Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 15. april 2021 [1]

Sag C-927/19

UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras
procesdeltagere:
UAB Ecoservice Klaipėda,
UAB Klaipėdos autobusų parkas,
UAB Parsekas,
UAB Klaipėdos transportas

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2014/24/EU – artikel 21, 50 og 55 – fortrolighed – den ordregivende myndigheds kompetence – direktiv (EU) 2016/943 – anvendelse – direktiv 89/665/EØF – artikel 1 og 2 – virkningerne af en klage over en beslutning om fortrolighed – begrundelse – selvstændig klage til den ordregivende myndighed – domstolsprøvelse – rækkevidden af retternes beføjelser«

1. Den dokumentation, som ordregivende myndigheder forelægges i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure, kan indeholde forretningshemmeligheder og andre fortrolige oplysninger, hvis videregivelse ville være til skade for deres indehavere.

2. På dette område mødes to modsatrettede interesser:

– på den ene side interessen hos en tilbudsgiver, som ved at deltage i det offentlige udbud ikke giver afkald på beskyttelsen af de fortrolige oplysninger, således at andre er forhindret i på illoyal vis at udnytte den pågældendes forretningsmæssige bestræbelser

– på den anden side interessen hos tilbudsgivere, som under udøvelsen af deres ret til at påklage de ordregivende myndigheders beslutninger til støtte for deres klage anmoder om at få adgang til visse af de oplysninger, som den valgte tilbudsgiver har fremsendt, og som den pågældende har betegnet som fortrolige.

[1] Originalsprog: spansk.

3. Konflikten mellem disse interesser ligger til grund for denne anmodning om præjudiciel afgørelse, hvorved den forelæggende ret har anmodet om en fortolkning af direktiv 89/665/EØF [2], 2014/24/EU [3] og (EU) 2016/943 [4].

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2014/24

4. Artikel 18 (»udbudsprincipper«) bestemmer:

»De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

[…]«

5. Artikel 21 (»fortrolighed«) foreskriver:

»1. Medmindre andet er fastsat i dette direktiv eller i den nationale lovgivning, som den ordregivende myndighed er omfattet af, især lovgivning om adgang til oplysninger, og med forbehold af forpligtelserne om offentliggørelse af oplysninger om indgåede kontrakter og om meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere, som er omhandlet i artikel 50 og 55, må den ordregivende myndighed ikke 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.

2. Ordregivende myndigheder kan pålægge økonomiske aktører krav om beskyttelse af oplysninger af fortrolig karakter, som de ordregivende myndigheder stiller til rådighed under hele udbudsproceduren.«

6. Artikel 50 (»bekendtgørelser om indgåede kontrakter«) fastsætter:

»[…] Offentliggørelse af visse oplysninger om indgåelsen af kontrakten eller rammeaftalen kan undlades, hvis videregivelse heraf ville hindre retshåndhævelsen eller på anden måde være i strid med offentlige interesser eller til skade for en bestemt offentlig eller privat økonomisk aktørs legitime økonomiske interesser, eller for fair konkurrence mellem økonomiske aktører.«

7. Artikel 55 (»meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere«) har følgende ordlyd:

»3. De ordregivende myndigheder kan beslutte ikke at meddele visse af de i stk. 1 og 2 omhandlede oplysninger om kontrakttildelingen, indgåelsen af rammeaftaler eller optagelsen i et

[2] Rådets direktiv af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33).

[3] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

[4] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 8.6.2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse (EUT 2016, L 157, s. 1).

dynamisk indkøbssystem, hvis en sådan videregivelse vil hindre retshåndhævelsen eller på anden måde være i strid med offentlige interesser eller til skade for en bestemt offentlig eller privat økonomisk aktørs legitime økonomiske interesser eller for fair konkurrence mellem økonomiske aktører.«

2. Direktiv 89/665

8. Artikel 1 (»klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer«) har følgende ordlyd [5]:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU, medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel [7-12, 15-17 og 37] i nævnte direktiv.

[…]

Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2 til 2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med EU-retten vedrørende offentlige udbud eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

[…]

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

4. Medlemsstaterne kan kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en klageprocedure, underretter den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage under forudsætning af, at dette ikke berører standstill-perioden i overensstemmelse med artikel 2a, stk. 2, eller enhver anden tidsfrist for indgivelse af klage i overensstemmelse med artikel 2c.

5. Medlemsstaterne kan kræve, at den pågældende person først indgiver klage til den ordregivende myndighed. I så fald påser medlemsstaterne, at indgivelsen af denne klage fører til øjeblikkelig suspension af muligheden for at indgå kontrakten.

[…]«

[5] Som ændret ved artikel 46 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1).

9. Artikel 2 (»krav til klageprocedurerne«) bestemmer:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

[…]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

[…]«

3. Direktiv 2016/943

10. 18. betragtning har følgende ordlyd:

»[…] Navnlig bør dette direktiv ikke fritage offentlige myndigheder for de fortrolighedsforpligtelser, som de er underlagt for så vidt angår oplysninger videregivet af forretningshemmelighedshavere, uanset om disse forpligtelser er fastsat i EU-retten eller i national ret. Sådanne fortrolighedsforpligtelser vedrører [bl.a.] forpligtelser for så vidt angår oplysninger, der fremsendes til ordregivende myndigheder i forbindelse med udbudsprocedurer, som fastsat f.eks. i […] direktiv 2014/24/EU […]«

11. Artikel 1 (»genstand og anvendelsesområde«) bestemmer:

»2. Dette direktiv berører ikke:

[…]

b) anvendelse af EU-regler eller nationale regler, der kræver, at forretningshemmelighedshavere af hensyn til den offentlige interesse videregiver oplysninger, herunder forretningshemmeligheder, til offentlige eller administrative eller retslige myndigheder, således at disse myndigheder kan varetage deres opgaver

c) anvendelse af EU-regler eller nationale regler, der kræver eller tillader, at EU-institutioner og -organer eller nationale offentlige myndigheder videregiver oplysninger indgivet af virksomheder, som disse institutioner, organer eller myndigheder er i besiddelse af i henhold til og i overensstemmelse med de forpligtelser og beføjelser, der er fastsat i EU-retten eller national ret

[…]«

B. Litauisk ret

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Republikken Litauens lov om offentlige udbud, herefter »udbudsloven«)

12. Artikel 20 fastsætter:

»1. Den kontraherende myndighed, bedømmelsesudvalget, dets medlemmer og eksperter samt enhver anden person forbydes at videregive oplysninger, som leverandørerne har fremsendt på fortrolig basis, til tredjemand.

