

Sag C-54/21

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

29. januar 2021

Forelæggende ret:

Krajowa Izba Odwoławcza (Polen)

Afgørelse af:

22. december 2020

Sagsøgere:

ANTEA POLSKA S.A.

»Pectore-Eco[«] sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy

Sagsøgt:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Andre parter:

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

Hovedsagens genstand

Søgsmål anlagt til prøvelse af en offentlig udbudsprocedure om »udarbejdelse af planer til ajourføring af vandområdeplanerne II (II aPGW) samt metodologierne« vedrørende de handlinger, som blev begået eller undladt af den ordregivende myndighed, Państwowe Gospodarstwo Wodne Woda Polskie (Det statslige vandselskab - Polen, Polen) i den foreliggende sag.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Den foreliggende sag rejser to rækker af spørgsmål – den første vedrører økonomiske aktørers betegnelse af visse oplysninger som forretningshemmeligheder, og den anden vedrører den ordregivende myndigheds fastsættelse af andre kriterier end prisen for vurderingen af tilbuddene samt deres evalueringsmetode.

Anmodningen er indgivet i henhold til artikel 267 TEUF.

Præjudicielle spørgsmål

Spørgsmål 1: Tillader de i artikel 18, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter »direktiv 2014/24/EU«) nævnte principper om ligebehandling og forskel mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet en fortolkning af artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU og artikel 2, nr. 1), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/943 af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse (herefter »direktiv 2016/943«), og særligt de deri nævnte udtryk som »at de ikke i deres helhed eller i den præcise konfiguration eller sammensætning af deres komponenter er almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige« og »de har handelsværdi, fordi de er hemmelige« og at »den ordregivende myndighed ikke [må] offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige«, hvorefter en økonomisk aktør kan betegne enhver oplysning som en forretningshemmelighed henset til, at denne ikke ønsker at videregive oplysningerne til konkurrerende økonomiske aktører?

Spørgsmål 2: Tillader de i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU nævnte principper om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet en fortolkning af artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU og artikel 2, nr. 1), i direktiv 2016/943, hvorefter økonomiske aktører, der deltager i en offentlig udbudsprocedure, kan betegne de dokumenter, der er omfattet af artikel 59 og artikel 60 i direktiv 2014/24/EU samt af bilag XII til direktiv 2014/24/EU, i deres helhed eller dele heraf, som forretningshemmeligheder, navnlig for så vidt angår lister over erfaring,

referencer, lister over de personer, som foreslås til at udføre kontrakten samt deres faglige kvalifikationer, navne og potentielle enheder, som de potentielt vil basere sig på, eller underleverandører, såfremt dokumenterne er påkrævet med henblik på at dokumentere, at de opfylder kriterierne for at deltage i proceduren eller med henblik på en evaluering i henhold til udvælgelseskriterierne eller vurdere tilbuddets forenelighed med de øvrige krav, som den ordregivende myndighed har fastsat i udbudsmaterialet (udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne)?

Spørgsmål 3: Giver de i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU nævnte principper om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet sammenholdt med artikel 58, stk. 1, artikel 63, stk. 1, og artikel 67, stk. 2, litra b), i direktiv 2014/24/EU, mulighed for, at den ordregivende myndighed samtidig kan acceptere en økonomisk aktørs erklæring om, at denne råder over menneskelige ressourcer, enheder, som vedkommende ønsker at basere sig på, eller underleverandører, som enten kræves af den ordregivende myndighed eller som følger af en egenerklæring, hvilket i henhold til bestemmelserne skal bevises for den ordregivende myndighed, samt en erklæring om, at selve videregivelsen af oplysningerne om disse personer eller enheder (efternavn, navn, erfaring og kvalifikationer) til den økonomiske aktørs konkurrenter kan føre til, at disse økonomiske aktører »hugger« dem, hvorfor det er nødvendigt, at disse oplysninger omfattes af forretningshemmeligheden? I forbindelse med ovenstående, kan en så vag forbindelse mellem en økonomisk aktør og disse personer og enheder anses som et bevis for, at ressourcerne er stillet til rådighed, og navnlig for, om den økonomiske aktør kan tildeles tillægspoint i henhold til tildelingskriterierne?

Spørgsmål 4: Tillader de i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU nævnte principper om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet en fortolkning af artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU og artikel 2, nr. 1), i direktiv 2016/943, hvorefter økonomiske aktører, der i deltager i en offentlig udbudsprocedure, kan betegne de dokumenter, der er påkrævet med henblik på at foretage en overensstemmelsesvurdering af overholdelsen af kriterierne fastsat i udbudsbetingelserne (herunder en beskrivelse af kontraktens genstand) eller med henblik på at vurdere tilbuddene i henhold til tildelingskriterierne, særligt såfremt dokumenterne omhandler opfyldelsen af de krav, der af den ordregivende myndighed er fastsat i udbudsbetingelserne, i lovgivningen eller i andre dokumenter, som er offentligt tilgængelige eller er tilgængelige for interesserede personer, særligt hvis denne vurdering ikke er baseret på objektive sammenlignelige skemaer og matematisk eller fysisk målbare og sammenlignelige indikatorer, men i henhold til den ordregivende myndigheds individuelle vurdering, som forretningshemmeligheder? I forlængelse heraf om artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU og artikel 2, nr. 1), i direktiv 2016/943 kan fortolkes således, at en erklæring, som en økonomisk aktør har indgivet som led i et tilbud om udførelse af kontraktens genstand i henhold til kravene, som den ordregivende myndighed har fastsat i udbudsbetingelserne, som efterprøves og vurderes af den ordregivende myndighed med henblik på overholdelsen af disse krav, kan

betragtes som en given økonomisk aktørs forretningshemmelighed, også selv om det tilkommer den økonomiske aktør at vælge de metoder, der gør det muligt at opnå den effekt, som den ordregivende myndighed kræver (kontraktens genstand)?

Spørgsmål 5: Tillader de i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU nævnte principper om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet sammenholdt med artikel 67, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU, hvoraf det fremgår, at tildelingskriterier ikke [medfører], at den ordregivende myndighed gives ubegrænset valgfrihed, at de skal sikre muligheden for effektiv konkurrence og at de skal være ledsaget af specifikationer, der giver mulighed for en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger, med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder tildelingskriterierne, at den ordregivende myndighed fastsætter et bestemt kriterium for at vurdere tilbuddene, navnlig et kriterium, som vurderes i henhold til den ordregivende myndigheds individuelle vurdering, selv om det på tidspunktet for fastsættelsen af dette kriterium er kendt, at de økonomiske aktører for den del af udbuddet, som dette kriterium vedrører, vil være omfattet af forretningshemmeligheden, hvorfor den ordregivende myndighed ikke har nogen indvendinger, således at konkurrerende økonomiske aktører, der ikke kan efterprøve deres konkurrenters tilbud eller sammenligne dem med deres egne tilbud, kan få det indtryk, at den ordregivende myndighed har fuldstændig frihed i sin gennemgang og evaluering af buddene?

Spørgsmål 6: Kan de i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU nævnte principper om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet sammenholdt med artikel 67, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU, hvoraf det fremgår, at tildelingskriterier ikke [medfører], at den ordregivende myndighed gives ubegrænset valgfrihed, at de skal sikre muligheden for effektiv konkurrence og at de skal være ledsaget af specifikationer, der giver mulighed for en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger, med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder tildelingskriterierne, fortolkes således, at de giver den ordregivende myndighed mulighed for at fastsætte tildelingskriterier som »udviklingskoncept« og »beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på«, som i den foreliggende sag?

Spørgsmål 7: Skal artikel 1, stk. 1 og 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, herefter »kontroldirektivet«, som pålægger medlemsstaterne at sikre, at økonomiske aktører effektivt kan indgive klager over de ordregivende myndigheders beslutninger, samt at der er adgang til klageprocedurer for personer, der har interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en hævdet overtrædelse, fortolkes således, at et dømmende organs vurdering af, at dokumenter, som en økonomisk aktør har hemmeligholdt i en given sag, ikke udgør forretningshemmeligheder, hvorefter de offentliggøres af den ordregivende

myndighed og videregives til den økonomiske aktørs konkurrenter – hvis en sådan virkning ikke direkte følger af lovgivningen – fører det da til, at det dømmende organ er forpligtet til at træffe beslutning om at gøre det muligt for denne økonomiske aktør på ny at indgive en klage – for så vidt angår indholdet, der fremgår af disse dokumenter, som den økonomiske aktør ikke kendte til, og derfor ikke effektivt kunne udnytte klageadgangen – i forbindelse med sager, som ikke vil kunne appelleres henset til udløbet af klagefristen, f.eks. ved omstødelse af undersøgelsen og vurderingen af tilbuddene, som de pågældende dokumenter, der er betegnet som forretningshemmeligheder, omhandler?

