

Mål C-54/21

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

29 januari 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Krajowa Izba Odwoławcza (Polen)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

22 december 2020

Klagande:

ANTEA POLSKA S.A.

Pectore-Eco sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy

Motpart:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Övriga parter i målet:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Saken i det nationella målet

Överklagande i ett förfarande för offentlig upphandling avseende ”utarbetande av projekt II för uppdatering av förvaltningsplaner för avrinningsdistrikt inklusive metoder” rörande åtgärder som vidtagits eller inte vidtagits av den upphandlande myndigheten, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (det statliga vattenverket Wody Polskie) under det aktuella förfarandet.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Den aktuella frågan består av två grupper av frågor, den ena avser att de ekonomiska aktörerna sekretessbelägger information som företagshemlighet och den andra avser fastställandet av den upphandlande myndigheten av andra kriterier än priskriterier för utvärdering av anbud, och metoden för utvärdering av anbud.

Begäran har framställts med stöd av artikel 267 FEUF.

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

Fråga 1: Innebär principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i artikel 18.1 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/EU), att artikel 21.1 i direktiv 2014/24/EU och artikel 2.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs (nedan kallat direktiv 2016/943), i synnerhet följande formuleringar: ”som helhet eller i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman, är allmänt känd hos eller lättillgänglig” och ”[d]en har kommersiellt värde på grund av att den är hemlig” och hänvisningen till att ”den upphandlande myndigheten, ... inte [får] offentliggöra uppgifter som ... förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna” kan tolkas så, att en ekonomisk aktör får sekretessbelägga all information som affärshemlighet och att den av den anledningen inte vill att denna information röjs för den ekonomiska aktörens konkurrenter?

Fråga 2: Innebär principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU att artikel 21.1 i direktiv 2014/24/EU och artikel 2.1 i direktiv 2016/943, kan tolkas så, att de ekonomiska aktörer som är anbudsgivare vid en offentlig upphandling får sekretessbelägga de handlingar som avses i artiklarna 59 och 60 i direktiv 2014/24/EU och bilaga XII till direktiv 2014/24/EU, helt eller delvis, som företagshemlighet, i synnerhet förteckningar över yrkeserfarenhet, referenser, förteckningar över personer som föreslagits för fullgörandet av kontraktet och deras yrkeskvalifikationer, namn på och

kapaciteten hos potentiella aktörer vars kapacitet de ekonomiska aktörerna hänvisar till och underentreprenörer om dessa handlingar krävs för att visa att villkoren för deltagande i förfarandet är uppfyllda och för att mot bakgrund av utvärderingskriterierna utvärdera anbuden och fastställa huruvida anbuden uppfyller andra krav som den upphandlande myndigheten uppställt i anbudshandlingarna (meddelandet om upphandling, förfrågningsunderlaget)?

Fråga 3: Innebär principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU i samband med artiklarna 58.1, 63.1 och artikel 67.2 b i direktiv 2014/24/UE, att den upphandlande myndigheten samtidigt kan godta den ekonomiska aktörens förklaring om att den förfogar över den personal som den upphandlande myndigheten kräver och som den ekonomiska aktören själv angett, aktörer som ska fullgöra kontraktet och underentreprenörer, vilket den i enlighet med bestämmelserna måste bevisa för den upphandlande myndigheten, och förklaringen om att redan det förhållandet att information om dessa personer eller aktörer (efternamn, namn, erfarenheter, kvalifikationer) röjs för den ekonomiska aktörens konkurrenter i sig kan leda till att de "bjuds över" av dessa ekonomiska aktörer, varför det är nödvändigt att betrakta denna information som affärshemlighet? Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan detta kortlivade förhållande mellan den ekonomiska aktören och dessa personer och aktörer under dessa omständigheter anses utgöra ett bevis för att den ekonomiska aktören förfogar över dessa resurser och, i synnerhet, medföra att den ekonomiska aktören tilldelas tilläggspoäng enligt kriterierna för utvärdering av anbuden?

Fråga 4: Innebär principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i direktiv 2014/24/EU, att artikel 21.1 i direktiv 2014/24/EU och artikel 2.1 i direktiv 2016/943 ska tolkas så, att de ekonomiska aktörer som är anbudsgivare vid en offentlig upphandling kan sekretessbelägga de handlingar som krävs för att kontrollera att ett anbud uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten uppställt i förfrågningsunderlaget (inbegripet beskrivningen av föremålet för upphandlingen) eller utvärdera ett anbud enligt kriterierna för utvärdering av anbud, som affärshemlighet, särskilt när dessa handlingar gäller iakttagandet av de krav som den upphandlande myndigheten uppställt och som anges i förfrågningsunderlaget, i lagstiftning, och i andra handlingar som är offentligt tillgängliga eller tillgängliga för berörda personer, i synnerhet om denna utvärdering inte sker enligt objektiva jämförbara metoder eller matematiskt eller fysiskt mätbara och jämförbara indikatorer, utan enligt en bedömning i det enskilda fallet av den upphandlande myndigheten? Ska artikel 21.1 i direktiv 2014/24/ och artikel 2.1 i direktiv 2016/943 följaktligen tolkas så, att en förklaring som lämnats av en ekonomisk aktör i ett anbud om fullgörande av ett visst föremål av upphandlingen enligt den upphandlande myndighetens anvisningar i förfrågningsunderlaget, som kontrolleras och utvärderas av den upphandlande myndigheten med tanke på en bedömning om dessa krav uppfyllts kan anses utgöra företagshemligheter, även om det ankommer på den ekonomiska aktören

att välja de metoder som ska användas för att uppnå den verkan som krävs av den upphandlande myndigheten (föremålet för upphandlingen)?

Fråga 5: Innebär principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i direktiv 2014/24/EU, jämförd med artikel 67.4 i direktiv 2014/24/EU, enligt vilken tilldelningskriterierna inte får ha den effekten att de ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet, de ska garantera en effektiv konkurrens och göra det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som lämnas av anbudsgivarna utifrån en bedömning av hur väl anbudet uppfyller tilldelningskriterierna, att den upphandlande myndigheten kan fastställa ett kriterium för att utvärdera anbudet, i synnerhet ett kriterium som ska utvärderas enligt en bedömning i det enskilda fallet av den upphandlande myndigheten, även om det redan vid tidpunkten för fastställandet av detta kriterium är känt att de ekonomiska aktörerna kommer att betrakta den del av anbudet som hänför sig till detta kriterium som en företagshemlighet, vilket den upphandlande myndigheten inte har motsatt sig, vilket innebär att konkurrerande ekonomiska aktörerna kan få intrycket att den upphandlande myndighetens kontroll och utvärdering av anbudet sker helt skönsmässigt, eftersom de inte kommer att kunna kontrollera konkurrenternas anbud och jämföra dem med sina egna anbud?

Fråga 6: Ska principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i direktiv 2014/24/EU, jämförd med artikel 67.4 i direktiv 2014/24/EU, enligt vilken tilldelningskriterierna inte får ha den effekten att de ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och enligt vilken de ska garantera en effektiv konkurrens och göra det möjligt att effektivt kontrollera den information som lämnas av anbudsgivarna med tanke på en bedömning av hur väl anbudet uppfyller tilldelningskriterierna, tolkas så, att den upphandlande myndigheten får fastställa ett sådant kriterium för utvärdering av anbud, såsom i förevarande fall kriteriet ”konceptet för utarbetande” och ”beskrivning av hur kontraktet kommer att fullgöras”?

Fråga 7: Ska artikel 1.1 och artikel 1.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (nedan kallat rättsmedelsdirektivet), genom vilket medlemsstaterna åläggs att säkerställa att de ekonomiska aktörerna har möjlighet till en effektiv överprövning av ett beslut som fattats av en upphandlande myndighet och att överprövningsförfaranden är tillgängliga för den aktör som har intresse av att tilldelas ett visst kontrakt och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse, tolkas så, att en överprövningsmyndighets konstaterande att de handlingar som den ekonomiska aktören sekretessbelagt i ett visst förfarande inte utgör företagshemligheter, vilket innebär att de måste lämnas ut av den upphandlande myndigheten och göras tillgängliga för konkurrerande ekonomiska aktörer – om en sådan verkan inte direkt följer av lag – medför en skyldighet för överprövningsmyndigheten att fatta beslut med ett innehåll som

möjliggör för den ekonomiska aktören att på nytt inge ett överklagande, inom ramen för innehållet i dessa handlingar, som den tidigare inte hade kännedom om och av den anledningen inte hade möjlighet att använda ett effektivt rättsmedel med avseende på den handling som den ekonomiska aktören inte kunde överklaga på grund av att fristen för att inge överklagandet hade löpt ut, till exempel till genom ogiltigförklaring av kontrollen och utvärderingen av anbud som de aktuella handlingar som sekretessbelagts som affärshemlighet avser?

