

Sag C-927/19**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse, jf. artikel 98, stk. 1, i
Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

18. december 2019

Forelæggende ret:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauen)

Afgørelse af:

17. december 2019

Sagsøger og kassationsindstævnte:

»Ecoservice Klaipėda« UAB

Sagsøgte og kassationsappellant:

»Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras« UAB

Hovedsagens genstand

Hovedsagen omhandler fortolkningen og anvendelsen af de materielle regler vedrørende beskyttelsen af fortrolige oplysninger, der er afgivet af leverandører til ordregivende myndigheder i forbindelse med offentlige udbud og klageprocedurer, fastlæggelsen af udbudsbetingelserne og klassificeringen af de oplysninger, der er afgivet af leverandører, som urigtige.

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Fortolkning af bestemmelserne i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (herefter »direktiv 89/665«), af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter »direktiv 2014/24«) og af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/943 af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse

(herefter »direktiv 2016/943«) der omhandler udbudsbetingelserne og forskellige aspekter af beskyttelsen af fortrolige oplysninger i forbindelse med offentlige udbud samt dom af 4.5.2017, Esaprojekt (C-387/14), og af 3.10.2019, Delta Antrepriză de Construcții și Mon Taj 93 (C-267/18), og artikel 267, stk.1, litra b), og stk. 3, TEUF.

Præjudicielle spørgsmål

1. Er en udbudsbetingelse, der indeholder et krav om, at leverandører skal dokumentere, at der foreligger særlige gennemsnitlige årlige driftsindtægter, som hidrører fra udførelsen af aktiviteter, der kun vedrører specifikke tjenester (blandet kommunal affaldshåndtering), omfattet af artikel 58, stk. 3 eller 4, i direktiv 2014/24?
2. Afhænger metoden til vurderingen af leverandørers kapacitet, der er fastlagt af Domstolen i dom af 4. maj 2017, Esaprojekt (C-387/14), af svaret på det første spørgsmål?
3. Er en udbudsbetingelse, der indeholder et krav om, at leverandører skal dokumentere, at de for leveringen af [affaldshåndterings-]tjenesterne nødvendige køretøjer opfylder de specifikke tekniske krav om navnlig forurenende emissioner (EURO 5), installation af en GPS-sender, nødvendig kapacitet osv., omfattet af anvendelsesområdet for a) artikel 58, stk. 4, b) artikel 42, sammenholdt med bestemmelserne i bilag VII og c) artikel 70 i direktiv 2014/24?
4. Skal artikel 1, stk.1, tredje afsnit, i direktiv 89/665, der fastsætter effektivitetsprincippet for klageprocedurer, direktivets artikel 1, stk. 3 og 5, artikel 21 i direktiv 2014/24 og direktiv 2016/943, navnlig 18. betragtning hertil, og direktivets artikel 9, stk. 2, tredje afsnit (sammen eller hver for sig men uden begrænsning) fortolkes således, at den ordregivende myndighed, såfremt der er fastsat en bindende administrativ procedure til afgørelse af tvister i de nationale retsfor skrifter om offentlige udbud:
 - a) skal give leverandøren, der har indledt klageproceduren, samtlige oplysninger om en anden leverandørs tilbud (uanset deres fortrolige karakter), såfremt genstanden for denne procedure specifikt vedrører lovligheden af vurderingen af den anden leverandørs tilbud, og leverandøren, der indledte proceduren, forud herfor udtrykkeligt har anmodet den ordregivende myndighed om at fremlægge dem,
 - b) uanset svaret på det forudgående spørgsmål i forbindelse med, at der gives afslag på klagen, der er indgivet af leverandøren for så vidt angår lovligheden af bedømmelsen af konkurrentens tilbud, under alle omstændigheder skal give et klart, fyldestgørende og præcist svar, uanset risikoen for at der derved videregives fortrolige oplysninger om tilbuddet, som den er blevet betroet?

5. Skal artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, artikel 1, stk. 3 og 5, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, artikel 21 i direktiv 2014/24 og direktiv 2016/943, navnlig 18. betragtning hertil (samlet eller hver for sig men uden nogen begrænsning) fortolkes således, at den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at give en leverandør adgang til de fortrolige oplysninger i en anden deltagers tilbud er en beslutning, som kan anfægtes særskilt ved domstolene?
6. Såfremt det forudgående spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 1, stk. 5, i direktiv 89/665 da fortolkes således, at leverandøren skal indgive en klage hos den ordregivende myndighed for så vidt angår denne beslutning og om nødvendigt anlægge en retssag ved domstolene?
7. Såfremt det forudgående spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 da fortolkes således, at leverandøren afhængig af omfanget af de oplysninger, der foreligger om indholdet af de øvrige leverandørers tilbud, kan anlægge en retssag ved domstolene udelukkende vedrørende afslaget på at give oplysninger til leverandøren, uden at lovligheden af den ordregivende myndigheds øvrige beslutninger drages i tvivl?
8. Uanset svarene på de forudgående spørgsmål skal artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943 fortolkes således, at den ret, der har modtaget sagsøgerens anmodning om, at den anden part i sagen pålægges at fremlægge dokumentation, og at retten giver sagsøgeren adgang til denne dokumentation, skal imødekomme denne anmodning uden hensyntagen til den ordregivende myndigheds handlinger under udbuddet eller klageprocedurene?
9. Skal artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943 fortolkes således, at retten efter at have givet afslag på sagsøgerens anmodning om videregivelse af fortrolige oplysninger fra den anden part i sagen, af egen drift skal foretage en bedømmelse af betydningen af de oplysninger, hvis fortrolighed, der anmodes om, ikke skal opretholdes, og oplysningernes virkning på lovligheden af den offentlige udbudsprocedure?
10. Kan udelukkelsesgrunden for leverandører, der er fastsat i artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24, under hensyntagen til dom af 3. oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, anvendes således, at retten i forbindelse med dens behandling af en tvist mellem en leverandør og den ordregivende myndighed af egen drift uanset den ordregivende myndigheds vurdering, kan fastslå, at den omhandlede tilbudsgiver, idet den pågældende handlede forsætligt eller uagtsomt, afgav vildledende faktisk urigtige oplysninger til den ordregivende myndighed og følgelig skulle udelukkes fra den offentlige udbudsprocedure?