Anførte EU-retlige forskrifter

Direktiv 2014/24/EU: artikel 18, stk. 1, artikel 21, stk. 1, artikel 55, stk. 2 og 3, artikel 56, stk. 1 og 2, artikel 58, stk. 4, artikel 59, artikel 60, stk. 1, artikel 63, stk. 1, artikel 67, artikel 71, stk. 2.

Direktiv 2016/943: artikel 2, nr. 1).

Direktiv 2007/66: artikel 1, stk. 1 og 3.

Anførte nationale forskrifter

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (lov af 29.1.2014 – lov om offentlige kontrakter) (Dz. U. af 2004, nr. 19, pos. 177)

Artikel 7

Indgåelse af en offentlig kontrakt skal forberedes og gennemføres af den ordregivende myndighed på en sådan måde, at der er loyal konkurrence, og at alle økonomiske aktører sikres en lige behandling, samt at proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet overholdes.

Artikel 8

1. Udbudsproceduren er offentlig og gennemsigtig.
2. Den ordregivende myndighed kan kun begrænse adgangen til oplysninger vedrørende udbudsproceduren i de tilfælde, der er fastsat ved lov.
 - 2a. Den ordregivende myndighed kan i udbudsbetingelserne fastsætte krav til den fortrolige karakter af de oplysninger, der meddeles en økonomisk aktør under udbudsproceduren.
3. Oplysninger, der udgør forretningshemmeligheder i henhold til bestemmelserne om bekæmpelse af illoyal konkurrence, videregives ikke, såfremt en økonomisk aktør senest inden for fristen for indgivelse af tilbud eller ansøgninger om deltagelse i proceduren har angivet, at oplysningerne ikke kan

videregives, og såfremt det godtgøres, at de angivne oplysninger udgør forretningshemmeligheder. En økonomiske aktør kan ikke begrænse adgangen til oplysninger, der følger af artikel 86, stk. 4. Bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse på udvælgelsesprøver.

Artikel 36b, stk. 1

Den ordregivende myndighed kræver, at de økonomiske aktører anfører på hvilke dele af kontrakten de har til hensigt at anvende underleverandører, og at de økonomiske aktører angiver underleverandørernes virksomhedsnavne.

Artikel 91

1. Den ordregivende myndighed udvælger det mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriterierne, som er fastsat i udbudsbetingelserne.

2. Tildelingskriterierne er pris eller omkostninger eller pris eller omkostninger samt andre kriterier vedrørende kontraktens genstand, navnlig:

- 1) kvalitet, herunder tekniske parametre, æstetiske og funktionelle egenskaber;
- 2) sociale aspekter, herunder faglig og social integration af personer, der er nævnt i artikel 22, stk. 2, tilgængelighed for personer med handicap eller under hensyntagen til brugernes behov;
- 3) miljøegenskaber, herunder kontraktgenstandens energieffektivitet;
- 4) innovative aspekter;
- 5) organisering, faglige kvalifikationer og erfaring hos de personer, der er udpeget til at gennemføre kontrakten, såfremt de har en væsentlig indvirkning på kvaliteten af kontraktens udførelse;
- 6) kundeservice og teknisk bistand, leveringsbetingelser, såsom leveringsdato, leveringsmåde samt leveringstid eller færdiggørelsestid.

[...]

2d. Den ordregivende myndighed beskriver tildelingskriterierne på en utvetydig og forståelig måde, der muliggør efterprøvelse af de oplysninger, som de økonomiske aktører har indgivet.

[...]

Artikel 96

1. Under udbudsproceduren udarbejder den ordregivende myndighed en rapport, der som minimum skal indeholde: [...]

5) For- og efternavn eller navnet på den økonomiske aktør, hvis tilbud er valgt som det mest fordelagtige, samt begrundelsen for valget af dette tilbud, samt, såfremt det er relevant, en angivelse af hvilke dele af kontrakten eller rammeaftalen, den økonomiske aktør har til hensigt at overdrage til tredjemænd, og såfremt det er relevant på det givne tidspunkt – for- og efternavn eller navnet på eventuelle underleverandører; [...]

7) hvor det er relevant, resultaterne af undersøgelsen af udelukkelsesgrunde, evalueringen af opfyldelsen af kriterierne for at deltage i udbudsproceduren eller udvælgelseskriterierne, herunder:

a) for- og efternavn eller navnet på de økonomiske aktører, som ikke udelukkes, som har påvist, at de opfylder kriterierne for at deltage i udbudsproceduren eller udvælgelseskriterierne samt en begrundelse for valget af disse økonomiske aktører,

b) for- og efternavn eller navnet på de økonomiske aktører, som udelukkes, og som ikke har påvist, at de opfylder kriterierne for at deltage i udbudsproceduren eller tildelingskriterierne samt en begrundelse for, hvorfor de ikke er blevet opfordret til at deltage i proceduren;

8) begrundelsen for afslag på tilbud; [...]

2. Tilbud, sagkyndige erklæringer, erklæringer, oplysninger fra møder, som omhandlet i artikel 38, stk. 3, meddelelser, anmodninger, øvrige dokumenter og oplysninger, som indgives af den ordregivende myndighed og de økonomiske aktører, og kontrakten udgør bilag til rapporten.

3. Rapporten og de tilhørende bilag er offentlige. Rapportens bilag gøres offentligt tilgængelige efter udvalget af det mest fordelagtige tilbud eller efter udbudsprocedurens aflysning, dog således at tilbud offentliggøres fra tidspunktet for deres åbning, foreløbige tilbud fra tidspunktet for indkaldelsen til ansøgninger, og anmodninger om deltagelse i udbudsproceduren fra tidspunktet for meddelelsen af resultaterne af evalueringen af opfyldelsen af kriterierne for at deltage i proceduren.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (lov af 16.4.1993 om bekæmpelse af illoyal konkurrence) (Dz. U. af 2020, pos. 1913)

Artikel 11, stk. 2

Ved forretningshemmeligheder forstås tekniske, teknologiske, organisatoriske oplysninger eller andre oplysninger af handelsværdi, som i deres helhed eller i den præcise konfiguration eller sammensætning af deres komponenter er almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige for personer, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger, forudsat, at disse personer på grundlag af en legitim interesse i at benytte eller råde over oplysningerne har taget rimelige

foranstaltninger med henblik på at bevare deres fortrolighed med den fornødne omhu.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (udviklingsministerens forordning af 26.7.2016 om den type dokumentation, der af den ordregivende myndighed kan afkræves en økonomisk operatør) (Dz. U. af 2020, pos. 1282)

§ 2, stk. 4

For at godtgøre, at en økonomisk aktør opfylder betingelserne for deltagelse i udbudsproceduren eller udvælgelseskriterierne vedrørende den tekniske eller faglige formåen, kan den ordregivende myndighed anmode om følgende dokumenter:

- 1) [...]
- 2) en liste over leveringer eller tjenesteydelser, der er udført, og for så vidt angår periodiske eller varige ydelser, også dem, der er udført, i løbet af de sidste tre år forud for udløbet af fristen for at afgive tilbud eller fremsende anmodning om deltagelse i et udbud, eller – såfremt der var tale om en periode med mindre aktivitet – i den pågældende tid præcisere værdien, genstanden, datoen for gennemførelse og de enheder, for hvilke disse leveringer eller tjenesteydelser blev foretaget, og ved at vedlægge beviser for, at disse leveringer eller tjenesteydelser blev foretaget eller behørigt udført, hvorved de beviser, der henvises til, udgør referencer eller andre dokumenter udstedt af enheden, til hvilken levering eller tjenesteydelsen blev foretaget, og i tilfælde af periodiske eller varige ydelser bliver udført, og den økonomiske aktør af en objektiv grund ikke er i stand til at indhente disse dokumenter – en erklæring fra den økonomiske aktør; i tilfælde af periodiske eller varige ydelser, som stadig bliver udført, bør referencer eller andre dokumenter, der bekræfter dets behørigt udførelse, ikke udstedes tidligere end tre måneder før fristen for at afgive tilbud eller fremsende anmodning om deltagelse i et udbud;
- 3) en liste over værktøj, materiel og teknisk udstyr, som den økonomiske aktør råder over med henblik på at gennemføre en offentlig kontrakt, herunder oplysninger om grundlaget for anvendelsen af disse midler;
- 4) en beskrivelse af det tekniske udstyr og de tekniske og organisatoriske foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet med henblik på at sikre kvaliteten, samt en beskrivelse af de undersøgelses- og forskningsfaciliteter, som den økonomiske aktør råder over eller som stilles til rådighed for den økonomiske aktør;
- 5) en liste over styringssystemer til brug for forsyningskæden og til sporing af forsyningskæden, som den økonomiske aktør vil kunne anvende med henblik på at gennemføre den offentlige kontrakt; [...]