2. Leverandørens tilbud eller ansøgning om deltagelse kan ikke som helhed kvalificeres som fortrolig, men leverandøren kan angive, at visse oplysninger i tilbuddet er fortrolige. Fortrolige oplysninger kan bl.a. omfatte forretningshemmeligheder (produktionshemmeligheder) og fortrolige aspekter af tilbuddet. Oplysninger kan ikke kvalificeres som fortrolige:

1) hvis de tilsidesætter lovgivningen om pligten til at videregive eller retten til at få oplysninger og gennemførelsesbestemmelserne hertil

2) hvis dette udgør en tilsidesættelse af de i denne lovs artikel 33 og 58 fastsatte forpligtelser med hensyn til offentliggørelse af indgåede kontrakter, oplysninger om ansøgere og tilbudsgivere, herunder oplysninger om prisen for varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, som er anført i udbuddet, med undtagelse af de afgørende elementer

3) når disse oplysninger er blevet fremlagt i dokumenter, der attesterer, at leverandøren ikke er omfattet af nogen udelukkelsesgrunde, opfylder kravene om formåen og reglerne for kvalitetsstyring og miljøbeskyttelse, med undtagelse af oplysninger, hvis videregivelse ville tilsidesætte bestemmelserne i Republikken Litauens lov om beskyttelse af personoplysninger eller leverandørens forpligtelser i henhold til kontrakter indgået med tredjemand

4) når disse oplysninger omhandler økonomiske aktører og underleverandører, hvis kapacitet leverandøren baserer sig på, med undtagelse af oplysninger, hvis videregivelse ville tilsidesætte bestemmelserne i lov om beskyttelse af personoplysninger.

3. Når den ordregivende myndighed nærer tvivl om, hvorvidt oplysninger i leverandørens tilbud er fortrolige, bør den pågældende myndighed anmode leverandøren om at godtgøre, hvorfor de pågældende oplysninger er fortrolige. […]

4. Senest seks måneder efter indgåelsen af kontrakten kan interesserede tilbudsgivere anmode den kontraherende myndighed om adgang til den valgte tilbudsgivers tilbud eller ansøgning (ansøgere kan få adgang til ansøgninger fra andre leverandører, som er blevet opfordret til at afgive tilbud eller deltage i en dialog), men der kan ikke videregives oplysninger, som ansøgerne eller tilbudsgiverne har kvalificeret som fortrolige, uden at tilsidesætte denne artikels stk. 2.«

13. Artikel 58 fastsætter:

»3. I de i denne artikels stk. 1 og 2 nævnte tilfælde kan den ordregivende myndighed ikke give oplysninger, hvis videregivelse tilsidesætter bestemmelserne om oplysninger og databeskyttelse eller er i strid med den almene interesse, til skade for en bestemt leverandørs legitime økonomiske interesser eller berører konkurrencen mellem leverandørerne.«

2. Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (Republikken Litauens lov om civil retspleje)

14. Artikel 10^1 bestemmer:

»2. Når der er grundlag for at fastslå, at en forretningshemmelighed kan videregives, udpeger retten, på foranledning af en behørigt begrundet anmodning fra en part eller af egen drift, ved en begrundet kendelse de personer, som kan:

1) få adgang til de dele af sagsmappen, der indeholder oplysninger, som udgør en forretningshemmelighed, eller som kan udgøre en forretningshemmelighed, tage eller få udskrifter, genparter og kopier (digitale kopier)

2) deltage i retsmøder for lukkede døre, hvor der kan videregives oplysninger, som udgør eller kan udgøre en forretningshemmelighed, og få adgang til protokollen fra sådanne retsmøder

3) få en bekræftet kopi (digital kopi) af en dom eller kendelse, der indeholder oplysninger, som udgør eller kan udgøre en forretningshemmelighed.

[…]

4. Ved anvendelsen af de i denne artikels stk. 2 fastsatte restriktioner tager retten hensyn til behovet for at sikre adgangen til retsbeskyttelse og retten til en retfærdig rettergang, parternes og de øvrige procesdeltageres legitime interesser samt til den skade, som anvendelsen eller ikke-anvendelsen af disse restriktioner kan medføre.«

II. De faktiske omstændigheder i sagen og de præjudicielle spørgsmål

15. Den 27. september 2018 bekendtgjorde UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (herefter »den ordregivende myndighed«) en udbudsprocedure med henblik på tildeling af en offentlig kontrakt om tjenester vedrørende indsamling af kommunalt affald i Neringa kommune (Litauen) og transport af affaldet til regionen Klaipėdas (Litauen) behandlingsanlæg [6].

16. Den 29. november 2018 blev kontrakten tildelt en gruppe af økonomiske aktører, som bestod af UAB Klaipėdos autobusų parkas, UAB Parsekas y UAB Klaipėdos transportas (herefter »Gruppen«). UAB Ecoservice Klaipėda (herefter »Ecoservice«) blev placeret på andenpladsen.

17. Den 4. december 2018 anmodede Ecoservice den ordregivende myndighed om adgang til oplysningerne i Gruppens tilbud. Den 6. december 2018 fik Ecoservice adgang til de ikke-fortrolige oplysninger i tilbuddet.

[6] Ifølge forelæggelsesafgørelsens præmis 3 fremgår det af udbudsbekendtgørelsen, at kontraktens foreløbige værdi overstiger 750 000 EUR (uden moms).

18. Ecoservice indgav den 10. december 2018 en klage til den ordregivende myndighed, hvorved virksomheden anfægtede udfaldet af udbudsproceduren, idet Gruppen efter Ecoservices opfattelse ikke opfyldte kravene i udbuddet [7]. Den ordregivende myndighed gav afslag på klagen den 17. december 2018.

19. Den 27. december 2018 anlagde Ecoservice sag til prøvelse af den ordregivende myndigheds beslutning ved Klaipėdos apygardos teismas (den regionale domstol i Klaipėda, Litauen). Sammen med søgsmålet anmodede Ecoservice om at få udleveret samtlige oplysninger, der indgik i Gruppens tilbud, samt den mellem Gruppen og den ordregivende myndighed udvekslede korrespondance.

20. Den ordregivende myndighed, som blev hørt, modsatte sig Ecoservices anmodning, og den 15. januar 2019 pålagde retten i første instans den ordregivende myndighed at fremlægge alle de ønskede dokumenter, med undtagelse af korrespondancen med Gruppen.

