wat betreft de criteria inzake de onderwijs- en beroepskwalificaties in bijlage XII, deel II, onder f), of inzake de relevante beroepservaring, mogen ondernemers zich evenwel slechts beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, zal verrichten. Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, toont hij ten behoeve van de aanbestedende dienst aan dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, bijvoorbeeld door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten.

De aanbestedende dienst gaat overeenkomstig de artikelen 59, 60 en 61 na of de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen of dat er redenen zijn voor uitsluiting volgens artikel 57. De aanbestedende dienst eist dat de ondernemer een

entiteit die niet voldoet aan een betrokken selectie criterium, of waartegen dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, vervangt. De aanbestedende dienst kan eisen, of kan door de lidstaat worden opgelegd te eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, vervangt.

Indien een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten voor het vervullen van de economische en financiële criteria, kan de aanbestedende dienst eisen dat de ondernemer en die entiteiten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 19, lid 2, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten.”

- 16 In artikel 70 van deze richtlijn, met als opschrift „Voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd”, is bepaald:

„Aanbestedende diensten kunnen speciale voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits zij verband houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 67, lid 3, en vermeld zijn in de oproep tot mededinging of in de aanbestedingsstukken. Deze voorwaarden kunnen verband houden met economische, innovatie- of milieugerelateerde dan wel sociale of arbeidsgerelateerde overwegingen.”

Richtlijn 89/665

- 17 Artikel 1 van richtlijn 89/665 heeft als opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures” en bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn [2014/24] tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 en 37 van die richtlijn worden uitgesloten.

[...]

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU of richtlijn 2014/23/EU vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

[...]

5. De lidstaten kunnen verlangen dat de betrokkene eerst beroep instelt bij de aanbestedende dienst. In dat geval zorgen de lidstaten ervoor dat de instelling van dit beroep resulteert in de onmiddellijke opschorting van de mogelijkheid om de overeenkomst te sluiten.

[...]

De in de eerste alinea bedoelde opschorting eindigt niet vóór het verstrijken van een termijn van ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop de aanbestedende dienst per faxbericht of langs elektronische weg een antwoord heeft verzonden, of, indien andere communicatiemiddelen worden gebruikt, voor het verstrijken van een termijn van hetzij ten minste 15 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop de aanbestedende dienst een antwoord heeft verzonden, hetzij ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop een antwoord is ontvangen.”

18 Artikel 2 van deze richtlijn heeft als opschrift „Voorschriften voor beroepsprocedures” en bepaalt in lid 1:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

- a) zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten;
- b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure;
- c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.”

19 De oorspronkelijke versie van richtlijn 89/665 was voorafgaand aan de wijzigingen die zijn aangebracht door richtlijn 2014/23 gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB 2007, L 335, blz. 31), teneinde de doeltreffendheid van beroepsprocedures op het gebied van openbare aanbestedingen te verhogen. In overweging 36 van deze laatste richtlijn stond te lezen dat deze de grondrechten eerbiedigt, de beginselen in acht neemt die met name in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) zijn erkend en met name beoogt de volledige eerbiediging te waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht, overeenkomstig artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest.

Richtlijn 2016/943

20 De overwegingen 4 en 18 van richtlijn 2016/943 luiden als volgt:

„(4) Innovatieve bedrijven zijn steeds meer blootgesteld aan oneerlijke praktijken die gericht zijn op het onrechtmatige gebruik van bedrijfsgeheimen, zoals diefstal, kopiëren zonder toestemming, economische spionage of inbreuk op vertrouwelijkheidsvereisten, zowel van binnen als van buiten de Unie. Recente ontwikkelingen, zoals globalisering, toegenomen uitbesteding, langere toeleveringsketens en een ruimere toepassing van informatie- en communicatietechnologie, dragen bij aan het toenemende risico van deze praktijken. De onrechtmatige verkrijging of openbaarmaking of het onrechtmatige gebruik van een bedrijfsgeheim is een bedreiging voor het vermogen van de rechtmatige houder van het bedrijfsgeheim om als pionier voordeel te halen uit de resultaten van zijn met innovatie verbonden activiteiten. Zonder doeltreffende en vergelijkbare rechtsinstrumenten om bedrijfsgeheimen in de hele Unie te beschermen, zijn bedrijven minder geneigd om grensoverschrijdende innovatieactiviteiten binnen de interne markt uit te voeren en kan het potentieel van bedrijfsgeheimen om economische groei en werkgelegenheid te stimuleren niet worden benut. Bijgevolg worden innovatie en creativiteit ontmoedigd en nemen de investeringen af, wat negatieve gevolgen heeft voor de goede werking en het groeipotentieel van de interne markt.

[...]

(18) Voorts zou het verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van bedrijfsgeheimen, indien van rechtswege voorgeschreven of toegestaan, als rechtmatig moeten worden aangemerkt. Dit betreft met name de verkrijging en openbaarmaking van bedrijfsgeheimen in het kader van de uitoefening van de rechten van de vertegenwoordigers van werknemers op informatie, raadpleging en participatie overeenkomstig het recht van de Unie en volgens het nationale recht en nationale praktijken, en de collectieve verdediging van de belangen van werknemers en werkgevers, met inbegrip van de medezeggenschap, evenals de verkrijging of openbaarmaking van een bedrijfsgeheim in het kader van wettelijke audits die worden uitgevoerd overeenkomstig het Unie- of nationale recht. Het feit dat het verkrijgen van een bedrijfsgeheim als rechtmatig wordt aangemerkt, mag echter geen afbreuk doen aan eender welke vertrouwelijkheidsverplichting met betrekking tot het bedrijfsgeheim of andere gebruiksbeperkingen die het Unierecht of nationaal recht aan de ontvanger of verkrijger van de informatie oplegt. Met name mag deze richtlijn overheidsinstanties niet ontheffen van de vertrouwelijkheidsverplichtingen die zij hebben ten aanzien van informatie die afkomstig is van houders van bedrijfsgeheimen, ongeacht of deze verplichtingen in het Unie- of nationale recht zijn opgenomen. Onder deze vertrouwelijkheidsverplichtingen worden onder meer verstaan verplichtingen ten aanzien van informatie die in het kader van aanbestedingsprocedures aan aanbestedende diensten is verstrekt, zoals bijvoorbeeld bepaald in [...] richtlijn [2014/24/EU]”

21 Artikel 1 van deze richtlijn, met als opschrift „Onderwerp en toepassingsgebied”, bepaalt:

„1. Deze richtlijn stelt de regels vast betreffende de bescherming tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken van bedrijfsgeheimen.

[...]

2. Deze richtlijn laat onverlet:

[...]

- b) de toepassing van Unie- of nationale regels die houders van bedrijfsgeheimen voorschrijven informatie, waaronder bedrijfsgeheimen, om redenen van algemeen belang openbaar te maken aan het publiek of aan administratieve of rechterlijke instanties voor de uitvoering van de taken van deze instanties;
- c) de toepassing van Unie- of nationale regels die instellingen en organen van de Unie of nationale overheidsinstanties voorschrijven of toestaan de door bedrijven ingediende informatie waarover deze instellingen, organen of instanties beschikken krachtens, en in overeenstemming met, in het Unierecht of het nationaal recht omschreven verplichtingen en prerogatieven, openbaar te maken;

[...]”

- 22 Artikel 3 van deze richtlijn heeft als opschrift „Het rechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken van bedrijfsgeheimen”, en bepaalt in lid 2:

„Het verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim wordt als rechtmatig beschouwd voor zover dit verkrijgen, gebruiken of openbaar maken bij het Unie- of nationale recht vereist of toegestaan is.”

- 23 Artikel 4 van deze richtlijn, met als opschrift „Het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken van bedrijfsgeheimen”, bepaalt in lid 2, onder a):

„De verkrijging van een bedrijfsgeheim zonder de toestemming van de houder van het bedrijfsgeheim wordt als onrechtmatig beschouwd wanneer de verkrijging gebeurde door middel van:

- a) onbevoegde toegang tot of het zich onbevoegd toe-eigenen of kopiëren van documenten, voorwerpen, materialen, substanties of elektronische bestanden waarover de houder van het bedrijfsgeheim rechtmatig beschikt en die het bedrijfsgeheim bevatten of waaruit het bedrijfsgeheim kan worden afgeleid”.

- 24 Artikel 9 van richtlijn 2016/943, met als opschrift „Het bewaren van de vertrouwelijkheid van bedrijfsgeheimen tijdens gerechtelijke procedures”, bepaalt in lid 2:

„De lidstaten dragen er ook zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties, op een met voldoende redenen omkleed verzoek van een partij, specifieke maatregelen kunnen nemen die nodig zijn om de vertrouwelijkheid te bewaren van een bedrijfsgeheim of een vermeend bedrijfsgeheim dat tijdens de gerechtelijke procedure betreffende het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim wordt gebruikt of genoemd. Lidstaten kunnen ook toestaan dat de bevoegde rechterlijke instanties dergelijke maatregelen op eigen initiatief nemen.

De in de eerste alinea genoemde maatregelen omvatten minstens de mogelijkheid om:

- a) de toegang tot de documenten die bedrijfsgeheimen of vermeende bedrijfsgeheimen bevatten die de partijen of derden hebben ingediend, volledig of gedeeltelijk te beperken tot een gelimiteerd aantal personen;
- b) de toegang tot hoorzittingen waarin die bedrijfsgeheimen of vermeende bedrijfsgeheimen openbaar kunnen worden gemaakt, en tot de verslagen of afschriften van deze hoorzittingen, te beperken tot een beperkt aantal personen;
- c) een niet-vertrouwelijke versie van rechterlijke uitspraken ter beschikking te stellen aan anderen dan degenen die tot het beperkt aantal personen bedoeld onder a) en b) behoren, waarin de delen die de bedrijfsgeheimen bevatten, zijn geschrapt of bewerkt.

Het in de tweede alinea, onder a) en b), bedoelde aantal personen is niet groter dan nodig is om ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan het recht voor de partijen bij de gerechtelijke procedure op een doeltreffende voorziening in rechte en op een eerlijk proces, en omvat ten minste één natuurlijk persoon van elke partij alsmede de respectieve advocaten of andere vertegenwoordigers van deze partijen bij de gerechtelijke procedure.”

Litouws recht

Wet inzake overheidsopdrachten

- 25 Artikel 20 van de Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (wet van de Republiek Litouwen inzake overheidsopdrachten), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: „wet inzake overheidsopdrachten”), met als opschrift: „Vertrouwelijkheid”, bepaalt:

„1. Het is de aanbestedende dienst, het gunningscomité, de leden en deskundigen daarvan en iedere andere persoon verboden om informatie die leveranciers op vertrouwelijke basis hebben verstrekt bekend te maken aan derden.

2. De inschrijving of de aanvraag tot deelneming van de leverancier kan niet in haar geheel als vertrouwelijk worden aangemerkt. De leverancier kan echter te kennen geven dat bepaalde informatie in zijn inschrijving vertrouwelijk is. De vertrouwelijke informatie kan onder meer bedrijfsgeheimen (betreffende de productie) en vertrouwelijke aspecten van de inschrijving omvatten. Informatie kan niet als vertrouwelijk worden aangemerkt:

- 1) indien dit in strijd is met de wettelijke bepalingen die voorzien in een verplichting tot openbaarmaking of in het recht op informatie, en met de voorschriften ter uitvoering van die wettelijke bepalingen;
- 2) indien die kwalificatie de niet-nakoming inhoudt van de in de artikelen 33 en 58 van deze wet gestelde verplichtingen inzake de bekendmaking van gegunde opdrachten en de informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers, met inbegrip van gegevens over de prijs van de in de inschrijving vermelde leveringen, diensten of werken, met uitzondering van de bestanddelen ervan;

- 3) wanneer die informatie is verstrekt in documenten waaruit blijkt dat de leverancier niet valt onder een uitsluitingsgrond en dat hij voldoet aan de draagkrachtvereisten en aan de normen voor kwaliteitsbeheer en milieubescherming, met uitzondering van informatie waarvan de openbaarmaking in strijd zou zijn met de bepalingen van de wet van de Republiek Litouwen inzake de bescherming van persoonsgegevens of met de verplichtingen van de leverancier uit hoofde van met derden gesloten overeenkomsten;
- 4) wanneer die informatie betrekking heeft op ondernemers en onderaannemers op wier draagkracht de leverancier een beroep doet, met uitzondering van informatie waarvan de openbaarmaking in strijd zou zijn met de bepalingen van de wet inzake de bescherming van persoonsgegevens.

3. Indien de aanbestedende dienst twijfels heeft over de vertrouwelijkheid van in de inschrijving van de leverancier vervatte informatie, verzoekt hij de leverancier om aan te tonen dat de betreffende informatie vertrouwelijk is. [...]

4. De belanghebbende inschrijvers kunnen de aanbestedende dienst uiterlijk zes maanden na de datum van sluiting van de desbetreffende overeenkomst verzoeken om toegang tot de inschrijving of tot de aanvraag tot deelneming van de ondernemer aan wie de opdracht is gegund (gegadigden, tot de aanvragen van andere leveranciers die zijn uitgenodigd om een inschrijving in te dienen of deel te nemen aan een dialoog). Informatie die gegadigden of inschrijvers als vertrouwelijk hebben aangemerkt zonder inbreuk te maken op lid 2 van dit artikel, mag evenwel niet worden megedeeld.