Anförda unionsbestämmelser

Direktiv 2014/24/UE: artikel 18.1, artikel 21.1, artikel 55.2 och 55.3, artikel 56.1 och 56.2, artikel 58.4, artikel 59, artikel 60.1, artikel 63.1, artikel 67, artikel 71.2.

Direktiv 2016/943: artikel 2.1.

Direktiv 2007/66: artikel 1.1 och 1.3.

Anförda nationella bestämmelser

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004, nr 19, position 117) (lag av den 29 januari 2004 om offentlig upphandling)

Artikel 7

Den upphandlande myndigheten ska förbereda och genomföra ett upphandlingsförfarande på ett sådant sätt att sund konkurrens och likabehandling av ekonomiska aktörer säkerställs och i enlighet med proportionalitetsprincipen och principen om öppenhet.

Artikel 8

1. Upphandlingsförfarandena ska vara öppna för allmänheten
2. Den upphandlande myndigheten får endast begränsa tillgången till information om upphandlingsförfarandet i de fall som föreskrivs i lag.
 - 2a. Den upphandlande myndigheten får i förfrågningsunderlaget uppställa krav på att den information som lämnas till den ekonomiska aktören under förfarandet ska förbli konfidentiell.
3. Information som utgör en företagshemlighet i den mening som avses i lagstiftningen mot illojal konkurrens ska inte röjas om den ekonomiska aktören, senast inom fristen för att lämna anbud eller ansökningar om att få delta i förfarandet, har preciserat att informationen inte kan göras tillgänglig och har visat att den sekretessbelagda informationen utgör företagshemlighet. Den ekonomiska aktören får inte sekretessbelägga de uppgifter som avses i artikel 86.4. Bestämmelsen gäller i tillämpliga delar för projektävlingar.

Artikel 36b.1

Den upphandlande myndigheten ska begära att den ekonomiska aktören ska ange de delar av kontraktet som den avser att anförtro underleverantörer och ange vilka underleverantörer som kommer att anlitas.

Artikel 91

1. Den upphandlande myndigheten ska välja ut det mest fördelaktiga anbudet på grundval av de utvärderingskriterier för anbud som anges i förfrågningsunderlaget.

2. Kriterierna för utvärdering av anbuden ska avse priset, kostnaden eller priset och kostnaden och andra kriterier som rör föremålet för upphandlingen, särskilt

1) kvalitet, inklusive tekniska parametrar, estetiska och funktionella egenskaper.

2) sociala aspekter, inbegripet yrkesmässig och social integration av de personer som avses i artikel 22.2, tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning och hänsynstagande till användarnas behov.

3) miljöaspekter, inklusive energieffektivitet för föremålet för upphandlingen.

4) innovativa aspekter,

5) organisation, yrkeskvalifikationer och erfarenhet hos de personer som anlitas för fullgörande av kontraktet, om dessa kan ha en betydande inverkan på kvaliteten på kontraktets fullgörande.

6) eftermarknadsservice och tekniskt stöd samt leveransvillkor, såsom leveransdag, leveransprocess och leveranstid eller tid för fullgörandet.

...

2d. Den upphandlande myndigheten ska fastställa kriterierna för utvärdering av anbuden på ett otvetydigt och begripligt sätt som gör det möjligt att kontrollera den information som de ekonomiska aktörerna har lämnat.

Artikel 96

1. Under upphandlingsförfarandet ska den upphandlande myndigheten upprätta ett protokoll som i vart fall ska innehålla följande uppgifter: ...

5) Namnet och efternamnet eller namnet på den ekonomiska aktör vars anbud antagits som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och, skälen till att dess anbud valts och, om det är känt, uppgift om hur stor del av kontraktet eller ramavtalet som den ekonomiska aktören avser att lägga ut på tredje part samt, om

det är känt vid den tidpunkten, namnen och efternamnen eller namnen på eventuella underleverantörer ...

7) i förekommande fall, resultatet av en prövning av grunderna för uteslutning, bedömning av huruvida villkoren för deltagande i förfarandet eller urvalskriterierna är uppfyllda, inbegripet

a) namn och efternamn eller namn på de ekonomiska aktörer som inte har uteslutits, som har visat att de uppfyller villkoren för deltagande i förfarandet eller urvalskriterierna samt skälen till att dessa ekonomiska aktörer valts,

b) namn och efternamn eller namn på de ekonomiska aktörer som har uteslutits, som inte har visat att de uppfyller villkoren för deltagande i förfarandet eller urvalskriterierna samt skälen till att dessa ekonomiska aktörer inte har tillåtits att delta i förfarandet,

8) skälen till att anbud har förkastats ...

2. Anbud, sakkunnigutlåtanden, intyg, information från det möte som avses i artikel 38.3, anmälningar, ansökningar, andra handlingar och information som lämnats av den upphandlande myndigheten och de ekonomiska aktörerna samt det offentliga kontraktet utgör bilagor till protokollet.

3. Protokollet och dess bilagor ska vara offentliga. Bilagorna till protokollet ska göras tillgängliga efter det att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits eller efter det att förfarandet har avbrutits, varvid anbuden ska göras tillgängliga efter det att de har öppnats, preliminära anbud från och med dagen för anbudsinfordran och begäran om att få delta i förfarandet från och med den dag då resultatet av utvärderingen av huruvida villkoren för deltagande i förfarandet har uppfyllts har meddelats.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (lagen av den 16 april 1993 om bekämpning av illojal konkurrens (Dz.U. 2020 position 1913))

Artikel 11.2

Med företagshemligheter avses teknisk, teknologisk och organisatorisk information om företaget eller annan information av ekonomiskt värde som i sin helhet eller i den form deras beståndsdelar ordnats och satts samman, är allmänt känd för personer i de kretsar som normalt sett handskas med denna typ av information, eller inte är lättillgängliga för dessa personer, förutsatt att den som har rätt att använda informationen eller förfoga över informationen, med all den omsorg som krävs, har vidtagit åtgärder för att bevara dem konfidentiella.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Förordning från ministern för utvecklingsfrågor av den 26

juli 2016 om de typer av handlingar som den upphandlande myndigheten kan begära av en ekonomisk aktör i ett upphandlingsförfarande) (Dz. U., 2020, position 1282)

§ 2.4

För att intyga att en ekonomisk aktör uppfyller villkoren för deltagande i förfarandet eller urvalskriterierna avseende teknisk eller yrkesmässig kapacitet får den upphandlande myndigheten begära att följande handlingar inges:

- 1) ...
- 2) en förteckning över de leveranser eller tjänster som utförts och, i fråga om periodiska eller kontinuerliga tillhandahållanden som också utförts, under de senaste åren före utgången av fristen för inlämnande av anbud, eller ansökningar om att få delta i förfarandet, och om den period under vilken verksamheten bedrivits är kortare, under den perioden, ska, föremålet, tidpunkten för utförandet, mottagarna av varuleveranserna och de utförda tjänsterna, med deras värde under denna period anges, samt bevisning om huruvida leveranserna utförts eller tjänsterna tillhandahållits i vederbörlig ordning, varvid de bevis som avses utgörs av referenser samt andra handlingar som utfärdas av mottagaren av de leveranser som utförts eller tjänster som tillhandahållits, och i fråga om periodiska eller kontinuerliga tjänster utförts, och om den ekonomiska aktören av objektiva skäl inte kan få tillgång till dessa handlingar, intyg från den ekonomiska aktören, vad gäller periodiska eller kontinuerliga tillhandahållanden som fortfarande utförs, ska referenser eller andra handlingar som bekräftar att de utförts på ett korrekt sätt utfärdas tidigast tre månader före utgången av den fastställda fristen för att lämna anbud eller ansökningar om att få delta i förfarandet.
- 3) en förteckning över de verktyg, maskiner och teknisk utrustning som den ekonomiska aktören förfogar över för att fullgöra ett offentligt kontrakt, inklusive information om hur dessa resurser kommer att användas.
- 4) en beskrivning av den ekonomiska aktörens tekniska utrustning och de organisatoriska och tekniska metoder som denna aktör använder för att säkra kvaliteten samt en beskrivning av företagets undersöknings- och forskningsresurser som den ekonomiska aktören förfogar över och som kommer att stå till den ekonomiska aktörens förfogande.
- 5) ... en förteckning över de system för styrning av leveranskedjan och kontroll av leveranskedjan som den ekonomiska aktören kan använda för att fullgöra ett offentligt kontrakt....
- 10) en förteckning över de personer som anlitas av den ekonomiska aktören för genomförande av det offentliga kontraktet, särskilt om dem som ska ansvara för tillhandahållande av tjänsterna, kvalitetskontroll eller leda byggentreprenaden, och uppgifter om deras yrkeskvalifikationer, befogenhet, erfarenhet och utbildning som krävs för att fullgöra det offentliga kontraktet samt uppgifter om

omfattningen av den verksamhet som de bedriver samt uppgifter om grunden för att dessa personer står till förfogande för att utföra det offentliga kontraktet.

