Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
Föredraget den 15 april 2021 [1]

Mål C-927/19

UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras
Ytterligare deltagare i rättegången:
UAB Ecoservice Klaipėda,
UAB Klaipėdos autobusų parkas,
UAB Parsekas,
UAB Klaipėdos transportas

(begäran om förhandsavgörande av Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen))

”Mål om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU – Artiklarna 21, 50 och 55 – Sekretess – Den upphandlande myndighetens behörighet – Direktiv (EU) 2016/943 – Tillämplighet – Direktiv 89/665/EEG – Artiklarna 1 och 2 – Verkningar av en prövning av en sekretessförklaring – Motivering – Självständigt överklagande till den upphandlande myndigheten – Rättslig prövning – Omfattning av domstolarnas behörighet”

1. Handlingar som lämnas in till den upphandlande myndigheten i ett upphandlingsförfarande kan omfatta affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter, vars spridning skulle vara till skada för dess innehavare.

2. På detta område möts två motstridiga intressen, nämligen

– å ena sidan en anbudsingivares intresse, då denne inte genom att delta i ett upphandlingsförfarande avstår från att skydda sekretessbelagd information så att andra bolag hindras att dra otillbörlig fördel av bolagets arbete, och

– å andra sidan, andra anbudsgivares intressen, då dessa i utövandet av deras rätt att ifrågasätta den upphandlande myndighetens beslut, för motiveringen till sitt överklagande begär tillgång till uppgifter som lämnats till den upphandlande myndigheten och som denna uppger är sekretessbelagda.

[1] Originalspråk: spanska.

3. Konflikten mellan dessa intressen ligger till grund för denna begäran om förhandsavgörande, i vilken den hänskjutande domstolen har bett domstolen att tolka direktiven 89/665/EEG,[2] 2014/24/EU[3] och (EU) 2016/943.[4]

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2014/24

4. I artikel 18 (”Principer för upphandling”) föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

…”.

5. Artikel 21 (”Sekretess”) har följande lydelse:

”1. Om inte annat föreskrivs i detta direktiv eller nationell rätt som den upphandlande myndigheten omfattas av, särskilt lagstiftning om tillgång till information, och utan att det påverkar upplysningsskyldigheten i fråga om tilldelade kontrakt och information till anbudssökande och anbudsgivare enligt artiklarna 50 och 55, får den upphandlande myndigheten inte offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats konfidentiella av de ekonomiska aktörerna, inklusive men inte begränsat till tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbuden.

2. En upphandlande myndighet får ställa krav på ekonomiska aktörer för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet.”

6. I artikel 50 (”Meddelanden om kontraktstilldelning”) anges följande:

”… Viss information som rör kontraktstilldelningen eller ingåendet av ett ramavtal behöver inte offentliggöras om ett utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpning av lagen eller i övrigt strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat ekonomisk aktör eller motverka sund konkurrens mellan ekonomiska aktörer.”

7. Artikel 55 (”Information till anbudssökande och anbudsgivare”) har följande lydelse:

”3. Den upphandlande myndigheten får besluta att inte lämna ut viss information som avses i punkterna 1 och 2 och som rör kontraktstilldelningen eller ingåendet av ett ramavtal eller

[2] Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3 s. 48).

[3] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT, L 94, 2014, s. 65).

[4] Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs (EUT L 157, 2016, s. 1).

tillträde till ett dynamiskt inköpssystem, om ett utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpning av lagen eller i övrigt strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat ekonomisk aktör, eller motverka sund konkurrens mellan ekonomiska aktörer.”

2. Direktiv 89/665

8. Artikel 1 (”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”) [5] har följande lydelse:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på kontrakt som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU, såvida inte sådana kontrakt är undantagna i enlighet med artiklarna 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 och 37 i det direktivet.

…

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.

…

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

4. Medlemsstaterna får föreskriva att den som vill utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande myndigheten om den påstådda överträdelsen och om sin avsikt att ansöka om prövning, under förutsättning att detta inte påverkar den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås i enlighet med artikel 2a.2 eller några andra tidsfrister för ansökan om prövning i enlighet med artikel 2c.

5. Medlemsstaterna får kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten. I det fallet ska medlemsstaterna se till att inlämnandet av en sådan ansökan omedelbart medför att avtalet tillsvidare inte får ingås.

…”

9. I artikel 2 (”Krav på prövningsförfaranden”) föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

…

[5] I dess lydelse enligt artikel 46 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1).

b) antingen [åsidosätta] eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfordran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,

…”

3. Direktiv 2016/943

10. I skäl 18 anges följande:

”… Detta direktiv bör framför allt inte undanta offentliga myndigheter från deras skyldigheter i fråga om konfidentialitet i samband med information som överlämnas av innehavare av företagshemligheter, oavsett om dessa skyldigheter fastställs i unionsrätt eller i nationell rätt. Sådana skyldigheter omfattar bland annat skyldigheterna i fråga om information som överlämnas till upphandlande myndigheter i samband med upphandlingar enligt t.ex. … direktiv 2014/24/EU …”

11. I artikel 1 (”Syfte och tillämpningsområde”) föreskrivs följande:

”2. Detta direktiv ska inte påverka

…

b) tillämpningen av unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser som innebär att innehavare av företagshemligheter är skyldiga att av hänsyn till allmänintresset röja information, inbegripet företagshemligheter, för allmänheten eller för administrativa eller rättsliga myndigheter, så att dessa myndigheter kan fullgöra sina uppgifter,

c) tillämpningen av unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser enligt vilka unionens institutioner och organ eller nationella offentliga myndigheter är skyldiga eller har rätt att röja sådan information som lämnats av företag och som institutionerna, organen eller myndigheterna innehar enligt – och i överensstämmelse med – de skyldigheter och befogenheter som fastställs i unionsrätt eller nationell rätt,

…”

B. Litauisk rätt

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymo (Republiken Litauens lag om offentlig upphandling)

12. I artikel 20 föreskrivs följande:

”1. Det är förbjudet för den upphandlande myndigheten, kommittén för offentlig upphandling, dess medlemmar och experter, samt varje annan person att till tredje man lämna ut sekretessbelagd information som anbudsgivarna har lämnat.