[...]"

- 26 Artikel 45 van deze wet, met als opschrift: „Algemene beginselen voor de beoordeling van een leverancier en van diens aanvraag tot deelneming of inschrijving”, bepaalt in lid 3:

„Als een gegadigde of inschrijver onnauwkeurige, onvolledige of onjuiste documenten of gegevens heeft overgelegd betreffende de verenigbaarheid met de voorschriften in de aanbestedingsdocumenten, of als hij heeft nagelaten dergelijke documenten of gegevens over te leggen, moet de aanbestedende dienst, met inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en van transparantie, de gegadigde of inschrijver verzoeken om deze documenten of gegevens te rectificeren, aan te vullen of te verduidelijken, binnen een door hem gestelde redelijke termijn. Documenten of gegevens komen uitsluitend in aanmerking voor rectificatie, aanvulling, verduidelijking of indiening als aanvulling indien zij betrekking hebben op het niet bestaan van een uitsluitingsgrond van de leverancier, diens naleving van de draagkrachtvereisten, criteria voor kwaliteitsbeheer en milieubescherming. Eveneens komen in aanmerking een door de leverancier gegeven machtiging voor ondertekening van de aanvraag tot deelneming of de inschrijving, een overeenkomst betreffende gezamenlijke werkzaamheden, een document dat de geldigheid van de inschrijving waarborgt en documenten die geen betrekking hebben op het voorwerp van de aanbesteding, de technische kenmerken ervan, de uitvoeringsvoorwaarden van de overeenkomst of de prijs van de inschrijving. De andere documenten die deel uitmaken van de inschrijving van de leverancier kunnen worden gerectificeerd, aangevuld of verduidelijkt overeenkomstig artikel 55, lid 9, van deze wet.”

27 Artikel 46 van deze wet, met als opschrift „Uitsluitingsgronden van een leverancier”, bepaalt in lid 4:

„De aanbestedende dienst sluit een leverancier uit van de openbare aanbestedingsprocedure indien:

[...]

4) de leverancier in het kader van de openbare aanbestedingsprocedure informatie heeft achtergehouden of onjuiste informatie heeft overgelegd betreffende de naleving van de voorschriften in dit artikel en in artikel 47 van deze wet, hetgeen de aanbestedende dienst met elk rechtsmiddel kan aantonen, of indien de leverancier vanwege het feit dat hij onjuiste informatie heeft verstrekt, niet de ondersteunende documenten kan overleggen die zijn vereist op grond van artikel 50 van deze wet. [...]

28 Artikel 52 van de wet inzake overheidsopdrachten, met als opschrift: „Achterhouden van informatie, overleggen van onjuiste informatie of het niet overleggen van documenten”, bepaalt:

„1. De aanbestedende dienst publiceert uiterlijk na tien dagen, op het Centrinė viešųjų pirkimų informacinė sistema [(centraal internetportaal openbare aanbestedingen, Litouwen)] en volgens de regels van de Viešųjų pirkimų tarnyba [(aanbestedingsautoriteit, Litouwen)], de informatie betreffende de leverancier die in het kader van de openbare aanbestedingsprocedure informatie heeft achtergehouden of onjuiste informatie heeft verstrekt betreffende de naleving van de voorschriften in de artikelen 46 en 47 van deze wet, of die, vanwege het feit dat hij onjuiste informatie heeft verstrekt, niet de ondersteunende documenten heeft overgelegd die zijn vereist op grond van artikel 50 van deze wet, indien:

1) die leverancier is uitgesloten van de openbare aanbestedingsprocedure;

2) een rechterlijke uitspraak is gedaan.

[...]”

29 Artikel 55 van de wet inzake overheidsopdrachten, met als opschrift „Beoordeling en vergelijking van de inschrijvingen” bepaalt in lid 9:

„Overeenkomstig artikel 45, lid 3, van deze wet kan de aanbestedende dienst de inschrijvers vragen om hun inschrijving te rectificeren, aan te vullen of te verduidelijken. Deze dienst kan hen echter niet vragen, voorstellen of toelaten om wezenlijke elementen te wijzigen van een inschrijving, in het kader van een openbare of niet-openbare procedure, of van de definitieve ingediende inschrijving, in het kader van een concurrentiegerichte dialoog, een procedure van gunning door onderhandelingen met of zonder bekendmaking of een innovatiepartnerschap. Hij mag dus geen prijs- of andere wijziging vragen, voorstellen of toelaten die een aanvankelijk niet-conforme inschrijving aan de voorwaarden van de aanbestedingsdocumenten doet voldoen. Indien de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen rekenfouten ontdekt betreffende prijzen of kosten, moet deze dienst de inschrijver uitnodigen om de gevonden rekenfouten te corrigeren binnen een door hem gestelde termijn, zonder de prijzen of kosten te wijzigen die in de inschrijving waren vermeld op het moment dat de dienst er kennis van heeft genomen. Bij de correctie van de in zijn inschrijving gevonden rekenfouten kan de inschrijver de bestanddelen van de prijs of de kosten corrigeren, maar geen bestanddelen van de prijs of de kosten verwijderen of toevoegen.”

- 30 Artikel 58 van deze wet, met als opschrift „Mededeling van de resultaten van een openbare aanbestedingsprocedure”, bepaalt in lid 3:

„In de in de leden 1 en 2 van dit artikel bedoelde gevallen mag de aanbestedende dienst geen informatie meedelen waarvan de openbaarmaking in strijd is met de regels inzake informatieverstrekking en gegevensbescherming of met het algemeen belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde leverancier of afbreuk zou kunnen doen aan de mededinging tussen leveranciers.”

Wetboek van burgerlijke rechtsvordering van de Republiek Litouwen

- 31 Artikel 10¹ van de Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (wetboek van burgerlijke rechtsvordering van de Republiek Litouwen), met als opschrift „Bijzondere bepalingen inzake de bescherming van bedrijfsgeheimen”, bepaalt:

„1. Dit artikel bevat bijzondere bepalingen inzake de bescherming van bedrijfsgeheimen in zaken die betrekking hebben op het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken van bedrijfsgeheimen en in andere civiele zaken.

2. Wanneer er redenen zijn om aan te nemen dat een bedrijfsgeheim openbaar zou kunnen worden gemaakt, wijst de rechter, op naar behoren gemotiveerd verzoek van een partij of ambtshalve, in een met redenen omklede beschikking de personen aan die:

- 1) toegang krijgen tot de delen van het dossier die informatie bevatten die een bedrijfsgeheim vormt of kan vormen, en daarvan uittreksels, duplicaten en kopieën (digitale kopieën) kunnen maken en verkrijgen;
- 2) kunnen deelnemen aan hoorzittingen achter gesloten deuren waar informatie die een bedrijfsgeheim vormt of kan vormen openbaar kan worden gemaakt, en toegang krijgen tot het proces-verbaal van dergelijke hoorzittingen;
- 3) een gewaarmerkt afschrift (digitale kopie) kunnen verkrijgen van een vonnis of beschikking waarin informatie is opgenomen die een bedrijfsgeheim vormt of kan vormen.

3. Het aantal in lid 2 van dit artikel bedoelde personen kan niet groter zijn dan wat noodzakelijk is om het recht op rechterlijke bescherming en het recht op een eerlijk proces te waarborgen. Het gaat ten minste om de volgende personen:

- 1) indien de partij een natuurlijke persoon is, de partij en diens vertegenwoordiger;
- 2) indien de partij een rechtspersoon is, ten minste één natuurlijke persoon die de zaak voert namens de rechtspersoon en diens vertegenwoordiger.

4. Bij de toepassing van de in lid 2 van dit artikel vastgestelde beperkingen houdt de rechter rekening met de noodzaak om het recht op rechterlijke bescherming en het recht op een eerlijk proces te waarborgen, met de rechtmatige belangen van de partijen en andere bij de procedure betrokken personen en met de schade die kan voortvloeien uit het al dan niet toepassen van die beperkingen.

[...]”

Hoofdinging en prejudiciële vragen

- 32 Bij op 27 september 2018 bekendgemaakte aankondiging van openbare oproep tot mededinging heeft de aanbestedende dienst een internationale openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een opdracht betreffende de inkoop van diensten betreffende de inzameling van gemeentelijk afval van de gemeente Neringa (Litouwen) en het vervoer ervan naar de verwerkingsinstallaties van de stortplaats van de regio Klaipėda (Litouwen).
- 33 De aanbestedende dienst heeft in deze aankondiging technische specificaties opgenomen. Deze dienst heeft met name bepaald dat de dienstverrichter gebruik moet maken van voertuigen voor de inzameling van gemeentelijk afval die ten minste voldoen aan de norm Euro 5 en zijn uitgerust met een vaste, permanent ingeschakelde zender voor geolocatie (GPS, global positioning system – wereldwijd lokaliseringsstelsel), zodat de aanbestedende dienst de exacte locatie en route van het voertuig kan bepalen.
- 34 De aankondiging bevatte eveneens een beschrijving van de voor uitvoering van de opdracht nodige technische en vakbekwaamheid van de inschrijvers, en een beschrijving van hun financiële en economische draagkracht. In dit verband preciseerde de aankondiging dat elke inschrijver een vormvrije verklaring moest indienen dat zijn gemiddelde jaaromzet uit de inzameling en het vervoer van gemengd gemeentelijk afval over de drie voorgaande boekjaren, of sinds zijn oprichting als dat minder dan drie boekjaren geleden was, minstens 200 000 EUR (exclusief belasting over de toegevoegde waarde) bedroeg.
- 35 De aanbestedende dienst heeft drie inschrijvingen ontvangen, waaronder die van Ecoservice en van de Combinatie.
- 36 Op 29 november 2018 heeft de aanbestedende dienst de inschrijvers de beoordeling van de inschrijvingen en de definitieve ranglijst daarvan meegedeeld. De opdracht is gegund aan de Combinatie, op grond dat diens inschrijving een lagere prijs had. Ecoservice was als tweede gerangschikt.
- 37 Op 4 december 2018 heeft Ecoservice de aanbestedende dienst krachtens artikel 20, lid 4, van de wet inzake overheidsopdrachten verzocht om toegang tot de gegevens op grond waarvan deze de ranglijst had opgesteld, en met name in de inschrijving van de Combinatie.
- 38 Op 6 december 2018 heeft Ecoservice kennis kunnen nemen van de niet-vertrouwelijke informatie uit deze inschrijving.
- 39 Op 10 december 2018 heeft Ecoservice bij de aanbestedende dienst bezwaar aangetekend tegen het resultaat van de aanbestedingsprocedure, op grond dat de Combinatie niet beschikte over de vereiste kwalificaties. Ecoservice betoogde ten eerste dat geen van de leden van de Combinatie in de voorgaande drie jaren overeenkomsten voor inzameling en vervoer van gemengd gemeentelijk afval ten belope van 200 000 EUR kon hebben uitgevoerd. Ecoservice preciseerde in dit verband dat, aangezien Parsekas geen diensten voor het beheer van gemengd gemeentelijk afval verrichtte, de aanbestedende dienst haar had moeten vragen om toelichting bij haar verklaring dat zij overeenkomsten voor het beheer van gemengd afval ten belope van 235 510,79 EUR had uitgevoerd. Ecoservice voerde ten tweede aan dat de Combinatie niet beschikte over de vereiste technische bekwaamheid.

- 40 Op 17 december 2018 heeft de aanbestedende dienst dit bezwaar afgewezen en daarbij volgens de verwijzende rechter kortweg aangegeven dat de Combinatie had voldaan aan de twee kwalificatievoorwaarden waarop het bezwaar van Ecoservice betrekking had.
- 41 Op 27 december 2018 heeft Ecoservice bij de Klaipėdos apygardos teismas (rechter in eerste aanleg Klaipėda, Litouwen) beroep ingesteld tegen dit besluit, met name om de aanbestedende dienst ertoe te verplichten de inschrijving van de Combinatie en de correspondentie tussen de Combinatie en de aanbestedende dienst over te leggen. Ecoservice betoogde dat alle bewijsmiddelen aan de rechter moesten worden overgelegd, ongeacht de vertrouwelijke aard ervan, en voerde aan dat zij voor het nader formuleren van haar eigen vordering diende te beschikken over deze documenten, waarvan sommige niet vertrouwelijk waren.
- 42 Bij beschikking van 3 januari 2019 heeft deze rechter de aanbestedende dienst gelast om alle gevraagde documenten aan Ecoservice te doen toekomen.
- 43 Bij memorie van 11 januari 2019, ingediend na het genoemde bevel, heeft de aanbestedende dienst in de eerste plaats betoogd dat hij in het kader van de beoordeling van het bezwaar de Combinatie had verzocht om verduidelijking met betrekking tot de afvalbeheerovereenkomsten die deze had gesloten. De Combinatie zou de gevraagde informatie hebben verstrekt, waarbij zij had aangegeven dat een groot deel ervan vertrouwelijk was en daarom moest worden beschermd tegen bekendmaking aan derden. De aanbestedende dienst was bovendien van mening dat de gegevens van commerciële waarde waren voor de Combinatie en dat bekendmaking ervan aan concurrenten de Combinatie schade kon veroorzaken, zodat hij deze niet aan de rechter heeft meegedeeld om geen inbreuk te maken op artikel 20 van de wet inzake overheidsopdrachten. Hij heeft dus slechts de niet-vertrouwelijke informatie uit de inschrijving van de Combinatie overgelegd en daarbij aangegeven dat de vertrouwelijke informatie aan de rechter zou worden voorgelegd als deze er nogmaals om zou vragen.
- 44 In de tweede plaats verzocht de aanbestedende dienst om verwerping van het beroep, op grond dat hij dankzij de aanvullende verduidelijking die hij van de Combinatie had ontvangen en het bezoek aan het kantoor van de Combinatie kon bevestigen dat de betreffende inschrijving correct was beoordeeld.
- 45 Bij beschikking van 15 januari 2019 heeft de Klaipėdos apygardos teismas de verplichting tot overlegging van documenten beperkt tot de inschrijving van de Combinatie, met de bijlagen daarbij, en gelast deze uiterlijk 25 januari 2019 over te leggen.
- 46 Op 25 januari 2019 heeft de aanbestedende dienst de gevraagde documenten overgelegd aan deze rechter en daarbij onderscheid gemaakt naargelang deze al dan niet vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke informatie bevatten. De informatie die de Combinatie als vertrouwelijk had aangemerkt, zonder te zijn tegengesproken door de aanbestedende dienst, was uitsluitend aan de rechter gericht. De aanbestedende dienst zou de rechter overigens hebben verzocht om Ecoservice geen toegang te verlenen tot de vertrouwelijke informatie uit de inschrijving van de Combinatie en deze informatie aan te merken als niet-openbare delen van het dossier.
- 47 Bij beschikking van 30 januari 2019 heeft de rechter in eerste aanleg gehoor gegeven aan het verzoek van de aanbestedende dienst om de informatie uit de inschrijving van de Combinatie die hem waren overgelegd als vertrouwelijk aan te merken en niet openbaar te maken.