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

- 1 Tvisten i förevarande mål avser det offentliga upphandlingsförfarande som tillkännagetts av Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (det statliga vattenverket Wody Polskie) avseende ”utarbetande av projekt II för uppdatering av förvaltningsplaner för avrinningsdistrikt inklusive metoder” som har genomförts i ett öppet förfarande. Anbudsinfordran offentliggjordes i Europeiska unionens officiella tidning under nummer 2019/S 245–603343.
- 2 Förvaltningsplanerna för avrinningsdistrikt hör till de viktigaste planeringshandlingar som ska utarbetas och uppdateras enligt rambestämmelserna i vattendirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område (EGT L 327, 2000, s. 1) och i Ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (vattenlagen av den 20 juli 2017) (Dz. U. 2018, position 2268, i dess ändrade lydelse). Dessa handlingar utgör grunden för de beslut som ska forma status för vattenresurser och reglerna för förvaltning av dessa. De syftar till att samordna verksamheter i fråga om vattenstatus och ekosystem, vattenresurser, vattenanvändning, införande av ämnen i vatten eller mark som kan ha en negativ inverkan på vatten, skydd mot översvämningar och förebyggande av torka. Kontraktet avsåg en cyklisk uppdatering av dessa planer och skulle genomföras i fyra etapper: etapp 1: Utarbetande av projekt för uppdatering av förvaltningsplaner för vatten och metoder, etapp II: Offentligt samråd rörande projektet för uppdatering av förvaltningsplaner för vatten och genomförande av en strategisk miljökonsekvensbedömning, etapp III: Utarbetande av projekt II till förordningar om uppdatering av förvaltningsplaner för vatten, etapp IV: Upprättande av en rapport till Europeiska kommissionen och upprättande av databaser ur projekt II om uppdatering av förvaltningsplaner för vatten.
- 3 I förfrågningsunderlaget angav den upphandlande myndigheten vilken erfarenhet den ekonomiska aktör som var anbudssökande vid en offentlig upphandling minst ska ha och angav de arbetslag som krävdes för att fullgöra kontraktet med uppgivande av minimikraven för erfarenhet, utbildning och kvalifikationer som den personal som ingick i detta arbetslag skulle ha. Den upphandlande myndigheten erinrade även om att en ekonomisk aktör som gör gällande andra enheters resurser måste visa att han kommer att ha tillgång till de andra enheternas resurser som behövs för fullgörande av kontraktet, framför allt genom att redogöra för dessa aktörers åtagande att tillhandahålla den ekonomiska aktören den personal krävs för att fullgöra kontraktet. De ekonomiska aktörerna ålades att lämna in styrkande handlingar som var standard i förfaranden för offentlig upphandling: Ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument, förteckning över de kontrakt som fullgjorts med referenser, den personal som anlitas för att fullgöra

kontraktet, de aktörer som tillhandahåller den ekonomiska aktören resurser. Enligt artikel 36b.1 i lagen om offentlig upphandling begärde den upphandlande myndigheten att de ekonomiska aktörerna skulle uppge om de skulle fullgöra kontraktet med medverkan av underleverantörer och ange underleverantörens företag (namn) och den del av kontraktet vars fullgörande skulle anförtros en underleverantör. I anbudsformuläret skulle de handlingar som kunde erhållas med hjälp av gratis databaser som var allmänt tillgängliga anges (handlingens namn och webbplatsens adress).

- 4 Följande personer har lämnat anbud i förfarandet: 1. ekonomiska aktörer som gemensamt ansöker om tilldelning av ett kontrakt: ANTEA POLSKA spółka akcyjna (aktiebolag), med säte i Katowice, "Pectore-Eco" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (bolag med begränsat ansvar), med säte i Gliwice och Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy (miljöinstitut - statligt forskningsinstitut), med säte i Warszawa (gemensamt kallade klagandena), 2. ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (bolag med begränsat ansvar) med säte i Warszawa (nedan kallat Arup), 3. CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (bolag med begränsat ansvar) med säte i Warszawa (nedan kallat CDM), 4. ekonomiska aktörer som gemensamt ansöker om tilldelning av ett kontrakt: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (bolag med begränsat ansvar), med säte i Warszawa, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (bolag med begränsat ansvar), med säte i Warszawa, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (bolag med begränsat ansvar), Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych, med säte i Warszawa (nedan kallat Multiconsult).
- 5 Anbudet utvärderades i enlighet med tilldelningskriterierna (två kvalitetskriterier – "Koncept för utarbetande", viktning: 42 samt "Beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras", viktning: 18, priskriterium – viktning: 40).
- 6 Enligt kriteriet "Koncept för utarbetande" skulle anbudet innehålla en beskrivning av hur kontraktet skulle fullgöras:
 1. Metoden för utformning av en grupp åtgärder (med avseende på enskilda åtgärder: metoden för: utvärdering av effektiviteten och möjligheten att uppnå enskilda miljömål för vattenförekomster, genomförande av en analys av kostnadseffektiviteten, fastställande av det sätt på vilket deras genomförande inverkar på vattenförekomster som befinner sig ovanför/nedanför, fastställande av kostnaden för genomförande och finansieringskällor med beaktande av nationella och europeiska åtgärder, genomförande av en klimatprövning av programmen, fastställande av de socioekonomiska effekterna av genomförandet, prioriteringar av åtgärder, fastställande av potentiella synergieffekter som följer av förekomsten av andra planeringsdokument, utvärdering huruvida de grupper av åtgärder som föreslagits för en viss vattenförekomst kommer att göra det möjligt att uppnå miljömålen med avseende på genomförandet av de åtgärder som planerats för angränsande vattenförekomster).

2. Metod för fastställande av åtgärder för att upprätthålla morfologisk kontinuitet i samband med de miljömål som planerats för ytvattenförekomster, inklusive genomförande av en analys/utvärdering av hur befintliga anläggningar för migration av fisk fungerar (inklusive metoden för fastställande av de anläggningar som utgör hinder för migration, för fastställande av huruvida de identifierade anläggningarna är utrustade med anordningar som möjliggör migration av fisk, för bedömning av hur befintliga anordningar fungerar för att uppnå miljömålen, för fastställande av åtgärder på detta område).
 3. Koncept för fastställande av undantag från miljömål, inbegripet skälen,
 4. Metod för illustrering på ett kartunderlag var ytvattenförekomster och grundvattenförekomster är belägna på ett sätt som gör det möjligt att punktlokalisera användning av vatten, i vart fall med avseende på den plats som nämns i punkt 28 r etapp IV i beskrivningen av föremålet för upphandlingen.
- 7 Enligt kriteriet "Beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras" skulle anbudet däremot innehålla följande uppgifter:
1. En beskrivning av de potentiella riskerna för ett korrekt genomförande av olika uppgifter i varje etapp i kontraktet, en beskrivning av hur dessa risker ska förebyggas och motverkas, i form av ett register över risker, med en uppskattning av den potentiella sannolikheten för att de kommer att inträffa och risknivån,
 2. Arbetslagets organisationsstruktur: roller, ansvar jämfört med den materiella behörighet som har angetts, informationsflödet,
 3. Förslag på mervärden som inte omfattas av den detaljerade beskrivningen av föremålet för upphandlingen som påverkar kvaliteten på och genomförandet av föremålet för upphandlingen.
- 8 Underkriterierna inom ramen för kriterierna utvärderades enligt tabeller med beskrivande bedömningar som motsvarade ett visst antal poäng. I de beskrivande bedömningarna angavs huruvida kraven i anbudsunderlaget var uppfyllda, om materiella fel hade begåtts, om samtliga delar av underkriteriet hade beskrivits, hur många av dem som inte hade beskrivits på ett klart och fullständigt sätt, hur många av de lösningar som föreslagits för det aktuella underkriteriet var de bästa möjliga och garanterade en hög kvalitets- och tillförlitlighetsnivå vad gäller resultatet för arbetet, hur stort mervärde som angavs i beskrivningen, som inte angavs i den detaljerade beskrivningen av föremålet för upphandlingen, vilket påverkade kvaliteten på och genomförandet av föremålet för upphandlingen.
- 9 Anbudet räknades om till poäng enligt följande:
1. CDM - pris (21 517.620 PLN): 33,61 poäng, koncept för utarbetande: 29 poäng, beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras: 12 poäng, totalpoäng: 74,61 poäng (det mest fördelaktiga anbudet),

