

Mål C-927/19**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

den 18 december 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauen)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

den 17 december 2019

Klagande i första och andra instans och motpart i högsta instans:

”Ecoservice Klaipėda” UAB

Motpart i första och andra instans och klagande i högsta instans:

”Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB

Saken i det nationella målet

Det nationella målet avser tolkningen och tillämpningen av de materiella bestämmelser som reglerar skyddet för konfidentiell information som leverantörer lämnar till upphandlande myndigheter i samband med offentliga upphandlingsförfaranden och prövningsförfaranden, fastställandet av villkor i anbudsinfordran, och klassificeringen av uppgifter som lämnats av leverantörer som oriktiga.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkning av bestämmelser i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (nedan kallat direktiv 89/665), i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (nedan kallat direktiv 2014/24) och i Europaparlamentets och rådet direktiv (EU) 2016/943 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas,

utnyttjas och röjs (nedan kallat direktiv 2016/943), som rör villkor i anbudsinfordran och olika aspekter av skyddet för konfidentiell information vid offentlig upphandling, EU-domstolens domar av den 4 maj 2017, Esaprojekt (C-387/14), och av den 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18), samt artikel 267 första stycket b och tredje stycket FEUF.

Tolkningsfrågor

- 1) Omfattas ett villkor i anbudsinfordran, enligt vilket leverantörer är skyldiga att påvisa en viss genomsnittlig årlig rörelseintäkt som enbart härrör från utförandet av specifika tjänster (hantering av blandat kommunalt avfall), av tillämpningsområdet för artikel 58.3 eller 58.4 i direktiv 2014/24?
- 2) Är den metod för bedömning av leverantörens kapacitet som EU-domstolen beskrev i sin dom av den 4 maj 2017, Esaprojekt (C-387/14), avhängig svaret på den första frågan?
- 3) Omfattas ett villkor i anbudsinfordran, enligt vilket leverantörerna är skyldiga att påvisa att de fordon som erfordras för att tillhandahålla [avfallshanterings-]tjänster uppfyller särskilda tekniska krav, inbegripet utsläpp av förorenande ämnen (EURO 5), installering av en GPS-sändare, lämplig kapacitet och så vidare, av tillämpningsområdet för a) artikel 58.4, b) artikel 42, jämförd med bestämmelserna i bilaga VII, och c) artikel 70 i direktiv 2014/24?
- 4) Ska artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665, i vilket principen om effektiva prövningsförfaranden fastställs, artikel 1.3 och 1.5 i nämnda direktiv, artikel 21 i direktiv 2014/24, samt direktiv 2016/943, särskilt skäl 18 och artikel 9.2 tredje stycket (tillsammans eller separat, men utan begränsning därtill), tolkas så, att den upphandlande myndigheten, om ett tvingande administrativt förfarande för tvistlösning föreskrivs i nationella rättsliga bestämmelser om offentlig upphandling,
 - a) ska förse den leverantör som inledde prövningsförfarandet med alla uppgifter om en annan leverantörs anbud (oberoende av deras konfidentiella karaktär), om föremålet för detta förfarande specifikt är lagenligheten av utvärderingen av den andre leverantörens anbud och den leverantör som inledde förfarandet innan dess uttryckligen hade uppmanat den upphandlande myndigheten att tillhandahålla denna information?
 - b) oberoende av svaret på den föregående frågan, under alla omständigheter måste lämna ett klart, fullständigt och specifikt svar när den inte godtar leverantörens invändning beträffande lagenligheten i utvärderingen av konkurrentens anbud, utan hänsyn till att den riskerar att röja konfidentiell anbudsinformation som den har anförtrotts?

- 5) Ska artikel 1.1 tredje stycket, artikel 1.3 och 1.5, och artikel 2.1 b i direktiv 89/665, artikel 21 i direktiv 2014/24 och direktiv 2016/943, särskilt skäl 18 (tillsammans eller separat, men utan begränsning därtill), tolkas så, att den upphandlande myndighetens beslut att inte ge en leverantör tillgång till konfidentiell information i en annan deltagares anbud är ett beslut som kan överklagas separat vid domstol?
- 6) Ska artikel 1.5 i direktiv 89/665, för det fall att föregående fråga besvaras jakande, tolkas så, att leverantören måste ansöka om prövning av ett sådant beslut hos den upphandlande myndigheten och, om så erfordras, väcka talan vid domstol?
- 7) Ska artikel 1.1 tredje stycket och artikel 2.1 b i direktiv 89/665, för det fall att föregående fråga besvaras jakande, tolkas så, att leverantören, beroende på omfattningen av den information som finns tillgänglig om innehållet i den andra leverantörens anbud, kan väcka en talan vid domstol som enbart avser vägran att lämna ut information till honom, utan att separat ifrågasätta lagenligheten av andra beslut som fattats av den upphandlande myndigheten?
- 8) Ska artikel 9.2 tredje stycket i direktiv 2016/943, oberoende av svaren på de föregående frågorna, tolkas så, att domstolen, efter att ha mottagit klagandens begäran om att motparten ska föreläggas att förete bevisning och att domstolen ska ställa denna bevisning till klagandens förfogande, ska bifalla en sådan begäran, oavsett hur den upphandlande myndigheten har agerat i samband med upphandlings- eller prövningsförfarandet?
- 9) Ska artikel 9.2 tredje stycket i direktiv 2016/943 tolkas så, att domstolen, efter att ha avslagit klagandens begäran om röjande av konfidentiell information från den andra parten i målet, ex officio ska bedöma betydelsen av den konfidentiella information som begärs utlämnad och uppgifternas inverkan på det offentliga upphandlingsförfarandets lagenlighet?
- 10) Kan det skäl för att utesluta en leverantör som föreskrivs i artikel 57.4 h i direktiv 2014/24, med beaktande av domstolens dom av den 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, tillämpas så, att domstolen, vid sin prövning av en tvist mellan en leverantör och den upphandlande myndigheten, ex officio och oberoende av den upphandlande myndighetens bedömning, kan besluta att den berörda anbudsgivaren uppsåtligen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande och faktiskt oriktiga uppgifter till den upphandlande myndigheten och därför ska uteslutas från offentliga upphandlingsförfaranden?
- 11) Ska artikel 57.4 h i direktiv 2014/24, jämförd med proportionalitetsprincipen i artikel 18.1 i samma direktiv, tolkas och tillämpas så, att när det i nationell rätt föreskrivs ytterligare påföljder (förutom uteslutning från upphandlingsförfaranden) för lämnande av oriktiga uppgifter, får dessa