2. Hela anbudsgivarens anbud eller ansökan om att få delta får inte sekretessbeläggas, men anbudsgivare får ange att viss information som ingår i dess anbud är sekretessbelagd. Den sekretessbelagda informationen får bland annat omfatta affärshemligheter (tillverkningshemligheter) och konfidentiella aspekter av anbudet. Information få inte klassificeras som sekretessbelagd i följande fall:

1) om detta innebär ett åsidosättande av de rättsliga bestämmelser som föreskriver en skyldighet att ange eller en rätt att få tillgång till information eller av de tillämpningsbestämmelser som hänger samman med dessa;

2) om detta medför ett åsidosättande av de skyldigheter som föreskrivs i artiklarna 33 och 58 i denna lag i förhållande till offentliggörandet av de avtal som ingås, information om anbudssökare och anbudsgivare, inklusive information om leveranspriser, tjänster eller byggentreprenader som anges i anbudsinfordran, med undantag för dess beståndsdelar;

3) om denna information har lämnats genom handlingar i vilka det certifieras att anbudsgivaren inte omfattas av något skäl för uteslutande, att den uppfyller kapacitetskravet och normerna för kvalitet och miljöskydd, med undantag för information av vilken ett röjande skulle innebära ett åsidosättande av Republiken Litauens lagstiftning om skydd för personuppgifter eller anbudsgivarens skyldigheter enligt avtal som har ingåtts med tredjeparter;

4) om informationen avser ekonomiska aktörer eller underleverantörer vars kapacitet anbudsgivaren nyttjar, med undantag för information av vilken ett röjande skulle åsidosätta bestämmelserna i lagen om skydd av personuppgifter.

3. När den upphandlande myndigheten hyser tvivel beträffande den konfidentiella karaktären av den information som anbudsgivares anbud innehåller, ska den be denne att visa varför den aktuella informationen är sekretessbelagd. …

4. De berörda anbudsgivarna får, inom en tidsfrist på sex månader från den dag då kontraktet ingicks, begära att den upphandlande myndigheten ska ge dem tillgång till anbudet eller till ansökan om att få delta i förfarandet (anbudssökarna, på begäran av andra anbudsgivare som har erbjudits att lämna ett anbud eller att delta i en dialog), men de får inte röja information som dessa kandidater eller anbudsgivare har sekretessbelagt utan att åsidosätta punkt 2 i denna artikel”.

13. I artikel 58 anges följande:

”3. I de fall som avses i punkterna 1 och 2 i denna artikel, får den upphandlande myndigheten inte lämna information av vilken ett röjande strider mot bestämmelserna om information och skydd av uppgifter eller står i strid med allmänintresset, skadar en viss anbudsgivares berättigade affärsintressen eller påverkar konkurrensen mellan anbudsgivarna.”

2. Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (Republiken Litauens civilprocesslag)

14. I artikel 10^1 föreskrivs följande:

”2. När det finns anledning att anta att en företagshemlighet kan ha röjts, ska domstolen, på vederbörligen motiverad begäran av parterna eller ex officio, genom ett motiverat beslut utse de personer som får

1) ha tillgång till de delar av handlingarna som innehåller information som utgör en företagshemlighet eller som kan utgöra en företagshemlighet, göra eller erhålla dubbletter och kopior (digitala kopior),

2) delta i utfrågningar inom stängda dörrar i vilka information kan röjas som utgör eller kan utgöra en företagshemlighet och få tillgång till handlingarna från dessa utfrågningar,

3) erhålla en certifierad kopia (digital kopia) av en dom eller ett beslut som innehåller information som utgör eller kan utgöra en företagshemlighet.

…

4. Domstolen ska, vid tillämpningen av de begränsningar som fastställs i punkt 2 i denna artikel, beakta behovet av att säkerställa rätten till ett domstolsskydd och rätten till en rättvis rättegång, berättigade intressen hos parterna och övriga personer som deltar i förfarandet och den skada som kan följa av en tillämpning eller icke-tillämpning av dessa begränsningar”.

II. Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

15. Den 27 september 2018 utfärdade UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (nedan kallad den upphandlande myndigheten) ett meddelande om en offentlig upphandling avseende insamling av kommunalt avfall i kommunen Neringa (Litauen) och transport av detta avfall till hanteringsanläggningen i regionen Klaipėda (Litauen). [6]

16. Den 29 november 2018 tilldelades kontraktet den grupp av ekonomiska aktörer som består av UAB Klaipėdos autobusų parkas, UAB Parsekas och UAB Klaipėdos transportas (nedan kallad gruppen). UAB Ecoservice Klaipėda (nedan kallad Ecoservice) kom tvåa.

17. Den 4 december 2018, lämnade Ecoservice in en begäran till den upphandlande myndigheten om att få tillgång till uppgifterna i gruppens anbud. Den 6 december 2018 lämnades den icke-konfidentiella informationen i detta anbud till Ecoservice.

18. Den 10 december 2018 lämnade Ecoservice till den upphandlande myndigheten in en ansökan om prövning, i vilken bolaget bestred det slutliga resultatet av upphandlingsförfarandet, då det ansåg att gruppen inte uppfyllde kraven i anbudsinfordran. [7] Den upphandlande myndigheten avslog ansökan om prövning den 17 december 2018.

19. Den 27 december 2018, överklagade Ecoservice den upphandlande myndighetens beslut vid Klaipėdos apygardos teismas (Regiondomstolen i Klaipėda, Litauen). Till överklagandet bifogades en begäran om att få tillgång till all information i gruppens anbud och till skriftväxlingen mellan gruppen och den upphandlande myndigheten.

20. Efter att ha hört den upphandlande myndigheten, som motsatt sig Ecoservices begäran den 15 januari 2019, begärde domstolen i första instans att den upphandlande myndigheten skulle lämna in alla de begärda handlingarna, utom skriftväxlingen med gruppen.

[6] Enligt punkt 3 i beslutet om hänskjutande, angavs i meddelandet om offentlig upphandling att det preliminära kontraktsbeloppet översteg 750 000 euro (exklusive mervärdesskatt).

[7] Ecoservice gjorde närmare bestämt gällande 1) att de kontrakt avseende insamling och transport av blandat kommunalt avfall, till vilka gruppen hänfört för att styrka sin ekonomiska och finansiella kapacitet, inte hade utförts direkt av de företag som ingick i denna grupp och 2) att de fordon som angavs i de handlingar som gruppen lämnat in inte uppfyllde de tekniska krav som fastställts i anbudsinfordran.