2. Klagandena– pris (18 081.000 PLN): 40 poäng, koncept för utarbetande: 7 poäng, beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras:15 poäng, totalpoäng: 62 poäng,
3. Multiconsult – pris (20.662.770 PLN): 35 poäng, koncept för utarbetande: 14 poäng, beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras: 9 poäng, totalpoäng: 58 poäng,
4. Arup – pris (18 240.900 PLN): 39,65 poäng, konceptet för utveckling: 9 poäng, beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras: 6 poäng, totalpoäng: 54,65 poäng.
- 10 Klagandena lämnade in ett överklagande till ordföranden för Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling, Polen) och yrkade ogiltigförklaring av beslutet att tilldela CDM kontrakt, omprövning och utvärdering av anbuden, hävning av sekretessen av handlingar och uppgifter och utlämnande av dessa handlingar och uppgifter som sekretessbelagts som affärshemligheter av: CDM, Multiconsult, Arup enligt kriterierna ”Koncept för utarbetande” och ”Beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras” och de handlingar och uppgifter som sekretessbelagts av CDM (förteckning över tjänster, förteckning över personer, referenser, punkterna 5 och 13 i anbudsformuläret), ändring av antalet poäng till förmån för klagandena och till nackdel för CDM, utlämnande av motiveringen i faktiskt hänseende vad beträffar det antal poäng som tilldelats: CDM, Multiconsult och Arup, och valet som det mest fördelaktiga anbudet som lämnats av klagandena.
- 11 Arup, CDM och Multiconsult har intervenerat i överklagandeförfarandet till stöd för den upphandlande myndighetens yrkanden.
- 12 Klagandena har anfört följande grunder:
- Underlåtenhet att häva sekretessen för uppgifter som legat till grund för tilldelningen av poäng enligt kvalitetskriterier och andra uppgifter som inte har sekretessbelagts på ett giltigt sätt som en affärshemlighet av CDM, vilket utgör ett åsidosättande av artikel 7.1. och 7.3, jämförd med artikel 8.1, 8.2 och 8.3 i lagen om offentlig upphandling, jämförd med artikel 11.2 i ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (lagen av den 16 april 1993 om bekämpande av illojal konkurrens),
 - Underlåtenhet att i vederbörlig ordning motivera utvärderingen av kvalitetskriterierna, vilket utgör ett åsidosättande av artikel 92.1 jämförd med artikel 7.1, 1 lag om offentlig upphandling,
 - Underlåtenhet att utvärdera klagandenas och CDM:s anbud i enlighet med utvärderingskriterierna för anbuden och att välja det anbud som lämnats av CDM som det mest fördelaktiga anbudet, trots att det anbud som lämnats av klagandena enligt kriterierna för utvärdering av anbud borde ha valts ut som det

mest fördelaktiga, vilket utgör ett åsidosättande av artikel 92.1. jämförd med artikel 7.1 i lagen om offentlig upphandling.

Parternas huvudargument i det nationella målet

- 13 I motiveringen angav klagandena beträffande anmärkningen avseende underlåtenheten att lämna ut uppgifter som utan giltig verkan hade sekretessbelagts som affärshemlighet av CDM, Multiconsult och Arup, att principen om att offentliga uppgifter ska vara offentliga är en av de grundläggande principerna i Republiken Polens rättsordning som följer av artiklarna 54 och 61 i Republiken Polens konstitution och av bestämmelserna i lagen av den 6 september 2001 om tillgång till offentliga uppgifter (Dz. U. nr 112, position 1198). Möjligheten till undantag från principen att ett offentligt upphandlingsförfarande ska vara offentligt kan nämligen inte missbrukas eller tolkas extensivt, eftersom principen om att ett förfarande ska vara offentligt är en övergripande princip och undantag från denna princip kan inte tolkas på så sätt att den begränsas. Denna befogenhet kan inte endast vara tillämplig på de ekonomiska aktörernas konkurrens, men är endast strikt tillämplig inom gränserna för den definition som ges i artikel 11.2 i lagen om förbud mot illojal konkurrens. I enlighet med artikel 96.3 i lagen om offentlig upphandling ska protokollet och dess bilagor vara offentliga och ska vara tillgängliga för samtliga berörda personer, oberoende av om dessa personer har ett rättsligt eller faktiskt intresse. De ekonomiska aktörer som är anbudsgivare vid en offentlig upphandling bör räkna med att deras anbud i princip kommer att vara offentliga och bör vara medvetna om konsekvenserna av ett deltagande i de förfaranden som föreskrivs i bestämmelserna om offentlig upphandling.
- 14 Den motivering som framförts av de ekonomiska aktörerna CDM, Multiconsult och Arup till stöd för att uppgifter ska omfattas av sekretess på grund av att de utgör en affärshemlighet är kortfattad och det har i princip enbart hänvisats till rättspraxis. Av bestämmelsen i artikel 8.3 i lagen om offentlig upphandling framgår otvetydigt att det endast är möjligt att sekretessbelägga uppgifter som är konfidentiella som affärshemlighet och inte en handling som delvis kan innehålla sådana uppgifter. De ekonomiska aktörerna CDA, Multiconsult och Arup har däremot åberopat sekretess för hela grupper av handlingar som en affärshemlighet, utan att det i vederbörlig ordning har visats att detta var lagenligt. Den upphandlande myndigheten måste närmare undersöka om och i vilken utsträckning åberopandet av sekretess för konfidentiella uppgifter som en företagshemlighet hade giltig verkan, i synnerhet som dessa handlingar har direkt betydelse för utvärderingen av anbud, som sammanlagt uppgår till 60 procent enligt kriterierna för utvärderingen av anbud. I stället godtog den utan kritisk granskning de ekonomiska aktörernas förklaringar, vilket gör det svårt för klagandena att hänvisa till att det var motiverat att tilldela dessa aktörer ett visst antal poäng. Ett sådant tillvägagångssätt strider klart mot principen om att ett upphandlingsförfarande ska vara offentligt.

- 15 När det gäller de olika handlingar och uppgifter som konkurrenterna har sekretessbelagt har klagandena gjort gällande att den berörda konkurrenten tidigare hade offentliggjort uppgifter av detta slag i de förfaranden vid vilka den varit anbudsgivare, att handlingar som offentliggjorts på webbplatser har sekretessbelagts, att de kontrakt som upptagits i den sekretessbelagda förteckningen avsåg tjänster som utförts åt upphandlande myndigheter som var skyldiga att tillämpa lagen om offentlig upphandling, det vill säga det rörde sig om offentliga uppgifter, att den berörda ekonomiska aktören inte har vidtagit lämpliga åtgärder för att bevara sekretessen, trots en sådan förklaring i det intyg som lämnats till den upphandlande myndigheten.
- 16 Beträffande anmärkningen om bristande motivering med avseende på de poäng som tilldelats de ekonomiska aktörerna CDM, Multiconsult och Arup har klagandena angett att den i avsaknad av faktisk motivering av beslutet vad beträffar det antal poäng som de ekonomiska aktörerna tilldelades inte på ett precist sätt kunnat hänvisa till den upphandlande myndighetens utvärdering. Den kortfattade motiveringen av den upphandlande myndighetens beslut, som lämnades till de ekonomiska aktörerna, försvårar kontrollen av om den upphandlande myndighetens åtgärder är korrekta och användningen av rättsmedel.
- 17 Den upphandlande myndigheten har understrukt att en ekonomisk aktörs rätt att åberopa sekretess för en del av anbudet ska betraktas i samma sammanhang som principen om att förfarandet ska vara offentligt. Den som sekretessbelägger uppgifter ska bemöda sig om att på ett trovärdigt sätt förklara varför de sekretessbelagda uppgifterna ska skyddas som affärshemlighet. De påståenden som görs i detta avseende måste vara sannolika, och argumentationen ska vara övertygande, konsekvent och logisk, och beakta förfarandets särdrag och de uppgifter som sekretessbelagts. Ovannämnda krav har uppfyllts av samtliga ekonomiska aktörer.
- 18 En av de deltagande ekonomiska aktörerna har gjort gällande att direktiv 2016/943 antogs för att skydda information som är kunskapsekonomins valuta och som ger en konkurrensfördel. Denna information ska betraktas av företagen på samma sätt som patent och andra typer av immateriella rättigheter. Det framgår tydligt av skäl 18 i direktivet att direktivet inte undantar offentliga myndigheter från deras skyldigheter i fråga om konfidentialitet i samband med överlämnade av företagshemligheter. Detta gäller även i förfaranden för offentlig upphandling. Skyldigheten att behandla utvalda uppgifter som den ekonomiska aktören har betecknat som företagshemligheter konfidentiellt följer av artikel 21.1 i direktiv 2014/24/EU. Ett undantag från den allmänna principen om att offentliga upphandlingsförfaranden ska vara offentliga (artikel 8.1 i lagen om offentlig upphandling) är principen om skydd för information som utgör en företagshemlighet i den mening som avses i bestämmelserna om bekämpande av illojal konkurrens (artikel 8.3 i lagen om offentlig upphandling). Begreppet företagshemlighet definieras i artikel 11.2 i lagen om förbud mot illojal konkurrens. Principen om att ett offentligt upphandlingsförfarande ska vara offentligt är inte absolut. Den upphandlande myndigheten ska bedöma vad som

utgör och vad som inte utgör information som ska tillerkännas rättsligt skydd och ska mot bakgrund av detta beslut vidta ytterligare skyddsåtgärder. Den upphandlande myndighetens åtgärder ska inte utsätta de ekonomiska aktörerna för risken att lida skada till följd av att sekretessen för information hävs.