påföljder endast tillämpas på grundval av personligt ansvar, särskilt när faktiskt oriktiga uppgifter har lämnats av endast en del av deltagarna i det offentliga upphandlingsförfarandet (exempelvis en av flera partner)?

Anförda unionsbestämmelser

Artikel 1.1 tredje stycket, artikel 1.3 och 1.5 och artikel 2.1 b i direktiv 89/665

Artikel 18.1, artikel 21, artikel 42 jämförd med bilaga VII, artikel 57.4 h, artikel 58.3 och 58.4 och artikel 70 i direktiv 2014/24

Skäl 18 och artikel 9.2 tredje stycket i direktiv 2016/943

Anförda nationella bestämmelser

Artikel 1.116 (Affärshemligheter och tystnadsplikt) i Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Republiken Litauens civillag) (nedan kallad civillagen)

Artikel 10 punkterna 1–4 (Allmänhetens tillgång till akten i målet) och artikel 10¹ punkterna 1–5 (Särskilt skydd av affärshemligheter) i Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (Republiken Litauens civilprocesslag) (nedan kallad civilprocesslagen)

Artikel 2 punkt 34 (Huvudsakliga uttryck som används i denna lag), artikel 17 punkt 1 (Huvudprinciper för upphandling), artikel 20 punkterna 1–5 (Sekreter), artikel 37 punkterna 1, 3 och 4 (Tekniska specifikationer), artikel 45 punkterna 1 och 3 (Allmänna principer för utvärdering av en leverantör och av en anbudsansökan och ett anbud som lämnats av honom), artikel 46 punkterna 4.4 och 4.5, 5, 7 och 8 (Skäl för uteslutning av en leverantör), artikel 47 punkterna 1.1–3 och 6 (Kontroll av en leverantörs kvalifikationer), artikel 52 punkterna 1.1 och 1.2, 2 och 3 (Innehållande av information eller ingivande av oriktiga uppgifter eller underlåtenhet att inge handlingar), artikel 55 punkt 9 (Utvärdering och jämförelse av anbud) och artikel 58 punkterna 3 och 5 (Informerande om resultatet av upphandlingsförfarandet) i Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Republiken Litauens lag om offentlig upphandling) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling)

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Den 27 september 2018 meddelade motparten (nedan även kallad den upphandlande myndigheten) ett internationellt öppet upphandlingsförfarande avseende insamling av kommunalt avfall i kommunen Neringa och transport av detta avfall till hanteringsanläggningen i den regionala deponin i Klaipėda (nedan kallat upphandlingsförfarandet).

- 2 Anbud lämnades in av tre leverantörer, nämligen klaganden "Ecoservice Klaipėda" UAB (nedan även kallad klaganden och anbudsgivare A), "Ekonovus" UAB, och gruppen av ekonomiska aktörer "Klaipėdos autobusų parkas" UAB, "Parsekas" UAB och "Klaipėdos transportas" UAB, som bedriver sin verksamhet under ett samarbetsavtal (nedan även kallad anbudsgivare B).
- 3 Den 29 november 2018 informerade den upphandlande myndigheten deltagarna om utvärderingen av deras anbud och om det slutliga resultatet av upphandlingsförfarandet: anbudsgivare B tilldelades kontraktet och klaganden kom tvåa.
- 4 Den 10 december 2018 ingav klaganden en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten, där bolaget ifrågasatte resultatet av upphandlingsförfarandet genom att hävda att anbudsgivare B:s kvalifikationer inte uppfyllde kraven. Enligt de uppgifter som klaganden hade tillgång till kunde "Parsekas" UAB inte ha fullgjort kontrakt avseende insamling och transport av blandat kommunalt avfall till ett sammanlagt värde av 200 000 euro (exklusive mervärdesskatt) under de tre senaste åren (såsom erfordras i den del av villkoren i anbudsinfordran som har rubriken "Finansiell och ekonomisk kapacitet"), eftersom detta bolag, i samband med andra upphandlingsförfaranden, ofta deltar i gemensamma aktiviteter som den huvudman som tar emot betalning för tillhandahållna tjänster, men som de facto inte bedriver någon verksamhet vad avser blandat kommunalt avfall. Klaganden hävdade vidare att anbudsgivare B inte heller uppfyller kraven på teknisk kapacitet, eftersom det fordon som redovisades i de handlingar som ingavs av "Parsekas" UAB i upphandlingsförfarandet inte uppfyller olika obligatoriska tekniska parametrar som anges i villkoren i anbudsinfordran (tekniska specifikationer).
- 5 Efter att ha granskat klagandens ansökan om prövning avtog den upphandlande myndigheten ansökan den 17 december 2018 på den grunden att anbudsgivare B hade bekräftat att kravet beträffande fullgjorda kontrakt var uppfyllt genom att i enlighet med villkoren i anbudsinfordran förete bevis om ingångna kontrakt som avsåg hantering av blandat kommunalt avfall, vars värde motsvarade det erforderliga beloppet, samt teknisk information rörande det uppgivna fordonet.
- 6 Den 27 december 2018 väckte klaganden talan vid Klaipėdos apygardos teismas (Regiondomstolen i Klaipėda, Litauen).
- 7 Genom dom av den 15 mars 2019 ogillade domstolen i första instans klagandens talan och fann att anbudsgivare B uppfyllde kvalifikationskraven för leverantörer.
- 8 Efter överklagande av klaganden upphävde Lietuvos apeliacinis teismas (appellationsdomstolen, Litauen), genom dom av den 30 maj 2019, den dom som meddelats av domstolen i första instans, biföll klagandens talan, upphävde motpartens beslut om rangordningen av anbuden och ålade den upphandlande myndigheten att göra om utvärderingen av anbuden. Appellationsdomstolen fann att anbudsgivare B hade uppfyllt kraven avseende fullgjorda kontrakt, men inte