21. Den 25. januar 2019 fremlagde den ordregivende myndighed såvel de fortrolige som de ikke-fortrolige oplysninger, der indgik i Gruppens tilbud. Den pågældende myndighed anmodede om, at Ecoservice ikke blev givet adgang til de fortrolige oplysninger, hvilket retten i første instans imødekom.

22. Ved to efterfølgende anmodninger til retten i første instans krævede Ecoservice adgang til: a) de oplysninger i tilbuddet, der var klassificeret som fortrolige, og b) oplysninger om kontrakter om affaldshåndtering, som de enheder, som Gruppen består af, havde indgået. Retten i første instans gav afslag på begge anmodninger ved kendelser, som ikke kunne appelleres.

23. Retten i første instans fastslog ved dom af 15. marts 2019, at Gruppen opfyldte kvalifikationskravene for leverandører, og frifandt sagsøgte.

24. Ecoservice iværksatte appel til prøvelse af dommen fra retten i første instans til Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol), som den 30. maj 2019 ophævede den pågældende dom samt den ordregivende myndigheds beslutning og pålagde den ordregivende myndighed at foretage en fornyet vurdering af tilbuddene.

25. Den ordregivende myndighed iværksatte kassationsappel ved Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol), som var begrænset til en anfægtelse af appeldomstolens bedømmelse med hensyn til Gruppens (manglende) tekniske formåen [8].

26. Inden afgivelsen af sit indlæg i forbindelse med kassationsappellen anmodede Ecoservice den 26. juli 2019 om at få adgang til de fortrolige dokumenter, der var fremlagt af Gruppen til retten i første instans, »hvor de oplysninger, der reelt var kommercielt følsomme oplysninger, var bortredigeret«.

[7] Ecoservice gjorde nærmere bestemt følgende gældende: i) at de kontrakter vedrørende indsamling og transport af blandet kommunalt affald, som Gruppen havde angivet for at godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen, ikke direkte var blevet udført af de enheder, der udgør Gruppen, og ii) at de køretøjer, der blev nævnt i de dokumenter, der blev fremlagt af Gruppen, ikke opfyldte de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne.

[8] I forelæggelsesafgørelsen (præmis 36 og 37) fremhæves det, at det ikke var Ecoservice, men derimod den ordregivende myndighed, der iværksatte kassationsappel, og dermed burde Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) i princippet kun vurdere, om den valgte tilbudsgiver havde den fornødne tekniske formåen, hvilket er det eneste spørgsmål, som kassationsappellanten har rejst tvivl om. Den pågældende domstol valgte imidlertid af egen drift at gå videre end grænsen for kassationsappellen og træffe afgørelse om andre aspekter af tvisten.

27. På denne baggrund har Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) bl.a. forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»4) Skal artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665, der fastsætter effektivitetsprincippet for klageprocedurer, direktivets artikel 1, stk. 3 og 5, artikel 21 i direktiv 2014/24 og direktiv 2016/943, navnlig 18. betragtning hertil, og direktivets artikel 9, stk. 2, tredje afsnit (sammen eller hver for sig men uden begrænsning), fortolkes således, at den ordregivende myndighed, såfremt der er fastsat en bindende administrativ procedure til afgørelse af tvister i de nationale retsforskrifter om offentlige udbud:

a) skal give leverandøren, der har indledt klageproceduren, samtlige oplysninger om en anden leverandørs tilbud (uanset deres fortrolige karakter), såfremt genstanden for denne procedure specifikt vedrører lovligheden af vurderingen af den anden leverandørs tilbud, og leverandøren, der indledte proceduren, forud herfor udtrykkeligt har anmodet den ordregivende myndighed om at fremlægge dem

b) uanset svaret på det forudgående spørgsmål i forbindelse med, at der gives afslag på klagen, der er indgivet af leverandøren for så vidt angår lovligheden af bedømmelsen af konkurrentens tilbud, under alle omstændigheder skal give et klart, fyldestgørende og præcist svar, uanset risikoen for at der derved videregives fortrolige oplysninger om tilbuddet, som den er blevet betroet?

5) Skal artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, artikel 1, stk. 3 og 5, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, artikel 21 i direktiv 2014/24 og direktiv 2016/943, navnlig 18. betragtning hertil (samlet eller hver for sig, men uden nogen begrænsning), fortolkes således, at den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at give en leverandør adgang til de fortrolige oplysninger i en anden deltagers tilbud er en beslutning, som kan anfægtes særskilt ved domstolene?

6) Såfremt det forudgående spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 1, stk. 5, i direktiv 89/665 da fortolkes således, at leverandøren skal indgive en klage hos den ordregivende myndighed for så vidt angår denne beslutning og om nødvendigt anlægge en retssag ved domstolene?

7) Såfremt det forudgående spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 da fortolkes således, at leverandøren afhængig af omfanget af de oplysninger, der foreligger om indholdet af de øvrige leverandørers tilbud, kan anlægge en retssag ved domstolene udelukkende vedrørende afslaget på at give oplysninger til leverandøren, uden at lovligheden af den ordregivende myndigheds øvrige beslutninger drages i tvivl?

8) Uanset svarene på de forudgående spørgsmål skal artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943 fortolkes således, at den ret, der har modtaget sagsøgerens anmodning om, at den anden part i sagen pålægges at fremlægge dokumentation, og at retten giver sagsøgeren adgang til denne dokumentation, skal imødekomme denne anmodning uden hensyntagen til den ordregivende myndigheds handlinger under udbuddet eller klageprocedurerne?

9) Skal artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943 fortolkes således, at retten efter at have givet afslag på sagsøgerens anmodning om videregivelse af fortrolige oplysninger fra den anden part i sagen, af egen drift skal foretage en bedømmelse af betydningen af de oplysninger, hvis fortrolighed der anmodes om, ikke skal opretholdes, og oplysningernes virkning på lovligheden af den offentlige udbudsprocedure?«

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

28. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 18. december 2019.

29. Klaipėdos autobusų parkas[9], Ecoservice, Republikken Østrig, Republikken Litauen og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg.

30. Parterne har besvaret Domstolens spørgsmål skriftligt i stedet for et retsmøde.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

31. Som Domstolen har anmodet om, vil jeg blot behandle det fjerde til det niende præjudicielle spørgsmål. Disse spørgsmål kan opdeles i tre grupper.

– I det fjerde spørgsmål nærer den forelæggende ret tvivl om rækkevidden af den ordregivende myndigheds pligt til at hemmeligholde oplysninger, som en tilbudsgiver har kvalificeret som fortrolige, ved afgørelsen af en klage iværksat af en anden tilbudsgiver, som ønsker adgang til disse oplysninger.