10) en liste over de personer, som den økonomiske aktør har udpeget til udførelsen af den offentlige kontrakt, navnlig personer med ansvar for levering af tjenesteydelser, kvalitetskontrol eller ledelse af bygge- og anlægsarbejder, samt oplysninger om deres faglige formåen, kompetencer, erfaring og uddannelse, der er nødvendig for udførelsen af den offentlige kontrakt, samt omfanget af de aktiviteter, som de udøver, og grundlaget for disponeringen over disse personer.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 1 Twisten i den foreliggende sag vedrører udbudsproceduren iværksat af Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Det statslige vandselskab - Polen) om »udarbejdelse af planer til ajourføringen af vandområdeplanen II (II aPGW) samt metodologien«, som led i et offentligt udbud. Udbuddet blev offentliggjort i Den Europæiske Unions Tidende under nr. 2019/S 245-603343.
- 2 Vandområdeplaner er omfattet af de grundlæggende planlægningsdokumenter, hvis revision og ajourføring er påkrævet i henhold til vandrammedirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/60/EF af 23.10.2000 om fastlæggelse af en ramme for Fællesskabets vandpolitiske foranstaltninger, EUT 2000, L 327, s. 1) og ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (lov af 20.7.2017 – vandloven) (Dz. U. af 2018, pos. 2268 som ændret). Disse dokumenter danner grundlaget for at kunne træffe afgørelser om at forme vandressourcernes tilstand og reglerne om forvaltningen heraf i fremtiden. De har til formål at samordne indsatsen vedrørende vand- og økosystemtilstanden, vandressourcerne, anvendelse af vand, udledningen af stoffer til vand eller jord, som kan påvirke vand negativt, beskyttelse mod oversvømmelse samt forebyggelse af virkningerne af tørke. Kontrakten vedrørte en regelmæssig ajourføring af disse planer, og skulle gennemføres i fire faser: fase I: Udarbejdelse af II aPGW-planerne samt metodologien; fase II: Offentlige høringer om II aPGW-planerne og gennemførelse af en strategisk miljøvurdering; fase III: Udarbejdelse af udkast til bekendtgørelser i II aPGW-sagen; fase IV: Udarbejdelse af en rapport til Europa-Kommissionen samt fremstilling af en database på baggrund af II aPGW.
- 3 Den ordregivende myndighed anførte hvilken minimumserfaring en økonomiske aktør, som har ansøgt om tildeling af kontrakten, skal kunne godtgøre at have, og anførte hvilken gruppesammensætning, der kræves til at gennemføre kontrakten, ved at angive hvilken minimumserfaring, -uddannelse og -kvalifikationer, som gruppemedlemmerne skal have, i udbudsbetingelserne. Den ordregivende myndighed anførte ligeledes, at en økonomisk aktør, som baserer sig på andre enheders ressourcer, skal bevise, at denne råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens opfyldelse, navnlig ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige personer for kontraktens opfyldelse til rådighed. De økonomiske aktører blev forpligtede til at fremlægge supplerende standarddokumenter til brug for procedurer for indgåelse af en offentlig kontrakt: et fælles europæisk udbudsdokument [ESPD], en liste over

gennemførte kontrakter, inklusive referencer, personer, som skal gennemføre kontrakten, og enheder, der stiller deres ressourcer til rådighed. I henhold til kravet i artikel 36b, stk. 1, i lov om offentlige kontrakter krævede den ordregivende myndighed, at de økonomiske aktører skulle angive, om kontrakten ville blive gennemført med deltagelse af underleverandører, samt angive underleverandørens virksomhed (navn), og angive på hvilke dele af kontrakten, der vil blive anvendt underleverandører. Det skulle angives i tilbudsansøgningen, hvilke dokumenter, der kan tilgås ved hjælp af gratis og offentligt tilgængelige databaser (navnet på dokumenter og hjemmesidens adresse).

- 4 Følgende selskaber afgav tilbud under proceduren: 1. økonomiske aktører, som i fællesskab afgav tilbud: ANTEA POLSKA spółka akcyjna (aktieselskab) med hjemsted i Katowice, »Pectore-Eco« Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (selskab med begrænset ansvar) med hjemsted i Gliwice samt Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy (Institut for miljøbeskyttelse – Nationalt forskningsinstitut) hjemsted i Warszawa (herefter »sagsøgerne«); 2. ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (selskab med begrænset ansvar) med hjemsted i Warszawa (herefter »Arup«); 3. CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (selskab med begrænset ansvar) med hjemsted i Warszawa (herefter »CDM«); 4. økonomiske aktører, som i fællesskab afgav tilbud: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (selskab med begrænset ansvar) med hjemsted i Warszawa, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (selskab med begrænset ansvar) med hjemsted i Warszawa, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (selskab med begrænset ansvar) Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych med hjemsted i Warszawa (herefter »Multiconsult«).
- 5 Tilbuddene blev evalueret i henhold til tildelingskriterierne (to kvalitetskriterier – »udviklingskoncept«, vægt: 42 og »beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på«, vægt: 18; tildelingskriteriet pris – vægt: 40).
- 6 I henhold til kriteriet »Udviklingskoncept« skulle tilbuddet beskrive fremgangsmåden for gennemførelsen af kontrakten:
 1. en metodologisk tilgang til udarbejdelsen af et handlingssæt (for så vidt angår de enkelte handlinger, måder: gennemførelse af en vurdering af effektiviteten og realiteten med henblik på at opnå miljømålene, der er opstillet for vandområderne, en analyse af omkostningseffektiviteten, en beskrivelse af, hvordan deres gennemførelse vil påvirke jcw (vandområderne), som befinder sig up-/downstream, fastsættelse af realiseringsomkostningerne og finansieringsmulighederne under hensynstagen til nationale og europæiske midler, foretage en klimatest af programmerne, fastlæggelse af de socioøkonomiske virkninger af realiseringen, foretage af en prioritering af handlingerne, beskrivelse af potentielle synergier, der følger af andre planlægningsdokumenter, en vurdering af, om det foreslåede handlingssæt for et givent vandområde muliggør opfyldelsen af miljømålene under hensynstagen til realiseringen af de handlinger, der er planlagt for nærliggende vandområder);

2. en metodologisk tilgang til at identificere foranstaltninger for at sikre den morfologiske kontinuitet set i sammenhæng med de planlagte miljømål for vandområderne, herunder metoden til at analysere/vurdere de eksisterende anlæg til fiskemigration (herunder en metodologisk tilgang til at identificere bygge- og anlægsarbejder, som er til hinder for migration med henblik på at afgøre, om de identificerede bygge- og anlægsarbejder er forsynet med udstyr, der muliggør fiskemigration, for at vurdere de eksisterende anlægs funktion med henblik på at opnå miljømålene for at identificere handlinger på dette område);
 3. et koncept til at identificere fravigelser fra opfyldelsen af miljømålene samt en beskrivelse heraf;
 4. en tilgang til en visualisering af kortplaceringen af overfladevandområderne og grundvandsområderne på en måde, der muliggør lokaliseringen af punktanvendelser af vand i det mindste for så vidt angår de steder, der fremgår af punkt 28, litra r), i fase IV's beskrivelse af kontraktens genstand.
- 7 I henhold til kriteriet »Beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på« skulle tilbuddet derimod indeholde:
1. en beskrivelse af potentielle risici for en korrekt gennemførelse af de forskellige opgaver i hver af kontraktens faser, fremgangsmåden for forebyggelse og foranstaltninger af disse i form af et risikoregister med en vurdering af den potentielle sandsynlighed for deres forekomst og deres risikoniveau,
 2. gruppens organisationsstruktur: roller, ansvarsomfang i forhold til de erklærede materielle kompetencer; informationsstrøm,
 3. forslag til merværdier, som ikke er indeholdt i den detaljerede beskrivelse af kontraktens genstand, som har indflydelse på kvaliteten og gennemførelsen af kontraktens genstand.
- 8 Kriteriernes underkriterier blev vurderet på grundlag af tabeller, der indeholdt en beskrivelse af evalueringsmetoden, som svarede til et vist antal point. Beskrivelserne af evalueringsmetoden angav, om kravene i til dokumentation for udbuddet var opfyldt, om der var sket indholdsmæssige fejl, om samtlige elementer i et underkriterium var blevet beskrevet, hvor mange af dem, der var blevet beskrevet på en klar og fyldestgørende måde, hvor mange af de foreslåede løsninger til et givent underkriterium var optimale og garanterede et højt kvalitetsniveau og pålidelige resultater for arbejdet, samt hvor meget, der var indeholdt i beskrivelsen af merværdier, der ikke fulgte af udbudsbekendtgørelsen, som havde indflydelse på kvaliteten og gennemførelsen af kontraktens genstand.
- 9 Buddene blev tildelt følgende point:
1. CDM – pris (21 517 620 PLN): 33,61 point, udviklingskoncept: 29 point, beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på: 12 point, samlet: 74,61 point (mest fordelagtige tilbud),