hade styrkt sin tekniska kapacitet, eftersom inte alla de fordon som senare redovisades var inkluderade i det ursprungliga anbudet.

- 9 Motparten överklagade domen i en rättsfråga och klaganden inkom med en svarsinlaga.
- 10 I det nationella målet är klaganden och motparten vidare oense om vilka uppgifter i det antagna anbudet som kan offentliggöras och vilka som utgör konfidentiell information som klaganden inte kan beviljas tillgång till.
- 11 Den 4 december 2018 ansökte klaganden hos den upphandlande myndigheten om att få tillgång till anbudet från anbudsgivare B och den 6 december 2018 tog klaganden del av de icke-konfidentiella uppgifterna i detta anbud.
- 12 Under förfarandet i första instans yrkade klaganden att rätten skulle förplikta motparten att inkomma med kompletterande handlingar och bevilja tillgång till alla uppgifter i anbudet från anbudsgivare B (med undantag endast för känslig affärsinformation) samt förplikta "Parsekas" UAB att tillhandahålla uppgifter om de sekretessbelagda avfallshanteringskontrakt som detta bolag hade ingått.
- 13 Efter det att motparten hade ingett kompletterande handlingar till domstolen yrkade motparten i sin tur att domstolen inte skulle bevilja klaganden tillgång till de konfidentiella uppgifter som anbudsgivare B lämnat i sitt anbud och sekretessbelägga dem som icke-offentligt material i akten i målet.
- 14 I sitt avgörande av den 30 januari 2019 biföll domstolen i första instans motpartens yrkande och ogillade, den 14 februari och den 21 februari 2019, klagandens ovannämnda yrkanden.
- 15 Den 26 juli 2019, innan den ingav sin svarsinlaga på överklagandet i en rättsfråga, ansökte klaganden hos Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen), om att domstolen skulle bevilja tillgång till konfidentiella handlingar som motparten ingett till domstolen i första instans, med redigering eller uteslutande av genuint känslig affärsinformation.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 16 I förevarande mål har det uppstått en tvist mellan parterna i frågan huruvida den grupp av ekonomiska aktörer som har tilldelats kontraktet har kvalifikationer som uppfyller de krav som uppställts av den upphandlande myndigheten.
- 17 Högsta domstolen ska i princip endast ta ställning till de tvistefrågor som motparten har tagit upp i sitt överklagande i en rättsfråga, nämligen huruvida anbudsgivare B:s tekniska kapacitet uppfyller kraven. I förevarande mål överväger emellertid Högsta domstolen att ex officio gå utanför överklagandets räckvidd och fälla ett avgörande beträffande andra aspekter av tvisten mellan parterna, inte bara med stöd av skyddet för allmänintresset, utan även mot bakgrund av den särskilda

situation som har uppstått i förevarande mål, där klaganden, under det administrativa stadiet och under domstolsförfarandet, i huvudsak har nekats all information som den har begärt tillgång till.

- 18 Oberoende av det faktum att den nationella domstolen ex officio har tagit upp behovet av en tolkning av unionslagstiftningen, och därvid har gått utanför räckvidden för tvisten mellan parterna, är EU-domstolen behörig att ge den nationella domstolen den begärda tolkningen (se, exempelvis, dom av den 5 april 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, och dom av den 25 oktober 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865).
- 19 I förevarande mål har kammaren till EU-domstolen hänskjutit frågor om a) lagenligheten av vissa villkor i anbudsinfördran, b) olika aspekter av skyddet för konfidentiell information i offentliga upphandlingsförfaranden, och c) bedömningen av eventuellt oriktiga uppgifter från den anbudsgivare som tilldelats kontraktet och följderna av sådana handlingar.