- 48 Op 14 februari 2019 heeft deze rechter, bij een niet voor beroep vatbare beschikking, het verzoek van Ecoservice van 11 februari 2019 om toegang tot het gehele dossier, afgewezen.
- 49 Op 21 februari 2019 heeft de rechter, bij een niet voor beroep vatbare beschikking, het verzoek van Ecoservice van 12 februari 2019 afgewezen. Dit verzoek strekte ertoe, Parsekas te gelasten om informatie betreffende door Parsekas gesloten afvalbeheerovereenkomsten over te leggen.
- 50 Bij vonnis van 15 maart 2019 heeft de Klaipėdos apygardos teismas het beroep van Ecoservice afgewezen, op grond dat de Combinatie de vereiste kwalificaties bezat.
- 51 De Lietuvos apeliacinis teismas (rechter in tweede aanleg, Litouwen), waarbij Ecoservice hoger beroep heeft ingesteld, heeft bij arrest van 30 mei 2019 het vonnis van de rechter in eerste aanleg vernietigd en het besluit van de aanbestedende dienst tot rangschikking van de inschrijvingen nietig verklaard. De appelrechter heeft de aanbestedende dienst daarnaast gelast om de inschrijvingen opnieuw te beoordelen.
- 52 De aanbestedende dienst heeft daarop cassatieberoep ingesteld bij de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in bestuurlijke en strafzaken, Litouwen).
- 53 Op 26 juli 2019 heeft Ecoservice, vóór de indiening van haar verweerschrift in het cassatieberoep, de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas verzocht om toegang tot de vertrouwelijke documenten die de aanbestedende dienst bij de behandeling in eerste aanleg had overgelegd, na onleesbaar maken van de commercieel gevoelige informatie.
- 54 In de eerste plaats merkt de verwijzende rechter op dat bepaalde kwalificatie-eisen voor inschrijvers in aankondiging van oproep tot indiening van inschrijvingen net zo goed kunnen worden beschouwd als voorwaarden betreffende de financiële en economische draagkracht van de onderneming, dan als voorwaarden betreffende de technische en beroepsbekwaamheid ervan, maar ook als technische specificaties of zelfs als voorwaarden voor de uitvoering van de overheidsopdracht.
- 55 Volgens deze rechter dient de aard van deze eisen te worden vastgesteld vast te stellen, aangezien overeenkomstig artikel 45, lid 3, en artikel 55, lid 9, van de wet inzake overheidsopdrachten, de verplichting of de mogelijkheid om een verklaring van een inschrijver te rectificeren afhangt van de vraag of de litigieuze informatie de kwalificatie van de inschrijver betreft, of van de inschrijving die hij heeft ingediend.
- 56 In de tweede plaats rijst volgens de verwijzende rechter de vraag hoe de bescherming van de vertrouwelijke informatie die een inschrijver heeft verstrekt moet worden afgewogen tegen de doeltreffendheid van het recht op verdediging van de andere inschrijvers.
- 57 In het onderhavige geval zou Ecoservice tevergeefs hebben geprobeerd om toegang te krijgen tot de inschrijving van de Combinatie. De aanbestedende dienst zou zelf op zeer actieve wijze voorrang hebben gegeven aan het recht van de Combinatie op bescherming van diens vertrouwelijke informatie. Deze handelwijze, die in Litouwen vaak zou voorkomen, zou ertoe leiden dat de rechten van inschrijvers slechts gedeeltelijk worden beschermd. In aanbestedingsgeschillen zouden afgewezen inschrijvers namelijk over minder informatie beschikken dan de andere partijen bij die geschillen. Bovendien zou de daadwerkelijke bescherming van hun rechten afhangen van de beslissing van de rechter om de informatie

waarom zij verzoeken al dan niet als vertrouwelijk aan te merken. Een beslissing van de rechter tot afwijzing van een verzoek om mededeling van dergelijke informatie kan echter de kans verkleinen dat het beroep van een afgewezen inschrijver tegen het gunningsbesluit slaagt.

- 58 De verwijzende rechter zet ten eerste uiteen dat hij op aanbestedingsgebied met name heeft geoordeeld dat het in artikel 20 van de wet inzake overheidsopdrachten neergelegde recht van inschrijvers op bescherming van de vertrouwelijke informatie die zij in hun inschrijving hebben opgenomen, slechts betrekking heeft op informatie die krachtens artikel 1.116, lid 1, van het burgerlijk wetboek van de Republiek Litouwen als bedrijfs- of fabrieksgeheim moet worden aangemerkt, hetgeen in wezen overeenkomt met de bepalingen van richtlijn 2016/943. Ten tweede moet het recht van een inschrijver op toegang tot de inschrijving van een andere inschrijver volgens hem worden beschouwd als integraal onderdeel van de bescherming van de rechten die mogelijk zijn geschonden.
- 59 De verwijzende rechter vraagt zich echter af wat de verplichtingen van aanbestedende diensten tot bescherming van de vertrouwelijkheid van de informatie die zij van inschrijvers ontvangen, precies inhouden, en wat de verhouding is tussen deze verplichtingen en de verplichting om aan ondernemers die beroep instellen een effectieve rechterlijke bescherming te garanderen. Deze rechter is van oordeel dat, hoewel het Hof in het arrest van 14 februari 2008, *Varec* (C-450/06, EU:C:2008:91), heeft benadrukt dat procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten gebaseerd zijn op een vertrouwensrelatie tussen de ondernemers en de aanbestedende diensten, artikel 9, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2016/943, dat recenter is dan dat arrest, bepaalt dat de procespartijen in elk geval over dezelfde informatie moeten beschikken, omdat anders hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een eerlijk proces wordt geschonden. De verwijzende rechter precificeert dat, aangezien deze bepaling de rechter verplicht om het recht van ondernemers om kennis te nemen van de bedrijfsgeheimen van een procespartij te waarborgen, mogelijk ook moet worden erkend dat zij dit recht ook voorafgaand aan een contentieuze procedure kunnen uitoefenen, met name om met volledige kennis van zaken te kunnen besluiten tot het instellen van beroep.
- 60 Deze rechter merkt op dat er echter een risico bestaat dat bepaalde ondernemers misbruik maken van dit recht, door de aanbestedende dienst uitsluitend aan te zoeken teneinde informatie over hun concurrenten te verkrijgen, in plaats van om hun rechten te verdedigen. Hij merkt op dat deze ondernemers hoe dan ook toch de mogelijkheid hebben om de gewenste informatie te verkrijgen door een zaak bij de rechter aanhangig te maken.
- 61 De verwijzende rechter stelt vast dat richtlijn 2016/943, met uitzondering van overweging 18 ervan, geen specifieke bepaling bevat betreffende aanbestedingsprocedures. Hij benadrukt dat aanbestedende diensten, ook al zijn zij geen beroepsinstantie, in het kader van de dwingende regeling betreffende de precontentieuze fase van geschillen in het interne recht een ruime macht krijgen om met ondernemers samen te werken, of dit nu verzoekende of verwerende partijen zijn. Vanwege de doelstelling om aan deze ondernemingen een doeltreffende bescherming van hun rechten te waarborgen, zouden aanbestedende diensten eveneens, voor zover zij daartoe de bevoegdheid en de middelen hebben, de nodige maatregelen moeten nemen om die ondernemingen de mogelijkheid te bieden hun geschonden belangen op doeltreffende wijze te verdedigen. Artikel 21 van richtlijn 2014/24 en de corresponderende bepalingen van richtlijn 89/665 moeten dus mogelijk aldus worden uitgelegd dat inschrijvers niet alleen in het kader van een gerechtelijke procedure toegang kunnen krijgen tot bedrijfsgeheimen van andere inschrijvers, maar ook in de daaraan voorafgaande fase van het administratief beroep.

- 62 In de derde plaats wil de verwijzende rechter ambtshalve de vraag opwerpen hoe de handelingen van de Combinatie moeten worden beoordeeld in het licht van artikel 57, lid 4, onder h), van richtlijn 2014/24, dat wil zeggen de vraag of de Combinatie, of althans bepaalde leden ervan, de aanbestedende dienst onjuiste informatie heeft verstrekt betreffende de overeenstemming tussen hun bekwaamheid en de voorschriften in de oproep tot indiening van inschrijvingen.
- 63 De verwijzende rechter leidt uit de rechtspraak van het Hof af dat de informatie die Parsekas heeft verstrekt een geval van nalatigheid in het overleggen van informatie kan zijn, dat van invloed is geweest op de resultaten van de aanbestedingsprocedure. In dit verband meent deze rechter dat Parsekas geen omzet had mogen opgeven uit overeenkomsten die waren gesloten en werden uitgevoerd met andere ondernemers, die het deel van de diensten met betrekking tot het gemengde afval verrichtten, noch uit overeenkomsten die Parsekas zelf heeft uitgevoerd maar waarbij het beheer van gemengd afval slechts een miniem deel van het betreffende afval uitmaakte.
- 64 De verwijzende rechter, die opmerkt dat de rechtspraak van het Hof inzake artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 gebaseerd is op de bijzondere wederzijdse vertrouwensband tussen de aanbestedende dienst en de betrokken leverancier, vraagt zich in dit verband voorts af of een nationale rechter kan afwijken van de beoordeling van de aanbestedende dienst wat betreft het al of niet onjuiste of misleidende karakter van de informatie die hem tijdens de aanbestedingsprocedure is verstrekt.
- 65 De verwijzende rechter vraagt zich tot slot af of, wanneer een ondernemer die partij is bij een overeenkomst inzake gemeenschappelijke werkzaamheden eventueel onjuiste informatie heeft verstrekt, ook de contractpartners waarmee hij de gemeenschappelijke inschrijving heeft ingediend, krachtens artikel 46, lid 4, punt 4, en artikel 52 van de wet inzake overheidsopdrachten moeten worden opgenomen op de „Lijst van leveranciers die onjuiste informatie hebben verstrekt”, zodat zij gedurende een jaar niet kunnen inschrijven op openbare aanbestedingen van andere aanbestedende diensten.
- 66 Deze oplossing, die kan worden gegrond op de solidariteit alsook de gemeenschappelijke belangen en aansprakelijkheid van alle ondernemers in het partnerschap, lijkt niettemin strijdig te zijn met het beginsel van individuele aansprakelijkheid van deze ondernemers, op grond waarvan uitsluitend de ondernemer die onjuiste informatie heeft verstrekt, kan worden gestraft.
- 67 In deze omstandigheden heeft de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Valt een aanbestedingsvoorwaarde volgens welke leveranciers moeten aantonen een bepaalde gemiddelde jaaromzet te behalen uit activiteiten die uitsluitend verband houden met de [verrichting] van specifieke diensten (beheer van gemengd gemeentelijk afval), binnen de werkingssfeer van lid 3 of van lid 4 van artikel 58 van richtlijn [2014/24]?
- 2) Is het antwoord op de eerste vraag relevant voor de door het Hof in zijn arrest van 4 mei 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338), uiteengezette beoordelingsmethode voor de bekwaamheid van de leverancier?