2. Sagsøgeren – pris (18 081 000 PLN): 40 point, udviklingskoncept: 7 point, beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på: 15 point, samlet: 62 point,
 3. Multiconsult – pris (20 662 770 PLN): 35 point, udviklingskoncept: 14 point, beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på: 9 point, samlet: 58 point,
 4. Arup – pris (18 240 900 PLN): 39,65 point, udviklingskoncept: 9 point, beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på: 6 point, samlet: 54,65 point.
- 10 Sagsøgerne anlagde søgsmål ved indgivelse af stævning til Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (præsidenten for appeldomstolen i udbudsretlige sager, Polen) med påstand om at annullere valget af den økonomiske aktør CDM's tilbud, om en ny vurdering af buddene, og om at give adgang til og videregive de dokumenter og oplysninger, som var blevet betegnet som forretningshemmeligheder af CDM, Multiconsult og Arup for så vidt angår kriterierne »udviklingskoncept« og »beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på«, samt dokumenter og oplysninger, der var hemmeligholdt af CDM (liste over tjenesteydelser, liste over personer, referencer, punkt 5 og 3 i tilbudsansøgningen), en ændring af scoren til fordel for sagsøgerne og til ulempe for CDM, om videregivelse af den faktiske begrundelse for antallet af de tildelte point til: CDM, Multiconsult og Arup, samt at vælge sagsøgernes tilbud som det mest fordelagtige.
- 11 Arup, CDM og Multiconsult intervererede i søgsmålet til fordel for den ordregivende myndighed.
- 12 Sagsøgerne fremsatte følgende anbringender:
- manglende angivelse af oplysninger på grundlag af hvilke, der blev tildelt point for kvalitetskriterierne, samt andre oplysninger, som ikke blev effektivt betegnet som forretningshemmeligheder af CDM, hvilket er i strid med artikel 7, stk. 1 og 3, sammenholdt med artikel 8, stk. 1, stk. 2 og stk. 3, i lov om offentlige kontrakter, sammenholdt med artikel 11, stk. 2, i lov af 16. april 1993 om bekæmpelse af illoyal konkurrence;
 - manglende rimelig begrundelse for evalueringen af kvalitetskriterierne, hvilket er i strid med artikel 92, stk. 1, sammenholdt med artikel 7, stk. 1, i lov om offentlige kontrakter;
 - manglende evaluering af de af sagsøgerne og CDM indgivne bud på en måde, der er i overensstemmelse med tildelingskriterierne samt valget af tilbuddet indgivet af CDM som værende mest fordelagtige, på trods af at tilbuddet indgivet af sagsøgerne burde være blevet valgt som det mest fordelagtige i henhold til tildelingskriterierne, hvilket er i strid med artikel 92, stk. 1, sammenholdt med artikel 7, stk. 1, i lov om offentlige kontrakter.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 13 I sin begrundelse gjorde sagsøgerne gældende – for så vidt angår klagen om manglende angivelse af oplysninger, som ikke var blevet effektivt betegnet som forretningshemmeligheder af CDM, Multiconsult og Arup – at princippet om adgang til offentlige oplysninger er et af de grundlæggende principper i Republikken Polens retssystem, jf. artikel 54 og 61 i Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Republikken Polens forfatning) og bestemmelserne i ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (lov af 6.9.2001 om offentlig adgang til oplysninger) (Dz. U. nr.112, pos. 1198). Muligheden for at hemmeligholde en udbudsprocedure må ikke misbruges eller fortolkes udvidende, da princippet om offentlighed i udbud er et overordnet princip, og undtagelser hertil kan ikke fortolkes således, at princippet begrænses. Denne rettighed må ikke kun anvendes på økonomiske aktørers indbyrdes konkurrence, men kun strengt inden for definitionen i artikel 11, stk. 2, i lov om bekæmpelse af illoyal konkurrence. I henhold til artikel 96, stk. 3, i lov om offentlige kontrakter er rapporten og dens bilag offentlige og skal videregives til alle interesserede personer, uafhængigt af, om de har en retlig eller faktisk interesse heri. Økonomiske aktører, som har afgivet et bud i et offentligt udbud, bør forvente, at deres bud i princippet vil være offentlige, og være bekendt med hvilke konsekvenser, der er forbundet med deltagelsen i procedurerne, der er fastsat i bestemmelserne om offentlige kontrakter.
- 14 Begrundelserne fremlagt af de økonomiske aktører CDM, Multiconsult og Arup vedrørende omfanget af forretningshemmeligheden er kortfattede og begrænser sig i princippet til at citere retspraksis. Det fremgår tydeligt af bestemmelsen i artikel 8, stk. 3, i lov om offentlige kontrakter, at det alene er muligt at betegne oplysninger som forretningshemmeligheder, som udgør hemmeligheder, og ikke dokumenter, hvori sådanne oplysninger delvist kan være indeholdt. De økonomiske aktører CDM, Multiconsult og Arup har derimod betegnet hele sæt af dokumenter som forretningshemmeligheder uden behørigt at påvise lovligheden af disse handlinger. Den ordregivende myndighed burde have foretaget en detaljeret efterprøvelse af, om og i hvilket omfang betegnelsen af forretningshemmeligheder var effektiv, så meget desto mere, da disse dokumenter havde direkte indflydelse på vurderingen af buddene, som samlet udgjorde op til 60% af tildelingskriterierne. I stedet godkendte den ordregivende myndighed ukritisk de økonomiske aktørers begrundelser, hvilket gjorde det vanskeligt for sagsøgerne at bevise, om det var korrekt at tildele de økonomiske aktører et givent antal point. En sådan fremgangsmåde er klart i strid med princippet om offentlighed i udbud.
- 15 For så vidt angår de forskellige dokumenter og oplysninger, som er hemmeligholdt af konkurrenterne, har sagsøgerne gjort gældende, at den givne konkurrent tidligere havde videregivet denne type oplysninger i procedurer, som denne havde deltaget i; at dokumenter, som er offentliggjort på hjemmesider, var gjort fortrolige; at kontrakter, indeholdt i en fortrolig liste, udgjorde tjenesteydelser, der var blevet udført for ordregivende myndigheder, der var forpligtet til at anvende lov om offentlige kontrakter, hvorfor oplysningerne er

offentlige; at den pågældende økonomiske aktør ikke foretog de nødvendige foranstaltninger med henblik på at bevare fortrolighed, på trods af en erklæring herom i erklæringen afgivet til den ordregivende myndighed.

- 16 For så vidt angår indsigelsen om, at der ikke foreligger en fuld begrundelse vedrørende tildelingen af point til de økonomiske aktører CDM, Multiconsult og Arup, har sagsøgerne gjort gældende, at henset til den manglende faktiske begrundelse for beslutningen om tildelingen af point til de økonomiske aktører, var det ikke muligt præcist at forholde sig til den ordregivende myndigheds evaluering. Den ordregivende myndigheds kortfattede begrundelse for beslutningen, som blev meddelt de økonomiske aktører, udgjorde en hindring for kontrollen af, om den ordregivende myndighed havde handlet korrekt, og for udøvelsen af klageadgangen.
- 17 Den ordregivende myndighed har understreget, at en økonomisk aktørs ret til at hemmeligholde dele af et tilbud bør behandles på lige fod med princippet om offentlighed i udbud. En enhed, som ønsker at hemmeligholde oplysninger, bør bestræbe sig på at forklare, hvorfor de hemmeligholdte oplysninger fortjener af være omfattet af forretningshemmeligheden på en troværdig måde, påstande herom bør godtgøres, og argumenter herom skal være overbevisende, sammenhængende og logiske under hensynstagen til procedurens karakter og de hemmeligholdte oplysninger. Dette var opfyldt af samtlige økonomiske aktører.
- 18 En af de deltagende økonomiske aktører gjorde gældende, at direktiv 2016/943 blev vedtaget for at beskytte oplysninger, som er vidensøkonomiens valuta og giver en konkurrencefordel. Virksomheder værdsætter disse oplysninger i samme grad som patenter og andre former for intellektuelle ejendomsrettigheder. Det fremgår klart af 18. betragtning til direktivet, at det ikke bør fritage offentlige myndigheder for de fortrolighedsforpligtelser, som de er underlagt for så vidt angår oplysninger videregivet af forretningshemmelighedsindehavere, herunder også som led i procedurer for indgåelse af en offentlig kontrakt. Forpligtelsen til at holde de oplysninger, som en økonomisk aktør har betegnet som forretningshemmeligheder, for fortrolige, følger af artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU. En undtagelse fra det generelle princip om offentlighed i procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter (artikel 8, stk. 1, i lov om offentlige kontrakter) er princippet om beskyttelse af oplysninger, som udgør forretningshemmeligheder i henhold til bestemmelserne om bekæmpelse af illoyal konkurrence (artikel 8, stk. 3, i lov om offentlige kontrakter). Definitionen af forretningshemmeligheder er fastsat i artikel 11, stk. 2, i lov om bekæmpelse af illoyal konkurrence. Princippet om offentlighed i udbudsprocedurer er ikke absolut. Det er den ordregivende myndighed, som vurderer, hvilke oplysninger, der er retligt beskyttet eller ej, og træffer på den baggrund yderligere beskyttelsesforanstaltninger. Den ordregivende myndigheds handlinger bør ikke udsætte de økonomiske aktører for en risiko for at lide skade som følge af offentliggørelsen af oplysningerne.