– I det femte til det syvende spørgsmål vedrører tvivlen retssagen ved domstolene vedrørende den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at give en leverandør adgang til de fortrolige oplysninger i en anden deltagers tilbud.

– Endelig omhandler det ottende og det niende spørgsmål rettens beføjelse til at videregive de fortrolige oplysninger, som den er i besiddelse af, og eventuelt til af egen drift at undersøge lovligheden af tildelingen.

32. Jeg vil i første omgang behandle fortolkningen af direktiv 2014/24 og 2016/943 i forbindelse med håndteringen af fortrolige oplysninger. Efterfølgende vil jeg besvare de præjudicielle spørgsmål, hvilket omfatter henvisninger til direktiv 89/665.

B. Beskyttelse af fortrolige oplysninger, som fremlægges i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure

33. Domstolen har udtalt, at »[h]ovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter er adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. […] For at virkeliggøre dette mål skal de ordregivende myndigheder ikke afsløre oplysninger, som vedrører

[9] En af de enheder, som Gruppen består af.

procedurer til indgåelse af offentlige kontrakter, hvis indhold vil kunne anvendes til at fordreje konkurrencen, enten under en verserende indgåelse af en offentlig kontrakt, eller en senere indgåelse heraf« [10].

34. Direktiv 2014/24 forener forskellige regler vedrørende offentliggørelse af oplysninger, som den ordregivende myndighed er i besiddelse af. Disse regler [11] omfatter artikel 21, som i princippet [12] forbyder offentliggørelse af »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«.

35. Henset til parternes anbringender er det nødvendigt at afklare, hvilken type fortrolige oplysninger den ordregivende myndighed (samt de instanser, der kontrollerer dens beslutninger) skal beskytte i henhold til direktiv 2014/24. Jeg vil på et senere tidspunkt vurdere indvirkningen af direktiv 2016/943 på offentlige udbudsprocedurer.

1. Fortrolige oplysninger i henhold til direktiv 2014/24

36. Det følger af en ordlyds- og isoleret fortolkning af artikel 21 i direktiv 2014/24, at fortrolige oplysninger ganske enkelt er oplysninger, som en økonomisk aktør kvalificerer således. Ved beskyttede oplysninger forstås således under alle omstændigheder oplysninger, som økonomiske aktører »har betegnet som fortrolige«.

37. Ved at følge dette fortolkningskriterium er enhver [13] form for oplysninger, som ikke er omfattet af en tilladelse fra den aktør, der har stillet dem til rådighed for den ordregivende myndighed, uanset indholdet, automatisk blokeret, dvs. at de ikke kan videregives.

38. Denne maksimalistiske fortolkning kan ikke tiltrædes. Artikel 21 i direktiv 2014/24 nævner »tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud« som eksempler på oplysninger, der kan være fortrolige. Dermed anføres det, at en sådan kvalificering beror på et *objektivt* grundlag og ikke på den *subjektive* vilje hos den person, der fremsender oplysningerne.

39. Andre bestemmelser i direktiv 2014/24 (navnlig artikel 50, stk. 4, og artikel 55, stk. 3) bekræfter ved en systematisk betragtning dette synspunkt. I henhold til disse bestemmelser gives der afslag på videregivelse af oplysninger, når dette bl.a. kan være til skade for »en bestemt offentlig eller privat økonomisk aktørs legitime økonomiske interesser«. Det er atter de objektive, og ikke de subjektive, aspekter, der har forrang.

40. Jeg er således af den opfattelse, at artikel 21 i direktiv 2014/24, når den læses i den sammenhæng, hvori den indgår, ikke giver den økonomiske aktør *eneret* til, efter eget skøn, at præcisere, hvilke oplysninger der skal betegnes som fortrolige. Den pågældendes begrundede

[10] Dom af 14.2.2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, herefter »Varec-dommen«, præmis 34 og 35).

[11] Der er andre bestemmelser i direktiv 2014/24 vedrørende beskyttelse af fortroligheden, som jeg vil henvise til senere, med hensyn til oplysninger om indgåelsen af kontrakter (artikel 50, stk. 4) og meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere (artikel 55). Det fremgår af begge bestemmelser, at oplysningerne ikke offentliggøres, hvis »en sådan videregivelse vil hindre retshåndhævelsen eller på anden måde være i strid med offentlige interesser eller til skade for en bestemt offentlig eller privat økonomisk aktørs legitime økonomiske interesser eller for fair konkurrence mellem økonomiske aktører«.

[12] Medmindre andet er fastsat i dette direktiv eller i den nationale lovgivning. På baggrund af udbudslovens artikel 20 forekommer det ikke, at der findes en modstridende national bestemmelse.

[13] Dette er ikke tilfældet med hensyn til den litauiske bestemmelse, som forbyder, at et tilbud som *helhed* afgives i fortrolighed.

anmodning i denne forbindelse – som er nødvendig, hvis den pågældende ønsker at begrænse offentliggørelsen af de oplysninger, som den pågældende selv har fremlagt – er underlagt den ordregivende myndigheds efterfølgende beslutning (og eventuelt afgørelsen fra den instans, der kontrollerer den pågældende myndigheds beslutninger).

41. Bestemmelsens formål fører til det samme resultat. Eftersom formålet med bestemmelsen, ligesom med resten af direktiv 2014/24, er at undgå konkurrenceforvridning [14], er det logisk at give den ordregivende myndighed – og ikke ensidigt den berørte aktør – beføjelsen til at afgøre, hvilke risici for konkurrencen en videregivelse af de angiveligt fortrolige oplysninger ville medføre. Den ordregivende myndigheds pligt til at forholde sig upartisk og objektivt over for de forskellige tilbudsgivere indebærer, at det er den aktør, der er bedst egnet til at foretage denne bedømmelse.

42. På denne måde kan den ordregivende myndighed desuden sikre, at alle økonomiske aktører behandles »ens og uden forskelsbehandling« i overensstemmelse med hovedprincipperne for indgåelse af offentlige kontrakter.

2. Anvendelsen af direktiv 2016/943

43. Den forelæggende ret har anmodet om en fortolkning af artikel 9 i direktiv 2016/943, sammenholdt med 18. betragtning hertil, fordi det, der er afgørende for at give adgang til bestemte oplysninger, er spørgsmålet om, hvorvidt disse oplysninger udgør en forretningshemmelighed [15].