11. Skal artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24, sammenholdt med proportionalitetsprincippet i direktivets artikel 18, stk. 1, fortolkes og anvendes således, at i situationer, hvor national ret fastsætter yderligere sanktioner (udover udelukkelse fra udbudsprocedurer) for så vidt angår fremlæggelsen af urigtige oplysninger, skal disse sanktioner kun anvendes på grundlag af et personligt ansvar, særligt såfremt faktisk urigtige oplysninger kun afgives af en del af de fælles deltagere i offentlige udbudsprocedurer (eksempelvis af en blandt flere partnere)?

Anførte EU-retlige bestemmelser

Artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, artikel 1, stk. 3 og 5, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665

Artikel 18, stk. 1, artikel 21, artikel 42, sammenholdt med bilag VII, artikel 57, stk. 4, litra h), artikel 58, stk. 3 og 4, og artikel 70 i direktiv 2014/24

18. betragtning til og artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943

Anførte nationale bestemmelser

Artikel 1 116 (tavshedspligt) i Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (den litauiske civile lovbog, herefter »den civile lovbog«)

Artikel 10, stk. 1-4 (offentlig adgang til sagsakterne) og artikel 10¹, stk. 1-5 (specifikke kendetegn ved beskyttelsen af forretningshemmeligheder) i Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (den litauiske lov om civil retspleje, herefter »retsplejeloven«)

Artikel 2, stk. 34 (væsentligste begreber, der anvendes i denne lov), artikel 17, stk. 1 (hovedprincipperne for udbud), artikel 20, stk. 1-5 (fortrolighed), artikel 37, stk. 1, 3 og 4 (tekniske specifikationer), artikel 45, stk. 1-3 (almindelige principper for vurderingen af en leverandør og af en anmodning om deltagelse og afgivne tilbud), artikel 46, stk. 4, nr. 4) og 5), stk. 5, 7 og 8 (udelukkelsesgrunde for en leverandør), artikel 47, stk. 1, nr. 1)-3), og stk. 6 (verifikation af en leverandørs kvalifikationer), artikel 52, stk. 1, nr. 1) og 2), stk. 2 og 3 (tilbageholdelse af oplysninger eller afgivelse af urigtige oplysninger eller undladelse af at fremlægge dokumenter), artikel 55, stk. 9 (bedømmelse og sammenligning af tilbud) og artikel 58, stk. 3 og 5 (oplysning om resultaterne af udbudsproceduren), i Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (den litauiske lov om offentlige udbud, herefter »udbudsloven«)

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Den 27. september 2018 offentliggjorde sagsøgte (også »den ordregivende myndighed«) en international udbudsprocedure for tjenester vedrørende indsamling af kommunalt affald i Neringa kommune og transport af affaldet til behandlingsanlæg for Klaipėdas regionale deponeringsanlæg (herefter »udbudsproceduren«).
- 2 Der blev indgivet tilbud af tre leverandører: sagsøgeren »Ecoservice Klaipėda« UAB (også »sagsøgeren«, »tilbudsgiver A«), »Ekonovus« UAB og en gruppe økonomiske aktører »Klaipėdos autobusų parkas« UAB, »Parsekas« UAB og »Klaipėdos transportas« UAB, der drev virksomhed i henhold til en samarbejdsaftale (også »tilbudsgiver B«).
- 3 Den 29. november 2018 oplyste den ordregivende myndighed deltagerne om vurderingen af deres tilbud og det endelige resultat af udbudsproceduren: tilbudsgiver B vandt udbuddet, og sagsøgeren blev placeret på andenpladsen.
- 4 Sagsøgeren indgav den 10. december 2018 en klage til den ordregivende myndighed, hvorved sagsøgeren anfægtede udfaldet af udbudsproceduren, idet sagsøgeren anførte, at tilbudsgiver B's kvalifikationer ikke opfyldte kravene til udbuddet. Ifølge de oplysninger, som sagsøgeren havde adgang til, kunne »Parsekas« UAB ikke have opfyldt kontrakter vedrørende indsamling og transport af blandet kommunalt affald med en samlet værdi på 200 000 EUR (ekskl. moms) i løbet af de seneste tre år (som påkrævet i den del af udbudsbetingelserne der bærer overskriften »Finansiell og økonomisk kapacitet«), eftersom dette selskab i forbindelse med andre udbudsprocedurer ofte deltog i samarbejder som den ledende partner, der modtog betaling for levering af tjenester men ikke de facto udførte aktiviteter i forbindelse med blandet kommunal affaldshåndtering. Sagsøgeren anførte endvidere, at tilbudsgiver B ikke opfyldte kravene vedrørende teknisk formåen, fordi det køretøj, der blev nævnt i de dokumenter, der blev fremlagt af »Parsekas« UAB under udbudsproceduren, ikke opfyldte en række af de obligatoriske tekniske parametre i udbudsbetingelserne (tekniske specifikationer).
- 5 Den ordregivende myndighed gav efter at have foretaget en behandling af sagsøgerens klage afslag på klagen den 17. december 2018 på det grundlag, at tilbudsgiver B, der bekræftede opfyldelsen af kravet vedrørende de gennemførte kontrakter, i overensstemmelse med udbudsbetingelserne fremlagde dokumentation for kontrakter, der var blevet indgået vedrørende blandet kommunal affaldshåndtering, hvis værdi svarede til det påkrævede beløb, samt tekniske oplysninger vedrørende de anførte køretøjer.
- 6 Den 27. december 2018 anlagde sagsøgeren en retssag ved Klaipėdos apygardos teismas (den regionale domstol i Klaipėda, Litauen).