- 19 Vad gäller kravet på att informationen ska ha ett ekonomiskt värde som är en förutsättning för att det ska röra sig om en företagshemlighet i den mening som avses i artikel 39 i TRIPs-avtalet (Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter av den 15 april 1994, vilket utgör en bilaga till avtalet om inrättande av Världshandelsorganisationen), är information som har ett kommersiellt värde skyddad på grund av att den är konfidentiell. Detta innebär att den berörda informationen måste ha ett visst ekonomiskt värde för den ekonomiska aktören just av den anledningen att den förblir konfidentiell.
- 20 Vad gäller återopande av sekretess för de handlingar som ska utvärderas enligt kvalitetskriterierna, framgår det av den upphandlande myndighetens och de deltagande ekonomiska aktörernas argumentation att de utgör upphovsrättsliga verk sui generis och de enskilda ekonomiska aktörernas immateriella egendom, deras *know-how*. De utgör verk i den mening som avses i lagen av den 4 februari 1994 om upphovsrätt och närstående rättigheter (Dz. U. 1994 nr 24 position 83), som uphovsmän – ekonomiska aktörer har ensamrätt att nyttja och förfoga över på alla verksamhetsområden, inbegripet rätten att kontrollera hur verket används och rätten att besluta om verkets första tillgängliggörande. Ett utlämnande av ovannämnda handlingar skulle riskera att allvarligt skada de ekonomiska aktörernas intressen, eftersom dessa har ett ekonomiskt värde och de ekonomiska aktörerna har vidtagit de åtgärder som krävs för att de inte ska göras tillgängliga för allmänheten, som bland annat består av, lämpliga interna förfaranden, konfidentialitetsklausuler, arbetsordning, kontroll av tillträdet till byggnaden, säkring av elektroniska handlingar (login och lösenord) och fysiska handlingar (skåp).
- 21 Den upphandlande myndigheten har preciserat att vart och ett av de koncept som de ekonomiska aktörerna har redogjort för utförs för det berörda förfarandet och innehåller unika lösningar. De idéer som finns där är däremot inte innovativa, eftersom den upphandlande myndigheten inte förväntar sig innovation, utan att kraven i förfrågningsunderlaget uppfylls, så att lösningarna utformas så att bästa resultat uppnås och är korrekta. Ett utlämnande av konceptet kan skada de intressen som den som utformat konceptet har, eftersom en annan ekonomisk aktör kan föreslå en kortare genomförandetid eller ett lägre pris för genomförandet. Konceptet kan användas, eftersom det inte utgör en enstaka åtgärd, då det aktuella kontraktet överlappar andra kontrakt och specialister eller företag kan förekomma i olika kontrakt. En konkurrent kan på grundval av detta koncept bedöma vem som kommer att medverka i genomförandet och den personen kan ”överbjudas”.
- 22 Vad gäller återopande av sekretess för förteckningen över tjänster och referenser, utgör den information som nämns i förteckningen över tjänster kunskap som gör

det möjligt för konkurrenter att få kännedom om många olika aspekter av den ekonomiska aktörens verksamhet (uppföljning av verksamhetsprofilen vid en viss tidpunkt, de typer av kontrakt som genomförts och tjänstemottagarna). Av förteckningen över tjänster framgår även de intäkter som genomförandet av tjänsterna genererat, vilket även utgör en företagshemlighet.

- 23 Vad gäller åberopande av sekretess för förteckningen över personer innehåller denna uppgifter som gör det möjligt att identifiera personer, vilket kan vålla förluster för den ekonomiska aktören om konkurrenter försöker att anlita dessa personer. På samma sätt innehåller anbudsformuläret detaljerade uppgifter om tredje man som tillhandahåller resurser som har ett kommersiellt värde. De ekonomiska aktörernas verksamhet består huvudsakligen i att tillhandahålla rådgivningstjänster och de förfogar inte över några andra tillgångar än immateriella tillgångar som skapas av arbetstagare. Enligt specifikationerna för tjänsterna i fråga ska tillgång till högt kvalificerad personal finnas och uppgifter om dem som ska fullgöra kontrakten ska skyddas. Uppgifter om den potentiella personalen är av ekonomisk betydelse för de ekonomiska aktörerna och rör principerna för den ekonomiska aktörens verksamhet, dess interna struktur och organisatoriska verksamhet.
- 24 Av den ståndpunkt som den upphandlande myndigheten framförde vid förhandlingen framgår dessutom att standarden i förfaranden är att den typen av handlingar ska hållas konfidentiella. De ekonomiska aktörerna ska använda mallar för motivering för sekretessbeläggning av uppgifter som hemliga uppgifter. De handlingar som den upphandlande myndigheten har begärt har samband med varandra och kan inte skiljas från varandra.
- 25 När det gäller invändningen om bristande motivering vad gäller de tilldelade poängen har den upphandlande myndigheten gjort gällande att den utvärderat varje fråga, underkriterier och kriterier i enlighet med det förfarande och de principer som anges i förfrågningsunderlaget. Vart och ett av anbuden har varit föremål för en detaljerad analys och bedömningen åtföljs av en detaljerad motivering som tillställdes de ekonomiska aktörerna den 12 mars 2020. Detaljriktigheten i den motivering av de tilldelade poängen som lämnats till samtliga ekonomiska aktörer gör det möjligt att utan svårighet kontrollera riktigheten av antalet tilldelade poäng och beräkna i hur många fall bedömningen har gjorts att den aktuella frågan har beskrivits på ett klart och fullständigt sätt av den upphandlande myndigheten och hur mycket av de deklarerade mervärdena som erkänts ha det värdet av den upphandlande myndigheten. För att kunna göra denna kontroll krävdes att detaljerad kännedom erhöles om principerna för utvärdering av anbud och att dessa förstås och dessa krav är inte uppfyllda vad gäller klagandena, vilket grunderna och den felaktiga tolkningen av de olika delarna i motiveringen till utvärderingen av anbuden vittnar om. Av klagandenas argumentation framgår att de inte förstår utvärderingsmetoden för de olika kriterierna och underkriterierna och att klagandena till stöd för sitt överklagande på den grunden felaktigt har påstått och dragit felaktiga slutsatser om att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till oegentligheter eller varit

partisk. Poängsättningen enligt underkriteriet var beroende av antalet frågor som uppfyllde de krav som fastställts: tillhandahållande av bästa möjliga lösningar och säkerställandet av en hög kvalitetsnivå och tillförlitligt resultat från arbete samt antalet faktorer som går utöver beskrivningen av föremålet för upphandlingen och som ansetts ha en positiv inverkan på kvaliteten på kontraktets fullgörande. Vidare har den upphandlande myndigheten, i den tabell i vilken villkoren för tilldelning av poäng fastställs, preciserat att med uttrycket ”tillhandahållande av bästa möjliga lösningar och säkerställandet av en hög kvalitetsnivå och tillförlitligt resultat från arbete” avses ”den ekonomiska aktörens ”användning av lämplig detaljnivå för analyser och/eller lämpliga verktyg och/eller genomförande av en ändamålsenlig och innehållsbaserad kontroll av källdata och/eller vidtagande av ändamålsenliga åtgärder för att säkerställa fullständiga data och analyser”. Utvärderingskommittén tillämpade dessa principer konsekvent vid utvärderingen av vart och ett av anbuden och gav inte upphov till några tvivel hos klagandena eller andra ekonomiska aktörer under anbudsförfarandet. Det rådde ingen tvekan om den upphandlande myndighetens metod för utvärdering av anbuden, eftersom det inte hade ställts någon fråga i detta avseende i förfrågningsunderlaget. Det hade därför inte heller framställts någon begäran om ändring i detta avseende. Den upphandlande myndigheten anser därför att de har avfattats i vederbörlig ordning.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 26 Den första gruppen frågor i begäran om förhandsavgörande rör de ekonomiska aktörernas åberopande av sekretess för information som företagshemligheter.
- 27 I enlighet med EU-domstolens dom av den 29 mars 2012, i mål C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., ankommer det på upphandlande myndigheten att behandla anbudssökandena på ett likartat och lojalt sätt, så att det inte kan framstå för de ekonomiska aktörerna, efter förfarandet för urval av anbuden och med hänsyn till dess utgång, som om den upphandlande myndigheten på ett otillbörligt sätt gynnade eller missgynnade den eller de anbudssökande. Denna verkan är direkt knuten till öppenheten vid tilldelningen av kontrakten, vilket i sin tur innebär att de ska offentliggöras för parterna i förfarandet. Offentligheten vid förfaranden kan begränsas, men det har inte införts några sådana begränsningar i nationell rätt i förhållande till de principer som anges i artikel 7.1 i lagen om offentlig upphandling, det vill säga sund konkurrens, likabehandling och insyn i förfarandet. På samma sätt ska bestämmelserna i artikel 21.1 i direktiv 2014/24/EU och artikel 2.1 i direktiv 2016/943 inte medföra att principerna i artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU inte iakttas.
- 28 Enligt den polska rättsordningen har ekonomiska aktörer i princip full tillgång till handlingarna i förfarandet för offentlig upphandling (artikel 96 i lagen om offentlig upphandling). I brist på tillgång för allmänheten eller begränsningen av en sådan tillgång skadas de ekonomiska aktörernas förtroende för de upphandlande myndigheternas beslut och därmed för hela systemet för offentlig upphandling till följd av att den upphandlande myndighetens och konkurrenternas