44. Jeg bør imidlertid anføre, at det følger af artikel 21 i direktiv 2014/24, at beskyttelsen ikke er begrænset til »forretningshemmeligheder«, men også til »fortrolige aspekter af tilbud«. Derfor kan den pågældende bestemmelse omfatte oplysninger, der ikke strengt taget kan kvalificeres som en forretningshemmelighed: De respektive begreber svarer ikke til hinanden.

45. Under alle omstændigheder omfatter direktiv 2016/943, som har til formål at beskytte »fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse«, den omvendte situation i forhold til den foreliggende sag. Sidstnævnte drejer sig netop om en manglende videregivelse af visse fortrolige oplysninger, som den ordregivende myndighed nægter at udlevere til den aktør, der har anmodet herom.

46. Jeg er således enig med Kommissionen [16] i, at artikel 9 i direktiv 2016/943 ikke finder anvendelse i denne sag, da denne bestemmelse vedrører retssager vedrørende *ulovlig* erhvervelse, brug eller videregivelse af en forretningshemmelighed [17].

47. Direktiv 2014/24 er i øvrigt den lex specialis, som regulerer videregivelse af oplysninger, som økonomiske aktører har fremlagt i forbindelse med et offentligt udbud.

48. Dette bekræftes i 18. betragtning til direktiv 2016/943, som henviser til de offentlige myndigheders fortrolighedsforpligtelser for så vidt angår »oplysninger, der fremsendes til ordregivende myndigheder i forbindelse med udbudsprocedurer, som fastsat f.eks. i […] direktiv 2014/24[…]«.

[14] Jf. punkt 33 i dette forslag til afgørelse.

[15] Forelæggelsesafgørelsens præmis 64 ff.

[16] Punkt 70-75 i Kommissionens skriftlige indlæg.

[17] Dette følger ligeledes af 13. og 24. betragtning til direktiv 2016/943.

49. Det er således direktiv 2016/943, der selv henviser behandlingen af reglerne for beskyttelsen af fortrolige oplysninger på dette område til ordningen i direktiv 2014/24. Hvis en ordregivende myndighed under den legitime udøvelse af sine beføjelser videregiver denne type oplysninger i henhold til direktiv 2014/24, opstår en af undtagelserne fra anvendelsen af direktiv 2016/943, som fremgår af sidstnævnte direktivs artikel 1, stk. 2, og artikel 3, stk. 2.

50. Svaret på den forelæggende rets spørgsmål med hensyn til beskyttelse af fortroligheden skal således bero på en fortolkning af direktiv 2014/24. Direktiv 2016/943, som befinder sig inden for et beslægtet område, kan anvendes som en sekundær reference, men ikke som den afgørende tekst.

C. Det fjerde præjudicielle spørgsmål

51. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret:

– for det første [litra a)] oplyst, om den ordregivende myndighed bør give en tilbudsgiver, som har indgivet en klage til den ordregivende myndighed over vurderingen af tilbuddene, *samtlige* oplysninger om den valgte tilbudsgivers tilbud, når klageren forud herfor har anmodet samme ordregivende myndighed om disse oplysninger

– for det andet [litra b)] oplyst, om den ordregivende myndighed, såfremt der gives afslag på klagen, skal »give et klart, fyldestgørende og præcist svar«, uanset risikoen for at der videregives fortrolige oplysninger om tilbuddet, som den er blevet betroet.

52. Den forelæggende ret har forklaret, at de nationale retsforskrifter har fastsat »en bindende administrativ procedure til afgørelse af tvister […] om offentlige udbud«, som den ordregivende myndighed træffer afgørelse om.

1. Litra a)

53. Den ordregivende myndighed skal som nævnt afgøre, hvilke dele af de af tilbudsgiveren fremlagte oplysninger, som den pågældende har betegnet som fortrolige, faktisk har denne karakter. Den samme beføjelse er tillagt den instans, der i forbindelse med en klageprocedure har til opgave at kontrollere den ordregivende myndigheds handlinger.

54. Beskyttelsen af fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder skal gennemføres på en måde, der bringer beskyttelsen i overensstemmelse »med kravene til en effektiv retsbeskyttelse og sagens parters ret til kontradiktion […] således at det sikres, at proceduren i sin helhed overholder retten til en retfærdig rettergang« [18].

55. Opretholdelsen af denne ligevægt indebærer indledningsvist, at en anmodning eller en indgivelse af en klage til den ordregivende myndighed ikke bevirker, at den ordregivende myndighed automatisk skal give klageren samtlige oplysninger, der indgår i den valgte

[18] Varec-dommen, præmis 52.

tilbudsgivers tilbud [19]. Det betyder heller ikke, at dette systematisk skal nægtes [20]. I betragtning af begrundelsen for anmodningen – eller i givet fald for klagen – og karakteren af de oplysninger, der anmodes om, må den ordregivende myndighed træffe sin beslutning.

56. Den ordregivende myndigheds beføjelser udøves som nævnt, både hvis den handler som svar på en begrundet anmodning om videregivelse af fortrolige oplysninger og ved behandlingen af en klage (som omhandlet i artikel 1, stk. 5, i direktiv 89/665 [21]) over beslutningen om at tillade eller ikke at tillade denne videregivelse eller over beslutningen om at tildele kontrakten efter vurderingen af tilbuddene.

57. Den forelæggende rets fjerde præjudicielle spørgsmål, litra a), vedrører den ordregivende myndigheds rolle i en »klageprocedure«. Ved afgørelsen af klagen tilkommer det således denne ordregivende myndighed at finde en balance mellem beskyttelsen af fortroligheden og retten til effektive klagemuligheder som omhandlet i direktiv 89/665.

58. På denne baggrund bør den ordregivende myndighed vurdere interessen og hensigten hos den aktør, der anmoder om at få adgang til de fortrolige oplysninger (som en konkurrent i udbuddet har fremlagt), og afveje disse faktorer over for behovet for at beskytte fortroligheden af disse oplysninger. Den ordregivende myndighed kan eventuelt anmode den berørte økonomiske aktør om at forklare, hvorfor visse oplysninger fortsat skal kvalificeres, helt eller delvist, som fortrolige.

59. Den ordregivende myndigheds svar på denne *klage* skal, selv når denne klage rejser tvivl om »lovligheden af vurderingen af den anden leverandørs tilbud«, indeholde en begrundelse for myndighedens beslutning. Dette svar skal ikke nødvendigvis indebære, at klageren gives »samtlige« oplysninger om en anden tilbudsgivers tilbud. Det afhænger derimod af, om den ordregivende myndighed anser det for begrundet at opretholde fortroligheden af de oplysninger, som den er blevet stillet til rådighed.