- 7 Retten i første instans forkastede den 15. marts 2019 sagen og fastslog, at tilbudsgiver B opfyldte kvalifikationskravene for leverandører.
- 8 Efter at sagsøgeren indgav en appel, fastslog Lietuvos apeliacinis teismas (appeldomstolen, Litauen) ved dom af 30. maj 2019, at dommen fra retten i første instans skulle tilsidesættes, at sagsøgerens sag skulle opretholdes, at sagsøgtes fastlæggelse af tilbuddenes rækkefølge skulle annulleres, og at den ordregivende myndighed skulle foretage en fornyet vurdering af tilbuddene. Retten fastslog, at tilbudsgiver B havde opfyldt kravene vedrørende de gennemførte kontrakter men havde undladt at dokumentere sin tekniske formåen, eftersom alle de køretøjer, der var anført på en senere dato, ikke i første omgang var omfattet af tilbuddet.
- 9 Sagsøgte iværksatte en kassationsappel, og sagsøgeren besvarede denne appel.
- 10 Sagsøgeren og sagsøgte var endvidere i hovedsagen uenige om, hvilke af de nærmere oplysninger i det vindende tilbud, der måtte offentliggøres, og hvilke der udgjorde fortrolige oplysninger, som sagsøgeren ikke måtte få adgang til.
- 11 Den 4. december 2018 anmodede sagsøgeren den ordregivende myndighed om adgang til tilbudsgiver B's tilbud, og den 6. december 2018 fik sagsøgeren adgang til de ikke-fortrolige oplysninger i tilbuddet.
- 12 I forbindelse med sagens behandling ved retten i første instans anmodede sagsøgeren retten om, at sagsøgte blev pålagt at fremlægge yderligere dokumenter, og om at der blev givet adgang til samtlige oplysninger i tilbuddet fra tilbudsgiver B (kun med undtagelse af kommercielt følsomme oplysninger), samt at »Parsekas« UAB blev pålagt at give oplysninger om indgåede kontrakter om affaldshåndtering, der var klassificeret som fortrolige.
- 13 Efter sagsøgtes fremlæggelse af yderligere dokumenter til retten, anmodede sagsøgte dernæst retten om ikke at give sagsøgeren adgang til de fortrolige oplysninger, der var afgivet i tilbuddet fra tilbudsgiver B, og om at klassificere dem som fortrolige oplysninger i sagsakterne.
- 14 Ved kendelse af 30. januar 2019 imødekom retten i første instans denne anmodning fra sagsøgte, og den 14. februar og 21. februar 2019 meddelte retten afslag på ovennævnte anmodninger fra sagsøgeren.
- 15 Forud for at sagsøgeren afgav sit indlæg i forbindelse med kassationsappellen, anmodede sagsøgeren den 26. juli 2019 kassationsdomstolen, Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol), om at der blev givet adgang til de fortrolige dokumenter, der var fremlagt af sagsøgte til retten i første instans, hvor de oplysninger, der reelt var kommercielt følsomme oplysninger, var bortredigeret.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 16 Tvisten mellem parterne i den foreliggende sag vedrører spørgsmålet om, hvorvidt kvalifikationer hos en gruppe af økonomiske aktører, der er den vindende tilbudsgiver, opfylder de krav, der er fastsat af den ordregivende myndighed.
- 17 Kassationsdomstolen skal i princippet kun træffe afgørelse om de spørgsmål, der er rejst af sagsøgte i kassationsappellen, nærmere bestemt hvorvidt tilbudsgiver B opfylder kravet om teknisk formåen. I den foreliggende sag agter kassationsdomstolen imidlertid af egen drift at gå videre end grænsen for appellen og træffe afgørelse om andre aspekter af tvisten mellem parterne, ikke kun ud fra hensynet til offentlige interesser men endvidere i lyset af den særlige situation, der er opstået i den foreliggende sag, hvor sagsøgeren under den administrative behandling af sagen og under retssagen i det væsentlige blev nægtet adgang til samtlige af de oplysninger, som sagsøgeren havde anmodet om at få adgang til.
- 18 Uanset den omstændighed at behovet for at foretage en fortolkning af EU-retten er blevet rejst af den nationale ret af egen drift og går videre end tvisten mellem parterne, har Domstolen kompetence til at give retten den fortolkning, der anmodes om (jf. eksempelvis dom 5.4.2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, og af 25.10.2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865).
- 19 I denne sag har den forelæggende ret forelagt Domstolen spørgsmål vedrørende a) lovligheden af visse udbudsbetingelser, b) forskellige aspekter af beskyttelsen af fortrolige oplysninger i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer og c) bedømmelsen af eventuelle urigtige udtalelser fra den vindende tilbudsgiver og konsekvenserne af disse handlinger.