Lagenligheten av den upphandlande myndighetens åtgärder vid bedömningen av om anbudsgivare B uppfyllde kvalifikationskraven

- 20 Enligt Högsta domstolens praxis är det, vid avgörandet av tvister mellan upphandlande myndigheter och leverantörer, huvudsakligen innehållet i ett villkor, och inte den upphandlande myndighetens benämning på detta villkor, som är avgörande. En korrekt klassificering av villkoren i upphandlingsdokument leder till en korrekt tillämpning av bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling, vilken omfattar olika upphandlingsförfaranden, och således till passande tvistlösning.

a) Innehåll och tillämpning av kravet på finansiell och ekonomisk kapacitet

- 21 Villkoret beträffande finansiell och ekonomisk kapacitet som rör leverantörernas genomsnittliga årsinkomst som härrör från verksamhet avseende hantering av blandat kommunalt avfall, såsom fastställs i villkoren i anbudsinfördran, motsvarar i huvudsak artikel 58.3 i direktiv 2014/24, i vilken det föreskrivs en möjlighet att kräva att de ekonomiska aktörerna har en viss minsta årsomsättning, inklusive en minsta omsättning inom det område som omfattas av kontraktet. Kammaren anser emellertid att det även skulle kunna motsvara de krav på yrkesmässig kapacitet som föreskrivs i artikel 58.4 i nämnda direktiv.
- 22 Det bör påpekas att det följer av ordalydelsen i artikel 58.3 i direktiv 2014/24 (nämligen av ordet ”inklusive”) att den årliga omsättning som krävs inom det område som omfattas av kontraktet inte är helt tillämplig som ett alternativ i den meningen att när ett krav på omsättning uppställs, ska först den totala omsättningen bedömas, och därefter ska omsättningen inom ett visst område fastställas om den upphandlande myndigheten så väljer. En sådan tolkning av ordalydelsen i artikel 58.3 i direktiv 2014/24 leder med andra ord till slutsatsen att omsättningen inom ett visst område inte kan fastställas självständigt, utan att kraven på total omsättning fastställs samtidigt.

- 23 Vidare är tillämpningsområdet för uttrycket ”det område som omfattas av kontraktet” inte helt tydligt. Enligt det omtvistade villkoret i anbudsinfordran måste nämligen leverantörerna särskilt visa sin kapacitet vad gällde tjänster avseende insamling och transport av blandat kommunalt avfall, för vilka anbudsförfarandet hade meddelats, och inte inom området för avfallshantering i allmänhet. Kammaren är benägen att ge detta uttryck en vidare (mer abstrakt) tolkning. I förevarande mål skulle detta uttryck innebära att motparten, enligt artikel 58.3 i direktiv 2014/24, för att kunna uppställa ett specifikt krav på finansiell kapacitet, dels måste fastställa den totala årsomsättningen, och dels, samtidigt, den andel av denna omsättning som ska falla inom området ospecificerade avfallshanteringstjänster.
- 24 Ovannämnda frågor rörande den korrekta klassificeringen av villkoret i anbudsinfordran, vilka har tagits upp ex officio av Högsta domstolen, avser inte endast detta upphandlingskravs möjliga lagenlighet, utan även dess korrekta tillämpning. Det bör noteras att klaganden under hela förfarandet konsekvent har gjort gällande att ”Parsekas” UAB, som är medlem i anbudsgivare B, inte har rätt att till den upphandlande myndigheten inge kontrakt för utvärdering, av vilka, för det första, en del inte har fullgjorts av bolaget ensamt utan tillsammans med andra partner, däribland klaganden själv, och av vilka, för det andra, inte alla har ett föremål som är begränsat till hantering av blandat kommunalt avfall.
- 25 I motsats till vad domstolarna har funnit anser kammaren att enbart den omständigheten att leverantörernas ekonomiska och finansiella kapacitet enligt villkoren i anbudsinfordran måste styrkas av deltagarna genom deklARATIONER I FRI FORM INTE MEDFÖR ATT ANDRA LEVERANTÖRER INTE KAN IFRÅGASÄTTA DEM ELLER TILLFÖRLITLIGHETEN I REDOVISADE UPPGIFTER.
- 26 Det ska erinras om att motparten, anbudsgivare B och domstolarna har tolkat det omtvistade kvalifikationskravet för leverantörerna som att villkoren i anbudsinfordran inte krävde att en ekonomisk aktör visade att den uppfyllde kvalifikationskravet att uteslutande uppbära intäkter i eget namn och/eller för egen räkning (det vill säga inte som huvudman) och endast för hantering av blandat kommunalt avfall vid fullgörandet av ett komplext kontrakt (olika typer av avfall). Högsta domstolen är inte helt klar över vilken metod som ska användas för att påvisa de ifrågavarande kvalifikationerna enligt EU-domstolens praxis.
- 27 I sin dom av den 4 maj 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338), slog EU-domstolen bland annat fast att när en ekonomisk aktör åberopar erfarenheten hos en grupp av företag i vilken den ekonomiska aktören deltagit, måste detta bedömas mot bakgrund av denna aktörs faktiska deltagande och således vad denna verkligen bidragit med i den verksamhet som nämnda grupp skulle genomföra inom ramen för ett visst kontrakt. Härav följer att en ekonomisk aktör, i syfte att visa att den har den erfarenhet som krävs av den upphandlande myndigheten, inte kan åberopa leveranser som gjorts av andra medlemmar i en grupp, i vilka aktören faktiskt inte deltagit.