2. Litra b)

60. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om den ordregivende myndighed skal give »et klart, fyldestgørende og præcist svar, uanset risikoen for, at der derved videregives fortrolige oplysninger om tilbuddet, som den er blevet betroet«, hvis den giver afslag på en klage fra en tilbudsgiver, der anfægter resultatet af vurderingen.

61. Svaret på dette tvivlsspørgsmål kan udledes af det samme præjudicielle spørgsmåls litra a).

[19] Ibidem, præmis 40: »[…] [D]en blotte anlæggelse af et søgsmål [vil] kunne give adgang til oplysninger, som vil kunne bruges til at fordreje konkurrencen eller være til skade for de virksomheder, som har deltaget i den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, og disses retmæssige interesser. En sådan mulighed kan endog tilskynde erhvervsdrivende til at anlægge sag alene med det formål at opnå adgang til deres konkurrenters forretningshemmeligheder.«

[20] Ifølge forelæggelsesafgørelsen er den normale situation i Litauen i forbindelse med »den litauiske offentlige udbudsprocedure, […] som kassationsdomstolen løbende forsøger at indskrænke muligheden for«, at nægte sagsøgere adgang til oplysninger, som tilbudsgivere har fremlagt.

[21] I henhold til artikel 1, stk. 5, i direktiv 89/665 kan den nationale lovgivning i en medlemsstat indføre denne form for *klage*, som snarere er en fornyet behandling, som den ordregivende myndighed selv foretager. Ifølge forelæggelsesafgørelsen har denne klage i Litauen administrativ karakter.

62. Ved begrundelsen af en beslutning om at give afslag på en indbragt klage bør den ordregivende myndighed respektere såvel klagerens som den anden parts (den tilbudsgiver, hvis oplysninger konkurrenten ønsker adgang til) rettigheder. Den ordregivende myndighed må anføre grundlaget for sin fremgangsmåde og dermed muliggøre en efterfølgende kontrol af sine beslutninger.

63. Selv om den ordregivende myndigheds beslutning skal være »klar og præcis«, betyder dette ikke, at den pågældende beslutning nødvendigvis og automatisk skal indeholde *samtlige* oplysninger, der er fremlagt i tilbuddet. Dette er kun tilfældet, hvis den ordregivende myndighed efter den interesseafvejning [22], som den skal foretage, finder, at nogle interesser vejer tungere end andre.

D. Det femte, det sjette og det syvende præjudicielle spørgsmål

64. Af disse tre præjudicielle spørgsmål, som bør behandles samlet, henviser det femte til en »særskilt anfægtelse« af den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at give adgang til de fortrolige oplysninger. Det sjette og det syvende spørgsmål synes at støtte sig på det samme grundlag.

65. Det fremgår reelt ikke klart af forelæggelsesafgørelsen [23], at Ecoservice anfægtede den pågældende beslutning *særskilt* (eller selvstændigt), da den ordregivende myndighed besluttede kun at fremsende de ikke-fortrolige oplysninger, der indgik i Gruppens tilbud [24], til Ecoservice.

66. Det fremgår af gengivelsen af de faktiske omstændigheder i forelæggelsesafgørelsen, at Ecoservices handlinger bestod i at anmode såvel den ordregivende myndighed som, efterfølgende, retten i første instans (sammen med sit søgsmål i dette tilfælde) om, at det blev pålagt den ordregivende myndighed at videregive samtlige de oplysninger, som Gruppen havde fremlagt. Det er således tvivlsomt, om denne anmodning kan anses for en *selvstændig* klage i ovennævnte forstand.

67. Denne omstændighed bør imidlertid ikke medføre, at det femte, det sjette og det syvende spørgsmål afvises, idet de er omfattet af den formodning om relevans, som Domstolen tillægger anmodninger om præjudiciel afgørelse.

68. Det er begrundet at antage disse spørgsmål til realitetsbehandling, hvis den forelæggende ret er af den opfattelse, at Ecoservice for den ordregivende myndighed og for retten i første instans havde anfægtet eller kunne eller burde anfægte beslutningen om ikke at give adgang til oplysningerne særskilt.

69. På dette grundlag fremgår følgende af disse spørgsmål:

– Med det femte spørgsmål ønskes oplyst, om det er muligt særskilt at anfægte den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at videregive de fortrolige oplysninger ved domstolene.

[22] Afvejningen mellem beskyttelsen af fortroligheden af oplysninger og adgangen til effektive retsmidler er ligeledes nævnt i artikel 9 i direktiv 2016/943.

[23] I forelæggelsesafgørelsens præmis 64-76 har den forelæggende ret angivet grundene til, at den har stillet det fjerde til det niende spørgsmål. Det forholder sig imidlertid sådan, at disse grunde ikke altid præcist er i overensstemmelse med indholdet af de hertil svarende spørgsmål.

[24] Dette har Klaipėdos autobusų parkas anført i sit skriftlige indlæg, punkt 81 og 82.

– Med det sjette spørgsmål, som forudsætter, at denne mulighed foreligger, rejses der spørgsmål om aktørens »pligt« til at indgive en »klage til den ordregivende myndighed« over denne myndigheds beslutning om at give den pågældende afslag på anmodningen om adgang til de fortrolige oplysninger.

– Såfremt de foregående spørgsmål besvares bekræftende, rejser det syvende spørgsmål endelig tvivl om, hvorvidt aktøren kan »anlægge en retssag ved domstolene udelukkende vedrørende afslaget på at give oplysninger til [aktøren]«.

70. Svaret på disse spørgsmål skal tage udgangspunkt i den generelle bestemmelse i artikel 1, stk. 1, sidste punktum, i direktiv 89/665. Den prøvelse, der henvises til, omfatter alle beslutninger truffet af de ordregivende myndigheder, som er undergivet EU-bestemmelserne på dette område [25].

71. De beslutninger truffet af den ordregivende myndighed, som kan gøres til genstand for prøvelse, omfatter naturligvis beslutninger om tildeling af en kontrakt, hvorved et af tilbuddene vælges, men også andre former for beslutninger (f.eks. om at træffe eller ikke at tillade midlertidige foranstaltninger), som har indvirkning på de berørte parters retsstilling [26].

72. En af de beslutninger, hvorved den ordregivende myndighed anvender EU-retten (nærmere bestemt artikel 21 i direktiv 2014/24), hvilket gør den til en mulig genstand for prøvelse, er beslutningen om at anse bestemte oplysninger for fortrolige og ikke tillade videregivelse heraf eller tillade hel eller delvis videregivelse heraf.