Lovligheden af den ordregivende myndigheds handlinger i forbindelse med vurderingen af opfyldelsen af kvalifikationskrav for tilbudsgiver B

- 20 Ifølge kassationsdomstolens retspraksis er det afgørende i forbindelse med behandlingen af tvister mellem ordregivende myndigheder og leverandører indholdet af en betingelse og ikke den betegnelse, som den ordregivende myndighed giver den. Den korrekte klassificering af betingelser i udbudsdokumenter vil føre til den korrekte anvendelse af bestemmelserne i lov om offentlige udbud, der omfatter adskillige udbudsprocedurer, og følgelig til en passende løsning af tvister.

a) indholdet og anvendelsen af krav til finansiel og økonomisk kapacitet

- 21 Betingelsen om finansiel og økonomisk kapacitet for så vidt angår de gennemsnitlige årlige indtægter for leverandører, der udspringer af udførelsen af aktiviteter vedrørende blandet kommunal affaldshåndtering som fastsat i udbudsbetingelserne, svarer i det væsentlige til artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24, der fastsætter muligheden for at kræve, at økonomiske aktører skal have en vis årlig minimumsomsætning, herunder en vis minimumsomsætning på det område, der er omfattet af kontrakten. Det er imidlertid den forelæggende rets

- opfattelse, at det endvidere kan svare til kravet om faglig formåen i direktivets artikel 58, stk. 4.
- 22 Det skal fremhæves, at det fremgår af ordlyden af artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24 (nærmere bestemt af ordet »herunder«), at den krævede årlige omsætning på det område, der er omfattet af kontrakten, ikke finder anvendelse i sin helhed som et alternativ i den forstand, at såfremt der gælder et omsætningskrav, skal der først foretages en vurdering af den samlede omsætning og for det andet omsætningen på et særligt område, der fastlægges efter den ordregivende myndigheds skøn. Denne fortolkning af ordlyden af artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24 fører med andre ord til den konklusion, at omsætningen på et bestemt område ikke kan fastlægges uafhængigt, uden at der samtidig fastsættes krav til den samlede omsætning.
- 23 Udtrykket »det område, som kontrakten dækker« er endvidere ikke fuldstændig præcist. I henhold til den omhandlede udbudsbetingelse skulle leverandører således reelt godtgøre deres kapacitet specifikt for så vidt angår tjenester vedrørende indsamling og transport af blandet kommunalt affald, for hvilket udbudsproceduren er blevet offentliggjort, og ikke generelt på området for affaldshåndtering. Den forelæggende ret er tilbøjeligt til at foretage en bredere (mere abstrakt) fortolkning af dette udtryk: i den foreliggende sag bør udtrykket fortolkes således, at sagsøgte i henhold til artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24 i forbindelse med fastsættelsen af et krav, der specifikt vedrører finansiel kapacitet, for det første skulle dokumentere den samlede årlig omsætning og for det andet samtidig dokumentere en del af denne omsætning på området for uspecificerede affaldshåndteringstjenester.
- 24 Ovennævnte spørgsmål vedrørende klassificeringen af udbudsbetingelsen, der blev rejst af kassationsdomstolen af egen drift, vedrører ikke alene den eventuelle lovlighed af dette udbudskrav, men endvidere hvordan det skal anvendes korrekt. Det skal bemærkes, at sagsøgeren løbende under retssagen gav udtryk for, at »Parsekas« UAB, der var et medlem af tilbudsgiver B, ikke måtte indgive kontrakter til den ordregivende myndighed med henblik på vurdering, hvor for det første en del af dem ikke blev udført af selskabet selv men blev udført sammen med andre partnere, herunder sagsøgeren selv, og for det andet hvor genstanden ikke er begrænset til blandet kommunal affaldshåndtering.
- 25 I modsætning til hvad domstolene fastslog, er det den forelæggende rets opfattelse, at selve den omstændighed, at leverandørers finansielle og økonomiske kapacitet i henhold til udbudsbetingelserne skulle dokumenteres ved deltageres free-form erklæringer ikke betyder, at andre leverandører ikke kan drage dem eller pålideligheden af de anførte oplysninger i tvivl.
- 26 Det skal erindres, at sagsøgte, tilbudsgiver B og domstolene fortolkede de omhandlede kvalifikationskrav for leverandører, således at udbudsbetingelserne ikke indeholdt et krav om, at en økonomisk aktør skulle dokumentere opfyldelsen af kvalifikationskrav om indtægter i eget navn og/eller på egne vegne (dvs. ikke

som den ledende partner) og kun for så vidt angår blandet kommunal affaldshåndtering i tilfælde af opfyldelsen af en kompleks kontrakt (forskelligt affald). Kassationsdomstolen er ikke fuldstændig sikker på metoden til at dokumentere den omhandlede kvalifikation i henhold til Domstolens praksis.

- 27 I dom af 4. maj 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338), fastslog Domstolen bl.a., at når en økonomisk aktør baserer sig på erfaringen hos en gruppe af virksomheder, som den økonomiske aktør har været en del af, skal denne erfaring således vurderes i forhold til denne aktørs konkrete deltagelse og dermed aktørens effektive bidrag til gennemførelsen af den virksomhed, som kræves af denne gruppe som led i en bestemt offentlig kontrakt. Det følger heraf, at en økonomisk aktør ikke hvad angår den erfaring, den ordregivende myndighed kræver, kan påberåbe sig de ydelser, som er udført af andre medlemmer af en gruppe af virksomheder, og som den økonomiske aktør ikke reelt og konkret har deltaget i gennemførelsen af.
- 28 Det skal bemærkes, at i denne dom vedrørte spørgsmålet og svaret på det artikel 48, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, der specifikt fastsætter metoden til vurderingen af kravene til faglig formåen.
- 29 Såfremt ovennævnte udbudsbetingelse fortsat skal klassificeres som et krav om finansiel og økonomisk kapacitet, som ovennævnte fortolkning fra Domstolen for så vidt angår vurderingen af opfyldelsen af betingelserne om faglig formåen er relevant for, opstår spørgsmålet om, hvordan disse kvalifikationskrav udskilles og anvendes korrekt.