- 28 Det bör noteras, att i den domen var frågan och svaret på denna fråga relaterade till artikel 48.2 a i direktiv 2004/18, där det föreskrivs en specifik metod för bedömning av kravet på yrkesmässig kapacitet.
- 29 För det fall att det ovannämnda villkoret i anbudsinfordran även fortsättningsvis skulle klassificeras som ett krav på finansiell och ekonomisk kapacitet, för vilket EU-domstolens ovan angivna tolkningar vad avser bedömningen av huruvida kravet på yrkesmässig kapacitet är uppfyllt skulle vara relevant, så skulle frågan bli hur dessa kvalifikationskrav ska särskiljas och tillämpas korrekt.

b) Innehåll och tillämpning av kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet

- 30 Högsta domstolen uttrycker även tvivel beträffande klassificeringen av kravet på leverantörernas tekniska kapacitet i villkoren i anbudsinfordran, enligt vilket leverantörerna var skyldiga att visa att de uppfyllde kraven genom att tillhandahålla fordon (fordon för avfallsinsamling) med lämpliga tekniska egenskaper.
- 31 Enligt Högsta domstolens praxis har anbudsgivarna en mycket större frihet att ändra uppgifter om leverantörernas kvalifikationer än information om föremålet för upphandlingen, dess tekniska egenskaper, erbjudna priser, kontraktsförpliktelser och så vidare. Anledningen till denna uppdelning av leverantörernas rätt att ändra uppgifter är att leverantörernas kvalifikationer, enligt Högsta domstolens uppfattning, utgör en objektiv kategori som avser tidigare och nuvarande omständigheter, och att dessa kvalifikationer antingen föreligger eller inte föreligger. Enligt de nationella bestämmelser rörande offentlig upphandling som för närvarande är i kraft varierar nämligen omfattningen av leverantörernas rätt att ändra uppgifter rörande kvalifikationer och enskilda delar i ett anbud.
- 32 En liknande ståndpunkt följer även av EU-domstolens praxis. Enligt Högsta domstolens uppfattning är de strikta regler för ändring av uppgifterna i ett anbud som fastställts i EU-domstolens dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191), och som ska tolkas restriktivt, föremål för ett visst undantag vad gäller bedömningen av uppgifter rörande kvalifikationer. EU-domstolen slog i punkt 39 i sin dom av den 10 oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), fast att en upphandlande myndighet kan begära att en ansökan rättas eller kompletteras i enskilda delar, såvida denna begäran avser omständigheter eller upplysningar, såsom offentliggjorda årsbokslut, som det objektivt går att kontrollera att de förelåg före den tidpunkt då fristen för att lämna in ansökningshandlingarna för att få delta i upphandlingen löpte ut.
- 33 Högsta domstolen hyser även tvivel beträffande lagenligheten i kravet avseende leverantörernas tekniska kapacitet. Även om EU-domstolen i sin dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna (C-368/10, EU:C:2012:284), fann, att vissa krav kan uppställas såväl i form av en teknisk specifikation som i form av ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av ett kontrakt, står det inte helt klart för Högsta domstolen om så även är fallet i förevarande mål.

- 34 Det bör erinras om att EU-domstolen länge intog ståndpunkten att utvärderingen av leverantörernas kvalifikationer och av deras anbud omfattades av olika krav (se dom av den 24 januari 2008, Lianakis, C-532/06, EU:C:2008:40). Enligt denna rättspraxis kunde leverantörernas kvalifikationer inte anses utgöra ett tilldelningskriterium.
- 35 EU-domstolen har emellertid senare i sin tolkning av de relevanta bestämmelserna i direktiv 2004/18 i viss mån mildrat denna ståndpunkt något genom att slå fast att kompetensen och erfarenheten hos dem som ingår i det arbetslag som utses att fullgöra det offentliga kontraktet får anges som tilldelningskriterier i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, eftersom kvaliteten på fullgörandet av ett offentligt kontrakt på ett avgörande sätt kan vara beroende av vilka yrkesmässiga förtjänster de personer som ska fullgöra kontraktet har, vilka utgörs av deras yrkeserfarenhet och utbildning (dom av den 26 mars 2015, Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204).
- 36 *Ratio decidendi* i det målet är, såsom EU-domstolen senare har förklarat, att den upphandlande myndigheten i detta fall gjorde en faktisk jämförelse av de godtagbara anbuden för att kunna fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det föreslagna tekniska arbetslagets erfarenhet var en oskiljaktig del av anbudet och utgjorde inte enbart ett kriterium för att bedöma anbudsgivarnas lämplighet (dom av den 1 mars 2018, Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142). Denna rättsliga tolkningsregel fastställdes slutligen även i artikel 67.2 b i direktiv 2014/24. Utöver den ifrågavarande undantagsbestämmelsen föreskrivs under alla omständigheter ändå en modell för att särskilja kvalifikationskriterier och tilldelningskriterier i regelverket.
- 37 Inställningen bör vara, att om leverantörernas kvalifikationer normalt inte kan användas för att jämföra anbud med varandra, så bör de tekniska bestämmelserna i föremålet för kontraktet inte uppställas som krav avseende leverantörernas kapacitet.
- 38 Enligt villkoren i anbudsinfordran krävde den upphandlande myndigheten att leverantörerna skulle visa att deras fordon, avsedda att användas för att tillhandahålla tjänster, uppfyllde särskilda tekniska parametrar. Dessa bestämmelser överensstämmer bland annat med det aktuella villkor som uppställs i de tekniska specifikationerna. Inställningen bör vara, att sådana krav går utöver vad som ska eftersträvas för att kontrollera leverantörernas tekniska kapacitet.
- 39 I artikel 58.4 i direktiv 2014/24 föreskrivs bland annat, att när det gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet får den upphandlande myndigheten ställa krav för att se till att de ekonomiska aktörerna förfogar över nödvändiga personalresurser, tekniska resurser och den erfarenhet som krävs för att fullgöra kontraktet med en lämplig kvalitetsstandard. I förevarande mål tyder specifika och precisa tekniska krav för fordon på, att vad som var viktigt för den upphandlande myndigheten inte var att allmänt förvissa sig om leverantörernas förmåga att korrekt fullgöra kontraktet avseende avfallshanteringstjänster, utan att fastställa ett särskilt sätt att

fullgöra kontraktet, som bland annat syftar till att uppnå miljömål (EURO 5), spårbarhet vad gäller fullgörandet av de avtalsenliga förpliktelserna (GPS-utrustning) och så vidare.