- 3) Valt een aanbestedingsvoorwaarde volgens welke leveranciers moeten aantonen dat de voertuigen die noodzakelijk zijn voor het verrichten van [afvalbeheerdiensten] voldoen aan de specifieke technische voorschriften, betreffende onder meer vervuilende emissies (Euro 5-norm), de installatie van een GPS-zender, de opslagcapaciteit, enzovoort, binnen de werkingssfeer van artikel 58, lid 4, van richtlijn 2014/24, artikel 42 juncto bijlage VII van deze richtlijn en/of artikel 70 ervan?
- 4) Moeten artikel 1, lid 1, [vierde] alinea, van richtlijn [89/665], waarin het beginsel van de doeltreffendheid van beroepsprocedures is neergelegd, de leden 3 en 5 van dat artikel, artikel 21 van richtlijn 2014/24 en richtlijn [2016/943], in het bijzonder overweging 18 en artikel 9, lid 2, derde alinea, daarvan (samen of afzonderlijk beschouwd, maar niet exhaustief), aldus worden uitgelegd dat wanneer het nationale aanbestedingsrecht voorziet in een bindende procedure voor precontentieuze geschillenbeslechting:
 - a) de aanbestedende dienst de leverancier die een beroep heeft ingesteld, alle gegevens van de inschrijving van een andere leverancier (ongeacht het [eventuele] vertrouwelijke karakter ervan) moet verschaffen, als dat beroep specifiek betrekking heeft op de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van de andere leverancier en de leverancier die het beroep heeft ingesteld de aanbestedende dienst vooraf uitdrukkelijk heeft verzocht die te verschaffen;
 - b) ongeacht het antwoord op de vorige vraag, de aanbestedende dienst, bij verwerping van het beroep van de leverancier inzake de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van zijn concurrent hoe dan ook een duidelijk, volledig en specifiek antwoord moet geven, ongeacht het risico dat de hem toevertrouwde vertrouwelijke informatie over de inschrijving openbaar wordt gemaakt?
- 5) Moeten artikel 1, lid 1, [vierde] alinea, artikel 1, leden 3 en 5, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665, artikel 21 van richtlijn 2014/24 en richtlijn 2016/943, in het bijzonder overweging 18 ervan (samen of afzonderlijk beschouwd, maar niet exhaustief), aldus worden uitgelegd dat het besluit van de aanbestedende dienst om een leverancier geen toegang te verlenen tot de vertrouwelijke informatie over de inschrijving van een andere deelnemer, een beslissing is waartegen afzonderlijk bij de rechter kan worden opgekomen?
- 6) Indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665 dan aldus worden uitgelegd dat de leverancier bij de aanbestedende dienst beroep tegen dat besluit moet instellen en zich zo nodig tot de rechter moet wenden?
- 7) Indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, moeten artikel 1, lid 1, [vierde] alinea, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665 dan aldus worden uitgelegd dat de leverancier, afhankelijk van de omvang van de beschikbare informatie over de inhoud van de inschrijving van de andere leverancier, bij de rechter een beroep kan instellen dat uitsluitend betrekking heeft op de weigering om hem de informatie te verschaffen, zonder de rechtmatigheid van andere besluiten van de aanbestedende dienst ter discussie te stellen?
- 8) Ongeacht het antwoord op de vorige vragen, moet artikel 9, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2016/943 aldus worden uitgelegd dat de rechter, na ontvangst van het verzoek van de verzoekende partij om de wederpartij in het geding te gelasten bewijsmateriaal over te leggen en om dit vervolgens ter beschikking van de verzoekende partij te stellen, een dergelijk verzoek moet toewijzen, ongeacht de gedraging van de aanbestedende dienst in het kader van de aanbestedingsprocedures of de beroepsprocedures?

- 9) Moet artikel 9, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2016/943 aldus worden uitgelegd dat de rechter, na het verzoek van de verzoekende partij om openbaarmaking van vertrouwelijke informatie van de wederpartij te hebben afgewezen, ambtshalve het belang van de gegevens waarvan om openbaarmaking wordt verzocht, en de gevolgen daarvan voor de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure moet beoordelen?
- 10) Kan de in artikel 57, lid 4, onder h), van richtlijn 2014/24 bedoelde grond voor uitsluiting van leveranciers, gelet op het arrest van het Hof van 3 oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* (C-267/18, EU:C:2019:826), aldus worden toegepast dat de rechter in het kader van zijn beoordeling van een geschil tussen een leverancier en de aanbestedende dienst, ambtshalve, los van de beoordeling van de aanbestedende dienst, kan beslissen dat de betrokken inschrijver opzettelijk of uit onachtzaamheid misleidende en feitelijk onjuiste informatie aan de aanbestedende dienst heeft verstrekt en dat die inschrijver daarom moest worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure?
- 11) Moet artikel 57, lid 4, onder h), van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met het in artikel 18, lid 1, van die richtlijn neergelegde evenredigheidsbeginsel, aldus worden uitgelegd en toegepast dat, wanneer het nationale recht voorziet in aanvullende sancties (naast uitsluiting van deelname aan aanbestedingsprocedures) voor het verstrekken van onjuiste informatie, die sancties alleen kunnen worden toegepast op grond van persoonlijke aansprakelijkheid, met name wanneer slechts een deel van de [ondernemers] die gezamenlijk aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen feitelijk onjuiste informatie heeft verstrekt (bijvoorbeeld één van meerdere partners)?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

- 68 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 58 van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat de verplichting van ondernemers om aan te tonen dat zij een bepaalde gemiddelde jaaromzet behalen op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een selectie criterium is dat betrekking heeft op hun economische en financiële draagkracht in de zin van lid 3 van deze bepaling, dan wel op hun technische en beroepsbekwaamheid in de zin van lid 4 van de genoemde bepaling.
- 69 In dit verband zij erop gewezen dat artikel 58, lid 1, van richtlijn 2014/24 de drie typen selectiecriteria opsomt die aanbestedende diensten als voorwaarden voor deelname aan ondernemers kunnen opleggen. Deze criteria, die betrekking hebben op de geschiktheid om de betreffende beroepsactiviteit uit te oefenen, op de economische en financiële draagkracht en op de technische en beroepsbekwaamheid van de ondernemers, worden nader geregeld in respectievelijk de leden 2 tot en met 4 van dat artikel.
- 70 Bovendien volgt uit artikel 58, lid 3, van deze richtlijn dat aanbestedende diensten met name kunnen eisen dat de ondernemers een bepaalde minimumjaaromzet hebben, met name een minimumomzet op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft, om zich ervan te verzekeren dat deze ondernemers beschikken over de nodige economische en financiële draagkracht om de opdracht uit te voeren.

- 71 Hieruit volgt dat de eis aan ondernemers om aan te tonen dat zij een bepaalde gemiddelde jaaromzet behalen op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft, precies overeenkomt met de definitie van het selectie criterium inzake hun economische en financiële draagkracht in de zin van artikel 58, lid 3, van richtlijn 2014/24, en dus valt onder dat criterium. Overigens blijkt uit bijlage XII van deze richtlijn, betreffende „[b]ewijsmiddelen voor selectiecriteria”, meer in het bijzonder deel I van deze bijlage, waarnaar artikel 60, lid 3, van deze richtlijn verwijst, dat „de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is” voorkomt op de niet-exhaustieve lijst van middelen waarmee de financiële en economische draagkracht van een ondernemer kan worden aangetoond, hetgeen deze uitlegging bevestigt.
- 72 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 58 van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat de verplichting van ondernemingen om aan te tonen dat zij een bepaalde gemiddelde jaaromzet behalen op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een selectie criterium is dat betrekking heeft op de economische en financiële draagkracht van deze ondernemers, in de zin van lid 3 van deze bepaling.

Tweede vraag

- 73 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de gecombineerde bepalingen van artikel 58, lid 3, en artikel 60, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat, indien de aanbestedende dienst vereist dat de ondernemers een bepaalde minimumomzet hebben behaald op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een ondernemer zich voor het aantonen van zijn economische en financiële draagkracht niet kan beroepen op de inkomsten van een tijdelijke combinatie van ondernemingen waartoe hij heeft behoord, tenzij hij in het kader van een bepaalde overheidsopdracht daadwerkelijk heeft bijgedragen aan de uitvoering van werkzaamheden van die combinatie die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden in het kader van de overheidsopdracht waarvoor de betreffende ondernemer zijn economische en financiële draagkracht wil aantonen.
- 74 Om zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen in de zin van artikel 58, lid 3, van richtlijn 2014/24, kan een ondernemer in de regel, overeenkomstig artikel 60, lid 3, eerste alinea, van deze richtlijn, aan de aanbestedende dienst een of meer referenties overleggen die worden opgesomd in bijlage XII, deel I, bij deze richtlijn. Artikel 60, lid 3, tweede alinea, van de richtlijn bepaalt zelfs dat, wanneer de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, hij zijn economische en financiële draagkracht kan aantonen met andere documenten die de aanbestedende dienst geschikt acht.
- 75 Zoals blijkt uit artikel 58, lid 3, van richtlijn 2014/24, kunnen de aanbestedende diensten inzonderheid eisen dat de ondernemers een bepaalde minimumjaaromzet behalen, met name een bepaalde minimumomzet op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft.
- 76 Uit deze bepaling blijkt dus dat een aanbestedende dienst, wanneer deze de voorwaarden vaststelt die waarborgen dat de ondernemers de nodige economische en financiële draagkracht bezitten om de opdracht uit te voeren, kan eisen dat de ondernemers een bepaalde totale minimumjaaromzet hebben behaald, of een bepaalde minimumomzet op het gebied waarop de betreffende overheidsopdracht betrekking heeft. Een combinatie van deze twee eisen is ook mogelijk.

- 77 Indien de aanbestedende dienst uitsluitend als voorwaarde heeft gesteld dat een bepaalde minimumjaaronzet moet zijn behaald, zonder te eisen dat deze minimumomzet is behaald op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft, staat niets eraan in de weg dat een ondernemer zich kan beroepen op de inkomsten behaald door een tijdelijke combinatie van ondernemingen waar hij deel van uitmaakte, ook al heeft hij in het kader van een bepaalde overheidsopdracht niet daadwerkelijk bijgedragen aan de uitvoering van werkzaamheden van die combinatie die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden in het kader van de overheidsopdracht waarvoor deze ondernemer zijn economische en financiële draagkracht wil aantonen.
- 78 Indien de aanbestedende dienst daarentegen heeft geëist dat die minimumjaaronzet moet zijn behaald op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft, dient deze eis een dubbel doel. Hij dient namelijk om de economische en financiële draagkracht van de ondernemers vast te stellen en draagt bij aan de vaststelling van hun technische en beroepsbekwaamheid. In dat geval gaat het – zoals ook het geval is voor de technische en beroepsbekwaamheid – uitsluitend om de eigen economische en financiële draagkracht van de ondernemer als natuurlijke of rechtspersoon.
- 79 Hieruit volgt dat een ondernemer in dit laatste geval zich voor het aantonen van zijn economische en financiële draagkracht in het kader van een aanbestedingsprocedure uitsluitend kan beroepen op de omzet van een tijdelijke combinatie van ondernemingen waartoe hij heeft behoord indien hij daadwerkelijk, in het kader van een bepaalde overheidsopdracht, heeft bijgedragen aan werkzaamheden van die combinatie die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden in het kader van de overheidsopdracht waarvoor deze ondernemer zijn economische en financiële draagkracht wil aantonen.
- 80 Wanneer een ondernemer een beroep doet op de economische en financiële draagkracht van een combinatie van ondernemingen waaraan hij heeft deelgenomen, moet deze draagkracht namelijk worden beoordeeld aan de hand van de concrete deelneming van deze ondernemer en dus van zijn daadwerkelijke bijdrage aan de uitoefening van in het kader van een bepaalde overheidsopdracht van die combinatie vereiste werkzaamheden (zie naar analogie arrest van 4 mei 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338, punt 62).
- 81 In de context van artikel 58, lid 3, van richtlijn 2014/24 moet in het geval van punt 78 van het onderhavige arrest dus de omzet waarop de betreffende ondernemer zich uit hoofde van die bepaling kan beroepen, worden beperkt tot de omzet uit zijn daadwerkelijke bijdrage aan de van een combinatie vereiste werkzaamheden in het kader van een eerdere overheidsopdracht.
- 82 Op de tweede vraag moet dus worden geantwoord dat de gecombineerde bepalingen van artikel 58, lid 3, en artikel 60, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat, indien de aanbestedende dienst vereist dat de ondernemers een bepaalde minimumomzet hebben behaald op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een ondernemer zich om zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen niet kan beroepen op de inkomsten van een tijdelijke combinatie van ondernemingen waartoe hij heeft behoord, tenzij hij in het kader van een bepaalde overheidsopdracht daadwerkelijk heeft bijgedragen aan de uitvoering van werkzaamheden van die combinatie die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden in het kader van de overheidsopdracht waarvoor de betreffende ondernemer zijn economische en financiële draagkracht wil aantonen.