- 19 For så vidt angår kravet om, at oplysningerne skal have en handelsværdi, som er et element, der er forudsætningen for, at det foreligger en forretningshemmelighed, som i henhold til TRIPs' artikel 39 (Overenskomst om handelsrelaterede aspekter af intellektuel ejendom af 15.4.1994, som udgør bilaget til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen) beskytter oplysninger af forretningsmæssig værdi, da de er fortrolige. Dette betyder, at de pågældende oplysninger skal have en vis erhvervmæssig værdi for den økonomiske aktør, netop fordi den er fortrolig.
- 20 For så vidt angår hemmeligholdelsen af de dokumenter, som skal vurderes i henhold til kvalitetskriterierne, følger det af den ordregivende myndigheds og de deltagende økonomiske aktørers argumenter, at de udgør et værk udarbejdet af en ophavsmand, og dermed er en slags intellektuel ejendomsret for de pågældende økonomiske aktører, deres *know-how*. De udgør et værk i henhold til ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (lov af 4.2.1994 om ophavsret og beslægtede rettigheder) (Dz. U. 1994, nr. 24, pos. 83), hvorefter ophavsmændene, de økonomiske aktører, har eneret til at udnytte og råde over det inden for alle anvendelsesområder, herunder retten til at overvåge udnyttelsen af værket og retten til at beslutte den første offentliggørelse af værket. Offentliggørelsen af de pågældende dokumenter kan alvorligt skade de økonomiske aktørers interesse, da de har en erhvervmæssig værdi, og da de økonomiske aktører traf de nødvendige foranstaltninger for at hindre deres offentliggørelse, bl.a. såsom: passende interne procedurer; fortrolighedsklausuler; interne regler på arbejdspladsen; kontrol med adgang til bygningen; beskyttelse af elektroniske (login og password) og fysiske (skabe) dokumenter.
- 21 Den ordregivende myndighed har forklaret, at hvert af de koncepter, som de økonomiske aktører har fremlagt, er foretaget med henblik på den pågældende procedure og indeholder unikke løsninger. Idéerne deri er imidlertid ikke innovative, fordi den ordregivende myndighed ikke forventer innovation, men opfyldelse af kravene i udbudsbekendtgørelsen, således at løsningerne fører til de bedste resultater og er korrekte. Videregivelse af et koncept kan skade ophavsmandens interesser, da en anden økonomisk aktør kan foreslå en kortere leveringsdato eller en lavere pris for gennemførelsen; konceptet vil kunne udnyttes, da der ikke er tale om en engangshandling, da den pågældende kontrakt omfatter andre kontrakter, og specialister eller virksomheder kan forekomme i forskellige kontrakter; på baggrund af konceptet vil konkurrenten kunne vurdere, hvem der vil deltage i gennemførelsen, og den pågældende person vil kunne blive hugget.
- 22 Hvad angår hemmeligholdelsen af listen over tjenesteydelser og referencer, udgør oplysninger, der er angivet på listen over tjenesteydelser, viden, som vil gøre det muligt for konkurrenterne at få kendskab til mange aspekter af den økonomiske aktørs aktiviteter (følge virksomhedsprofilen i et givent tidsrum, de udførte typer af kontrakter, tjenestemodtagere). Listen over tjenesteydelser viser også omsætningen, der er opnået ved gennemførelsen af tjenesteydelserne, hvilket ligeledes udgør forretningshemmeligheder.

- 23 For så vidt angår listen over personer, indeholder den oplysninger, som gør det muligt at identificere personerne, hvilket kan udsætte den økonomiske aktør for tab, såfremt konkurrenterne forsøger at hverve disse personer. Ligeledes indeholder oplysningerne i tilbudsansøgningen oplysninger om tredjemænd, som stiller deres midler til rådighed, hvilket udgør en handelsværdi. De økonomiske aktørers virksomhed består hovedsageligt i at yde rådgivningsydelser, og de råder derfor ikke over andre aktiver end intellektuelle ejendomsrettigheder, som skabes af medarbejderne. Udbudsbetingelserne for de omhandlede tjenesteydelser kræver, at der rådes over højt kvalificeret personale, og at oplysninger om de personer, der skal gennemføre kontrakten, beskyttes. Oplysninger om personalets potentiale har erhvervsmæssig betydning for de økonomiske aktører og vedrører deres virksomheders funktionsmåde, deres interne struktur og deres organisering.
- 24 Det fremgår endvidere af den ordregivende myndigheds synspunkt, som kom til udtryk under retsmødet, at det er standarden ved udbudsprocedurene, at denne type udarbejdelser holdes hemmelige. De økonomiske aktører bruger skabeloner til begrundelser med henblik på at betegne oplysninger som hemmelige. De dokumenter, som den ordregivende myndighed kræver, er indbyrdes forbundne og kan ikke adskilles.
- 25 For så vidt angår klagepunktet om en manglende fuldstændig begrundelse for tildelingen af point har den ordregivende myndighed gjort gældende, at den har vurderet alle spørgsmål, underkriterier og kriterier i henhold til proceduren og principper i udbudsbetingelserne. Hvert tilbud var blevet dybdegående analyseret, og evalueringen var ledsaget af en detaljeret begrundelse, som blev meddelt de økonomiske aktører den 12. marts 2020. Detaljeringsniveauet for begrundelserne for scoren, som var blevet meddelt samtlige økonomiske aktører, gjorde det muligt at kontrollere korrektheden af antallet af tildelte point uproblematisk, og genberegne i hvor mange tilfælde et givent spørgsmål er blevet evalueret som værende klart og fuldstændig beskrevet, og hvor mange erklærede merværdier for den pågældende værdi er blevet anerkendt af den ordregivende myndighed. Betingelsen for denne kontrol var et indgående kendskab til og forståelse for principperne for evalueringen af tilbuddene, som sagsøgerne ikke havde, hvilket fremgår af påstandene og af den fejlagtige fortolkning af de forskellige elementer i begrundelsen for evaluering af tilbuddene. Det fremgår af sagsøgernes argumenter, at de ikke forstår strukturen for evalueringen af de forskellige kriterier og underkriterier, og på den baggrund formulerer fejlagtige teser/påstande og konklusioner i klagen, som retfærdiggør de påståede uregelmæssigheder fra den ordregivende myndigheds side eller dens partiskhed. Scoren for underkriterierne afhæng af antallet af spørgsmål, som opfyldte specifikke krav: optimering af løsninger og en garanti for et højt kvalitetsniveau og pålideligheden af det udførte arbejde, samt antallet af elementer, der gik ud over beskrivelsen af kontraktens genstand, som kan vise sig at have en positiv indvirkning på kvaliteten af kontraktens gennemførelse. Derudover har den ordregivende myndighed præciseret, at der med formuleringen »optimale løsninger, der garanterer et højt kvalitetsniveau og pålidelighed af udførelsen af arbejdet« skal forstås »den økonomiske aktørs anvendelse af en passende detaljeringsgrad for