- 40 Högsta domstolens praxis på detta område är av från-fall-till-fall-karaktär. Den fastställer inga tydliga rättsregler för när ett krav ska anses utgöra ett villkor avseende teknisk kapacitet och när det bara rör sig om att tillhandahålla tekniska specifikationer. Enligt kammarens åsikt bör det i princip finnas ett samband mellan ett anbudsvilkors fullständiga räckvidd och klassificeringen av dess innehåll, det vill säga ju fler specifika (formella) tekniska kriterier det finns som måste påvisas, desto mer rör sig innehållet i ett sådant krav bort från teknisk kapacitet mot tekniska specifikationer eller villkor för fullgörande av kontraktet. Detta framgår även tydligt av tillämpningsområdet för och den fullständiga räckvidden av 58.4 i, och bilaga VII till, direktiv 2014/24.

Avvägningen mellan skyddet av en leverantörs konfidentiella information och effektiviteten i skyddet för den andra leverantörens rättigheter

- 41 Klaganden har förgäves, såväl på det administrativa stadiet som under domstolsförfarandet, försökt få tillgång till anbudet från anbudsgivare B. Detta är en vanlig situation, som är karakteristisk för offentlig upphandlingspraxis i Litauen och som Högsta domstolen systematiskt försöker begränsa genom sin praxis.
- 42 I samband med förevarande tvist bör det emellertid understrykas att den upphandlande myndigheten själv mycket aktivt försvarade anbudsgivare B:s rätt till skydd för konfidentiell information.
- 43 Enligt kammarens uppfattning är den huvudsakliga negativa följden av denna rådande praxis i Litauen att skyddet för klagandenas rättigheter till dels inte kan säkerställas eftersom de, såsom i förevarande mål, har tillgång till mindre information än de andra parterna i tvisten. Dessutom är effektiviteten i skyddet av klagandenas rättigheter i huvudsak avhängigt rättsens beslut att sekretessbelägga den relevanta information som de har begärt (icke-offentliga handlingar i målet). Om domstolen inte beviljar klaganden tillgång till den begärda informationen, minskas möjligheterna att uppfylla dennes begäran till ett minimum, eftersom domstolen, såsom även var fallet i förevarande mål, inte normalt ex officio utvecklar närmare om konfidentiella uppgifter är förenliga med de krav som ställs på det offentliga upphandlingsförfarandet eller med rättsliga bestämmelser eller bedömer dessa uppgifters tillförlitlighet och så vidare.
- 44 Högsta domstolen har i detta avseende bland annat konstaterat att leverantörens rätt, enligt artikel 20 i lagen om offentlig upphandling, att skydda uppgifter som enligt särskild angivelse i anbudet inte ska röjas för det första endast omfattar sådana uppgifter som ska sekretessbeläggas som affärs-(företags-)hemligheter i den mening som avses i artikel 1.116 punkt 1 i civillagen. Enbart den omständigheten att vissa uppgifter som är relaterade till leverantören och hans

verksamhet inte i andra fall är fritt tillgängliga för andra ekonomiska aktörer innebär inte att de ska skyddas inom ramen för offentliga upphandlingsförfaranden, om de inte kvalificerar som affärshemligheter. Det bör noteras att bestämmelserna i artikel 1.116 i civillagen i huvudsak motsvarar bestämmelserna på området i direktiv 2016/943.

- 45 För det andra ska en leverantörs rätt att få tillgång till en annan leverantörs anbud i huvudsak anses utgöra en integrerad del av skyddet för de rättigheter som har kränkts. Enligt de nationella bestämmelserna om offentlig upphandling utgör nämligen leverantörens rätt att få tillgång till en annan leverantörs anbud en självständig individuell rättighet som kan göras gällande separat med rättsliga medel, utan att klaganden är formellt skyldig att, utan tillgång till alla nödvändiga uppgifter, väcka talan vid domstol om resultatet av anbudsproceduren åtföljd av en processrättslig hemställan till domstolen att den upphandlande myndigheten ska föreläggas att förete bevisning och att domstolen ska ge klaganden tillgång till denna bevisning, för att senare eventuellt komplettera eller klargöra sina yrkanden i målet.
- 46 Likväl är Högsta domstolen, på detta område, inte klar över det specifika innehållet i upphandlande myndigheters skyldighet att skydda sekretessen för de uppgifter som leverantörerna har anförtrott dem och förhållandet mellan dessa skyldigheter och upphandlande myndigheters skyldighet att säkerställa ett effektivt skydd för de rättigheter som de ekonomiska aktörer som har inlett prövningsförfarandet har. Även om EU-domstolen i sin dom av den 14 februari 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91) – nästan den enda domen på området – betonade karaktären av fiduciär relation (förtroenderelation) mellan leverantörerna och den upphandlande myndigheten, framgår det emellertid tydligt av artikel 9.2 tredje stycket i direktiv 2016/943 (artikel 10¹ punkt 3 i civilprocesslagen), som antogs senare, att parterna i förfarandet inte under några omständigheter kan förfoga över olika mycket information, eftersom principerna om ett effektivt rättsmedel och om en opartisk domstol annars skulle åsidosättas.
- 47 Om domstolen enligt denna rättsregel måste säkerställa klagandens rätt att få tillgång till en parts affärshemligheter, är det oklart varför denna rätt inte borde tillerkännas klaganden innan domstolsförfarandet inleds, särskilt som detta skulle kunna hjälpa klaganden att avgöra om han vill inleda ett prövningsförfarande eller ej.
- 48 Bortsett från skäl 18 i direktiv 2016/943 innehåller detta direktiv i huvudsak inte någon formulering som är särskilt ägnad åt offentliga upphandlingsförfaranden. Å andra sidan är det tveksamt om skyddet för information som utgör anbudsgivarnas affärshemligheter borde ligga på en annan (högre) nivå än skyddet för ekonomiska aktörer som är verksamma inom ramen för andra rättsförhållanden. Artikel 21 i direktiv 2014/24 och de relevanta bestämmelserna i direktiv 89/665 ger inte heller någon större klarhet på området.