b) indholdet og anvendelsen af kravene om teknisk og faglig formåen

- 30 Kassationsdomstolen har endvidere givet udtryk for tvivl for så vidt angår klassificeringen af kravene vedrørende leverandørers tekniske formåen, der er fastsat i udbudsbetingelserne, hvorefter leverandører skulle godtgøre, at de overholdt kravene ved at levere køretøjer (affaldsindsamlingskøretøjer) med egnede tekniske karaktertræk.
- 31 I henhold til kassationsdomstolens retspraksis har tilbudsgivere meget mere frihed til at foretage tilpasninger af oplysninger vedrørende leverandørers kvalifikationer end af oplysninger, der vedrører kontraktens genstand, dens tekniske karaktertræk, den tilbudte pris, kontraktlige forpligtelser osv. Årsagen til denne adskillelse af leverandørers rettigheder til at foretage tilpasninger af oplysninger er, at leverandørers kvalifikationer efter kassationsdomstolens opfattelse udgør en objektiv kategori, der henviser til tidligere og nugældende omstændigheder, og at disse kvalifikationer enten er til stede eller ikke er til stede. I henhold til gældende nationale regler om offentlige udbud varierer leverandørers ret til at foretage tilpasninger af kvalifikationerne og oplysningerne i et tilbud i omfang.
- 32 En tilsvarende opfattelse kommer endvidere til udtryk i Domstolens praksis. Efter kassationsdomstolens opfattelse, er de strenge regler, der skal fortolkes restriktivt, for at tilpasse oplysningerne i et tilbud, der er fastsat i dom af 29. marts 2012,

SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191), genstand for en særlig undtagelse for så vidt angår vurderingen af oplysninger vedrørende kvalifikationer. Domstolen fastslog i præmis 39 i dom af 10. oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), at en ordregivende myndighed kan anmode om, at de oplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning, i enkelte tilfælde berigtiges eller suppleres, for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.

- 33 Kassationsdomstolen er endvidere i tvivl om lovligheden af kravet vedrørende leverandørers tekniske formåen. Selv om Domstolen i dom af 10. maj 2012, Kommissionen mod Nederlandene (C-368/10, EU:C:2012:284), fastslog, at visse krav kan udgøre både en teknisk specifikation og et kriterium for tildeling af en kontrakt eller en betingelse for gennemførelsen af en kontrakt, er det ikke fuldstændig tydeligt for kassationsdomstolen, hvorvidt dette også er tilfældet i den foreliggende sag.
- 34 Det bør erindres, at Domstolen længe var af den opfattelse, at vurderingen af leverandørers kvalifikationer og af deres tilbud var underlagt forskellige krav (jf. dom af 24.1.2008, Lianakis, C-532/06, EU:C:2008:40). Ifølge denne retspraksis kunne leverandørernes kvalifikationer ikke anses for et kriterium for tildeling af en kontrakt.
- 35 Domstolen har imidlertid i dens fortolkning af de relevante bestemmelser i direktiv 2004/18 efterfølgende modereret denne opfattelse noget, idet den har fastslået, at kvalifikationerne og erfaringen hos medlemmerne af det hold, der var udpeget til at gennemføre den offentlige kontrakt, kan indeholdes som tildelingskriterier i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, idet kvaliteten af gennemførelsen af en offentlig kontrakt på afgørende vis kan afhænge af den »faglige formåen« hos de personer, der er pålagt at gennemføre den, og som udgøres af deres faglige erfaring og deres uddannelse (dom af 26.3.2015, Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204).
- 36 Ratio decidendi i denne sag er, som Domstolen efterfølgende har forklaret, at den ordregivende myndighed i denne situation foretog en egentlig sammenligning af de antagelige bud med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Erfaringen hos det foreslåede tekniske hold var et iboende kendetegn ved buddet og udgjorde ikke blot et kriterium for vurderingen af tilbudsgivernes evner (dom af 1.3.2018, Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142). Denne fortolkningsregel blev i sidste ende ligeledes fastsat i artikel 67, stk. 2, litra b), i direktiv 2014/24. Bortset fra den omhandlede undtagelsesbestemmelse fastsætter retsgrundlaget fortsat under alle omstændigheder en model med adskillelse af kvalifikationskrav og kriterier for (tildeling af) tilbud.
- 37 Det må antages, at såfremt leverandørers kvalifikationer ikke normalt kan anvendes med henblik på at sammenligne tilbud med hinanden, da skal de

tekniske bestemmelser vedrørende kontraktens genstand ikke fastsættes som krav vedrørende leverandørers kapacitet.

- 38 Ifølge udbudsbetingelserne stillede den ordregivende myndighed krav om, at leverandører skulle godtgøre, at de køretøjer, der skulle anvendes til leveringen af tjenesterne, skulle opfylde specifikke tekniske parametre. Disse bestemmelser er bl.a. forbundet med de relevante betingelser, der er fastsat i de tekniske specifikationer. Det bør derfor fastslås, at dette krav går videre end påkrævet for verificeringen af leverandørers tekniske formåen.
- 39 Artikel 58, stk. 4, i direktiv 2014/24 bestemmer bl.a., at ordregivende myndigheder kan pålægge krav, der sikrer, at de økonomiske aktører besidder de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer til at gennemføre kontrakten i overensstemmelse med en passende kvalitetsstandard. I den foreliggende sag tyder specifikke og præcise tekniske krav for køretøjer på, at det, der var vigtigt for den ordregivende myndighed, ikke var generelt at fastlægge leverandørens formåen i forhold til at opfylde kontrakten vedrørende affaldshåndteringstjenester korrekt men at fastlægge en specifik måde at opfylde kontrakten, hvilket bl.a. havde til formål at varetage miljøhensyn (EURO 5 standard), sikre sporbarheden i opfyldelsen af de kontraktlige forpligtelser (GPS-udstyr) osv.
- 40 På dette område har kassationsdomstolen i sin retspraksis taget stilling fra sag til sag. Den fastsætter ikke klare retsregler, for hvornår et krav skal anses som en betingelse om teknisk formåen, og hvornår det allerede er en teknisk specifikation. Det er den forelæggende rets opfattelse, at der principielt bør være en forbindelse mellem fuldstændigheden af en udbudsbetingelse og klassificeringen af dens indhold, dvs. at jo mere specifikt tekniske (formelle) kriterier skal godtgøres, jo mere bevæger indholdet af et sådant krav sig væk fra teknisk formåen hen imod at udgøre tekniske specifikationer eller betingelser for opfyldelsen af kontrakten. Dette fremgår endvidere af anvendelsesområdet for og fuldstændigheden af 58, stk. 4, i og bilag VII til direktiv 2014/24.