21. Den 25 januari 2019, lämnade den upphandlande myndigheten såväl den konfidentiella som den icke-konfidentiella informationen i gruppens anbud. Myndigheten begärde att Ecoservice inte skulle få ta del av den konfidentiella informationen, vilket domstolen i första instans accepterade.

22. Ecoservice begärde, genom två påföljande ansökningar till nämnda domstol, att få tillgång till a) den information i anbudet som klassificerats som konfidentiell och b) uppgifterna i de avtal om avfallshantering som ingåtts av ett av företagen i gruppen. Domstolen i första instans avslog båda begäran, i två beslut som inte kunde överklagas.

23. Genom dom av den 15 mars 2019 meddelade domstolen i första instans att gruppen uppfyllde kvalifikationskraven för leverantörer och ogillade Ecoservices överklagande.

24. Ecoservice överklagade domen från domstolen i första instans till Lietuvos apeliacinis teismas (Appellationsdomstolen, Litauen) som, den 30 maj 2019, upphävde domen, liksom den upphandlande myndighetens beslut, och ålade denna myndighet att göra om utvärderingen av anbuden.

25. Den upphandlande myndigheten överklagade denna dom till Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen), i den del den avsåg appellationsdomstolens bedömning av gruppens (bristande) tekniska kapacitet. [8]

26. Den 26 juli 2019 ansökte Ecoservice, innan den ingav sin svar sinlaga avseende överklagandet i en rättsfråga, hos Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen) om att domstolen skulle bevilja tillgång till konfidentiella handlingar som motparten ingett till domstolen i första instans, ”varvid mycket känslig affärsinformation i dessa handlingar dolts”.

27. Mot denna bakgrund har Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen) ställt bland annat följande tolkningsfrågor till domstolen:

”4) Ska artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665, i vilket principen om effektiva prövningsförfaranden fastställs, artikel 1.3 och 1.5 i nämnda direktiv, artikel 21 i direktiv 2014/24, samt direktiv 2016/943, särskilt skäl 18 och artikel 9.2 tredje stycket (tillsammans eller separat, men utan begränsning därtill), tolkas så, att den upphandlande myndigheten, om ett tvingande administrativt förfarande för tvistlösning föreskrivs i nationella rättsliga bestämmelser om offentlig upphandling,

   a) ska förse den leverantör som inledde prövningsförfarandet med alla uppgifter om en annan leverantörs anbud (oberoende av deras konfidentiella karaktär), om föremålet för detta förfarande specifikt är lagenligheten av utvärderingen av den andre leverantörens anbud och den leverantör som inledde förfarandet innan dess uttryckligen hade uppmanat den upphandlande myndigheten att tillhandahålla denna information?

[8] Av beslutet om hänskjutande (punkterna 36 och 37) framgår att överklagandet inte var riktat mot Ecoservice, utan mot den upphandlande myndigheten, varför det endast ankom på Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen) att bedöma huruvida anbudsgivaren hade den nödvändiga tekniska kapaciteten, vilket var den enda fråga som klaganden hade tagit upp. Högsta domstolen beslutade emellertid, ex officio, att gå utöver överklagandet och uttala sig om andra aspekter av tvisten.

b) oberoende av svaret på den föregående frågan, måste den upphandlande myndigheten under alla omständigheter lämna ett klart, fullständigt och specifikt svar när den inte godtar leverantörens invändning beträffande lagenligheten i utvärderingen av konkurrentens anbud, utan hänsyn till att den riskerar att röja konfidentiell anbudsinformation som den har anförtrotts?

5) Ska artikel 1.1 tredje stycket, artikel 1.3 och 1.5, och artikel 2.1 b i direktiv 89/665, artikel 21 i direktiv 2014/24 och direktiv 2016/943, särskilt skäl 18 (tillsammans eller separat, men utan begränsning därtill), tolkas så, att den upphandlande myndighetens beslut att inte ge en leverantör tillgång till konfidentiell information i en annan deltagares anbud är ett beslut som kan överklagas separat vid domstol?

6) Ska artikel 1.5 i direktiv 89/665, för det fall att föregående fråga besvaras jakande, tolkas så, att leverantören måste ansöka om prövning av ett sådant beslut hos den upphandlande myndigheten och, om så erfordras, väcka talan vid domstol?

7) Ska artikel 1.1 tredje stycket och artikel 2.1 b i direktiv 89/665, för det fall att föregående fråga besvaras jakande, tolkas så, att leverantören, beroende på omfattningen av den information som finns tillgänglig om innehållet i den andra leverantörens anbud, kan väcka en talan vid domstol som enbart avser vägran att lämna ut information till honom, utan att separat ifrågasätta lagenligheten av andra beslut som fattats av den upphandlande myndigheten?

8) Ska artikel 9.2 tredje stycket i direktiv 2016/943, oberoende av svaren på de föregående frågorna, tolkas så, att rätten, efter att ha mottagit klagandens begäran om att motparten ska föreläggas att förete bevisning och att rätten ska ställa denna bevisning till klagandens förfogande, ska bifalla en sådan begäran, oavsett hur den upphandlande myndigheten har agerat i samband med upphandlings- eller prövningsförfarandet?

9) Ska artikel 9.2 tredje stycket i direktiv 2016/943 tolkas så, att rätten, efter att ha avslagit klagandens begäran om röjande av konfidentiell information från den andra parten i målet, ex officio ska bedöma betydelsen av den konfidentiella information som begärs utlämnad och uppgifternas inverkan på det offentliga upphandlingsförfarandets lagenlighet?”

III. Förfarandet vid domstolen

28. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 18 december 2019.

29. Klaipėdos autobusų parkas,[9] Ecoservice, Republiken Österrike, Republiken Litauen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

30. Parterna har skriftligen besvarat de frågor som domstolen har ställt till dem i stället för att hålla förhandling.

[9] Ett av de företag som ingår i gruppen.

IV. Rättslig bedömning

A. Inledande anmärkningar

31. På domstolens begäran kommer jag att begränsa min bedömning till tolkningsfrågorna 4–9. De kan, till sina föremål, grupperas i tre avdelningar.