Derde vraag

- 83 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 58, lid 4, en de artikelen 42 en 70 van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat zij gelijktijdig kunnen worden toegepast op een technisch voorschrift in een oproep tot indiening van inschrijvingen.
- 84 Wat dit betreft moet worden vastgesteld dat richtlijn 2014/24 niet uitsluit dat technische voorschriften tegelijk kunnen worden opgevat als selectiecriteria met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid, en als technische specificaties en/of voorwaarden voor de tenuitvoerlegging van de overheidsopdracht, in de zin van, respectievelijk, artikel 58, lid 4, artikel 42 en artikel 70 van deze richtlijn.
- 85 Wat betreft de selectiecriteria met betrekking tot de „technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid” van ondernemers in de zin van artikel 58, lid 4, van richtlijn 2014/24, moet worden opgemerkt dat tot de bewijsmiddelen om deze bekwaamheden aan te tonen, opgesomd in bijlage XII, deel II, van deze richtlijn, ook behoren: „een vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer die de ondernemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de opdracht” (punt g), en „een verklaring welke de outillage, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener of de aannemer voor het verlenen van de opdracht beschikt” (punt i).
- 86 Indien dergelijke bewijsmiddelen blijken kunnen geven van de „technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid” van ondernemers, lijken technische voorschriften zoals die betreffende vervuilende emissies van voertuigen (de Euro 5-norm) of de verplichting om deze voertuigen uit te rusten met een GPS-zender, die in dit geval aan de orde zijn, te kunnen slaan op de „technische middelen” van ondernemers en daarmee te kunnen worden aangemerkt als selectiecriteria betreffende hun „technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid” in de zin van artikel 58, lid 4, voor zover de aanbestedingsdocumentatie bepaalt dat deze voorschriften specifiek worden opgelegd als bekwaamheden waarvan de inschrijvers moeten aantonen erover te beschikken, of dat op tijd te zullen doen, om de overheidsopdracht uit te voeren, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.
- 87 Wat betreft de „technische specificaties” in de zin van artikel 42 van richtlijn 2014/24, blijkt uit lid 3 van dit artikel dat deze specificaties de „vereiste kenmerken” definiëren van de diensten waarop een aanbesteding betrekking heeft, en dat deze zijn geformuleerd als prestatie- of functionele eisen, met name op milieugebied, of door verwijzing naar technische normen. Lid 1 van dat artikel verwijst overigens naar bijlage VII bij de genoemde richtlijn, waarvan punt 1, onder b), inzake overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten bepaalt dat een technische specificatie „voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst, zoals [...] het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties [...]”. De technische voorschriften in het hoofdgeding, die daadwerkelijk zijn geformuleerd als prestatie- of functionele eisen en met name verwijzen naar de Euro 5-norm voor vervuilende emissies van voertuigen, kunnen dus ook vallen onder het begrip „technische specificaties”.
- 88 Tot slot, aangezien de genoemde voorschriften bijzondere voorwaarden stellen aangaande de uitvoering van een overheidsopdracht, verband lijken te houden met het voorwerp van die opdracht en zijn opgenomen in de aankondiging van de oproep tot indiening van inschrijvingen of de aanbestedingsdocumenten, en daarin rekening wordt gehouden met innovatie- en milieuoverwegingen, kunnen zij ook vallen onder het begrip „voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd” in de zin van artikel 70 van richtlijn 2014/24, voor zover uit de

aanbestedingsdocumentatie blijkt dat deze voorschriften worden opgelegd als voorwaarden die de opdrachtnemer moet eerbiedigen bij de uitvoering van de opdracht, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

- 89 Wat dit betreft moet worden opgemerkt dat de naleving van de voorwaarden voor uitvoering van een overheidsopdracht niet bij gunning moet worden beoordeeld. Hieruit volgt dat, indien het voorschrift in kwestie als uitvoeringsvoorwaarde was gekwalificeerd en de opdrachtnemer er bij gunning van de opdracht niet aan voldeed, de niet-naleving van deze voorwaarde geen invloed had op de verenigbaarheid van de gunning van de opdracht aan de Combinatie met de bepalingen van richtlijn 2014/24.
- 90 Een vereiste in een oproep tot indiening van inschrijvingen, zoals het voorschrift in het hoofdgeding, kan dus worden gekwalificeerd als selectie criterium met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid of als technische specificatie, of zelfs als voorwaarde voor uitvoering van de opdracht. Voorts, aangezien de verwijzende rechter zich in het bijzonder afvraagt of de voorschriften in het hoofdgeding verenigbaar zijn met het Unierecht, dient te worden opgemerkt dat de artikelen 42 en 70 van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat zij er zich in beginsel niet tegen verzetten dat voorschriften die bepaalde technische kenmerken preciseren van voertuigen die bestemd zijn voor de verrichting van diensten waarop een aanbesteding betrekking heeft, worden opgelegd in het kader van de oproep tot indiening van inschrijvingen voor die aanbesteding, mits de grondbeginselen van openbare aanbestedingen, zoals neergelegd in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn, worden geëerbiedigd.
- 91 Benadrukt moet worden dat de verwijzende rechter zich in het kader van de derde vraag eveneens afvraagt of de kwalificatie van de voorschriften in kwestie van invloed kan zijn op de mogelijkheden tot rectificatie en correctie van de ingediende inschrijvingen.
- 92 In dit verband moet worden opgemerkt dat, overeenkomstig artikel 56, lid 3, van richtlijn 2014/24, wanneer de door de ondernemers in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de aanbestedende diensten, tenzij het nationale recht dat deze richtlijn uitvoert anders bepaalt, de betrokken ondernemers kunnen verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.
- 93 Zoals blijkt uit vaste rechtspraak inzake de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), die met name gebaseerd is op het beginsel van gelijke behandeling en naar analogie moet worden toegepast in de context van het genoemde artikel 56, lid 3, kan een verzoek om precisering aan een ondernemer uit hoofde van deze bepaling niet het ontbreken verhelpen van een stuk of van informatie die volgens de aanbestedingsstukken verplicht diende te worden verstrekt, aangezien de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht dient te nemen. Bovendien mag een dergelijk verzoek er niet toe leiden dat een betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient (zie naar analogie arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punt 40; 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punten 36 en 40, en 28 februari 2018, MA.T.I. SUD en Duemme SGR, C-523/16 en C-536/16, EU:C:2018:122, punten 51 en 52).

- 94 Uit het voorgaande volgt dat de omvang van het recht dat de aanbestedende dienst heeft om opdrachtnemers hun oorspronkelijke inschrijving naderhand te laten aanvullen of verduidelijken, afhangt van de eerbiediging van artikel 56, lid 3, van richtlijn 2014/24 wordt nageleefd, met name gelet op de eisen uit hoofde van het beginsel van gelijke behandeling, en niet als zodanig van de kwalificatie van de voorschriften in het hoofding als selectiecriteria betreffende „technische en beroepsbekwaamheid” van de ondernemers in de zin van artikel 58, lid 4, van deze richtlijn, als „technische specificaties” in de zin van artikel 42 ervan, of als „voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd” in de zin van artikel 70 van de richtlijn.
- 95 Op de derde vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 58, lid 4, en de artikelen 42 en 70 van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat zij gelijktijdig kunnen worden toegepast op een technisch voorschrift in een oproep tot indiening van inschrijvingen.

Vierde tot en met negende vraag

Opmerkingen vooraf

- 96 Aangezien de vierde, de vijfde, de achtste en de negende vraag betrekking hebben op de uitlegging van bepalingen van richtlijn 2016/943, moet worden vastgesteld of deze richtlijn van toepassing is op een situatie waarin een aanbestedende dienst door een inschrijver wordt verzocht om als vertrouwelijk beschouwde informatie uit de inschrijving van een concurrent mee te delen, en in voorkomend geval bij deze dienst in het kader van een verplichte precontentieuze procedure bezwaar wordt aangetekend tegen het besluit waarbij het verzoek is afgewezen, en of zij van toepassing is wanneer beroep bij een rechterlijke instantie wordt ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst tot afwijzing van het bezwaar.
- 97 Gelet op het onderwerp ervan, zoals bepaald in artikel 1, lid 1, gelezen in samenhang met overweging 4 ervan, heeft richtlijn 2016/943 uitsluitend betrekking op het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken van bedrijfsgeheimen. De richtlijn bevat geen maatregelen ter bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsgeheimen in andere gerechtelijke procedures, zoals openbare aanbestedingsprocedures.
- 98 Voorts bepaalt artikel 4, lid 2, onder a), van deze richtlijn dat de verkrijging van een bedrijfsgeheim zonder de toestemming van de houder van het bedrijfsgeheim als onrechtmatig wordt beschouwd wanneer de verkrijging gebeurde door middel van onbevoegde toegang tot of het zich onbevoegd toe-eigenen of kopiëren van documenten, voorwerpen, materialen, substanties of elektronische bestanden waarover de houder van het bedrijfsgeheim rechtmatig beschikt en die het bedrijfsgeheim bevatten of waaruit het bedrijfsgeheim kan worden afgeleid.
- 99 Daarenboven laat richtlijn 2016/943 blijkens artikel 1, lid 2, onder c), ervan de toepassing van Unie- of nationale regels onverlet, die instellingen en organen van de Unie of nationale overheidsinstanties voorschrijven of toestaan de door bedrijven ingediende informatie waarover deze instellingen, organen of instanties beschikken krachtens, en in overeenstemming met, in het Unierecht of het nationaal recht omschreven verplichtingen en prerogatieven, openbaar te maken. Overweging 18 van deze richtlijn, in het licht waarvan deze bepaling moet worden uitgelegd, verduidelijkt dat zij overheidsinstanties niet ontheft van de vertrouwelijkheidsverplichtingen die zij hebben ten aanzien van informatie die afkomstig is van houders van bedrijfsgeheimen,

ongeacht of deze verplichtingen in het Unie- of nationale recht zijn opgenomen. Richtlijn 2016/943 ontheft overheidsinstanties dus niet van de vertrouwelijkheidsverplichtingen die kunnen voortvloeien uit richtlijn 2014/24.

- 100 Ten slotte bepaalt artikel 3, lid 2, van richtlijn 2016/943 dat het verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim als rechtmatig wordt beschouwd voor zover dit verkrijgen, gebruiken of openbaar maken bij het Unie- of nationale recht vereist of toegestaan is.
- 101 In dit verband zij opgemerkt dat artikel 21 van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met overweging 51 ervan, bepaalt dat de aanbestedende dienst de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, in beginsel niet bekendmaakt, en dat deze dienst aan een ondernemer eisen kan stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt, gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen.
- 102 Teneinde de verwijzende rechter van een nuttig antwoord te voorzien, zal het Hof daarom uitlegging geven van de relevante bepalingen van de richtlijnen 2014/24 en 89/665 die met name de bijzondere regels preciseren die van toepassing zijn op de aanbestedende diensten en de nationale rechterlijke instanties met betrekking tot de bescherming van de vertrouwelijkheid van de documenten die in het kader van aanbestedingsprocedures bij hen zijn ingediend.

Vijfde tot en met zevende vraag

- 103 Met zijn vijfde tot en met zevende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, vierde alinea, artikel 1, leden 3 en 5, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat het besluit van een aanbestedende dienst tot afwijzing van een verzoek van een ondernemer om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in het dossier van een andere gegadigde of inschrijver een voor beroep vatbare handeling is, en dat een beroep bij de rechter tegen dat besluit moet worden voorafgegaan door een administratief beroep indien de lidstaat op het grondgebied waarvan de betreffende aanbestedingsprocedure loopt een precontentieuze procedure verplicht heeft gesteld voor besluiten van aanbestedende diensten.
- 104 In dit verband volgt uit artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 dat de lidstaten, met name wat betreft aanbestedingsprocedures die vallen binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24, de nodige maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van richtlijn 89/665, op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn. Volgens artikel 1, lid 3, van deze richtlijn moeten deze beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.
- 105 Uit de rechtspraak van het Hof volgt bovendien dat de zinsnede „door de aanbestedende diensten genomen besluiten” ruim moet worden uitgelegd. Artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 veronderstelt namelijk door het gebruik van de bewoordingen „met betrekking tot opdrachten”, dat ieder besluit van een aanbestedende dienst dat valt onder de uit het recht van de Unie voortvloeiende regels inzake overheidsopdrachten en dat tegen die regels kan indruisen, aan het in artikel 2 tot en met 2 septies van die richtlijn bedoelde rechterlijk toezicht is