verksamhet inte har offentliggjorts och att det inte finns någon möjlighet att kontrollera dem. Detta försvårar, eller gör det till och med omöjligt för de ekonomiska aktörerna att effektivt använda rättsmedel.

- 29 De ekonomiska aktörernas bevakning av förfaranden, undersökning av konkurrenternas anbud samt granskningen av dessa anbud och de uppgifter som lämnas till den upphandlande myndigheten är vanligt förekommande på de nationella marknaderna och märks i form av överklaganden till överklagandenämnden, i vilka det oftast handlar om invändningar om att anbud som inte uppfyller bestämmelserna inte har förkastats och om att de ekonomiska aktörer som inte har visat att villkoren för deltagande i förfarandet är uppfyllda eller har lämnat oriktiga uppgifter till den upphandlande myndigheten inte har uteslutits. De ekonomiska aktörerna har ofta mycket större yrkesmässig kunskap än de upphandlande myndigheterna om föremålet för upphandlingen och situationen i den berörda branschen och är även villiga att utnyttja sin rätt till tillgång till offentlig information för att kontrollera den information som lämnats av konkurrenterna, vilket innebär att de ofta medför en ändring av resultatet av förfarandet.
- 30 En praxis som syftar till att motverka ovannämnda förfarande i form av återopande av sekretess för de handlingar som inges i förfarandet eller delar av dessa som företagshemligheter blir allt vanligare. Så är fallet med de handlingar som de upphandlande myndigheterna har begärt som avser grunderna för uteslutning av ekonomiska aktörer ur förfarandet, uppfyllande av villkoren för deltagande i förfarandet, anbudets överensstämmelse med kraven i förfrågningsunderlaget och kriterierna för utvärdering av anbudet. Sekretessbeläggning av den typen av handlingar uppfattas som en vilja att dölja innehållet i dessa handlingar för konkurrenterna för att dessa inte ska uppmärksamma grunder för uteslutande av den ekonomiska aktören från förfarandet eller förkastande av anbudet, som den upphandlande myndigheten själv inte uppmärksammar eller, i förekommande fall, för att dessa inte ska ifrågasätta den utvärdering som gjorts av anbudet enligt utvärderingskriterierna.
- 31 Enligt ett beslut från Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) från år 2005 leder inte det förhållandet att uppgifter sekretessbeläggs som företagshemligheter, trots att det inte är av sådan art, till att anbudet förkastas på grund av att de strider mot lagen, utan medför endast en skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera sekretessbeläggningen och att lämna ut dessa uppgifter. De ekonomiska aktörerna började således gradvis sekretessbelägga allt fler uppgifter, eftersom detta inte hade några negativa konsekvenser för dem. En sekretessbeläggning av uppgifter sker funktionellt, det vill säga de ekonomiska aktörerna sekretessbelägger samma uppgifter när detta är fördelaktigt för dem och lämnar även ut dem när detta är fördelaktigt för dem. De ekonomiska aktörerna sekretessbelägger ofta hela handlingar och när de vid förhandlingen anmodas att uppge de utdrag som konkret innehåller hemliga uppgifter och varför kan de inte besvara detta eller anger endast enstaka uppgifter eller korta utdrag.

- 32 För det första har de upphandlande myndigheterna betänkligheter när det gäller utlämnande av sekretessbelagda handlingar, även om de anser att dessa inte utgör företagshemligheter, eftersom de är rädda för att eventuellt drabbas av svårigheter och ersättningskrav. För det andra är detta bekvämt för dem, eftersom övriga ekonomiska aktörer på grund av detta inte har tillgång till dessa handlingar, vilket innebär att de inte har möjlighet att med framgång ifrågasätta de upphandlande myndigheternas beslut och begränsar antalet överklaganden av den upphandlande myndighetens beslut.
- 33 Genom en ändring av artikel 8.3 i lag om offentlig upphandling från år 2014, genom vilken det infördes en skyldighet för de ekonomiska aktörerna att visa att de uppgifter som sekretessbelagts utgör affärshemligheter har lagstiftaren försökt att lösa det ovan beskrivna problemet.
- 34 Under de senaste åren har bestämmelser införts, såväl i direktiv 2014/24/EU som i direktiv 2016/943, som kan medföra allt större osäkerhet för de upphandlande myndigheterna och de beslutande myndigheterna, när det gäller den faktiska möjligheten för de ekonomiska aktörerna att sekretessbelägga uppgifter i ett förfarande för offentlig upphandling. Denna osäkerhet gäller huvudsakligen de definitioner som används i dessa direktiv.
- 35 I artikel 21.1 i direktiv 2014/24 anges att den upphandlande myndigheten inte får offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats konfidentiella av de ekonomiska aktörerna, inklusive men inte begränsat till tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudet. I artikel 2.1 i direktiv 2016/943 definieras företagshemlighet som information som "helhet eller i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman, är allmänt känd hos eller lättillgänglig" och "har kommersiellt värde på grund av att den är hemlig". I dessa bestämmelser framhålls således själva den omständigheten att uppgifter sekretessbeläggs av en företagare och inte arten av dessa uppgifter. I direktivbestämmelserna betonas inte heller den ekonomiske aktörens skyldighet att visa att den aktuella informationen eller handlingen utgör företagshemligheter, på samma sätt som den upphandlande myndighetens skyldighet att kontrollera huruvida sekretessbeläggningsen är motiverad.
- 36 De ekonomiska aktörerna försöker använda den mycket allmänna ordalydelsen i direktivbestämmelsernas och tolka dem, i synnerhet artikel 2.1 i direktiv 2016/943, som en möjlighet att sekretessbelägga alla uppgifter och handlingar som de inte önskar lämna ut i förfarandet till andra ekonomiska aktörer. Det kan röra sig om en handling som upprättas individuellt för upphandlingsförfarandet, varje väsentlig del av anbudet. För de ekonomiska aktörerna följer det kommersiella värdet av dessa uppgifter emellertid just av den omständigheten att de omfattas av sekretess, eftersom om de inte skulle omfattas av sekretess skulle konkurrenterna kunna finna brister i anbudet. Detta förefaller emellertid inte vara syftet med möjligheten att garantera de ekonomiska aktörerna skydd av information som införts genom artikel 21.1 i direktiv 2014/24/EU och genom

direktiv 2016/943. Detta överensstämmer inte heller med den allmänna uppfattningen av vad som avses konkurrens på rättvisa villkor.