analyser og/eller passende værktøjer og/eller udførelse af en effektiv og materiel kontrol af kildeoplysninger og/eller træffe effektive foranstaltninger for at sikre, at oplysningerne og analyserne er fuldstændige« i tabellen, der specificerede principperne for tildelingen af point. Ovennævnte principper blev anvendt konsekvent af bedømmelsesudvalget i forbindelse med vurderingen af hvert enkelt bud og gav ikke anledning til nogen tvivl i forhold til sagsøgerne eller de andre økonomiske aktører under udbudsproceduren. Der var ingen tvivl om metoden, der blev brugt til evalueringen af buddene, som var valgt af den ordregivende myndighed, da der ikke var blevet stillet et eneste spørgsmål til udbudsbetingelserne, hvorfor der heller ikke var blevet anmodet om ændringer i denne henseende. Den ordregivende myndighed anser dem derfor for at være affattet korrekt.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 26 Den første række af spørgsmål, som er omfattet af den præjudicielle forelæggelse, vedrører de økonomiske aktørers betegnelse af oplysninger som forretningshemmeligheder.
- 27 I henhold til Domstolens dom af 29.3.2021 i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. (ECLI:EU:C:2012:191) påhviler det den ordregivende myndighed at behandle de forskellige ansøgere ens og rimeligt, således at anmodningen om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet ansøgere. Opnåelsen af denne effekt er direkte forbundet med gennemsigtigheden i tildelingen af kontrakter, hvilket igen er forbundet med dens offentliggørelse for deltagerne i proceduren. Offentliggørelsen af proceduren kan begrænses, men i national ret er der ikke indført sådanne begrænsninger for så vidt angår de principper, som følger af artikel 7, stk. 1, i lov om offentlige kontrakter, dvs. fair konkurrence, ligebehandling og gennemsigtighed i proceduren. De tilsvarende bestemmelser i artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU og artikel 2, nr. 1), i direktiv 2016/943 bør ikke føre til manglende overholdelse af principperne i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU.
- 28 I den polske retsorden har økonomiske aktører i princippet fuld indsigt i dokumenter i offentlige udbudsprocedurer (artikel 96 i lov om offentlige kontrakter). Mangler eller begrænsninger i denne indsigt undergraver de økonomiske aktørers tillid til ordregivende myndigheders beslutninger og dermed hele systemet for indgåelse af offentlige kontrakter, som skyldes manglende gennemsigtighed og den manglende mulighed for at kontrollere den ordregivende myndigheds og konkurrenterne. Det vanskeliggør, eller endog umuliggør, også de økonomiske aktørers mulighed for effektivt at benytte retten til for en domstol at indbringe en klage.
- 29 De økonomiske aktørers mulighed for at følge procedurens forløb, at gøre sig bekendt med konkurrenternes tilbud, og at opnå prøvelse af disse tilbud samt af de

oplysninger, som indgives til de ordregivende myndigheder, er en sædvanlig praksis for nationale kontrakter, og kan ses i form af klager indgivet til det nationale appeldomstol i udbudssager som er domineret af klager med påstand om manglende afvisning af bud, der ikke er forskriftsmæssige, og manglende udelukkelse af økonomiske aktører, som ikke har godtgjort, at de opfylder betingelserne for deltagelse i proceduren, eller at de har givet den ordregivende myndighed urigtige oplysninger. De økonomiske aktører disponerer ofte over et større fagligt kendskab til kontraktens genstand og situationen i en given branche end de ordregivende myndigheder, og de benytter sig gerne af adgangen til offentligt tilgængelige oplysninger med henblik på at efterprøve de oplysninger, som konkurrenterne indgiver – hvilket ofte fører til ændringer i resultatet af proceduren.

- 30 En praksis, som bliver tydeligere og tydeligere, har til formål at modvirke ovenstående i form af betegnelse af dokumenter indgivet under proceduren eller dele heraf som værende forretningshemmeligheder. Det gælder dokumenter, som de ordregivende myndigheder kræver vedrørende grundene til udelukkelse af økonomiske aktører fra proceduren, opfyldelsen af kriterierne for at deltage i proceduren, buddets overensstemmelse med kravene i udbudsbetingelserne og kriterierne for evalueringen af buddene. Hemmeligholdelse af denne type dokumenter opfattes som et ønske om at skjule indholdet af de pågældende dokumenter for konkurrenter, således at de ikke bemærker årsagerne til udelukkelsen af en økonomisk aktør fra proceduren eller afvisningen af et tilbud, som selv ikke den ordregivende myndighed vil bemærke eller stille spørgsmålstejn under evalueringen af tilbuddet efter tildelingskriterierne.
- 31 I henhold til Sąd Najwyższys (øverste domstol, Polen) resolution fra 2005 fører betegnelsen af oplysninger som forretningshemmeligheder, selv om de ikke har en sådan karakter, ikke til at et tilbud afvises som værende i strid med lovgivningen, men alene en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at efterprøve hemmeligholdelsen og videregive disse oplysninger. De økonomiske aktører begyndte derfor gradvist at hemmeligholde flere og flere oplysninger, da det ikke medførte nogen negative konsekvenser for dem. Hemmeligholdelse af oplysninger sker på en funktionel måde, dvs. de økonomiske aktører hemmeligholder de samme oplysninger, når det er til deres fordel, og videregiver dem ligeledes, når det er til deres fordel. De økonomiske aktører hemmeligholder ofte hele dokumenter, og når de under en sag bliver anmodet om at påvise, hvilke specifikke uddrag, der indeholder fortrolige oplysninger, kan de ikke give en besvarelse eller også giver de alene enkeltvise oplysninger eller korte uddrag.
- 32 Den ordregivende myndighed frygter på den ene side at offentliggøre fortrolige dokumenter, selv hvis de finder, at de ikke udgør forretningshemmeligheder, af frygt for vanskeligheder og erstatningskrav. På den anden side er det praktisk for dem, da det forhindrer andre økonomiske aktører i at få adgang til disse dokumenter, hvilket ikke giver dem mulighed for effektivt at anfægte de ordregivende myndigheders beslutninger og begrænser klageadgangen over den ordregivende myndigheds beslutninger.

- 33 Et forsøg på at imødegå det beskrevne problem var en ændring af artikel 8, stk. 3, i lov om offentlige kontrakter i 2014, som indførte en forpligtelse for økonomiske aktører til at påvise, at de fortrolige oplysninger udgør en forretningshemmelighed.
- 34 I de seneste år er der kommet nye regler til – både direktiv 2014/24/EU såvel som direktiv 2016/943, hvilket kan medføre en øget tvivl hos de ordregivende og dømmende myndigheder for så vidt angår den reelle mulighed for økonomiske aktører at hemmeligholde oplysninger i offentlige udbudsprocedurer. Denne tvivl vedrører hovedsageligt de definitioner, der er anvendt i direktiverne.
- 35 Det fremgår således af artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU, at den ordregivende myndighed ikke må offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige, herunder men ikke begrænset til tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud. Forretningshemmelighed er derimod defineret i artikel 2, nr. 1), i direktiv 2016/943 som oplysninger, der »ikke i deres helhed eller i den præcise konfiguration eller sammensætning af deres komponenter er almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige« og »de har handelsværdi, fordi de er hemmelige«. Disse bestemmelser fremhæver således den omstændighed, at visse oplysninger betegnes som hemmelige af en økonomisk aktør, og ikke selve karakteren af disse oplysninger. Direktivets bestemmelser nævner ikke den økonomiske aktørs forpligtelse til at bevise, at en given oplysning eller et givent dokument udgør en forretningshemmelighed, eller den ordregivende myndigheds forpligtelse til at undersøge, om hemmeligholdelsen er berettiget.
- 36 De økonomiske aktører forsøger at bruge den meget generelle ordlyd af direktivets bestemmelser og fortolke dem – navnlig artikel 2, nr. 1), i direktiv 2016/943 – som en mulighed for at hemmeligholde alle de oplysninger eller dokumenter, som de ikke ønsker at videregive til andre økonomiske aktører under proceduren. Det kan være ethvert dokument udarbejdet alene med henblik på udbudsproceduren, og ethvert væsentligt element i tilbuddet. For de økonomiske aktører følger handelsværdien af disse oplysninger nemlig af det faktum, at de er hemmelige – hvis ikke, ville konkurrenterne kunne finde mangler i deres tilbud. Dette synes imidlertid ikke at være formålet med at sikre økonomiske aktører beskyttelse af oplysningerne, som omhandlet i artikel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU og direktiv 2016/943. Det svarer heller ikke til gængse følelse af at virke under frie konkurrencevilkår.
- 37 I den foreliggende sag rejses der tvivl om hemmeligholdelsen af to typer dokumenter: beskrivelser af den udvalgte økonomiske aktørs personlige forhold forbundet med vedkommendes erfaring, enheder og personale foreslået til at gennemføre kontrakten samt beskrivelser af måden, som kontrakten gennemføres på.
- 38 For så vidt angår dokumenter, som beskriver en given økonomisk aktørs personlige forhold i forbindelse med denne erfaring, enheder og personale, som

foreslås til gennemførelsen af kontrakten, kræver den ordregivende myndighed officielle og standardiserede dokumenter og oplysninger, som er fastsat ved lov – artikel 59 og 60 samt del II i bilag XII til direktiv 2014/24/EU og lov om offentlige kontrakter og forordningen om den type dokumentation, der af den ordregivende myndighed kan afkræves en økonomisk operatør.