73. »[D]et tidspunkt, fra hvilket det ifølge artikel 1, stk. 1, skal være muligt at klage, […] [er] ikke […] formelt fastsat i direktiv 89/665« [27]. Det, som Domstolen har foreslået, er, at det sikres, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger.

74. EU-lovgiver har givet medlemsstaterne til opgave at præcisere de »nærmere bestemmelser« for klageprocedurerne vedrørende de ordregivende myndigheders beslutninger (artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665) [28].

75. Det tilkommer ligeledes medlemsstaterne, inden for de rammer, der er fastsat i artikel 2 i direktiv 89/665, at beslutte, at retsinstanser i snæver forstand eller andre typer af instanser skal behandle sådanne klager [29]. Det kan imidlertid udledes af forelæggelsesafgørelsen, at det i Litauen tilkommer retterne at behandle klager over den ordregivende myndigheds beslutninger, herunder sådanne beslutninger i forbindelse med en administrativ procedure til afgørelse af tvister.

[25] Dom af 5.4.2017, Marina del Mediterráneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268, præmis 26): »[A]rtikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 [forudsætter] gennem anvendelsen af ordene »for så vidt angår procedurerne« […], at alle beslutninger, truffet af de ordregivende myndigheder, som er undergivet EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter, og som kan tilsidesætte disse bestemmelser, er underlagt den retslige prøvelse, som er foreskrevet i samme direktivs artikel 2, stk. 1, litra a) og b).«

[26] Ibidem, præmis 27. Domstolen har således anlagt en »[vid] fortolkning af udtrykket en ordregivende myndigheds »beslutning«[, som] bekræftes af, at bestemmelsen i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 ikke indeholder nogen begrænsninger vedrørende de heri omhandlede beslutningers art og indhold«.

[27] Ibidem, præmis 31.

[28] Ibidem, præmis 32: »Da der ikke foreligger EU-retlige bestemmelser om, fra hvilket tidspunkt det skal være muligt at klage, er de nærmere bestemmelser for den retslige procedure, der har til formål at sikre beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne, således efter fast retspraksis undergivet de nationale retsregler« med de begrænsninger, der følger af effektivitetsprincippet og ækvivalensprincippet.

[29] Artikel 2, stk. 9, omhandler muligheden for, at de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, og at der oprettes »uafhængige instanser«, der består af medlemmer, der i nogle tilfælde har samme status som en dommer.

76. Medlemsstaterne kan i således i princippet lovgive om klager over den ordregivende myndigheds beslutninger ved at bestemme, at de kan indgives såvel samlet som særskilt (fra den overordnede anfægtelse). Direktiv 89/665 hverken kræver eller udelukker nogen af disse to ordninger.

77. Hvis medlemsstaterne inden for rammerne af deres procesautonomi vælger den samlede anfægtelse, skal de gøre dette uden at tilsidesætte formålene med direktiv 89/665 med hensyn til den påkrævede effektivitet og hurtighed. De skal desuden tage følgende i betragtning:

– at direktivet »[ikke] tillader […] medlemsstaterne at betinge klageadgangen af, at den omhandlede procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt formelt er nået til et bestemt stadium« [30]

– at en national lovgivning, afhængig af dens karakteristika, som »under alle omstændigheder kræver, at tilbudsgiveren afventer en beslutning om tildeling af den pågældende kontrakt, inden der indbringes en klage over, at der gives en anden tilbudsgiver adgang, [er] i strid med bestemmelserne i direktiv 89/665« [31].

78. Formålene om hurtighed og effektivitet kan lettere opfyldes gennem ordningerne med »særskilt anfægtelse«, som den forelæggende ret har nævnt. En klage af denne art kan ud over at opfylde kravet om hurtighed også opfylde kravet om effektivitet, da den muliggør, at den (overordnede) anfægtelse af den materielle beslutning (dvs. af tildelingen) sker efter modtagelsen af de oplysninger, der er nødvendige for at sikre effektiviteten af den berørtes ret til kontradiktion [32].

79. Det kan indvendes, at de selvstændige klager risikerer at forsinke afslutningen på processen i forbindelse med udvælgelsen af tilbudsgiver. Ifølge Domstolen gendrives dette argument ved at fremhæve »[…] begrundelsen for de rimelige tidsfrister for klager over de beslutninger, som kan anfægtes, og ikke udelukkelsen af en særskilt klage« [33].

80. Eftersom anfægtelsen er selvstændig i overensstemmelse med direktiv 89/665, er der i princippet således intet til hinder for, at den nationale bestemmelse tillader den.

81. Hvis den nationale lovgivning derimod kræver, at beslutningen vedrørende fortrolighed skal påklages sammen med beslutningen om tildeling af kontrakten, bør retten vurdere, om dette krav i samme grad bevarer den effektive virkning af direktiv 89/665 med hensyn til en sådan klageordnings hurtighed og effektivitet.

82. Medlemsstaternes procesautonomi gør sig ligeledes også gældende for en – frivillig – indførelse af en forudgående klage til den ordregivende myndighed. Artikel 1, stk. 5, i direktiv 89/665 er ikke til hinder for, at en national bestemmelse kræver, at »den pågældende person først indgiver klage til den ordregivende myndighed«.

30 Dom af 5.4.2017, Marina del Mediterráneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268, præmis 31).

31 Ibidem, præmis 34.

32 Ecoservice anmodede om adgang til oplysningerne den 4.12.2018 med henblik på at forberede klagen over beslutningen om tildeling af kontrakten.

33 Dom af 5.4.2017, Marina del Mediterráneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268, præmis 35).

83. Artikel 2 i direktiv 89/665 opstiller kravene til klageprocedurerne i artikel 1, hvad enten der er tale om klager, der indledningsvis indbringes for den ordregivende myndighed, eller klager, der efterfølgende indbringes for en kontrolinstans (en retsinstans i dette tilfælde).

84. På denne baggrund er jeg af den opfattelse, at direktiv 89/665 ikke er til hinder for:

– at den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at videregive fortrolige oplysninger, der er fremlagt i et tilbud fra en deltager i udbuddet, anfægtes særskilt ved domstolene

– at den nationale bestemmelse pålægger den berørte person først at indgive en klage til den ordregivende myndighed over denne myndigheds beslutning om at give den pågældende afslag på anmodningen om adgang til de fortrolige oplysninger

– at den berørte person anlægger en retssag ved domstolene, som alene vedrører afslaget på at give den pågældende de ønskede oplysninger.