- 37 I förevarande fall har sekretessbeläggningen av två typer av handlingar ifrågasatts, som beskriver den personliga situationen för den ekonomiska aktör som tilldelats kontrakt beträffande dennes erfarenhet, de aktörer och den personal som föreslagits för genomförande av kontraktet och som beskriver hur kontraktet kommer att genomföras.
- 38 När det gäller de handlingar som beskriver den personliga situationen för den ekonomiska aktör som tilldelats kontrakt beträffande dennes erfarenhet, de aktörer och den personal som föreslagits för genomförandet av kontraktet, kräver den upphandlande myndigheten officiella handlingar och standardiserade handlingar och information som anges i bestämmelserna, artiklarna 59 och 60 samt bilaga XII del II till direktiv 2014/24/EU samt lagen om offentlig upphandling och förordningen om de typer av handlingar som den upphandlande myndigheten kan begära av en ekonomisk aktör i ett upphandlingsförfarande.
- 39 Med hänsyn till att unionslagstiftaren har angett vilka konkreta uppgifter som ska lämnas till de upphandlande myndigheterna, kan man sluta sig till att den utgått från att det inte rör sig om uppgifter som har karaktären av affärshemligheter. Omfattningen av dessa uppgifter fastställs i den upphandlande myndighetens krav, varvid den har begärt att närmare uppgifter om avtalet, i synnerhet ekonomiska eller andra känsliga uppgifter, ska lämnas.
- 40 När det gäller uppgifter om framgångsrika projekt och referenser från mottagarna och om särskilda kvalifikationer hos personal eller forskare är denna ibland föremål för reklam och anges på webbplatser i syfte att erövra nya kunder och vinna prestige. Sådan information utgör således inte till sin natur en företagshemlighet.
- 41 De ekonomiska aktörernas hänvisning till att anledningen till den aktuella informationen sekretessbeläggs är att kännedom om dessa uppgifter gör det möjligt att värva eller "överbjuda" antingen de personer som föreslagits till det arbetslag som ska genomföra kontraktet eller de aktörer som tillhandahåller sina resurser eller underleverantörer, ger upphov till tvivel om den verkliga kopplingen mellan den ekonomiska aktören och den person eller den aktör som denne anger och om den verkliga möjligheten att förfoga över den personen eller den aktören och deras resurser. Den ekonomiske aktören ska besluta om denne verkligen kan göra gällande att den faktiskt kommer att förfoga över de angivna resurserna, vilka, i förevarande fall, inte endast hänför sig till att den upphandlande myndighetens minimikrav uppfylls, utan även till kriterierna för utvärdering av anbuden. Det rör sig om personer som anges inom ramen för det kriterium som ska utvärderas och för vars deltagande i förfarandet ytterligare poäng tilldelas anbudet.

- 42 Överklagandenämnden har i praktiken inte konstaterat att det på marknaden för offentlig upphandling förekom ”överbud” i fråga om personal eller andra tredje män/underleverantörer som utgjorde ett verkligt problem på denna marknad, och inte heller någon annan praxis som inte skulle ligga inom gränserna för det naturliga flödet av personal eller företagens avtalsfrihet. Eftertraktade specialister inom den berörda sektorn, särskilt vid en snäv specialisering, är oftast kända och den aktör som är intresserad av att anlita dem kan kontakta dem, det finns även specialiserade HR-företag. De som författat handlingarna döljer inte sina arbetsprestationer utan offentliggör ofta sina verk, särskilt om de utför vetenskapligt arbete. Om den berörda uppgiften är intressant och prestigefylld ur ett yrkesmässigt perspektiv eller genererar intäkter kommer dessa personer dessutom vilja utföra den, oavsett aktör för vilken arbetet ska utföras. Detsamma gäller för underleverantörer. Det föreligger inte heller hinder för att en och samma person, samma underleverantör eller samma aktör som tillhandahåller sin erfarenhet anges av fler än en ekonomisk aktör – i slutändan kommer ändå en enda ekonomisk aktör att tilldelas kontrakt. Det är således snarare den omständigheten vilken av de ekonomiska aktörerna som tilldelas kontrakt och de villkor för samarbete som den föreslår som är avgörande. Såsom framgår av direktiv 2016/943 bör detta direktiv inte tolkas som en begränsning av den etableringsfrihet, den fria rörlighet för arbetstagare eller den rörlighet för arbetskraften som föreskrivs i unionsrätten (artikel 1.3 och skäl 13 i ingressen).
- 43 Den typen av uppgifter i ett anbud kan dessutom utgöra en företagshemlighet, men innan anbudet lämnas, när de ekonomiska aktörerna söker personal, underentreprenörer, aktörer som tillhandahåller resurser osv. Efter att anbudet lämnats in och det inte är tillåtet att ändra innehållet i anbudet (artikel 87.1 i lagen om offentlig upphandling), är kännedom om den personal eller de aktörer med vilka en konkurrent önskar samarbeta inte användbar. Huruvida sådana personer är användbara i framtiden beror däremot på huruvida de uppfyller de konkreta kraven i andra upphandlingar.
- 44 Vad beträffar den andra typen av handlingar som sekretessbelagts av de ekonomiska aktörerna, rör det sig om de handlingar som begärts av den upphandlande myndigheten som krävs för att kunna utvärdera anbudet utifrån kvalitetskriterier, såsom ”Koncept för utarbetande” och ”Beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras”. De i förfarandet deltagande ekonomiska aktörerna och den upphandlande myndigheten har angett anledningen till att handlingarna i fråga sekretessbelagts och huvudsakligen åberopat den omständigheten att handlingarna utgör deras upphovsrättsliga verk som är en immateriell tillgång.
- 45 Överklagandenämnden hyser tvivel om huruvida enbart den omständigheten att en del av ett anbud kan betraktas som en intellektuell tillgång är liktydigt med att påstå att den kan utgöra en företagshemlighet. Detta skulle visserligen kunna vara fallet om den hade utarbetats för den ekonomiska aktörens egna bruk. Anbudet utarbetas emellertid med utgångspunkt i kraven i förfrågningsunderlaget och ligger till grund för prövningen av om anbudet överensstämmer med kraven i förfrågningsunderlaget (beskrivning av föremålet för upphandlingen) och

värderingen av anbudet enligt utvärderingskriterierna för anbud. Utan detta syfte är det svårt att ange något som helst värde för dessa handlingar. Enbart den omständigheten att de kan betraktas som en ekonomisk aktörs immateriella verk innebär inte heller att de är hemliga, eftersom verk kännetecknas av att de offentliggörs med uppgift om upphovsmannen. Det har inte heller bestritts att handlingarna inte innehöll några innovativa lösningar inom sektorn, såsom den upphandlande myndigheten påstått, de innehåller således kunskap som finns tillgänglig för yrkesmän. Det är därför tveksamt om enbart förmågan att göra en elegant beskrivning av en fråga kan anses utgöra en företagshemlighet.

- 46 De ekonomiska aktörernas argumentation avseende konkurrensfördelen skulle kunna framföras i varje anbudsförfarande. Om det skulle godtas att redan utarbetandet av anbud, som samtidigt uppfyller den upphandlande myndighetens krav och som tilldelas höga poäng enligt utvärderingskriterierna för anbud utgör en ekonomisk aktörs know-how och är en affärshemlighet, skulle detta leda till att de ekonomiska aktörerna skulle sekretessbelägga varje detalj i anbudet.
- 47 Enligt skäl 14 i ingressen till direktiv 2016/943 kan uppgifter anses som företagshemlighet om det finns både ett berättigat intresse av att konfidentialiteten upprätthålls och en berättigad förväntan om att en sådan sekretess upprätthålls. Sådan know-how eller information bör ha antingen faktiskt eller potentiellt kommersiellt värde. I den upphandlande myndighetens och de deltagande ekonomiska aktörernas ställningstagande förekommer däremot alltför många hypotetiska antaganden som motsägs av de argument som framförts, för att det inte ska uppkomma något tvivel om huruvida de anförda skälen för sekretessbelägningen av information faktiskt föreligger och huruvida de sekretessbelagda handlingarna har ett faktiskt kommersiellt värde som avses i skäl 14 i ingressen. De ekonomiska aktörerna har emellertid uttryckt ett starkt motstånd mot att informationen offentliggörs. Ordalydelsen i bestämmelserna i direktiv 2016/943 ger upphov till tvivel om vad som är tillåtet i detta avseende. Det finns inte heller någon enhetlig och etablerad rättspraxis vad gäller möjligheten att sekretessbelägga sådan information som företagshemligheter. Av avgörande betydelse enligt överklagandenämnden är således att EU-domstolen besvarar frågan huruvida de ekonomiska aktörernas förväntningar på att dessa handlingar inte kommer att offentliggöras av den upphandlande myndigheten är motiverade.
- 48 Sekretessbeläggning av vissa uppgifter som företagshemlighet medför även en begränsning – och hindrar även ofta – andra ekonomiska aktörer från att utnyttja rättsmedel, vilket framgår av grunderna och argumenten i förevarande överklagande, inom ramen för vilka klagandena har angett att den i avsaknad av tillgång till uppgifter inte kan lämna en mer fullständig motivering till stöd för sin argumentation.
- 49 En annan fråga om användning av rättsmedel är om denna enligt rättsmedelsdirektivet och lagen om offentlig upphandling är begränsad både i tid och i omfattning.