- 39 I betragtning af det forhold, at EU-lovgiver har angivet specifikke oplysninger, der skal meddeles ordregivende myndigheder, kan det udledes, at det blev antaget, at der ikke var tale om oplysninger, der har karakter af forretningshemmeligheder. Omfanget af disse oplysninger var fastsat i den ordregivende myndigheds kriterier, uden at der var krav om detaljer for kontrakten, særligt økonomiske og andre følsomme oplysninger.
- 40 For så vidt angår oplysningerne om de projekter, der gennemføres succesfuldt med kundereferencer, og om personalets og forskernes særlige kvalifikationer, annonceres de ofte og placeres på websteder for at tiltrække fremtidige kunder og for at vinde prestige. Derfor er de ikke af deres natur en forretningshemmelighed.
- 41 Det forhold, at økonomiske aktører angiver, at årsagen til hemmeligholdelsen af visse oplysninger er muligheden for at skaffe eller »hugge« enten de personer, der foreslås til den gruppe, der skal gennemføre kontrakten eller enheder, som stiller deres ressourcer/underleverandører til rådighed, rejser tvivl om det faktiske forhold mellem den økonomiske aktør og den person eller den enhed, der er foreslået af vedkommende, og den faktiske mulighed for at råde over den pågældende person eller enhed og deres ressourcer. Den økonomiske aktør bør beslutte, om vedkommende faktisk kan påberåbe sig en reel disponering over de angivne ressourcer, som for så vidt angår den foreliggende sag ikke kun vedrører opfyldelsen af den ordregivende myndigheds minimumskrav, men også kriterierne om vurdering af tilbuddene. Der er tale om personer, som er angivet i det evaluerede kriterium, og for hvilke der i udbudsproceduren tildeles yderligere point.
- 42 I praksis har appeldomstolen fundet, at der for så vidt angår offentlige udbud ikke findes et reelt problem hvor der »hugges« personale eller tredjemænd/underleverandører på dette marked eller anden praksis, der ikke ville falde inden for grænserne for den naturlige bevægelighed for personale eller friheden til at indgå aftaler mellem virksomheder. Velkvalificerede specialister i en given branche, særligt i snævre specialiseringer, er ofte velkendte og enheder, der er interesserede i at ansætte dem, er i stand til at kontakte dem, og der findes også specialiserede HR-virksomheder. Koncepternes ophavsmænd skjuler ikke deres faglige resultater, og vil ofte offentliggøre deres præstationer, særligt hvis de udfører videnskabeligt arbejde. Hvis en given opgave er interessant eller prestigefyldt set ud fra et fagligt eller indkomstmæssigt perspektiv vil disse personer desuden ønske at udføre den, uanset hvilken enhed de skal arbejde for. Det samme gælder for underleverandører. Der er heller ikke noget forbud mod, at den samme person, den samme underleverandør eller den samme enhed, som stiller deres erfaring til rådighed, angives af mere end en økonomisk aktør – i

sidste ende vil kun en økonomisk aktør blive tildelt kontrakten. Derfor er den afgørende faktor, hvilken af de økonomiske aktører, der bliver tildelt den pågældende kontrakt og de samarbejdsvilkår, som denne vil foreslå. Som det fremgår af direktiv 2016/943, skal det ikke forstås således, at det giver anledning til begrænsning af etableringsfriheden, arbejdskraftens frie bevægelighed og arbejdstagernes mobilitet (artikel 1, stk. 3, og 13. betragtning til direktivet).

- 43 Derudover kan denne type oplysninger indeholdt i et tilbud udgøre en forretningshemmelighed, men det er inden tilbuddet afgives, når den økonomiske aktør søger efter personale, underleverandører, enheder, der stiller ressourcer til rådighed osv. Men efter afgivelsen af et tilbud og henset til forbuddet mod at ændre indholdet heraf (artikel 87, stk. 1, i lov om offentlige kontrakter), er kendskabet til personalet eller enhederne, som konkurrenten har til hensigt at samarbejde med, ubrugeligt. Til gengæld afhænger deres fremtidige egnethed af, om de opfylder de specifikke kriterier i andre kontrakter.
- 44 En anden type af dokumenter, som hemmeligholdes af økonomiske aktører, er udarbejdelsen, som kræves af den ordregivende myndighed med henblik på at evaluere tilbuddene i henhold til kvalitetskriterierne, dvs. »Konceptudvikling« og »Beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på«. De tilbudsgivende økonomiske aktører og den ordregivende myndighed har ved påpegningen af årsagerne til hemmeligholdelsen af de pågældende dokumenter primært påberåbt sig det faktum, at de udgjorde deres ophavsmæssige værker, værker som har intellektuel værdi.
- 45 Appeldomstolen er i tvivl om, hvorvidt selve det forhold, at en given del af et tilbud kan betragtes som intellektuel værdi, svarer til en fastsættelse af, at det kan betegnes som en forretningshemmelighed. Det kunne sagtens være tilfældet, hvis det blev udviklet til den økonomiske aktørs virksomheds eget brug. Tilbuddet udarbejdes dog på baggrund af kravene i udbudsbetingelserne for at kunne danne grundlag for en evaluering af tilbuddets overensstemmelse med kravene i udbudsbetingelserne (angivelse af kontraktens genstand), og grundlaget for evaluering af tilbuddets værdi i henhold til tildelingskriterierne. Uden dette formål er det vanskeligt at angive nogen værdi for udarbejdelse. Selve den omstændighed, at man kan anse den for en given økonomisk aktørs intellektuelle værk, indebærer ikke, at det er en hemmelighed – et karaktertræk ved værker er, at de offentliggøres med angivelse af ophavsmanden. Den ordregivende myndigheds erklæring om, at udarbejdelsen ikke indeholder innovative løsninger for branchen, er heller ikke blevet bestridt – de indeholder således viden, som er tilgængelig for fagfolk. Det er således tvivlsomt, hvorvidt den blotte evne til at beskrive et emne på en passende måde kan betegnes som en forretningshemmelighed.
- 46 De økonomiske aktørers argumentation vedrørende konkurrencemæssige fordele vil kunne anvendes i enhver udbudsprocedure. Hvis det antages, at selve udarbejdelsen af et tilbud, som samtidig opfylder den ordregivende myndigheds krav og som får tildelt en høj score i henhold til tildelingskriterierne, udgør den

økonomiske aktørs knowhow, hvilket er en forretningshemmelighed vil det føre til, at de økonomiske aktører vil hemmeligholde samtlige detaljer i budet.

- 47 I henhold til 14. betragtning til direktiv 2016/943 kan oplysninger betragtes som forretningshemmeligheder i tilfælde, hvor der både foreligger en legitim interesse i hemmeligholdelse af dem og en berettiget forventning om, at de forbliver hemmeligholdt. Desuden bør sådan knowhow eller sådanne oplysninger have faktisk eller potentiel handelsværdi. Der er dog for mange hypotetiske overvejelser, der strider mod de ovennævnte argumenter, i den ordregivende myndigheds og de tilbudsgivende økonomiske aktørers standpunkter for at der ikkeopstår tvivl om, hvorvidt de angivne grunde til at hemmeligholde oplysningerne skal anses for at være reelle, og om de hemmeligholdte dokumenter har en reel handelsværdi, som omhandlet i 14. betragtning til direktivet. På den anden side udtrykker de økonomiske aktører en sammenstemmende og stærk modstand mod videregivelsen af oplysningerne. Ordlyden af bestemmelserne i direktiv 2016/943 giver anledning til tvivl, om hvad der er tilladt i denne henseende, og der findes heller ikke en ensartet og fast retspraksis for så vidt angår muligheden for at betragte sådanne oplysninger som forretningshemmeligheder. Det er således efter appeldomstolens opfattelse vigtigt, at Domstolen besvarer spørgsmålet, om en økonomisk aktørs forventning om, at de ovennævnte dokumenter ikke vil blive videregivet af den ordregivende myndighed, er berettiget.
- 48 Betegnelsen af visse oplysninger som forretningshemmeligheder har også den virkning, at den begrænser – og ofte hindrer – andre økonomiske aktører i at nyde klageadgangen, hvilket fremgår af eksemplet med påstandene og argumentationen i den foreliggende sag, hvor sagsøgerne har anført, at det ikke er muligt at give en mere tilstrækkelig begrundelse på grund af den manglende adgang til oplysningerne.
- 49 Der er derudover spørgsmålet om klageadgang, da adgangen i henhold til direktivet, såvel som lov om offentlige kontrakter, er begrænset både tidsmæssigt og materielt.
- 50 For så vidt angår det tidsmæssige aspekt indeholder artikel 182 i lov om offentlige kontrakter frister, inden for hvilke der kan indgives klager over den ordregivende myndigheds beslutninger. I den foreliggende sag kan klagen kun indgives inden for ti dage efter den ordregivende myndigheds meddelelse om valget af det mest fordelagtige bud og resultatet af undersøgelsen og evalueringen af buddene, som fastlagt af den ordregivende myndighed, derefter mister den økonomiske aktør retten til klageadgang, og denne frist kan ikke genindføres (ingen bestemmelse fastsætter en sådan genindførelse).
- 51 Sagsøgerne har anlagt søgsmål for så vidt angår hemmeligholdelsen af oplysninger i alle andre tilbud, selv om de havde en lavere placering i rangordningen af tilbud – på et senere tidspunkt ville sagsøgerne ikke kunne stille spørgsmålstejn ved hemmeligholdelsen, selv hvis rangeringen af tilbuddene ville

ændre sig, og sagsøgerne havde klaget over vurderingen af CDM's bud, selv om sagsøgerne ikke havde kendskab til grundlaget for denne bedømmelse.