- 49 Högsta domstolen har gång på gång påpekat att även om upphandlande myndigheter inte är kontrollorgan, så har de på grund av ett tvingande system för administrativ tvistlösning vidsträckta befogenheter att samarbeta med leverantörerna (den leverantör som gjort framställningen och de leverantörer som mottagit framställningen) och i vissa fall även en skyldighet – som följer av målet att säkerställa ett effektivt skydd för leverantörernas rättigheter – att, i enlighet med sina befogenheter och de åtgärder som står till deras förfogande, vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att leverantörerna har genuina möjligheter att skydda de intressen som kan ha kränkts. Denna rättspraxis motsvarar artikel 1.5 i direktiv 89/665, i vilken det föreskrivs att medlemsstaterna får kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten.
- 50 Den litauiska lagstiftaren har föreskrivit ett tvingande förfarande för ingivande och prövning av ansökningar, och leverantörens rätt att få tillgång till andra anbudsgivares anbud anses utgöra en integrerad del av skyddet för deras rättigheter. En tolkning av ovannämnda unionsrättsliga bestämmelser som medför att leverantörer endast kan få tillgång till sådan information inom ramen för ett domstolsförfarande skulle vara inkonsekvent.
- 51 Å andra sidan är Högsta domstolen inte klar över hur informerandet av parterna i förfarandet i enlighet med artikel 9.2 i direktiv 2016/943 ska genomföras: om klagandens rätt att få tillgång till det antagna anbudet är ovillkorlig; om inte klaganden, med tanke på det administrativa förfarandet, först ska vända sig till den upphandlande myndigheten med denna begäran; om karaktären på den tvist som uppstått till följd av resultatet av anbudsförfarandet är av betydelse för att denna begäran ska beviljas; om det alls är nödvändigt att parterna är oense om resultatet av anbudsförfarandet, eller om det räcker att en leverantör helt enkelt utövar sin rätt att få tillgång till informationen och om vederbörande, om denna rätt åsidosätts, kan inge en separat hemställan till domstolen, såsom framgår av Högsta domstolens praxis.
- 52 Det bör noteras att klaganden i förevarande mål ursprungligen ingav en ansökan till den upphandlande myndigheten med en begäran om att få tillgång till anbudet från anbudsgivare B. Eftersom klaganden endast hade mottagit en liten del av handlingarna, åberopade klaganden inte denna omständighet och överklagade inte den upphandlande myndighetens beslut separat, utan ingav en processrättslig hemställan till domstolen om att motparten skulle föreläggas att förete bevisning och att domstolen skulle ge klaganden tillgång till denna bevisning. Med hänsyn till hur tvisten utvecklades på det administrativa stadiet framgår det inte klart huruvida domstolen i första instans borde ha fattat något beslut över huvud taget om att sekretessbelägga uppgifterna från anbudsgivare B. Å andra sidan uttryckte uppenbarligen inte heller domstolen i första instans eller appellationsdomstolen, efter att ha underlåtit att lämna ut de begärda uppgifterna till klaganden, någon åsikt om den konfidentiella informationens innehåll och betydelse.

Ingivande av eventuellt oriktiga uppgifter och domstolens befogenheter i detta avseende

- 53 I förevarande mål har kammaren bland annat ex officio tagit upp frågan om bedömningen enligt artikel 57.4 h i direktiv 2014/24 av anbudsgivare B:s handlande, det vill säga om anbudsgivare B (vissa av dess medlemmar) faktiskt inte har lämnat oriktiga uppgifter till den upphandlande myndigheten om huruvida anbudsgivarens kapacitet uppfyller de ställda kraven. Dessutom är det osäkert vilken inverkan vissa partners eventuellt rättsstridiga agerande kan ha på övriga deltagare i gemensamma aktiviteter.
- 54 I EU-domstolens dom i målet Esaprojekt (C-387/14), som rörde tolkningen av en liknande bestämmelse i artikel 45.2 g i direktiv 2004/18, konstaterades det *för det första* att den omständigheten att den ekonomiska aktörens handlande är uppsåtligt inte kan utgöra ett nödvändigt villkor för att en sådan aktör ska uteslutas från deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt. Det är tillräckligt att denne varit i viss grad oaktsam, det vill säga en oaktsamhet som i avgörande grad kan påverka beslut om uteslutning, urval och tilldelning av ett offentligt kontrakt. När de uppgifter som har lämnats av den ekonomiska aktören faktiskt har påverkat utgången av tilldelningsförfarandet kan, *för det andra*, den aktör som av oaktsamhet lämnat de relevanta uppgifterna anses i allvarlig omfattning ha lämnat oriktiga uppgifter i den mening som avses i artikel 45.2 g i direktiv 2004/18, och ett sådant beteende kan följaktligen motivera den upphandlande myndighetens beslut att utesluta aktören från deltagande i det ifrågavarande förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt.
- 55 I sin senaste dom i detta avseende (dom av den 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826), påpekade EU-domstolen att artikel 57.4 h i direktiv 2014/24 nämligen omfattar både aktivt agerande, som till exempel förfalskning, och underlåtenhet, eftersom både lämnande av oriktiga uppgifter och undanhållande av korrekta uppgifter kan komma att påverka den upphandlande myndighetens beslut.
- 56 På grundval av dessa förklaringar skulle de uppgifter som lämnades av ”Parsekas” UAB beträffande intäkterna av kontrakten – vilka antingen hade ingåtts och verkställts tillsammans med andra ekonomiska aktörer som utförde just den del av tjänsterna avseende hantering av blandat avfall som skulle styrkas, eller hade ingåtts och verkställts utan någon partner, dock att dessa senare, utöver hantering av blandat avfall, även avsåg hantering av annat avfall (i båda fallen blandat avfall som utgjorde en mindre del av allt avfall som hanterades) – mot bakgrund av de omständigheter som beaktades av EU-domstolen i domen i målet Esaprojekt, i princip kunna anses motsvara situationen med av oaktsamhet lämnade uppgifter, vilka påverkade utgången av upphandlingsförfarandet.
- 57 Det ankommer inte på Högsta domstolen att pröva de faktiska omständigheterna. Högsta domstolen är emellertid behörig att ex officio pröva rättsliga grunder,