E. Det ottende og det niende præjudicielle spørgsmål

85. Disse spørgsmål drejer sig om fortolkningen af artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2016/943. Som jeg tidligere har anført, er jeg imidlertid af den opfattelse, at direktiv 2016/943 ikke finder direkte anvendelse i denne sag.

86. Det er ikke desto mindre muligt at give den forelæggende ret et brugbart svar på grundlag af direktiv 89/665.

87. De to spørgsmål vedrører den adfærd, som den retsinstans, for hvilken tvisten er indbragt, skal følge med hensyn til: a) »hensyntagen« til den ordregivende myndigheds tidligere handlinger (det ottende spørgsmål) og b) bedømmelsen af egen drift af de oplysninger, hvis videregivelse det handler om (det niende spørgsmål) [34].

88. Den ordregivende myndighed må afgøre, om det er hensigtsmæssigt at videregive de fortrolige oplysninger, som en tilbudsgiver har fremlagt i sit tilbud. Der kan foretages prøvelse af denne beslutning (eller den senere beslutning, hvorved den ordregivende myndighed selv bekræfter den foregående beslutning ved behandlingen af en klage i henhold til national ret) på de i artikel 2 i direktiv 89/665 nævnte betingelser.

89. Hvis det som i den foreliggende sag tilkommer en domstol at foretage denne prøvelse, skal den pågældende instans være i stand til at foretage en fuldstændig bedømmelse af den ordregivende myndigheds beslutninger. Den pågældende domstol kan således helt eller delvist annullere sådanne beslutninger, hvis den fastslår, at de ikke er lovlige.

90. Når en af disse beslutninger fra den ordregivende myndighed, som den pågældende domstol skal foretage retslig prøvelse af, er et afslag på at videregive bestemte oplysninger, som indgår i et tilbud, kan den påkendende domstol fastslå, at dette afslag enten er begrundet eller ugrundet.

[34] Den forelæggende ret har anført, at »[k]assationsdomstolen […] i princippet kun [skal] træffe afgørelse om de spørgsmål, der er rejst af sagsøgte i kassationsappellen, nærmere bestemt hvorvidt tilbudsgiver B opfylder kravet om teknisk formåen«. Kassationsdomstolen »agter […] imidlertid af egen drift at gå videre end grænsen for kassationsappellen og træffe afgørelse om andre aspekter af tvisten mellem parterne, […] ikke kun ud fra hensynet til offentlige interesser men endvidere i lyset af den særlige situation, der er opstået i den foreliggende sag, hvor sagsøgeren under den administrative behandling af sagen og under retssagen i det væsentlige blev nægtet adgang til samtlige af de oplysninger, som sagsøgeren havde anmodet om at få adgang til« (forelæggelsesafgørelsens præmis 36 og 37).

91. Inden den pågældende domstol træffer afgørelse i den ene eller anden retning, skal den med forelæggelsesafgørelsens ord tage hensyn »til den ordregivende myndigheds handlinger under udbuddet eller klageprocedurerne«.

92. Dette betyder naturligvis ikke, at den påkendende domstol er bundet af den ordregivende myndigheds handlinger, hvis lovlighed den foretager prøvelse af. Hvis den pågældende domstol ikke har beføjelse til at berigtige og eventuelt annullere den ordregivende myndigheds beslutninger, har den ordregivende myndigheds rent administrative beslutninger en virkning svarende til retskraft, hvilket ville begrænse retten til domstolsbeskyttelse og garantiordningen i direktiv 89/665.

93. Afslaget på at udlevere de ønskede oplysninger, eftersom den ordregivende myndighed vurderer, at de ikke kan videregives, er imidlertid ikke til hinder for, at den påkendende domstol bedømmer »betydningen af de oplysninger, hvis fortrolighed, der anmodes om, ikke skal opretholdes«.

94. Denne bedømmelse giver den påkendende domstol adgang til alle sagsakterne, herunder de fortrolige oplysninger. Domstolen har i denne retning fastslået, at »den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, [skal] råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den med fuldt kendskab til sagen kan træffe afgørelse, herunder også fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder« [35].

95. Spørgsmålet, om det er muligt at foretage denne bedømmelse af egen drift eller kun på anmodning af en af parterne, afhænger af de beføjelser, som de enkelte kompetente instanser er tillagt i henhold til national ret i forbindelse med domstolsprøvelse.

F. Forslag til afgørelse

96. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at det fjerde til det niende præjudicielle spørgsmål fra Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) besvares således:

»1) Artikel 21, 50 og 55 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF kræver ikke nødvendigvis, at den ordregivende myndighed giver en deltager i en udbudsprocedure, som har indgivet en klage til den pågældende myndighed over vurderingen af tilbuddene, *samtlige* oplysninger om den valgte tilbudsgivers tilbud.

Ved afgørelsen af klagen over vurderingen af tilbuddene skal den ordregivende myndighed begrunde sit svar og anføre grundene til sin beslutning, således at denne beslutning kan anfægtes effektivt ved en kontrolinstans. Begrundelsespligten indebærer ikke i sig selv, at de fortrolige oplysninger, som den ordregivende myndighed er blevet betroet, skal videregives, når den pågældende myndighed anser en sådan videregivelse for ugrundet.

2) Artikel 1 og 2 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at de ikke forbyder:

[35] Varec-dommen, præmis 53.

– at den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at videregive fortrolige oplysninger, der er fremlagt i et tilbud fra en deltager i udbuddet, anfægtes særskilt ved domstolene

– at den nationale ret pålægger den berørte person først at indgive en klage til den ordregivende myndighed over denne myndigheds beslutning om at give den pågældende afslag på anmodningen om adgang til de fortrolige oplysninger

– at den berørte person anlægger en retssag ved domstolene, som alene vedrører afslaget på at give den pågældende de ønskede oplysninger.

3) Artikel 1 og 2 i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at den instans, der har kompetence til at kontrollere den ordregivende myndigheds beslutninger:

– skal have beføjelse til at annullere de beslutninger, som den ordregivende myndighed har truffet med hensyn til videregivelse af de fortrolige oplysninger, som den er blevet betroet, samt til, i givet fald, at anordne, at disse oplysninger videregives til klageren

– kan, såfremt den nationale lovgivning tillader det, foretage prøvelse af den ordregivende myndigheds beslutninger under hensyntagen til de fortrolige oplysninger, som den pågældende myndighed er blevet betroet.«