– Genom tolkningsfråga 4 har den hänskjutande domstolen önskat få klarhet i omfattningen av den upphandlande myndighetens skyldighet att upprätthålla sekretessen beträffande information som en anbudsgivare betraktar som konfidentiell, när den prövar ett överklagande som inkommit från en annan anbudsgivare som önskar få tillgång till denna information.

– Tolkningsfrågorna 5–7 rör överklagandet till domstol av den upphandlande myndighetens beslut i vilket en aktör nekats tillgång till konfidentiell information som en annan aktör har lämnat.

– Slutligen avser tolkningsfrågorna 8 och 9 huruvida rätten får röja konfidentiell information och, i förekommande fall, ex officio pröva huruvida upphandlingen har genomförts på ett lagligt sätt.

32. Jag kommer inledningsvis att undersöka tolkningen av direktiven 2014/24 och 2016/943, vad gäller behandling av konfidentiell information. Därefter kommer jag att ge mitt svar på tolkningsfrågorna, vilket innehåller hänvisningar till direktiv 89/665.

B. Skydd för konfidentiell information som lämnats i ett upphandlingsförfarande

33. Domstolen har slagit fast att ”[h]uvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling omfattar att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. För att uppnå detta mål, är det väsentligt att de upphandlande myndigheterna inte lämnar ut sådan information avseende offentliga upphandlingsförfaranden vars innehåll skulle kunna användas för att snedvrida konkurrensen”. [10]

34. Direktiv 2014/24 innehåller olika bestämmelser om offentliggörande av information som den upphandlande myndigheten förfogar över. Däribland [11] förekommer artikel 21, vilken i princip förbjuder [12] den upphandlande myndigheten att ”offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats konfidentiella av de ekonomiska aktörerna, inklusive men inte begränsat till tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbuden”.

[10] Dom av den 14 februari 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, nedan kallad domen i målet Varec, punkterna 34 och 35).

[11] Det finns andra bestämmelser i direktiv 2014/24 som avser sekretesskydd, vilka jag kommer att behandla nedan, vad gäller meddelande om kontraktstilldelning (artikel 50.4) och information som lämnas till anbudssökare och anbudsgivare (artikel 55). I båda föreskrivs att den upphandlande myndigheten får besluta att inte lämna informationen om ”ett utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpning av lagen eller i övrigt strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat ekonomisk aktör, eller motverka sund konkurrens mellan ekonomiska aktörer”.

[12] Om ingenting annat föreskrivs i själva direktivet eller i nationell rätt. Det framgår inte av artikel 20 i lagen om offentlig upphandling att det skulle finnas någon nationell bestämmelse som föreskriver motsatsen.

35. Mot bakgrund av parternas argument bör det avgränsas vilken typ av sekretessbelagd information som den upphandlande myndigheten (och de organ som prövar dess beslut) måste skydda enligt direktiv 2014/24. Därefter kommer jag att analysera vilken inverkan direktiv 2016/943 har på upphandlingsförfarandet.

1. Konfidentiell information enligt direktiv 2014/24

36. Av en bokstavstolkning av endast artikel 21 i direktiv 2014/24 skulle slutsatsen bli att konfidentiell information helt enkelt är den som en ekonomisk aktör betecknar som sådan. Med skyddade uppgifter skulle således under alla omständigheter avses dem som ”förklarats konfidentiella” av de ekonomiska aktörerna.

37. Om ett sådant tolkningskriterium tillämpades, skulle all [13] information som inte finns att tillgå med medgivande från den ekonomiska aktör som har ställt den till den upphandlande myndighetens förfogande, oberoende av dess innehåll, automatiskt blockeras, det vill säga den skulle inte kunna röjas.

38. Denna extensiva tolkning kan inte godtas. I artikel 21 i direktiv 2014/24 anges nämligen som exempel på information som får klassificeras som konfidentiell ”tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbuden”. Den visar således att en sådan klassificering vilar på en *objektiv* grund och inte enbart på en *subjektiv* vilja hos den som lämnar informationen.

39. Andra bestämmelser i direktiv 2014/24 (särskilt artiklarna 50.4 och 55.3) bekräftar, ur en systematisk synvinkel, detta resonemang. Enligt dessa, behöver information inte offentliggöras om, bland andra hypotetiska situationer, ett utlämnande skulle ”skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat ekonomisk aktör”. Återigen är det objektiva och inte subjektiva aspekter som avgör.

40. Vidare anser jag att artikel 21 i direktiv 2014/24, mot denna bakgrund, inte ger en ekonomisk aktör en *exklusiv* behörighet att godtyckligt ange att viss information ska klassificeras som konfidentiell. En motiverad begäran om detta, vilken är nödvändig om aktören önskar begränsa offentliggörandet av de uppgifter som den lämnar, ska vara föremål för ett senare beslut av den upphandlande myndigheten (och eventuellt av det organ som omprövar denna myndighets beslut).

41. Syftet med bestämmelsen leder till samma resultat. Om denna bestämmelse, liksom resten av direktiv 2014/24, har till syfte att undvika en snedvridning av konkurrensen [14] är det logiskt att den upphandlande myndigheten – och inte den berörda ekonomiska aktören ensidigt – har en möjlighet att bedöma att ett röjande av påstått konfidentiell information skulle medföra risker för konkurrensen. Den upphandlande myndighetens plikt avseende opartiskhet och objektivitet, avseende de olika anbudsgivarna, gör att den är nyckelaktören när det gäller att göra en sådan bedömning.

42. Följaktligen kan den upphandlande myndigheten dessutom säkerställa att alla ekonomiska aktörer behandlas ”på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt”, i enlighet med de vägledande principerna för offentlig upphandling.

[13] Detta gäller inte enligt litauisk rätt, eftersom den förbjuder att anbudet *i dess helhet* lämnas som konfidentiell information.

[14] Se punkt 33 i detta förslag till avgörande.

2. Tillämpning av direktiv 2016/943

43. Den hänskjutande domstolen har bett domstolen att tolka artikel 9 i direktiv 2016/943, jämförd med skäl 18 i samma direktiv, eftersom det som är avgörande för att ge tillgång till viss information skulle vara huruvida denna information utgör en affärshemlighet eller inte. [15]

44. Det ska emellertid erinras om att skyddet enligt artikel 21 i direktiv 2014/24 inte är begränsat till ”affärshemligheter”, utan även omfattar bland annat ”konfidentiella aspekter i anbuden”. Således kan denna bestämmelse sträcka sig till information som inte, i strikt mening, kan betecknas som en affärshemlighet. De båda begreppen är inte likvärdiga.