Afvejningen mellem beskyttelsen af en leverandørs fortrolige oplysninger og effektiviteten af den anden leverandørs ret til kontradiktion

- 41 Sagsøgeren forsøgte uden held både under den administrative procedure og under retssagen at få adgang til tilbudsgiver B's tilbud. Dette er en normal situation, der er karakteristisk for den litauiske offentlige udbudsprocedure, og som kassationsdomstolen løbende forsøger at indskrænke muligheden for i dens retspraksis.
- 42 I forbindelse med den foreliggende sag skal det imidlertid fremhæves, at den ordregivende myndighed selv var meget aktiv i forbindelse med at forsvare tilbudsgiver B's ret til at beskytte fortrolige oplysninger.
- 43 Efter den forelæggende rets opfattelse er den primære negative konsekvens af denne gældende praksis i Litauen, at sagsøgeres ret til kontradiktion delvist ikke beskyttes, fordi de som i den foreliggende sag har adgang til færre oplysninger

end de andre parter i tvisten. Endvidere afhænger effektiviteten af sagsøgeres ret til kontraktion i det væsentlige af rettens beslutning om at anerkende, at de relevante oplysninger, der er genstand for anmodningen, er fortrolige (fortrolige sagsakter) Såfremt retten ikke giver sagsøgeren adgang til de oplysninger, der anmodes om, reduceres muligheden for at imødekomme sagsøgerens klagepunkter til et minimum, eftersom domstolene normalt, hvilket da også var tilfældet i den foreliggende sag, ikke af egen drift udvider sagens grænser til spørgsmål om, hvorvidt behandlingen af fortrolige oplysninger overholder kravene til den offentlige udbudsprocedure eller retsregler, eller vurderer pålideligheden af disse oplysninger osv.

- 44 Kassationsdomstolen har i denne forbindelse bl.a. for det første anført, at leverandørens ret i artikel 20 i lov om offentlige udbud til at beskytte oplysninger, hvor det særskilt er angivet i tilbuddet, at de ikke må videregives, kun omfatter sådanne oplysninger, der kan klassificeres som en forretningshemmelighed (industriel hemmelighed) som omhandlet i artikel 1116, stk. 1, i den civile lovbog. Selve den omstændighed, at der ikke er fri adgang til visse oplysninger, der vedrører leverandøren og leverandørens aktiviteter, for andre økonomiske aktører i andre tilfælde, betyder ikke, at de skal beskyttes i offentlige udbudsprocedurer, såfremt de ikke kan kvalificeres som forretningshemmeligheder. Det skal bemærkes, at bestemmelserne i artikel 1116 i den civile lovbog i det væsentlige svarer til bestemmelserne i direktiv 2016/943 om dette forhold.
- 45 En leverandørs ret til adgang til en anden leverandørs tilbud skal for det andet i det væsentlige anses for en integreret del af beskyttelsen af de krænkede rettigheder. I henhold til de nationale regler om offentlige udbud udgør leverandørens ret til adgang til en anden leverandørs tilbud en autonom individuel rettighed, der kan håndhæves særskilt ved hjælp af retsmidler, uden at sagsøgeren uden at have alle de nødvendige oplysninger ved hånden formelt skal anlægge en sag om resultaterne af udbudsproceduren ledsaget af en anmodning til retten om, at den ordregivende myndighed pålægges at fremlægge dokumentationen, og at retten giver sagsøgeren adgang til dokumentationen og efterfølgende eventuelt supplerer eller præciserer klagepunkterne under sagen.
- 46 Kassationsdomstolen er ikke desto mindre på dette område i tvivl om det specifikke indhold af forpligtelserne for de ordregivende myndigheder til at sikre fortrolighed for de oplysninger, der er overdraget til dem af leverandører, og forholdet mellem disse forpligtelser til pligten for de ordregivende myndigheder til at sikre effektiviteten af retten til kontradiktion for økonomiske aktører, der har indledt klageprocedurer. Selv om Domstolen i dom af 14. februar 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91), der nærmest er den eneste dom om dette forhold, fremhævede karakteren af tillidsforholdet mellem leverandørerne og den ordregivende myndighed, fremgår det imidlertid af artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943 (retsplejelovens artikel 10¹, stk. 3), der blev vedtaget efterfølgende, at sagens parter under alle omstændigheder ikke må have adgang til

forskellige mængder af oplysninger, eftersom dette ville føre til en tilsidesættelse af princippet om adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol.