- 50 Vad gäller tidsaspekten anges i artikel 182 i lagen om offentlig upphandling de frister inom vilka åtgärder som vidtagits av den upphandlande myndigheten kan överklagas. I förevarande fall kan ett överklagande bara inges inom tio dagar efter det att den upphandlande myndigheten meddelat valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt den upphandlande myndighetens resultat av prövningen och utvärderingen av anbuden. Därefter förlorar den ekonomiska aktören sin rätt att överklaga, och denna frist kan inte återställas (ingen bestämmelse föreskriver att ett sådant återställande kan ske).
- 51 Klagandena har överklagat sekretessbeläggningen av uppgifter i alla övriga anbud, även om de har en lägre rang i rangordningen av anbuden, eftersom klagandena inte kunde ifrågasätta sekretessbeläggningen i ett senare skede, även om rangordningen av anbuden ändrades. De har även framfört invändningar mot utvärderingen av CDM:s anbud, trots att klagandena inte kände till grunderna för denna utvärdering.
- 52 Den materiella begränsningen av möjligheten att överklaga består i att överklagandenämnden enligt artikel 189.2 punkterna 4 och 5 i lagen om offentlig upphandling ska ogilla överklagandet om den konstaterar att klagandena uteslutande har åberopat samma faktiska omständigheter som de som var föremål för överklagandenämndens beslut i ett mål avseende ett annat överklagande som avsåg samma förfarande som inletts av samma klagande, eller överklagandet avser en åtgärd som den upphandlande myndigheten har vidtagit i enlighet med innehållet i det avgörande som meddelats av överklagandenämnden eller domstolen eller, om grunderna för överklagandet bifalls, i enlighet med yrkandena i överklagandet. Om den ekonomiska aktören åberopar flera grunder i sitt överklagande, såsom i förevarande fall, och överklagandenämnden anser att stöd endast finns för vissa av dem, till exempel underlåtenheten att offentliggöra handlingar, men inte för grunderna avseende utvärderingen av anbuden, skulle den upphandlande myndigheten endast vara skyldig att offentliggöra handlingarna och det valda anbudet skulle fortsätta att gälla, och den ekonomiska aktören skulle inte längre kunna ifrågasätta de ekonomiska aktörernas anbud efter att ha fått kännedom om hela innehållet i anbudet.
- 53 Överklagandenämnden vill få klarhet i om detta konstaterande, för det fall den skulle finna att de sekretessbelagda handlingarna inte utgör företagshemligheter, vilket innebär att den upphandlande myndigheten ska häva sekretessen för dem, medför att den ekonomiske aktören har möjlighet att på nytt överklaga innehållet i dessa anbud, som den tidigare inte hade kännedom om och inte kunde använda det rättsmedel som stod till dess förfogande på ett effektivt sätt. Om denna möjlighet för den ekonomiska aktören inte följer direkt av lagbestämmelserna (deras innehåll eller tolkning), måste överklagandenämnden i sitt beslut ge den ekonomiske aktören denna möjlighet, till exempel genom att inte endast förordna om att dessa handlingar ska offentliggöras, utan även ogiltigförklara valet av det mest fördelaktiga anbudet, vilket skulle göra det möjligt att överklaga det nya valet av anbud. Överklagandenämnden vill i andra hand få klarhet i om en sådan

möjlighet direkt följer av bestämmelserna i rättsmedelsdirektivet eller av en korrekt tolkning av dessa.

- 54 Den andra gruppen frågor i begäran om förhandsavgörande rör den upphandlande myndighetens fastställande av kriterier om utvärdering av anbud som avser andra faktorer än priset och metoden för utvärdering av dessa. Metoden för utvärdering av anbuden enligt dessa kriterier gav inte nödvändigtvis upphov till tvivel i det skede då de ekonomiska aktörerna bekantade sig med beskrivningen av dessa i förfrågningsunderlaget, men bristerna kunde visa sig vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten faktiskt försökte utvärdera anbuden på grundval av dessa kriterier.
- 55 Av artikel 67.4 i direktiv 2014/24/EU följer att de kriterier för utvärdering av anbuden som den upphandlande myndigheten har fastställt inte får ha den effekten att de ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och ska garantera en effektiv och rättvis konkurrens och ska göra det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som lämnas av anbudsgivarna med tanke på en bedömning av hur väl anbuden uppfyller tilldelningskriterierna. Detta innebär således att de även ska garantera möjligheten att kontrollera den upphandlande myndighetens utvärdering. De kriterier som avser andra faktorer än pridfaktorn som den upphandlande myndigheten har fastställt avseende utvärderingen av utarbetandet ”Konceptet för utarbetande” och ”Beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras” ger upphov till tvivel i detta avseende av flera skäl.
- 56 För det första stöder sig ovannämnda kriterier inte på lätt jämförbara och objektiva uppgifter som kan mätas matematiskt eller fysiskt, såsom vissa parametrar: effektivitet, hållfasthet, funktionalitet osv., utan på en individuell utvärdering som den upphandlande myndigheten beskriver med hjälp av vaga begrepp som ”har beskrivit på ett oklart sätt” ”har beskrivit på ett klart och fullständigt sätt” ”vissa delar har inte beskrivits”, ”de föreslagna lösningarna är de bästa möjliga och garanterar en hög kvalitet och resultatens tillförlitlighet” eller ”garanterar inte en hög kvalitet och resultatens tillförlitlighet”, ”innehåller mervärden som inverkar på kvaliteten och utförandet av föremålet för upphandlingen”.
- 57 För det andra beror dessa kriterier på den upphandlande myndighetens individuella övertygelse om dessa egenskaper. Det är inte möjligt att utse en sakkunnig för att utvärdera innehållet i de handlingar som utarbetats av de ekonomiska aktörerna, eftersom de inte innehåller några kontrollerbara parametrar.
- 58 För det tredje ska den aktuella situationen även bedömas utifrån frågan huruvida de ekonomiska aktörerna verkligen hade möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt förbereda sina anbud enligt en på förhand känd utvärderingsmetod.
- 59 För det fjärde var det inte möjligt för de ekonomiska aktörerna att ta del av det material som utvärderats av den upphandlande myndigheten och den fullständiga utvärderingen av detta, och inte heller att jämföra om de ekonomiska aktörernas

anbud hade utvärderats på ett jämförbart sätt med avseende på jämförbara för- och nackdelar med deras anbud.

- 60 För det femte var det, vad gäller flera utvärderingskriterier, omöjligt att i överklagandet ange särskilda grunder, vilket klagandena inte kan hållas ansvarig för, vilket innebär ett åsidosättande av de principer som anges i rättsmedelsdirektivet. Såsom framgår av artikel 192.7 i lagen om offentlig upphandling ska överklagandenämnden handla inom ramen för de grunder som anförts och kan inte träda i klagandenas ställe. Klagandena hade inte kännedom om vilka konkreta grunder avseende utvärderingen som skulle anföras med avseende på utvärderingen av dess anbud och än mindre med avseende på CDM:s anbud. Den upphandlande myndigheten har visserligen gjort ansträngningar och formulerat en motivering för utvärderingen på flera sidor, men det är uppenbart att den upphandlande myndigheten inte kan ge tillgång till den fullständiga motiveringen för utvärderingen när handlingarna i sig har sekretessbelagts. Viktig information har ersatts med uppgiften [företagshemlighet].
- 61 För det sjätte är kontraktet ett resultatkontrakt och inte en omsorgsförpliktelse för den ekonomiska aktören inom ramen för vilken den anbudsgivare som tilldelats kontraktet ska utföra arbetet. Den upphandlande myndigheten begärde emellertid inte handlingar i form av exempelvis projektprov, utan beskrivningar av hur de ekonomiska aktörerna skulle utföra arbetet. Det är således svårt att faktiskt fastställa hur dessa handlingar som är föremål för utvärdering kommer att omsättas i slutliga projekt och det befaras att det i själva verket är förmågan att upprätta handlingar som uppfyller den upphandlande myndighetens krav som utvärderas ("Konceptet för utarbetande" och "Beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras") och inte kvaliteten på de tjänster som skulle tilldelas.
- 62 I förevarande förfarande för offentlig upphandling har den upphandlande myndigheten således fastställt utvärderingskriterier för anbuden i form av ett pris 40 procent och kriterier som avser andra faktorer än pridfaktorer i form av utarbetande "Koncept för utarbetande" och "Beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras" med en totalvikt på 60 procent. Dessa kriterier bygger på en öppen utvärdering av den upphandlande myndigheten som inte grundar sig på faktorer som kan kontrolleras matematiskt eller fysiskt, såsom sifferuppgifter, parametrar, funktionalitet osv., vilket i vart fall i betydlig grad försvårar en kontroll av den upphandlande myndighetens utvärdering av anbuden. Dessutom hade alla ekonomiska aktörer sekretessbelagt handlingarna i fråga som affärshemlighet, vilket den upphandlande myndigheten förväntade sig eller kunde ha förväntat sig när den fastställde kriterier på grund av att liknande handlingar hade sekretessbelagts tidigare, vilket inte enbart medför att den upphandlande myndighetens utvärdering av anbuden inte kan kontrolleras, utan även att själva anbuden inte kan kontrolleras. Den upphandlande myndigheten valde följaktligen det anbud som hade högst pris bland de inkomna anbuden, vilket var det enda tillgängliga kriteriet som kunde kontrolleras, medan de övriga kriterierna varigenom rangordningen av anbuden fastställdes svårigen kunde kontrolleras.