45. Under alla omständigheter reglerar direktiv 2016/943, vars syfte är ”skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs”, en motsatt situation i förhållande till den som är aktuell i förevarande tvist. I denna sistnämnda tvist rör det sig just om frånvaron av röjande av viss konfidentiell information, som den upphandlande myndigheten vägrar att lämna ut till den ekonomiska aktör som begärt den.

46. Jag instämmer i denna del med kommissionen [16] i att artikel 9 i direktiv 2016/943 inte är tillämplig i detta mål, eftersom denna bestämmelse rör domstolsförfaranden om *olagligt* anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet. [17]

47. Vidare är direktiv 2014/24 den *lex specialis* som reglerar röjande av information som ekonomiska aktörer har lämnat i samband med en offentlig upphandling.

48. Skäl 18 i direktiv 2016/943 bekräftar detta, då den hänvisar till offentliga myndigheters skyldigheter att upprätthålla konfidentialitet i fråga om ”information som överlämnas till upphandlande myndigheter i samband med upphandlingar enligt t.ex. … direktiv 2014/24 …”.

49. Det är således samma direktiv 2016/943 som hänvisar till bestämmelserna i direktiv 2014/24 beträffande behandlingen av bestämmelserna om skydd av konfidentiell information på detta område. Om en upphandlande myndighet, i det legitima utövandet av dess behörighet, enligt direktiv 2014/24, röjer denna typ av information, skulle ett av de hinder för tillämpning av direktiv 2016/943 som föreskrivs i dess artikel 1.2 och i dess artikel 3.2 föreligga.

50. Svaret på den hänskjutande domstolens frågor avseende sekretesskydd ska således grunda sig på en tolkning av direktiv 2014/24. Direktiv 2016/943 kan, då det har ett liknande syfte, användas som en ytterligare referens, men inte som en avgörande text.

C. Tolkningsfråga 4

51. Den hänskjutande domstolen har, med denna tolkningsfråga, önskat få klarhet i följande:

– För det första (punkt a), huruvida den upphandlande myndigheten ska förse en leverantör som vid denna myndighet har inlett ett prövningsförfarande avseende anbuden med alla uppgifter om den utvalda leverantörens anbud, när klaganden tidigare har begärt dessa uppgifter av denna upphandlande myndighet.

15 Punkt 64 och följande punkter i beslutet om hänskjutande.

16 Punkterna 70–75 i dess skriftliga yttrande.

17 Detta följer även av skälen 13 och 24 i direktiv 2016/943.

– För det andra (punkt b), huruvida den upphandlande myndigheten, för det fall den avslår begäran, måste ”lämna ett klart, fullständigt och specifikt svar”, utan hänsyn till att den riskerar att röja konfidentiell anbudsinformation som den har anförtrotts.

52. Den hänskjutande domstolen har angett att den nationella lagstiftningen föreskriver ”ett tvingande administrativt förfarande för tvistlösning”.

1. Punkt a)

53. Den upphandlande myndigheten ska, som jag redan har påpekat, klargöra vilka delar av den information som en leverantör har lämnat, bland dem som denne har betecknat som konfidentiella, som faktiskt är av sådan karaktär. Denna befogenhet tillkommer det organ som, under prövningsförfarandet, har ansvar för att pröva den upphandlande myndighetens handlande.

54. Principen om skyddet för konfidentiell information och affärshemligheter ska genomföras på så sätt att den är förenlig ”med kraven på ett effektivt rättsligt skydd och rätten till försvar för parterna i förfarandet … på ett sätt som säkerställer att rätten till en rättvis rättegång iakttas under hela förfarandet”. [18]

55. Upprätthållandet av denna balans förutsätter, för det första, att en begäran att den upphandlande myndigheten ska ompröva anbuden inte innebär att denna myndighet automatiskt måste lämna all information i den vinnande anbudsgivarens anbud till den part som begärt en omprövning. [19] Den innebär inte heller att myndigheten systematiskt behöver avslå en sådan begäran. [20] Den upphandlande myndigheten ska anpassa sitt beslut, utifrån grunderna för begäran om att få tillgång till uppgifter – eller, i förekommande fall, begäran om en ny prövning – och karaktären av de uppgifter som begärts.

56. Det ska erinras om att den upphandlande myndighetens befogenheter, såväl om den svarar på en motiverad begäran om röjande av konfidentiell information som om den efter en ansökan gör en prövning (i den mening som avses i artikel 1.5 i direktiv 89/665) [21] av beslutet att tillåta, eller inte tillåta, detta röjande, eller mot beslutet att tilldela kontraktet efter en bedömning av anbuden.

57. Den hänskjutande domstolens fjärde tolkningsfråga, punkt a), rör den upphandlande myndighetens roll i ”ett prövningsförfarande”. För att besvara den ankommer det emellertid på denna upphandlande myndighet att skapa en balans mellan sekretesskyddet och rätten till ett effektivt prövningsförfarande, i den mening som avses i direktiv 89/665.

58. Följaktligen kommer den upphandlande myndigheten att behöva bedöma intressen och grunder för den som begär tillgång till konfidentiell information (som lämnats av en konkurrent i upphandlingsförfarandet), och väga dem mot behovet av att skydda sekretessen avseende dessa

[18] Domen i målet Varec, punkt 52.

[19] Ibidem, punkt 40: ”I ett sådant fall skulle det vara tillräckligt att begära prövning för att få tillgång till information som skulle kunna användas för att snedvrida konkurrensen eller skada legitima intressen hos ekonomiska aktörer som deltagit i den aktuella offentliga upphandlingen. En sådan möjlighet skulle till och med kunna ge ekonomiska aktörer incitament till att begära prövning endast i syfte att få tillgång till sina konkurrenters affärshemligheter”.

[20] Det är, enligt beslutet om hänskjutande, karaktäristiskt för offentlig upphandling i Litauen att sökandena nekas tillgång till information som anbudsgivarna har lämnat, ”vilket är en situation som Högsta domstolen systematiskt försöker begränsa genom sin praxis”.