- 47 Såfremt retten i henhold til denne retsforskrift skal sikre sagsøgeren adgang til forretningshemmeligheder for en af tvistens parter, fremgår det ikke, hvorfor denne ret ikke skal gives sagsøgeren forud for, at retssagsbehandlingen begynder, særligt idet dette kan hjælpe den pågældende med at beslutte, hvorvidt der skal indledes en klageprocedure.
- 48 Direktiv 2016/943 indeholder bortset fra 18. betragtning hertil ikke nogen specifik formulering, der omhandler offentlige udbudsprocedurer. Det er på den anden side tvivlsomt, hvorvidt beskyttelsen af oplysninger, der udgør forretningshemmeligheder for tilbudsgivere, bør have et andet (højere) niveau i forhold til økonomiske enheder, der driver virksomhed i andre retsforhold. Artikel 21 i direktiv 2014/24 og de relevante bestemmelser i direktiv 89/665 bidrager heller ikke til nogen større klarhed om dette forhold.
- 49 Kassationsdomstolen har løbende bemærket, at selv om ordregivende myndigheder ikke er klageorganer, har de som følge af et system med bindende administrative afgørelser af tvister, brede kompetencer til at samarbejde med leverandører (den leverandør, der indgiver anmodningen, og den leverandør, der er genstand for anmodningen) og i visse tilfælde endvidere den forpligtelse, der udspringer af formålet om effektiv beskyttelse af leverandørens rettigheder, til i overensstemmelse med deres kompetence og de foranstaltninger, der er adgang til, at tage de skridt, der er nødvendige for at sikre, at leverandører reelt formår at beskytte interesser, der kan være blevet tilsidesat. Denne retspraksis stemmer overens med artikel 1, stk. 5, i direktiv 89/665, der bestemmer, at medlemsstater kan kræve, at den omhandlede person først anmoder den ordregivende myndighed om at foretage en prøvelse.
- 50 Henset til at den litauiske lovgiver har fastlagt en obligatorisk procedure for indgivelse og behandling af klager, og at leverandørens ret til adgang til andre tilbudsgiveres tilbud af domstolene anses for en integreret del af retten til kontradiktion, vil en fortolkning af fornævnte EU-retlige bestemmelser, hvorefter leverandører kun kan få adgang til disse oplysninger under retssager, være forkert.
- 51 Kassationsdomstolen er på den anden side i tvivl om, hvordan den forpligtelse til under retssager at give oplysninger til sagens parter, der er fastsat i artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943, skal gennemføres: Hvorvidt sagsøgerens ret til adgang til det vindende bud er ubetinget; hvorvidt sagsøgeren i lyset af den administrative behandling af sagen ikke i første omgang bør indgive denne anmodning til den ordregivende myndighed; hvorvidt karakteren af den tvist, der udspringer af resultaterne af udbudsproceduren, er relevant for imødekommelsen af denne anmodning; hvorvidt det overhovedet er nødvendigt, at der er uenighed mellem parterne vedrørende resultaterne af udbudsproceduren, eller hvorvidt det er tilstrækkeligt for en leverandør alene at udøve retten til adgang til oplysninger, og i tilfælde af en tilsidesættelse af denne rettighed om leverandøren vil kunne

indgive en særskilt anmodning til retten, således som det fremgår af kassationsdomstolens retspraksis.

- 52 Det skal i den foreliggende sag bemærkes, at sagsøgeren i første omgang indgav en anmodning til den ordregivende myndighed om adgang til tilbudsgiver B's tilbud. Idet sagsøgeren kun modtog en lille del af dokumenterne, påberåbte sagsøgeren sig ikke dette forhold og anfægtede ikke den ordregivende myndigheds beslutning særskilt men indgav en anmodning til retten, om at sagsøgte skulle pålægges at fremlægge dokumentation, og at retten skulle give sagsøgeren adgang hertil. Henset til sagens forløb under den administrative behandling af sagen fremgår det ikke tydeligt, hvorvidt retten i første instans overhovedet burde have besluttet at klassificere nogen af oplysningerne fra tilbudsgiver B som fortrolige oplysninger. Retten i første instans og appeldomstolen gav på den anden side efter nægtelsen af at fremlægge de oplysninger, der var genstand for anmodningen, til sagsøgeren tydeligvis ikke udtryk for deres opfattelse af indholdet og dets betydning.

Afgivelse af eventuelle urigtige oplysninger og rettens kompetence i den forbindelse

- 53 I den foreliggende sag har den forelæggende ret bl.a. af egen drift rejst spørgsmålet om vurderingen i henhold til artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24 af tilbudsgiver B's handlinger, dvs. hvorvidt tilbudsgiver B (visse af dens medlemmer) faktisk ikke havde afgivet urigtige oplysninger til den ordregivende myndighed om opfyldelsen af det stillede krav om formåen. Der er endvidere usikkerhed for så vidt angår den eventuelle ulovlige adfærd hos visse partnere i forhold til de andre deltagere i de fælles aktiviteter.
- 54 Domstolen fremhævede i Esaprojekt-dommen (C-387/14), der omhandler fortolkningen af en tilsvarende bestemmelse i artikel 45, stk. 2, litra g), i direktiv 2004/18, *for det første*, at konstateringen af en forsætlig adfærd hos en økonomisk aktør ikke skal anses for at være et forhold, der er nødvendigt for at udelukke en sådan økonomisk aktør fra at deltage i et udbud, idet det er derimod tilstrækkeligt, at den økonomiske aktør har udvist en vis grad af uagtsomhed, der kan have afgørende indflydelse på beslutningerne om udelukkelse, udvælgelse eller tildeling af den offentlige kontrakt, og *for det andet* at såfremt oplysningerne fra den økonomiske aktør havde indflydelse på resultatet af udbudsproceduren, skal den operatør, der ved uagtsomhed har afgivet de relevante oplysninger, anses for svigagtigt at have afgivet urigtige oplysninger som omhandlet i artikel 45, stk. 2, litra g), i direktiv 2004/18, og denne adfærd kan på sin side følgelig begrunde den ordregivende myndigheds beslutning om at udelukke denne aktør fra den omhandlede offentlige kontrakt.
- 55 I den seneste dom i denne forbindelse (dom af 3.10.2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826) fremhævede Domstolen, at artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24 omfatter både en aktiv adfærd, såsom fordrejning, som en undladelse, idet afgivelsen af urigtige oplysninger på samme

måde som hemmeligholdelsen af rigtige oplysninger kan have betydning for den ordregivende myndigheds afgørelse.