onderworpen. Die bepaling verwijst dus algemeen naar de besluiten van een aanbestedende dienst, zonder onderscheid tussen die besluiten op grond van de inhoud of het moment van vaststelling ervan. De bepaling voorziet evenmin in beperkingen ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten (zie in die zin arrest van 5 april 2017, *Marina del Mediterráneo e.a.*, C-391/15, EU:C:2017:268, punten 26 en 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 106 Deze ruime uitlegging van het begrip „voor beroep vatbare besluiten” die het Hof met name tot het oordeel heeft gebracht dat een besluit van een aanbestedende dienst waarbij een ondernemer tot een aanbestedingsprocedure wordt toegelaten, een besluit in de zin van artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 vormt (arrest van 5 april 2017, *Marina del Mediterráneo e.a.*, C-391/15, EU:C:2017:268, punt 28, en zie in die zin met betrekking tot lid 3 van deze bepaling, beschikking van 14 februari 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco*, C-54/18, EU:C:2019:118, punt 36), moet eveneens gelden voor een besluit van een aanbestedende dienst tot afwijzing van een verzoek van een ondernemer om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie die een gegadigde of inschrijver heeft verstrekt.
- 107 Voor zover de verwijzende rechter met zijn zevende vraag in wezen wenst te vernemen of een afgewezen inschrijver een beroep in rechte kan instellen dat uitsluitend betrekking heeft op de weigering om hem de als vertrouwelijk beschouwde informatie mee te delen, zonder ook de rechtmatigheid van de andere besluiten van de aanbestedende dienst te bestrijden, is het allereerst voldoende om vast te stellen dat richtlijn 89/665 geen bepalingen bevat die zich ertegen verzetten dat een dergelijke inschrijver een beroep instelt tegen de afwijzing van de aanbestedende dienst om hem die informatie mee te delen, ongeacht de inhoud of de omvang van dat besluit.
- 108 Deze vaststelling wordt vervolgens, zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in de punten 77 en 78 van zijn conclusie, bevestigd door de in artikel 1, lid 1, vierde alinea, van deze richtlijn vermelde doelstellingen van doeltreffendheid en snelheid.
- 109 Wat tot slot de vraag betreft of een beroep in rechte tegen een besluit waarbij de aanbestedende dienst een ondernemer weigert als vertrouwelijk beschouwde informatie mede te delen die een gegadigde of inschrijver heeft verstrekt, moet worden voorafgegaan door een administratief beroep als de lidstaat op het grondgebied waarvan de betreffende aanbestedingsprocedure loopt in een verplichte precontentieuze procedure voorziet, moet worden opgemerkt dat, hoewel artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665 bepaalt dat de lidstaten kunnen verlangen dat de betrokkene eerst beroep instelt bij de aanbestedende dienst alvorens zich tot de rechter te wenden, deze bepaling echter noch deze beroepsprocedure noch de modaliteiten ervan regelt.
- 110 Wanneer derhalve de lidstaat op het grondgebied waarvan de betreffende aanbestedingsprocedure loopt overeenkomstig artikel 1, lid 5, van de genoemde richtlijn heeft bepaald dat eenieder die een besluit van de aanbestedende dienst wil betwisten, voorafgaand aan enig beroep bij de rechter administratief beroep moet instellen, kan die lidstaat eveneens bepalen dat, met eerbiediging van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, een beroep tegen een besluit waarbij de aanbestedende dienst weigert een ondernemer als vertrouwelijk beschouwde informatie in het dossier van een andere gegadigde of inschrijver, moet worden voorafgegaan door een administratief beroep bij de aanbestedende dienst.
- 111 Uit het voorgaande volgt dat op de vijfde tot en met de zevende vraag moet worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, vierde alinea, artikel 1, leden 3 en 5, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat het besluit van een aanbestedende dienst tot afwijzing van een verzoek van een ondernemer om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde

informatie in het dossier van een andere gegadigde of inschrijver een voor beroep vatbare handeling is, en dat, indien de lidstaat op het grondgebied waarvan de betreffende aanbestedingsprocedure loopt, heeft bepaald dat eenieder die een besluit van de aanbestedende dienst wil betwisten, voorafgaand aan enig beroep bij een rechter administratief beroep moet instellen, die lidstaat eveneens kan bepalen dat een beroep in rechte tegen dat besluit tot weigering van toegang moet worden voorafgegaan door een dergelijk administratief beroep.

Vierde, achtste en negende vraag

112 Met zijn vierde, achtste en negende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, leden 3 en 5, van richtlijn 89/665 en artikel 21 van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst zowel als, in voorkomend geval, de bevoegde nationale rechter gehouden zijn om een ondernemer die daarom verzoekt alle informatie mee te delen die deel uitmaakt van de door een concurrent verstrekte documentatie, met inbegrip van de vertrouwelijke informatie daarin. Deze rechter wenst eveneens te vernemen of de aanbestedende dienst een eventuele afwijzing van een verzoek om informatie wegens vertrouwelijkheid moet onderbouwen.

– Omvang van de verplichting van de aanbestedende dienst om vertrouwelijke informatie te beschermen; motiveringsplicht

113 Artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24 bepaalt dat, tenzij anders bepaald in deze richtlijn of in het nationale recht waaraan de aanbestedende dienst is onderworpen, in het bijzonder de wetgeving inzake de toegang tot informatie, en onverminderd de verplichtingen inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en de informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers overeenkomstig de artikelen 50 en 55 van deze richtlijn, een aanbestedende dienst de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van – zij het niet uitsluitend – de fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijving, niet bekendmaakt. Artikel 21, lid 2, van deze richtlijn bepaalt dat de aanbestedende dienst aan een ondernemer eisen kan stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt, gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen.

114 Bovendien is het juist dat artikel 55, lid 2, onder c) van richtlijn 2014/24 aan elke inschrijver die een ontvankelijke inschrijving heeft ingediend, uitdrukkelijk toestaat de aanbestedende dienst te verzoeken om hem zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen 15 dagen na ontvangst van een schriftelijk verzoek te informeren over de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde inschrijving, alsmede de naam van de begunstigde inschrijver. Artikel 50, lid 4, en artikel 55, lid 3, van deze richtlijn bepalen echter dat de aanbestedende diensten kunnen besluiten dat bepaalde informatie betreffende de gunning van de opdracht niet wordt meegedeeld, met name indien de openbaarmaking van dergelijke informatie in strijd zou zijn met het openbare belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde publieke of particuliere ondernemer, of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers.

115 In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat het hoofddoel van de Unierechtelijke aanbestedingsregels de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten omvat. Om dat doel te bereiken is het belangrijk dat de aanbestedende diensten geen informatie betreffende aanbestedingsprocedures openbaar maken waarvan de inhoud kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen, zij het in een lopende dan wel in latere aanbestedingsprocedures. Bovendien brengt de verplichting tot motivering van een besluit tot afwijzing van een

inschrijving in het kader van een aanbestedingsprocedure niet met zich dat de afgewezen inschrijver alle kenmerken zou moeten kennen van de inschrijving die de aanbestedende dienst heeft geselecteerd. Aanbestedingsprocedures berusten namelijk op een vertrouwensrelatie tussen aanbestedende diensten en ondernemers, zodat deze laatsten de aanbestedende diensten in het kader van de aanbestedingsprocedure in kennis moeten kunnen stellen van alle nuttige informatie, zonder te hoeven vrezen dat laatstgenoemden aan derden gegevens meedelen waarvan de openbaarmaking voor hen nadelig zou kunnen zijn (zie in die zin arresten van 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punten 34-36, en 15 juli 2021, Commissie/Landesbank Baden-Württemberg en GAR, C-584/20 P en C-621/20 P, EU:C:2021:601, punt 112 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 116 Uit de bepalingen van richtlijn 2014/24, aangehaald in de punten 113 en 114 van het onderhavige arrest, en uit de rechtspraak genoemd in punt 115 ervan, volgt dat een aanbestedende dienst die door een ondernemer wordt verzocht om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in de inschrijving van de concurrent aan wie de opdracht is gegund, die informatie in beginsel niet mag meedelen.
- 117 Zoals de advocaat-generaal in wezen opmerkt in de punten 40 en 41 van zijn conclusie, kan de aanbestedende dienst echter niet gebonden zijn aan de bewering van een ondernemer dat de verstrekte informatie vertrouwelijk is. Die ondernemer moet namelijk het daadwerkelijk vertrouwelijke karakter aantonen van de informatie waarvan hij de verspreiding wil tegenhouden, door aan te tonen dat deze bijvoorbeeld fabrieks- of bedrijfsgeheimen bevat, dat de inhoud ervan voor concurrentievervalsing kan worden gebruikt of dat openbaarmaking ervan hem zou kunnen schaden.
- 118 Als de aanbestedende dienst zich afvraagt of de informatie die hij van de genoemde ondernemer heeft ontvangen vertrouwelijk is of niet, moet hij daarom voorafgaand aan een besluit om de verzoeker toegang tot deze informatie te verlenen, de betrokken ondernemer in staat stellen aanvullend bewijs te leveren, om de rechten van de verdediging van deze laatste te waarborgen. Gezien de schade die uit de onrechtmatige mededeling van bepaalde informatie aan een concurrent kan voortvloeien, moet de aanbestedende dienst, alvorens deze informatie mede te delen aan een procespartij, de betrokken ondernemer namelijk de mogelijkheid geven zich erop te beroepen dat de informatie een vertrouwelijk karakter heeft of een bedrijfsgeheim uitmaakt (zie naar analogie arrest van 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punt 54).
- 119 Het is overigens aan de aanbestedende dienst om zich ervan te vergewissen dat zijn voorgenomen besluit op het verzoek van een ondernemer om informatie uit de documentatie die een concurrent heeft verstrekt, overeenstemt met de aanbestedingsregels in richtlijn 2014/24, met name de in de punten 113 en 114 van dit arrest vermelde regels betreffende bescherming van vertrouwelijke informatie. Diezelfde verplichting berust op de aanbestedende dienst wanneer de lidstaat waar deze onder valt krachtens artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665, gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om het recht op een beroep in rechte tegen de besluiten van een aanbestedende dienst afhankelijk te maken van een verplichting om vooraf bij die dienst een administratief beroep in te stellen.
- 120 Bovendien moet worden opgemerkt dat de aanbestedende dienst, bij afwijzing van een verzoek om vertrouwelijke informatie van een ondernemer aan een van zijn concurrenten mee te delen, of wanneer deze dienst in het kader van een verplichte precontentieuze procedure een administratief beroep ontvangt tegen zijn weigering om die informatie openbaar te maken, zich ook moet houden aan het algemene Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur, dat

vereisten meebrengt die de lidstaten bij de uitvoering van het Unierecht moeten eerbiedigen (arrest van 9 november 2017, *LS Customs Services*, C-46/16, EU:C:2017:839, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het vereiste dat besluiten van nationale autoriteiten gemotiveerd moeten zijn neemt onder die vereisten een bijzonder belangrijke positie in, aangezien het degene tot wie het besluit gericht is in staat stelt om zich zo goed mogelijk te kunnen verdedigen en met kennis van zaken te beoordelen of het zinvol is om een beroep in rechte in te stellen tegen dat besluit. Dit vereiste dient tevens de rechter de gelegenheid te geven, toezicht uit te oefenen op de wettigheid van die besluiten en vormt dus een van de voorwaarden voor doeltreffendheid van de rechterlijke toetsing zoals gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest (zie in die zin arresten van 15 oktober 1987, *Heylens e.a.*, 222/86, EU:C:1987:442, punt 15; 9 november 2017, *LS Customs Services*, C-46/16, EU:C:2017:839, punt 40, en 15 juli 2021, *Commissie/Landesbank Baden-Württemberg en GAR*, C-584/20 P en C-621/20 P, EU:C:2021:601, punt 103).

- 121 Voorts moet het beginsel van de bescherming van vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen aldus worden toegepast dat het zich verdraagt met de vereisten van een effectieve rechterlijke bescherming en met de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen (arrest van 14 februari 2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, punten 51 en 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 122 Teneinde het in artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24 opgenomen verbod op bekendmaking van vertrouwelijke informatie die een ondernemer heeft verstrekt, in balans te brengen met het algemene Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur, waar de motiveringsplicht uit voortvloeit, moet een aanbestedende dienst duidelijk aangeven op welke gronden hij meent dat de informatie waarom is verzocht, of althans een deel daarvan, vertrouwelijk is.
- 123 Bij deze afweging moet er bovendien rekening mee worden gehouden dat een afgewezen inschrijver, wanneer hij niet over voldoende informatie beschikt op grond waarvan hij kan verifiëren of het besluit van de aanbestedende dienst, waarbij de betreffende opdracht aan een andere ondernemer is gegund, onjuist of onrechtmatig is, in de praktijk geen gebruik kan maken van zijn recht op een doeltreffende voorziening in rechte tegen een dergelijk besluit zoals bedoeld in artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, of dat nu – overeenkomstig lid 5 van dit artikel – in het kader van een beroep bij de aanbestedende dienst is, dan wel in het kader van een beroep bij de rechter. Om dit recht te eerbiedigen moet de aanbestedende dienst dus niet alleen een motivering geven van zijn besluit om bepaalde gegevens als vertrouwelijk te behandelen, maar moet hij ook – voor zover mogelijk en voor zover die mededeling niet afdoet aan het vertrouwelijke karakter van de specifieke gegevens waarvan bescherming vanwege dat karakter gerechtvaardigd is – op neutrale wijze de essentie van de inhoud ervan meedelen aan de inschrijver die erom verzoekt, in het bijzonder de inhoud van de gegevens betreffende de doorslaggevende aspecten van zijn besluit en de geselecteerde inschrijving.
- 124 De verplichting van de aanbestedende dienst om de als vertrouwelijk beschouwde informatie van de geselecteerde inschrijver te beschermen, mag namelijk niet zo ruim worden opgevat dat het motiveringsvereiste daardoor volledig wordt uitgehold (zie in die zin arrest van 15 juli 2021, *Commissie/Landesbank Baden-Württemberg en GAR*, C-584/20 P en C-621/20 P, EU:C:2021:601, punt 120) en dat deze verplichting afbreuk doet aan het nuttig effect van artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, dat in het bijzonder de lidstaten verplicht om te voorzien in doeltreffende beroepsprocedures. De aanbestedende dienst kan daartoe, voor zover zijn nationale recht dat toelaat, met name bepaalde aspecten en de technische kenmerken van een inschrijving van een gegadigde of inschrijver samengevat meedelen, zodat de vertrouwelijke informatie niet kan worden achterhaald.

125 De aanbestedende dienst kan overigens, op grond van artikel 21, lid 2, van richtlijn 2014/24, aan ondernemers eisen stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die zij beschikbaar stellen gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen. Gesteld dat de niet-vertrouwelijke informatie voor dit doel toereikend is, kan een aanbestedende dienst deze mogelijkheid dus ook aanwenden om het recht op een doeltreffende voorziening in rechte van een afgewezen inschrijver te waarborgen door de geselecteerde ondernemer te verzoeken om een niet-vertrouwelijke versie te verstrekken van de documenten waarin ook vertrouwelijke informatie is opgenomen.