[21] Artikel 1.5 i direktiv 89/665 tillåter att en medlemsstats interna rättssystem fastställer detta *prövningsförfarande* som, i själva verket är ett omprövningsförfarande som genomförs av den upphandlande myndigheten själv. Den hänskjutande domstolen har angett att förfarandet i Litauen är av administrativ karaktär.

uppgifter. Den kommer, i förekommande fall, att kunna be den berörda ekonomiska aktören att förklara varför klassificeringen av viss information helt eller delvis ska fortsätta att vara konfidentiell.

59. Den upphandlande myndighetens svar på denna begäran om *prövning* ska, inbegripet när det rör sig om ”huruvida bedömningen av nämnda anbud är laglig”, omfatta skälen till denna bedömning. Det ska erinras om att detta svar inte nödvändigtvis behöver innebära att klaganden får tillgång till ”alla” uppgifter i en annan anbudsgivares anbud. Tvärtom ska detta bero på huruvida den upphandlande myndigheten anser att det, helt eller delvis, är berättigat att upprätthålla sekretessen beträffande den information som den har fått tillgång till.

2. Punkt b)

60. Den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida den upphandlande myndigheten, när den inte godtar en anbudsgivares invändning beträffande resultatet av utvärderingen, måste lämna ett ”klart, fullständigt och specifikt svar … utan hänsyn till att den riskerar att röja konfidentiell anbudsinformation som den har anförtrotts”.

61. Svaret på denna fråga följer av det svar som jag föreslår avseende punkten a) i samma tolkningsfråga.

62. Den upphandlande myndigheten ska, i sin motivering till beslutet om avslag på en ansökan om prövning, beakta de rättigheter som tillkommer såväl klaganden som motparten (den anbudsgivare vars information dess konkurrent önskar få tillgång till). Myndigheten ska ange grunderna för sitt beslut och därmed underlätta en senare omprövning av dess beslut.

63. Även om den upphandlande myndighetens beslut faktiskt ska vara ”klart och specifikt”, behöver det inte för den sakens skull nödvändigtvis och automatiskt innehålla *alla* de konfidentiella uppgifter som lämnats i anbudet. Detta ska endast vara fallet om den upphandlande myndigheten, efter den avvägning av intressen [22] som den ska göra, finner att det ena intresset väger tyngre än det andra.

D. Tolkningsfrågorna 5, 6 och 7

64. Bland dessa tre tolkningsfrågor, vilka bör prövas tillsammans, rör fråga 5 huruvida en upphandlande myndighets beslut att inte ge en anbudsgivare tillgång till konfidentiell information ”kan överklagas separat vid domstol”. Tolkningsfrågorna 6 och 7 förefaller utgå från denna förutsättning.

65. Det framgår i realiteten inte tydligt av beslutet om hänskjutande [23] att Ecoservice har framställt ett sådant *separat* (eller självständigt) överklagande när den upphandlande myndigheten beslutat att endast överföra den icke-konfidentiella information som ingår i gruppens anbud. [24]

[22] Avvägningen mellan skyddet för informationens sekretess och ett sådant effektivt rättsmedel nämns även i artikel 9 i direktiv 2016/943.

[23] Den hänskjutande domstolen har, i punkterna 64–76 i beslutet, angett skälen till tolkningsfrågorna 4–9. Faktum är dock att dessa skäl inte alltid exakt stämmer överens med innehållet i motsvarande frågor.

[24] Klaipėdos autobusų parkas påpekade just detta i sitt skriftliga yttrande, punkterna 81 och 82.

66. Det framgår av de faktiska omständigheter som angetts i detta mål att Ecoservices åtgärd bestod i att såväl vid den upphandlande myndigheten som, senare, vid domstolen i första instans (i detta fall, tillsammans med dess överklagande), ansöka om att få tillgång till all information som lämnats av gruppen. Det är därför tveksamt att denna begäran skulle kunna betraktas som ett *självständigt* överklagande, i den mening som avses ovan.

67. Denna omständighet behöver emellertid inte innebära att tolkningsfrågorna 5, 6 och 7 inte kan tas upp till sakprövning, eftersom domstolen ska presumera att en begäran om förhandsavgörande är relevant.

68. Att dessa tolkningsfrågor tas upp till sakprövning är försvarbart om den hänskjutande domstolen har gjort tolkningen att Ecoservice, vid den upphandlande myndigheten och vid domstolen i första instans, separat hade bestritt eller kunde eller borde bestrida, beslutet att inte lämna informationen.

69. Givet denna förutsättning för dessa frågor kan följande konstateras:

– Tolkningsfråga 5 avser huruvida det är möjligt att separat, vid domstol, överklaga den upphandlande myndighetens beslut att inte lämna ut konfidentiell information.

– Tolkningsfråga 6 gäller, för det fall den ovannämnda möjligheten föreligger, huruvida den ekonomiska aktören ”måste ansöka om prövning av ett … beslut hos den upphandlande myndigheten”, när beslutet innebär att konfidentiell information inte ska lämnas till denna aktör.

– Tolkningsfråga 7 avser slutligen, om svaret på de föregående frågorna är jakande, huruvida en ekonomisk aktör får ”inge ett överklagande till domstol som endast avser vägran att lämna ut [den begärda] information[en] till honom”.

70. Svaret på dessa frågor ska utgå från den allmänna bestämmelsen i artikel 1.1 sista stycket i direktiv 89/665. Den prövning som avses gäller alla beslut av den upphandlande myndigheten som omfattas av unionsrätten på detta område. [25]

71. Bland dessa beslut av den upphandlande myndigheten som kan medföra prövning finns, logiskt sett, dem som avser tilldelning av kontraktet genom val av ett av anbuden, men även andra beslut av annan karaktär (exempelvis beslut som avser att interimistiska åtgärder ska vidtas eller inte vidtas) som påverkar de berörda personernas rättsliga situation. [26]

72. Ett av de beslut på vilket den upphandlande myndigheten tillämpar unionsrätten (konkret artikel 21 i direktiv 2014/24), vilket gör det till ett eventuellt föremål för en prövning, är beslutet att betrakta viss information som konfidentiell och att förbjuda röjandet av den, eller helt eller delvis tillåta det.