- 52 Den materielle begrænsning i muligheden for påklage beror på den omstændighed, at appeldomstolen afviser et søgsmål, hvis den finder, at sagsøgerne alene henviser til de samme omstændigheder, som har været genstand for appeldomstolens beslutning i et andet søgsmål vedrørende den samme procedure anlagt af den samme sagsøger eller et søgsmål vedrørende handlinger, som den ordregivende myndighed har udført i henhold til indholdet af en dom afsagt af appeldomstolen eller af en domstol, hvis der gives medhold i søgsmålets påstande, som blev udført i overensstemmelse med påstandene i sagen, i henhold til artikel 189, stk. 2, nr. 4 og 5), i lov om offentlige kontrakter. Hvis den økonomiske aktør således inden for rammerne af sit søgsmål rejser flere klagepunkter, som i den foreliggende sag, og appeldomstolen er af den opfattelse, at kun nogle af dem, f.eks. undladelse af at videregive dokumenter, kan bekræftes, mens vurderingen af buddene ikke kan bekræftes, ville den ordregivende myndighed være forpligtet til at videregive dokumenterne, og valget af tilbuddet ville fortsat opretholdes, hvorved den økonomiske aktør ikke længere ville kunne stille spørgsmålstegn ved de økonomiske aktørers tilbud efter at have fået kendskab til hele buddets indhold.
- 53 Den forelæggende ret er i tvivl om, såfremt den finder, at de hemmeligholdte dokumenter, ikke udgør en forretningshemmelighed, hvilket vil indebære, at den ordregivende myndighed skal give adgang til dem, om det vil medføre, at den økonomiske aktør får mulighed for at anlægge et nyt søgsmål i det omfang, det fremgår af dens indhold, at vedkommende ikke har haft forudgående kendskab til dokumenterne og ikke effektivt har kunnet indgive en klage. Hvis muligheden for den økonomiske aktør således ikke fremgår direkte af lovgivningen (dens indhold eller fortolkning), bør appeldomstolen i sin afgørelse give den økonomiske aktør denne mulighed, f.eks. ved ikke blot at fastslå, at dokumenterne skal videregives, men også at annullere beslutningen vedrørende udvælgelsen af det mest fordelagtige bud, hvilket ville gøre det muligt at påklage genudvalget af buddet. Alternativt, hvorvidt en sådan mulighed hidrører direkte fra bestemmelserne i kontroldirektivet eller af en korrekt fortolkning af dem.
- 54 Den anden række af spørgsmål, som følger af den præjudicielle forelæggelse, vedrører den ordregivende myndigheds fastsættelse af andre kriterier end prisen for vurderingen af tilbuddene samt deres evalueringsmetode. Måden, som tilbuddene bedømmes på i henhold til disse kriterier, kunne ikke rejse tvivl på tidspunktet, hvor de økonomiske aktører blev bekendt med beskrivelsen heraf, som indeholdt i udbudsbetingelserne, men manglerne kunne vise sig på tidspunktet, hvor den ordregivende myndighed på grundlag af disse kriterier forsøgte at foretage en effektiv vurdering af buddene.
- 55 Det fremgår af artikel 67, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU, at de af den ordregivende myndighed fastsatte tildelingskriterier ikke medfører, at den ordregivende myndighed gives ubegrænset valgfrihed, og de skal sikre muligheden for effektiv

konkurrence og skal være ledsaget af specifikationer, der giver mulighed for en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder tildelingskriterierne. Dette betyder således, at de ligeledes skal sikre muligheden for at efterprøve den vurdering, som den ordregivende myndighed har foretaget. Den ordregivende myndigheds fastsættelse af andre kriterier end prisen for så vidt angår evalueringen af udarbejdelse »Udviklingskoncept« og »Beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på« giver anledning til tvivl i denne henseende af flere årsager.

- 56 For det første er de omhandlende kriterier ikke baseret på let sammenlignelige og objektive oplysninger, der kan måles matematisk eller fysisk, såsom individuelle parametre, ydeevne, sårbarhed, funktionalitet o. lign., men på en individuel vurdering, som den ordregivende myndighed har beskrevet i henhold til udefinerede begreber, såsom »beskrevet på en uklar måde«, »beskrevet på en klar og fyldestgørende måde«, »visse elementer er ikke blevet beskrevet«, »de foreslåede løsninger er optimale og garanterer et højt kvalitetsniveau og pålidelighed af resultaterne« eller også »de garanterer ikke højt kvalitetsniveau og pålidelighed af resultaterne«, »indeholder merværdier, der påvirker genstandens kvalitet og gennemførelse«.
- 57 For det andet afhang de nævnte kriterier af den ordregivende myndigheds individuelle overbevisning om de ovenstående egenskaber. Det er ikke muligt at udpege en sagkyndig til at vurdere koncepterne udviklet af de økonomiske aktører, da de ikke indeholder parametre, der kan efterprøves.
- 58 For det tredje skal situationen ligeledes behandles i lyset af spørgsmålet om, hvorvidt de økonomiske aktører faktisk har haft mulighed for på hensigtsmæssig måde at udarbejde deres tilbud efter en på forhånd fastsat evalueringsmetode.
- 59 For det fjerde har det ikke været muligt for de økonomiske aktører at få kendskab til de oplysninger, som den ordregivende myndighed havde vurderet, eller deres fuldstændige evaluering, herunder muligheden for at sammenligne, om de sammenlignelige fordele og ulemper ved de økonomiske aktørers koncepter var blevet vurderet på en sammenlignelig måde.
- 60 For det femte var det for så vidt angår mange af elementerne i vurderingen umuligt at formulere specifikke klagepunkter i klagen, hvilket ikke er sagsøgernes skyld, men skyldes, at principperne i kontroldirektivet er blevet tilsidesat. Som det fremgår af artikel 192, stk. 7, i lov om offentlige kontrakter handler appeldomstolen inden for rammerne af de fremførte anbringender og kan ikke erstatte sagsøgerne i denne henseende. Sagsøgerne var ikke bekendte med de konkrete kritikpunkter i vurderingen af deres bud, og i endnu mindre omfang af CDM's bud. Den ordregivende myndighed har ganske vist udvist omhu og har udarbejdet en flere sider lang begrundelse for den foretagne evaluering, men det står klart, at den ordregivende myndighed ikke kan give en fuldstændig begrundelse for evalueringen, hvis selve udarbejdelse er hemmeligholdte.

Nøgleoplysningerne er blevet erstattet med angivelse af teksten [FORRETNINGSHEMMEIGHED].

- 61 For det sjette er kontrakten en resultatkontrakt, og ikke en kontrakt om, at den økonomiske aktør handler med den fornødne omhu, inden for hvilken den økonomiske aktør skal udføre arbejdet. Den ordregivende myndighed har imidlertid ikke krævet udarbejdelser i form af f.eks. projektpåvisninger, men beskrivelser af den måde, som de økonomiske aktører vil arbejde på. Det er derfor i praksis vanskeligt at fastsætte, hvorledes forholdet vil være mellem de vurderede udarbejdelser på de endelige projekter, og der opstår tvivl om, hvorvidt det i virkeligheden er evnen til at udarbejde koncepter, der svarer til den ordregivende myndigheds ønsker («Udviklingskoncept» og »Beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på»), og ikke kvaliteten af de ønskede tjenesteydelser.
- 62 I den foreliggende udbudsprocedure har den ordregivende myndighed således fastsat tildelingskriterier i form af pris på 40% andre kriterier end prisen i form af udarbejdelse af »udviklingskoncept« og »beskrivelse af måden kontrakten gennemføres på« med en samlet vægt på 60%. Disse kriterier er baseret på en åben evaluering, som foretages af den ordregivende myndighed, og som ikke er baseret på elementer, der kan efterprøves på matematisk eller fysisk vis, såsom tal, parametre, funktionalitet osv., hvilket allerede i væsentlig grad hindrer efterprøvelsen af den ordregivende myndigheds evaluering af buddene. Endvidere havde alle de økonomiske aktører betegnet de pågældende udarbejdelser som forretningshemmeligheder, hvilket den ordregivende myndighed havde forventet eller kunne have forventet ved fastsættelsen af kriterierne henset til tidligere hemmeligholdelser af tilsvarende dokumenter, hvilket indebærer, at det ikke blot er umuligt at efterprøve den ordregivende myndigheds vurdering af buddene, men også selve tilbuddene. Som konsekvens heraf valgte den ordregivende myndighed tilbuddet med den højeste pris blandt de afgivne bud, idet prisen var det eneste kriterium, som var tilgængeligt og muligt at efterprøve, mens de øvrige kriterier, som foranledigede rangordenen af buddene, var vanskelige at efterprøve.