126 Tot slot moet worden opgemerkt dat de aanbestedende dienst hoe dan ook gehouden is om de betrokken ondernemer tijdig op de hoogte te stellen van zijn besluit om informatie die deze ondernemer als vertrouwelijk aanmerkt mee te delen aan een van zijn concurrenten, voordat deze dienst tot uitvoering ervan overgaat, zodat deze ondernemer de aanbestedende dienst of de bevoegde nationale rechter kan verzoeken om voorlopige maatregelen zoals bedoeld in artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665, en zo kan voorkomen dat hij onherstelbare schade lijdt.

– *Omvang van de verplichting van de bevoegde nationale rechter om vertrouwelijke informatie te beschermen*

127 Wat betreft de verplichtingen van de bevoegde nationale rechter in het kader van een beroep in rechte tegen een besluit van de aanbestedende dienst tot gehele of gedeeltelijke afwijzing van een verzoek om toegang tot informatie die de geselecteerde ondernemer heeft verstrekt, moet eveneens in herinnering worden gebracht dat artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, dat ertoe strekt de ondernemers tegen willekeur van de aanbestedende dienst te beschermen, beoogt te garanderen dat in alle lidstaten doeltreffende voorzieningen in rechte beschikbaar zijn, teneinde een daadwerkelijke naleving van de voorschriften van de Unie inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt (zie in die zin arrest van 15 september 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

128 De lidstaten moeten de procedurele regels voor beroepen in rechte ter bescherming van de rechten die het recht van de Unie aan de door besluiten van aanbestedende diensten gelaedeerde gegadigden en inschrijvers verleent, dus zo vaststellen dat geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van richtlijn 89/665, en evenmin aan de rechten die het Unierecht verleent aan particulieren. Bovendien beoogt richtlijn 2007/66, zoals uit overweging 36 ervan blijkt, en dus ook richtlijn 89/665 die bij die richtlijn is gewijzigd en vervolledigd, de volledige eerbiediging te waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht, neergelegd in artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest (zie in die zin arrest van 15 september 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punten 42-46 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bij de vaststelling van deze procedurele regels voor beroepen in rechte moeten de lidstaten derhalve de eerbiediging van dit recht waarborgen. Ofschoon geen regels van Unierecht bestaan betreffende de nadere wijze waarop een rechtsmiddel bij de nationale rechter kan worden ingesteld, moet, teneinde de omvang te bepalen van het rechterlijke toezicht op nationale beslissingen die krachtens een handeling van Unierecht zijn genomen, dus rekening worden gehouden met het doel van die handeling, waarbij erop moet worden gelet dat geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid ervan (arrest van 26 juni 2019, *Craeynest e.a.*, C-723/17, EU:C:2019:533, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 129 Voor een beroep in het kader van een aanbestedingsprocedure impliceert het beginsel van hoor en wederhoor voor partijen echter niet het recht op onvoorwaardelijke en onbeperkte toegang tot alle bij de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie ingediende gegevens betreffende deze aanbestedingsprocedure (zie in die zin arrest van 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punt 51). Integendeel, zoals in punt 121 van het onderhavige arrest in wezen is opgemerkt in de context van de verplichtingen die wat dat betreft rusten op aanbestedende diensten, moet de verplichting om de afgewezen inschrijver voldoende informatie te verschaffen om diens recht op een doeltreffende voorziening in rechte te eerbiedigen worden afgewogen tegen het recht van andere ondernemers op bescherming van hun vertrouwelijke informatie en hun bedrijfsgeheimen.
- 130 De bevoegde nationale rechter moet derhalve verifiëren, daarbij terdege rekening houdend met zowel de noodzaak om het openbare belang van eerlijke mededinging in aanbestedingsprocedures veilig te stellen, als met de noodzaak om daadwerkelijk vertrouwelijke informatie, in het bijzonder de bedrijfsgeheimen van de inschrijvers op de aanbesteding, te beschermen, of de aanbestedende dienst zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de informatie die hij aan de verzoeker heeft onthouden, vertrouwelijk was. De bevoegde nationale rechter moet daartoe overgaan tot een volledig onderzoek van alle relevante feiten en rechtsregels. Bijgevolg moet zij noodzakelijkerwijs kunnen beschikken over de informatie, daaronder begrepen vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen, die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen (zie in die zin arrest van 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punt 53).
- 131 Gesteld dat die rechter op zijn beurt vaststelt dat de betrokken informatie vertrouwelijk is en daarom niet aan de concurrenten van de betrokken ondernemer beschikbaar kan worden gesteld, zij erop gewezen dat, zoals het Hof heeft geoordeeld, de procespartijen ingevolge het beginsel van hoor en wederhoor in de regel het recht hebben kennis te nemen van de bewijzen en de opmerkingen die aan de rechter zijn voorgelegd en hierover hun standpunt kenbaar te maken, maar dat het in bepaalde gevallen noodzakelijk kan zijn dat bepaalde gegevens niet aan partijen worden meegedeeld teneinde de fundamentele rechten van een derde te vrijwaren of een belangrijk algemeen belang veilig te stellen (arrest van 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punt 47).
- 132 Tot de grondrechten die voor deze bescherming in aanmerking komen behoren het recht op eerbiediging van het privéleven en de communicatie, neergelegd in artikel 7 van het Handvest, en het recht op bescherming van bedrijfsgeheimen, dat het Hof heeft erkend als algemeen beginsel van het Unierecht (zie in die zin arrest van 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punten 48 en 49).
- 133 Gelet op het belang van de bescherming van vertrouwelijke informatie, waarop met name in de punten 131 en 132 van het onderhavige arrest is gewezen, moet de instantie die verantwoordelijk is in het kader van een beroepsprocedure aangaande het plaatsen van een overheidsopdracht in voorkomend geval kunnen beslissen dat bepaalde informatie in haar dossier niet aan partijen en hun advocaten wordt doorgegeven (zie in die zin arrest van 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punt 43).
- 134 Bovendien moet worden opgemerkt dat, indien de bevoegde nationale rechter van oordeel is dat de aanbestedende dienst op goede gronden en naar behoren gemotiveerd heeft besloten dat de gevraagde informatie niet kon worden verstrekt vanwege de vertrouwelijke aard ervan, gelet op de verplichtingen van die aanbestedende dienst uit hoofde van het beginsel van doeltreffende

rechterlijke bescherming, zoals besproken in punten 121 tot en met 123 van het onderhavige arrest, de handelwijze van de aanbestedende dienst niet mag worden bekritiseerd op grond dat deze blijk zou geven van een overdreven beschermende houding ten opzichte van de belangen van de ondernemer wiens vertrouwelijke informatie was opgevraagd.

- 135 De bevoegde nationale rechter moet eveneens nagaan of het besluit waarbij de aanbestedende dienst heeft geweigerd om de vertrouwelijke informatie openbaar te maken, dan wel het administratief beroep tegen de daaraan voorafgaande weigering heeft afgewezen, voldoende gemotiveerd is, teneinde overeenkomstig de in punt 120 van dit arrest genoemde rechtspraak de verzoeker in staat te stellen om zijn rechten te verdedigen en met volledige kennis van zaken te beslissen of een beroep in rechte tegen dat besluit moet worden ingesteld, en de rechter in staat te stellen de wettigheid van dat besluit te toetsen. Daarenboven staat het, gelet op de schade die een ondernemer zou kunnen lijden door de onregelmatige verstrekking van informatie aan een concurrent, aan de bevoegde nationale rechter om het recht van de verzoeker op een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47 van het Handvest te verzoenen met het recht van de betreffende ondernemer op bescherming van vertrouwelijke informatie.
- 136 Tot slot moet de bevoegde nationale rechter het weigeringsbesluit of het besluit tot afwijzing van het administratief beroep nietig kunnen verklaren indien het onrechtmatig is, en in voorkomend geval de zaak kunnen terugverwijzen naar de aanbestedende dienst of zelfs, indien het nationale recht dit toestaat, zelf een nieuw besluit kunnen nemen. Voor zover de verwijzende rechter zich in het kader van zijn negende vraag afvraagt of de rechter die verzocht wordt om openbaarmaking van vertrouwelijke informatie zelf niet alleen de relevantie van die informatie maar ook de effecten ervan op de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure moet onderzoeken, volstaat de opmerking dat het overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aan de lidstaten is om de nadere regels voor beroepsprocedures tegen besluiten van aanbestedende diensten vast te stellen.
- 137 Gelet op het voorgaande moeten de vierde, de achtste en de negende vraag worden beantwoord als volgt:
- Artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, leden 3 en 5, van richtlijn 89/665, en artikel 21 van richtlijn 2014/24, gelezen tegen de achtergrond van het algemeen Unierechtelijk beginsel van behoorlijk bestuur, moeten aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst die door een ondernemer wordt verzocht om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in de inschrijving van een concurrent aan wie de aanbesteding is gegund, niet gehouden is deze informatie te verstrekken indien dat zou leiden tot een inbreuk op de Unierechtelijke regels inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie, en dit zelfs als het verzoek van de ondernemer wordt gedaan in het kader van een door hem ingesteld beroep betreffende de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van die concurrent door de aanbestedende dienst. Wanneer de aanbestedende dienst weigert om dergelijke informatie te verstrekken of wanneer hij – naast die weigering – het administratief beroep van een ondernemer inzake de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van de betrokken concurrent afwijst, is die dienst gehouden om het recht van de verzoeker op behoorlijk bestuur af te wegen tegen het recht van de concurrent op bescherming van zijn vertrouwelijke informatie, zodat zijn besluit tot weigering of tot afwijzing van het bezwaar gemotiveerd is en dat het recht van de afgewezen inschrijver op een doeltreffende voorziening in rechte niet van zijn nuttig effect wordt ontdaan;

- Artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, leden 3 en 5, van richtlijn 89/665, en artikel 21 van richtlijn 2014/24, gelezen tegen de achtergrond van artikel 47 van het Handvest, moeten aldus worden uitgelegd dat de bevoegde nationale rechter bij wie beroep is ingesteld tegen een besluit van een aanbestedende dienst om als vertrouwelijk beschouwde informatie in de documentatie van een concurrent aan wie de aanbesteding is gegund, niet mee te delen aan een ondernemer, of tegen het besluit van een aanbestedende dienst om het administratief beroep tegen een dergelijk weigeringsbesluit af te wijzen, een afweging moet maken tussen het recht van de verzoeker op een doeltreffende voorziening in rechte en het recht van diens concurrent op bescherming van zijn vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen. Daartoe moet deze rechter, die noodzakelijkerwijs dient te beschikken over de gevraagde informatie, waaronder vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen, om met volledige kennis van zaken te kunnen oordelen over de vraag of de informatie kan worden meegedeeld, overgaan tot een onderzoek van alle relevante feiten en rechtsregels. Voorts moet deze rechter het weigeringsbesluit of het afwijzend besluit op het administratief beroep nietig kunnen verklaren indien het onrechtmatig is, en in voorkomend geval de zaak kunnen terugverwijzen naar de aanbestedende dienst of zelfs, indien zijn nationale recht dit toestaat, zelf een nieuw besluit kunnen nemen.

Tiende vraag

- 138 Met zijn tiende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een nationale rechter bij wie een geding tussen een bij een aanbesteding afgewezen ondernemer en een aanbestedende dienst aanhangig is gemaakt, kan afwijken van de beoordeling door die dienst van de rechtmatigheid van de handelwijze van de ondernemer aan wie de opdracht is gegund en bijgevolg daaraan alle nodige consequenties kan verbinden in zijn beslissing, en dat deze rechter voorts het middel ontleend aan een onjuiste beoordeling door de aanbestedende dienst ambtshalve aan de orde kan stellen.
- 139 Volgens artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 kunnen de aanbestedende diensten elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan een van de in die bepaling genoemde voorwaarden.
- 140 Aangezien de verwijzende rechter in de tekst van zijn tiende vraag uitdrukkelijk verwijst naar het arrest van 3 oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* (C-267/18, EU:C:2019:826), moet om te beginnen worden opgemerkt dat dit arrest betrekking heeft op de bevoegdheden van een aanbestedende dienst om zelf een beoordeling uit te voeren uit hoofde van een van de facultatieve uitsluitingsgronden in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, zodat dit arrest niet rechtstreeks relevant is voor een antwoord op deze vraag, aangezien de vraag slaat op de bevoegdheid van de rechter aan wie een geding tussen een afgewezen inschrijver en een aanbestedende dienst is voorgelegd.
- 141 In dit verband heeft het Hof in de punten 28 en 34 van het arrest van 19 juni 2019, *Meca* (C-41/18, EU:C:2019:507), inderdaad opgemerkt dat uit de tekst van deze bepaling blijkt dat uitsluitend aan de aanbestedende dienst, dus niet een nationale rechter, de taak is toevertrouwd om in de fase van de selectie van inschrijvers te beoordelen of een ondernemer moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.
- 142 Deze uitlegging is echter gedaan in de context van de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dit arrest, waarin het Hof kennis diende te nemen van een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een

overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen (arrest van 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punt 42).