[25] Dom av den 5 april 2017, Marina del Mediterráneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268, punkt 26): ”Enligt ordalydelsen i artikel 1.1 i direktiv 89/665, förutsätts genom formuleringen ’vad beträffar upphandling[sförfaranden]’ att varje beslut som fattas av en upphandlande myndighet som omfattas av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och som kan innebära ett åsidosättande av dessa, ska kunna bli föremål för rättslig prövning enligt artikel 2.1 a och b i detta direktiv”.

[26] Ibidem, punkt 27. Domstolen har således funnit att en ”[bred] tolkning av begreppet ’beslut’ av en upphandlande myndighet bekräftas av det faktum att det i bestämmelsen i artikel 1.1 i direktiv 89/665 inte finns några begränsningar när det gäller arten av och innehållet i de där angivna besluten”.

73. Direktiv 89/665 fastställer inte ”formellt … tidpunkten från och med vilken det föreligger en möjlighet att överklaga i enlighet med artikel 1.1 i direktivet”. [27] Vad domstolen har föreslagit är att det garanteras att de upphandlande myndigheternas beslut får överklagas effektivt och, i synnerhet, så skyndsamt som möjligt.

74. Unionslagstiftaren har gett medlemsstaterna befogenhet att ange de ”villkor” på vilka prövningsförfarandena ska vara tillgängliga (artikel 1.3 i direktiv 89/665). [28]

75. Medlemsstaterna har även ansvar för att, inom de ramar som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 89/665, föreskriva att dessa överklaganden ska prövas av domstolar, i strikt mening, eller av andra slags organ. [29] Det framgår emellertid av beslutet om hänskjutande att prövningen av den upphandlande myndighetens beslut, i Litauen, inbegripet dem som denna myndighet antar inom ramen för det administrativa förfarandet för konfliktlösning, har anförtrotts domstolarna.

76. Medlemsstaterna får således, i princip, reglera överklaganden av den upphandlande myndighetens beslut såväl i koncentrerad form som separat (från överklagandet rörande huvudsaken). Direktiv 89/665 varken föreskriver eller utesluter någon av de båda mekanismerna.

77. Om medlemsstaterna, vid utnyttjandet av deras processuella autonomi, väljer ett koncentrerat prövningsförfarande, ska de genomföra detta utan att åsidosätta bestämmelserna i direktiv 89/665 beträffande nödvändig effektivitet och skyndsamhet. De ska vidare beakta följande:

– Det är ”oförenligt med direktivets syfte … att medlemsstaterna kan låta möjligheten att överklaga bero på om förfarandet formellt har nått ett visst stadium”. [30]

– Det förhållandet att en nationell lagstiftning, beroende på dess karaktär ”under alla omständigheter kräver att anbudsgivaren avvaktar beslutet om tilldelning av det relevanta kontraktet innan ett överklagande kan riktas mot beslutet att låta en annan anbudsgivare delta i förfarandet, [innebär] att denna lagstiftning står i strid med bestämmelserna i direktiv 89/665”. [31]

78. Målen skyndsamhet och effektivitet kan uppfyllas lättare genom de mekanismer för ”separat överklagande” som den hänskjutande domstolen har hänvisat till. Ett överklagande av detta slag kan, förutom att det är anpassat till skyndsamhetsrekvisitet, förena det med effektivitetsrekvisitet, för att tillåta att (huvud-)överklagandet av beslutet i sak (det vill säga om tilldelningen av kontraktet) genomförs först när nödvändig information för ett effektivt försvar av den berördes intressen finns att tillgå. [32]

[27] Ibidem, punkt 31.

[28] Ibidem, punkt 32: ”I avsaknad av unionsbestämmelser i vilka det fastställs från och med vilken tidpunkt det är möjligt att överklaga, följer det av fast rättspraxis att det ankommer på varje medlemsstat att i sin rättsordning fastställa de processuella regler som gäller för talan som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten”, med de begränsningar som effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen innebär.

[29] I artikel 2.9 anges att prövningsorganen kan vara andra organ än domstolar och hänförs till ”oberoende organ” med medlemmar som, i vissa hänseenden, har samma ställning som domarkårens medlemmar.

[30] Dom av den 5 april 2017, Marina del Mediterráneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268, punkt 31).

[31] Ibidem, punkt 34.

[32] Ecoservice begärde tillgång till informationen den 4 december 2018 för att förbereda överklagandet av beslutet om tilldelning av kontraktet.

79. Det skulle kunna invändas att självständiga prövningsförfaranden riskerar att försena slutförandet av förfarandet för val av entreprenör. Enligt domstolen hänför sig en sådan invändning till ”… skäliga tidsfrister för beslut som kan överklagas och inte till ett uteslutande av möjligheten att inleda ett självständigt överklagande”. [33]

80. Då ett självständigt överklagande är förenligt med direktiv 89/665, föreligger det således, i princip, inget hinder för att en nationell bestämmelse tillåter det.

81. Om det i den nationella rätten tvärtom föreskrevs att beslut om sekretess skulle fattas samtidigt som beslutet om tilldelning av kontraktet, skulle rätten bedöma huruvida detta krav i lika hög grad upprätthåller den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665, beträffande skyndsamhet och effektivitet i en sådan överklagandemekanism.

82. Medlemsstaternas processuella autonomi omfattar även ett –fakultativt – införande av ett förfarande för prövning vid den upphandlande myndigheten. Artikel 1.5 i direktiv 89/665 utgör inte något hinder för att en nationell bestämmelse föreskriver ”att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten”.

83. I artikel 2 i direktiv 89/665 anges kraven på de prövningsförfaranden som föreskrivs i artikel 1, såväl beträffande det som ska avgöras inledningsvis, vid den upphandlande myndigheten, som det som därefter ska avgöras av ett prövningsorgan (i detta fall en domstol).

84. Mot bakgrund av dessa överväganden anser jag att direktiv 89/665 inte utgör hinder för

– att ett överklagande av den upphandlande myndighetens beslut att inte röja konfidentiell information som lämnats i ett anbud av en deltagare i upphandlingsförfarandet ska inges separat, vid en domstol,

– att en nationell bestämmelse föreskriver en skyldighet för den berörda personen att, vid ett överklagande av en upphandlande myndighets beslut att avslå dess ansökan om att få tillgång till konfidentiell information, i första hand inge detta till denna myndighet,

– att den berörda personen ska överklaga ett beslut om avslag på dess begäran att få tillgång till informationen uteslutande vid domstol.