- 56 På grundlag af disse forklaringer kunne oplysningerne, der blev fremlagt af »Parsekas« UAB om indtægterne fra kontrakterne, der enten blev indgået og gennemført sammen med andre økonomiske aktører, som specifikt gennemførte den del af de blandede affaldshåndteringstjenester, der skulle godtgøres, eller blev indgået og gennemført uden partnere, men hvor andet affald her i tillæg til blandet affald endvidere blev håndteret (i begge tilfælde udgjorde blandet affald en mindre del af alt det affald, der blev håndteret) principielt på grundlag af de omstændigheder, som Domstolen tog stilling til i Esaprojekt-dommen, svare til en situation, hvor der uagtsomt blev givet oplysninger, der havde indflydelse på udbudsproceduren.
- 57 Det tilkommer ikke kassationsdomstolen at tage stilling til de faktiske omstændigheder. Den har imidlertid kompetence til af egen drift at rejse retlige spørgsmål, herunder om klassificeringen af oplysninger som urigtige samt vurderingen af dokumentationen, der blev udført af domstolene.
- 58 Domstolen er på den anden side i dens praksis for så vidt angår bestemmelserne i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 begyndt at fastslå udelukkelsesgrunde med henblik på at fremhæve det særlige forhold, der er baseret på gensidig tillid mellem den ordregivende myndighed og den omhandlede leverandør (jf. dom af 3.10.2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, C-267/18, EU:C:2019:826, præmis 25-27 og 37). Kassationsdomstolen er følgelig i tvivl om, hvorvidt retten i situationer, hvor den ordregivende myndighed foretager en anden vurdering, kan beslutte, at der er fremlagt urigtige vildledende oplysninger for den. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren både i forbindelse med klagen og retssagen klart gav udtryk for, at »Parsekas« UAB afgav vildledende oplysninger til sagsøgte. Sagsøgte var imidlertid af en anden opfattelse og anførte, at de oplysninger, der blev fremlagt, underbyggede, at tilbudsgiver B opfyldte kvalifikationskravene.
- 59 For så vidt angår de omhandlede spørgsmål er den forelæggende ret bl.a. i tvivl om konsekvenserne af de økonomiske aktørers handlinger, i situationer, hvor de har afgivet eventuelle urigtige oplysninger for deres partnere, der sammen har indgivet et fælles tilbud. I henhold til de nationale regler om offentlige udbud (artikel 46, stk. 4, nr. 4), og 52 i lov om offentlige udbud) skal økonomiske aktører, der har afgivet urigtige oplysninger, opføres på listen over leverandører, der har afgivet urigtige oplysninger, hvilket fører til begrænsninger i deltagelsen i udbud fra andre ordregivende myndigheder i en nærmere bestemt periode (på et år). Kassationsdomstolens tvivl om pålideligheden af de oplysninger, der er blevet fremlagt, vedrører ikke samtlige medlemmer (partnere) af tilbudsgiver B.
- 60 I henhold til artikel 52, stk. 1, i lov om offentlige udbud skal listen af leverandører, der har fremlagt urigtige oplysninger, omfatte leverandører som omhandlet i artikel 2, stk. 36, i lov om offentlige udbud (en leverandør defineres

som en økonomisk aktør, der er en fysisk person, en privat eller en offentlig juridisk person, en anden organisation og afdelinger deraf eller en gruppe af sådanne personer, herunder enhver midlertidig sammenslutning af økonomiske enheder, der udbyder udførelsen af arbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet). Det anføres imidlertid, at den omhandlede negative foranstaltning (konsekvens) for så vidt angår de ulovlige handlinger, der er forbudt ved lov, principielt indebærer et personligt ansvar for enheden (sanktion). Den bør derfor finde anvendelse uden undtagelse for så vidt angår de enheder, der på en eller anden måde deltager i offentlige udbudsprocedurer, og som har givet oplysninger til den ordregivende myndighed om sig selv i deres eget navn.

- 61 Det er på denne baggrund uklart, hvorvidt ulovlige handlinger fra visse partners side hos en fælles leverandør i forbindelse med afgivelsen af urigtige oplysninger om sig selv kun medfører negative konsekvenser for dem selv eller for samtlige partnere. Sidstnævnte opfattelse kan støttes på de ensartede (den fælles karakter af) interesser og ansvar for samtlige partnere. Det er på den anden side tvivlsomt, om denne model med fælles ansvar er uforholdsmæssig, henset til at økonomiske aktører, der er opført på listen over leverandører, der har afgivet urigtige oplysninger, er udelukket fra at deltage i efterfølgende udbudsprocedurer i et år.
- 62 Der er enighed om, at der opstår yderligere risici for økonomiske aktører, der deltager fælles i den offentlige udbudsprocedure, herunder risici der er knyttet til behovet for at udelukke visse partnere eller til deres manglende evne til fortsat at deltage i procedurerne (eksempelvis som følge af konkurs) (jf. dom af 24.5.2016, MT Højgaard og Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347). Denne risiko og dens eventuelle negative konsekvenser vedrører imidlertid kun en specifik offentlig udbudsprocedure og ikke et forbud mod at deltage i andre udbudsprocedurer i en nærmere bestemt periode.