- 143 Het besluit waarbij een aanbestedende dienst, zij het impliciet, weigert een ondernemer uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure op een van de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, moet evenwel noodzakelijkerwijs kunnen worden bestreden door eenieder die een belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een inbreuk op deze bepaling is of dreigt te worden geschaad. Anders zou het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, zoals dit op aanbestedingsgebied wordt gewaarborgd door artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, en voorts wordt gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest, worden geschonden.
- 144 Hieruit volgt dat een nationale rechter in het kader van een geding tussen een afgewezen gegadigde of inschrijver en een aanbestedende dienst, de beoordeling van deze laatste kan toetsen ter zake van de vraag of voor de ondernemer aan wie de opdracht is gegund, was voldaan aan de vereiste omstandigheden voor toepassing van een van de facultatieve uitsluitingsgronden zoals bedoeld in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, en derhalve van die beoordeling kan afwijken. Zo kan deze rechter naargelang van het geval aldus ten gronde oordelen of de zaak met dat doel terugverwijzen naar de aanbestedende dienst of de bevoegde nationale rechter.
- 145 Het gemeenschapsrecht verplicht de nationale rechter er echter niet toe, ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van Unierecht, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel buiten de hem opgelegde grenzen zou moeten treden, met name die van de rechtsstrijd zoals deze door partijen is bepaald, en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd (zie in die zin arresten van 14 december 1995, Van Schijndel en Van Veen, C-430/93 en C-431/93, EU:C:1995:441, punten 21 en 22, en 19 december 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust en Coopservice, C-216/17, EU:C:2018:1034, punt 40).
- 146 Volgens vaste rechtspraak is het bij gebreke van een Unieregeling ter zake krachtens het beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten namelijk een aangelegenheid van elke lidstaat om de procesregels vast te stellen voor de administratieve procedure en de gerechtelijke procedure ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen. Overeenkomstig het gelijkwaardigheidsbeginsel mogen deze procesregels echter niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke vorderingen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het nationale recht ontleen (arrest van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 147 Een nationale rechter kan dus slechts ambtshalve het middel opwerpen dat is ontleend aan schending, door een ondernemer, van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 indien het nationale recht hem daartoe de mogelijkheid geeft (zie in die zin arrest van 14 december 1995, Van Schijndel en Van Veen, C-430/93 en C-431/93, EU:C:1995:441, punten 13 en 14).
- 148 Gelet op het voorgaande moet op de tiende vraag worden geantwoord dat artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een nationale rechter bij wie een geding tussen een bij een aanbesteding afgewezen ondernemer en een aanbestedende dienst aanhangig is

gemaakt, kan afwijken van de beoordeling door die dienst van de rechtmatigheid van de handelwijze van de ondernemer aan wie de opdracht is gegund en bijgevolg daaraan alle nodige consequenties kan verbinden in zijn beslissing. Overeenkomstig het gelijkwaardigheidsbeginsel kan deze rechter een onjuiste beoordeling door de aanbestedende dienst echter slechts ambtshalve aan de orde stellen indien het nationale recht dit toestaat.

Elfde vraag

- 149 Met zijn elfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57, leden 4 en 6, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling krachtens welke, wanneer een ondernemer die deel uitmaakt van een combinatie, zich schuldig heeft gemaakt aan een onjuiste verklaring bij de verstrekking van inlichtingen die zijn vereist om ten aanzien van die combinatie te controleren of er geen sprake is van uitsluitingsgronden en of is voldaan aan de selectiecriteria, zonder dat zijn partners kennis hadden van deze onjuiste verklaring, alle leden van de combinatie kunnen worden uitgesloten van alle aanbestedingsprocedures.
- 150 In dit verband zij eraan herinnerd dat een ondernemer volgens artikel 63, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 het recht heeft om voor een bepaalde opdracht een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten, om te voldoen aan de in artikel 58, lid 3, van die richtlijn bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, ervan bedoelde criteria inzake technische en beroepsbekwaamheid (arrest van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 151 De ondernemer die van dit recht wil gebruikmaken dient volgens artikel 59, lid 1, tweede en derde alinea, van richtlijn 2014/24 de aanbestedende dienst bij de indiening van zijn verzoek tot deelname of van zijn offerte een uniform Europees aanbestedingsformulier (UEA) over te leggen waarmee hij verklaart dat zowel hijzelf als de entiteiten op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, niet verkeren in een van de in artikel 57 ervan bedoelde situaties, waardoor ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten, en/of dat aan het betreffende selectie criterium is voldaan.
- 152 Het staat dan volgens artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 aan de aanbestedende dienst om met name te verifiëren of er ten aanzien van de ondernemer zelf of die entiteiten uitsluitingsgronden bestaan als bedoeld in artikel 57 ervan. Is dat het geval, dan kan de aanbestedende dienst eisen of door de lidstaat waaronder hij valt, worden verplicht te eisen dat de betrokken ondernemer de entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen maar waartegen er facultatieve uitsluitingsgronden bestaan, vervangt.
- 153 Artikel 63 van richtlijn 2014/24 veronderstelt echter dat de aanbestedende dienst – vóór hij van de inschrijver verlangt dat hij een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, vervangt omdat die in een van situaties van artikel 57, leden 1 en 4, ervan verkeert – die inschrijver en/of die entiteit de mogelijkheid geeft om aan te geven welke maatregelen de entiteit eventueel heeft genomen om de vastgestelde onregelmatigheid te verhelpen en dus om aan te tonen dat zij opnieuw kan worden gezien als een betrouwbare entiteit (zie in die zin arresten van 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punt 37, en 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punt 36).

- 154 Deze uitlegging van artikel 63, lid 1, tweede alinea, van deze richtlijn verzekert het nuttig effect van artikel 57, lid 6, eerste alinea, van de richtlijn, dat elke ondernemer die in een van de situaties van de leden 1 en 4 van dit artikel verkeert principieel het recht garandeert om te bewijzen dat de door hem genomen maatregelen volstaan om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond (zie in die zin arrest van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punt 35).
- 155 Deze uitlegging helpt er bovendien voor te zorgen dat de aanbestedende diensten het evenredigheidsbeginsel naleven in overeenstemming met artikel 18, lid 1, eerste alinea, van deze richtlijn. Volgens dit beginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, mogen de regels die door de lidstaten of aanbestedende diensten worden opgesteld om uitvoering te geven aan die richtlijn immers niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn (zie in die zin arresten van 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 48, en 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 45).
- 156 Wat dit betreft zij eraan herinnerd dat aanbestedende diensten bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht moeten schenken aan het evenredigheidsbeginsel. Deze aandacht moet nog groter zijn wanneer de uitsluiting waarin de nationale regeling voorziet, aan de inschrijver wordt opgelegd voor een schending die hem niet kan worden verweten maar is begaan door een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen en waarover hij geen controle heeft (zie in die zin arresten van 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 48, en 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punt 39).
- 157 Het evenredigheidsbeginsel vereist immers dat de aanbestedende dienst het gedrag van de betrokken entiteit concreet en individueel beoordeelt. De aanbestedende dienst moet daarbij rekening houden met de middelen die de inschrijver te zijner beschikking had om na te gaan of er sprake was van een schending door de entiteit op de draagkracht waarop hij een beroep wilde doen (arrest van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punt 40).
- 158 Bijgevolg moet op de elfde vraag worden geantwoord dat artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57, leden 4 en 6, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling krachtens welke, wanneer een ondernemer die deel uitmaakt van een combinatie zich schuldig heeft gemaakt aan een onjuiste verklaring bij de verstrekking van inlichtingen die zijn vereist om ten aanzien van die combinatie te controleren of er geen sprake is van uitsluitingsgronden en of is voldaan aan de selectiecriteria, zonder dat zijn partners kennis hadden van deze onjuiste verklaring, alle leden van de combinatie kunnen worden uitgesloten van alle aanbestedingsprocedures.

Kosten

- 159 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 58 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat de verplichting van ondernemingen om aan te tonen dat zij een bepaalde gemiddelde jaaromzet behalen op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een selectiecriteria is dat betrekking heeft op de economische en financiële draagkracht van deze ondernemers, in de zin van lid 3 van deze bepaling.
- 2) De gecombineerde bepalingen van artikel 58, lid 3, en artikel 60, lid 3, van richtlijn 2014/24 moeten aldus worden uitgelegd dat, indien de aanbestedende dienst vereist dat de ondernemers een bepaalde minimumomzet hebben behaald op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een ondernemer zich om zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen niet kan beroepen op de inkomsten van een tijdelijke combinatie van ondernemingen waartoe hij heeft behoord, tenzij hij in het kader van een bepaalde overheidsopdracht daadwerkelijk heeft bijgedragen aan de uitvoering van werkzaamheden van die combinatie die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden in het kader van de overheidsopdracht waarvoor de betreffende ondernemer zijn economische en financiële draagkracht wil aantonen.
- 3) Artikel 58, lid 4, en de artikelen 42 en 70 van richtlijn 2014/24 moeten aldus worden uitgelegd dat zij gelijktijdig kunnen worden toegepast op een technisch voorschrift in een oproep tot indiening van inschrijvingen.
- 4) Artikel 1, lid 1, vierde alinea, artikel 1, leden 3 en 5, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, moeten aldus worden uitgelegd dat het besluit van een aanbestedende dienst tot afwijzing van een verzoek van een ondernemer om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in het dossier van een andere gegadigde of inschrijver een voor beroep vatbare handeling is en dat, indien de lidstaat op het grondgebied waarvan de betreffende aanbestedingsprocedure loopt heeft bepaald dat eenieder die een besluit van de aanbestedende dienst wil betwisten, voorafgaand aan enig beroep bij een rechter administratief beroep moet instellen, die lidstaat eveneens kan bepalen dat een beroep in rechte tegen dat besluit tot weigering van toegang moet worden voorafgegaan door een dergelijk administratief beroep.
- 5) Artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, leden 3 en 5, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23, en artikel 21 van richtlijn 2014/24, gelezen tegen de achtergrond van het algemeen Unierechtelijk beginsel van behoorlijk bestuur, moeten aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst die door een ondernemer wordt verzocht om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in de inschrijving van een concurrent aan wie de aanbesteding is gegund, niet gehouden is deze informatie te verstrekken indien dat zou leiden tot een inbreuk op de Unierechtelijke regels inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie, en dit zelfs als het verzoek van de ondernemer wordt gedaan in het kader van een door hem ingesteld beroep betreffende de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van die concurrent door de

aanbestedende dienst. Wanneer de aanbestedende dienst weigert om dergelijke informatie te verstrekken of wanneer hij – naast die weigering – het administratief beroep van een ondernemer inzake de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van de betrokken concurrent afwijst, is die dienst gehouden om het recht van de verzoeker op behoorlijk bestuur af te wegen tegen het recht van de concurrent op bescherming van zijn vertrouwelijke informatie, zodat zijn besluit tot weigering of tot afwijzing van het bezwaar gemotiveerd is en dat het recht van de afgewezen inschrijver op een doeltreffende voorziening in rechte niet van zijn nuttig effect wordt ontdaan.

- 6) Artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, leden 3 en 5, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23, en artikel 21 van richtlijn 2014/24, gelezen tegen de achtergrond van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, moeten aldus worden uitgelegd dat de bevoegde nationale rechter bij wie beroep is ingesteld tegen een besluit van een aanbestedende dienst om als vertrouwelijk beschouwde informatie in de documentatie van een concurrent aan wie de aanbesteding is gegund, niet mee te delen aan een ondernemer, of tegen het besluit van een aanbestedende dienst om het administratief beroep tegen een dergelijk weigeringsbesluit af te wijzen, een afweging moet maken tussen het recht van de verzoeker op een doeltreffende voorziening in rechte en het recht van diens concurrent op bescherming van zijn vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen. Daartoe moet deze rechter, die noodzakelijkerwijs dient te beschikken over de gevraagde informatie, waaronder vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen, om met volledige kennis van zaken te kunnen oordelen over de vraag of de informatie kan worden megedeeld, overgaan tot een onderzoek van alle relevante feiten en rechtsregels. Voorts moet deze rechter het weigeringsbesluit of het besluit tot afwijzing van het administratief beroep nietig kunnen verklaren indien het onrechtmatig is, en in voorkomend geval de zaak kunnen terugverwijzen naar de aanbestedende dienst of zelfs, indien zijn nationale recht dit toestaat, zelf een nieuw besluit kunnen nemen.
- 7) Artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechter bij wie een geding tussen een bij een aanbesteding afgewezen ondernemer en een aanbestedende dienst aanhangig is gemaakt, kan afwijken van de beoordeling door die dienst van de rechtmatigheid van de handelwijze van de ondernemer aan wie de opdracht is gegund en bijgevolg daaraan alle nodige consequenties kan verbinden in zijn beslissing. Overeenkomstig het gelijkwaardigheidsbeginsel kan deze rechter een onjuiste beoordeling door de aanbestedende dienst echter slechts ambtshalve aan de orde stellen indien het nationale recht dit toestaat.
- 8) Artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57, leden 4 en 6, van deze richtlijn, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling krachtens welke, wanneer een ondernemer die deel uitmaakt van een combinatie zich schuldig heeft gemaakt aan een onjuiste verklaring bij de verstrekking van inlichtingen die zijn vereist om ten aanzien van die combinatie te controleren of er geen sprake is van uitsluitingsgronden en of is voldaan aan de selectiecriteria, zonder dat zijn partners kennis hadden van deze onjuiste verklaring, alle leden van de combinatie kunnen worden uitgesloten van alle aanbestedingsprocedures.

ondertekeningen