E. Tolkningsfrågorna 8 och 9

85. Dessa tolkningsfrågor avser tolkningen av artikel 9.2 tredje stycket i direktiv 2016/943. Jag anser emellertid, som jag angett ovan, att direktiv 2016/943 inte är direkt tillämpligt i detta mål.

86. Direktiv 89/665 gör det emellertid möjligt att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar.

[33] Dom av den 5 april 2017, Marina del Mediterráneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268, punkt 35).

87. Båda frågorna rör det beteende som den domstol vid vilken målet har anhängiggjorts ska anta beträffande a) ”beaktandet” av den upphandlande myndighetens tidigare åtgärd (tolkningsfråga 8), och b) en bedömning ex officio av de uppgifter av vilka ett utlämnande har begärts (tolkningsfråga 9). [34]

88. Den upphandlande myndigheten ska besluta huruvida det är lämpligt att röja konfidentiell information som en anbudsgivare har lämnat i sitt anbud. Detta beslut (eller det senare beslut genom vilket denna myndighet bekräftar det föregående beslutet, enligt ett överklagandeförfarande som föreskrivs i nationell rätt) får överklagas enligt de villkor som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 89/665.

89. Om, såsom i förevarande fall, överprövningen ankommer på en domstol, ska denna ha behörighet att pröva den upphandlande myndighetens beslut i deras helhet. Den domstolen ska därefter kunna upphäva dessa helt eller delvis, när den anser att de är rättsstridiga.

90. När ett av dessa beslut av den upphandlande myndigheten, avseende vilka en domstol ska utöva sin prövningsrätt, avser ett avslag på en begäran om tillgång till viss information i ett anbud, får den domstolen fastställa om det var motiverat att anta ett sådant beslut om avslag.

91. Samma domstol ska, innan den meddelar ett sådant avgörande, i den ena eller andra riktningen, ”beakta den upphandlande myndighetens agerande under upphandlingsförfarandet eller prövningsförfarandet”, såsom anges i beslutet om hänskjutande.

92. Logiskt sett innebär detta inte att den domstol som har att pröva överklagandet är bunden av den upphandlande myndighetens agerande vars laglighet har ifrågasatts. Att inte ge den nationella domstolen en möjlighet att ompröva och, i förekommande fall, ogiltigförklara den upphandlande myndighetens beslut skulle innebära att myndighetens rent administrativa åtgärder skulle ha en kraft som motsvarar principen om rättskraft, vilken skulle inskränka rätten till ett effektivt domstolsskydd och det garantisystem som föreskrivs i direktiv 89/665.

93. En vägran att lämna ut den information som begärts, med motiveringen att den inte får röjas, innebär emellertid inte att den hänskjutande domstolen har bedömt ”vikten av de uppgifter avseende vilka ett utlämnande har begärts”.

94. En sådan bedömning ger den rätt att få tillgång till handlingarna i deras helhet, inbegripet den konfidentiella informationen. Domstolen har, i detta hänseende, redan slagit fast att ”[d]et är … nödvändigt att prövningsorganet har tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet eller ärendet med fullständig kännedom om fakta, inbegripet konfidentiell information och affärshemligheter”. [35]

95. Om denna bedömning får göras ex officio eller enbart på parternas begäran, är beroende av de befogenheter som föreskrivs i den nationella lagstiftningen, inom ramen för förfarandet för domstolsprövning, för var och en av de behöriga instanserna.

[34] Den hänskjutande domstolen har erkänt att den då den är ”Högsta domstolen i princip endast [ska] ta ställning till de tvistefrågor som motparten har tagit upp i sitt överklagande i en rättsfråga, nämligen huruvida anbudsgivare B:s tekniska kapacitet uppfyller kraven”. Den överväger emellertid i förevarande mål ”att ex officio gå utanför överklagandets räckvidd och fälla ett avgörande beträffande andra aspekter av tvisten mellan parterna, inte bara med stöd av skyddet för allmänintresset, utan även mot bakgrund av den särskilda situation som har uppstått i förevarande mål, där klaganden, under det administrativa stadiet och under domstolsförfarandet, i huvudsak har nekats all information som den har begärt tillgång till” (punkterna 36 och 37 i beslutet om hänskjutande).

[35] Domen i målet Varec, punkt 53.

F. Förslag till avgörande

96. Mot denna bakgrund föreslår jag att tolkningsfrågorna 4–9 som ställts av Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen) ska besvaras enligt följande:

”1) Artiklarna 21, 50 och 55 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014, om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, innebär inte nödvändigtvis att den upphandlande myndigheten ska förse en deltagare i upphandlingsförfarandet, som vid denna myndighet har överklagat utvärderingen av anbuden, med *alla* uppgifter i det anbud som den vinnande anbudsgivaren har lämnat.

Den upphandlande myndigheten ska, vid bedömningen av begäran om omprövning av beslutet om utvärderingen av anbuden, motivera sitt svar och därvid ange grunderna för sitt beslut, för att göra det möjligt att överklaga det vid ett prövningsorgan på ett effektivt sätt. Motiveringsplikten innebär inte, i sig, att den konfidentiella information som myndigheten fått tillgång till ska röjas, när den anser att ett sådant röjande är ogrundat.

2) Artiklarna 1 och 2 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten ska tolkas så att de inte utgör hinder för

– att den upphandlande myndighetens beslut att inte röja konfidentiell information som lämnats i ett anbud av en deltagare i upphandlingsförfarandet får överklagas separat vid domstolarna,

– att den nationella lagstiftningen föreskriver att den berörda personen i första hand ska begära omprövning av den upphandlande myndighetens beslut om avslag på en ansökan om tillgång till konfidentiell information, eller

– att den berörda personen överklagar till domstol enbart mot beslutet att inte lämna ut den information som personen har ansökt om att få tillgång till.

3) Artiklarna 1 och 2 i direktiv 89/665 ska tolkas så att det organ som har behörighet att pröva den upphandlande myndighetens beslut

– ska vara behörigt att ogiltigförklara de beslut som den upphandlande myndigheten har antagit avseende röjande av konfidentiell information som den har tillgång till, och att, i förekommande fall, besluta att den ska lämnas ut till klaganden, och

– om den nationella rätten tillåter det, ex officio får bedöma huruvida den upphandlande myndighetens ageranden är lagliga, med beaktande av den konfidentiella information som den har tillgång till”.