inbegripet klassificeringen av uppgifter som oriktiga, liksom den bevisvärdering som domstolarna har gjort.

- 58 Å andra sidan har EU-domstolen, i sin praxis avseende bestämmelserna i artikel 57.4 i direktiv 2014/24, i vilka det föreskrivs skäl för uteslutning, börjat betona det särskilda förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören i fråga som grundar sig på ömsesidigt förtroende (se dom av den 3 oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punkterna 25–27 och 37). Högsta domstolen hyser således tvivel beträffande om den, i de fall då den upphandlande myndigheten gör en annan bedömning, är behörig att för den upphandlande myndigheten avgöra att de uppgifter som myndigheten mottog var oriktiga och vilseledande. Det bör i detta sammanhang noteras att klaganden, såväl i ansökan som under domstolsförfarandet, tydligt har uttryckt åsikten att ”Parsekas” UAB lämnade vilseledande uppgifter till motparten. Motparten intog emellertid en annan ståndpunkt och ansåg att de uppgifter som den hade mottagit bekräftade att anbudsgivare B uppfyllde kvalifikationskraven.
- 59 Vad beträffar dessa frågor vill kammaren bland annat få klarhet i vilka följder som ekonomiska aktörers handlande att lämna oriktiga uppgifter eventuellt kan få för deras partner, tillsammans med vilka de har lämnat ett gemensamt anbud. Enligt de nationella bestämmelserna om offentlig upphandling (artikel 46 punkt 4.4 och artikel 52 i lagen om offentlig upphandling) ska ekonomiska aktörer som har lämnat oriktiga uppgifter upptas i förteckningen över leverantörer som har lämnat felaktiga uppgifter, vilket medför att möjligheten att delta i andra upphandlande myndigheters anbudsinfördran begränsas under en angiven tidsperiod (ett år). De tvivel som Högsta domstolen hyser beträffande tillförlitligheten av de uppgifter som lämnats rör inte alla medlemmar (partner) i anbudsgivare B.
- 60 Enligt artikel 52 punkt 1 i lagen om offentlig upphandling ska en förteckning över leverantörer som lämnat felaktiga uppgifter inbegripa leverantörer i den mening som avses i artikel 2 punkt 36 i lagen om offentlig upphandling (en leverantör definieras som en ekonomisk aktör som är en fysisk person, en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person, en annan organisation och avdelningar av denna eller en grupp av sådana personer, inklusive varje tillfällig sammanslutning av ekonomiska aktörer som erbjuder sig att utföra byggentreprenader eller tillhandahålla varor eller tjänster på marknaden). Den ståndpunkt som bör intas är emellertid att den omtvistade negativa åtgärden (verkan) i princip medför ett personligt ansvar för aktören (påföljden) vad gäller rättsstridiga handlingar som är förbjudna enligt lag. Den bör således utan undantag tillämpas endast på sådana aktörer som på något sätt deltar i offentliga upphandlingsförfaranden och som lämnar uppgifter till den upphandlande myndigheten om sig själva i eget namn.
- 61 Det är mot denna bakgrund oklart om de rättsstridiga handlingar som vissa partner till en gemensam leverantör gjort sig skyldiga till genom att lämna oriktiga uppgifter om sig själva får negativa följder endast för dem eller för samtliga partner. Den sistnämnda ståndpunkten skulle kunna stödjas av att alla partner har

gemensamma intressen (av samfälld karaktär) och är solidariskt ansvariga. Å andra sidan kan man fråga sig om en sådan modell för solidariskt ansvar är oproportionerlig med tanke på att ekonomiska aktörer som upptas i förteckningen över leverantörer som har lämnat oriktiga uppgifter under ett års tid är uteslutna från att delta i påföljande upphandlingsförfaranden.

- 62 Det är ostridigt att ytterligare risker uppkommer för ekonomiska aktörer som gemensamt deltar i offentliga upphandlingsförfaranden, däribland risker förenade med behovet av att utesluta vissa partner eller med deras oförmåga att fortsätta delta i förfaranden (exempelvis på grund av obestånd) (se dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347). Denna risk och möjliga negativa konsekvenser av den avser emellertid endast ett specifikt offentligt upphandlingsförfarande och innebär inte ett förbud mot att delta i andra upphandlingsförfaranden under en viss tidsperiod.