CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 15 april 2021 [1]

Zaak C-927/19

UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras
in tegenwoordigheid van:
UAB Ecoservice Klaipėda,
UAB Klaipėdos autobusų parkas,
UAB Parsekas,
UAB Klaipėdos transportas

[verzoek van de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken van Litouwen) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikelen 21, 50 en 55 – Vertrouwelijkheid – Bevoegdheid van de aanbestedende dienst – Richtlijn (EU) 2016/943 – Toepasselijkheid – Richtlijn 89/665/EEG – Artikelen 1 en 2 – Gevolgen van het beroep tegen de vertrouwelijkheidsverklaring – Motivering – Autonoom beroep bij de aanbestedende dienst – Rechterlijke toetsing – Omvang van de bevoegdheden van de rechter”

1. De documenten die in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht worden verstrekt aan de aanbestedende dienst kunnen bedrijfsgeheimen en andere vertrouwelijke gegevens bevatten waarvan de openbaarmaking schadelijk zou zijn voor de houders ervan.

2. Hierbij spelen twee tegengestelde belangen een rol:

– enerzijds, die van een inschrijver die, als mededinger naar een overheidsopdracht, niet afziet van de bescherming van vertrouwelijke informatie teneinde te vermijden dat andere inschrijvers op oneerlijke wijze kunnen profiteren van de inspanningen van een andere ondernemer.

– anderzijds, die van inschrijvers die bij de uitoefening van hun recht om op te komen tegen besluiten van de aanbestedende dienst, ter onderbouwing van hun beroep toegang wensen te verkrijgen tot informatie die is verstrekt door de winnende inschrijver, die deze informatie als vertrouwelijk beschouwt.

[1] Oorspronkelijke taal: Spaans.

3. Dit belangenconflict ligt ten grondslag aan deze prejudiciële verwijzing, waarin de verwijzende rechter verzoekt om uitlegging van de richtlijnen 89/665/EEG [2], 2014/24/EU [3] en (EU) 2016/943 [4].

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2014/24

4. Artikel 18 („Aanbestedingsbeginselen") bepaalt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

[…]."

5. Artikel 21 („Vertrouwelijkheid") luidt:

„1. Tenzij anders bepaald in deze richtlijn of in het nationale recht waaraan de aanbestedende dienst is onderworpen, in het bijzonder de wetgeving inzake de toegang tot informatie, en onverminderd de verplichtingen inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en de informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers overeenkomstig de artikelen 50 en 55, maakt een aanbestedende dienst de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van – zij het niet uitsluitend – de fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijving, niet bekend.

2. De aanbestedende dienst kan aan een ondernemer eisen stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt, gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen."

6. Artikel 50 („Aankondigingen gegunde opdracht") schrijft voor:

„[…] Bepaalde informatie aangaande de gunning van de opdracht of de sluiting van de raamovereenkomst behoeft niet voor bekendmaking te worden vrijgegeven indien de openbaarmaking ervan rechtshandhaving in de weg zou staan, of op andere wijze in strijd zou zijn met het openbare belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde publieke of particuliere ondernemer, of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers."

[2] Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33).

[3] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

[4] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (PB 2016, L 157, blz. 1).

7. In artikel 55 („Informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers”) wordt bepaald:

„3. Aanbestedende diensten kunnen besluiten dat bepaalde informatie als bedoeld in de leden 1 en 2 betreffende de gunning van de opdracht, de sluiting van de raamovereenkomst of de toelating tot het dynamisch aankoopsysteem niet wordt meegedeeld indien de openbaarmaking van dergelijke informatie de rechtshandhaving in de weg zou staan, in strijd zou zijn met het openbare belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde publieke of particuliere ondernemer, of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers.”

2. Richtlijn 89/665

8. Artikel 1 („Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”) luidt[5]:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 en 37 van die richtlijn worden uitgesloten.

[…]

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU of richtlijn 2014/23/EU vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn.

[…]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

4. De lidstaten kunnen verlangen dat degene die van een beroepsprocedure gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst in kennis heeft gesteld van de beweerde inbreuk en van zijn voornemen beroep in te stellen, mits zulks geen afbreuk doet aan de opschortende termijn overeenkomstig artikel 2 bis, lid 2, of aan enige andere termijnen voor het instellen van beroep overeenkomstig artikel 2 quater.

5. De lidstaten kunnen verlangen dat de betrokkene eerst beroep instelt bij de aanbestedende dienst. In dat geval zorgen de lidstaten ervoor dat de instelling van dit beroep resulteert in de onmiddellijke opschorting van de mogelijkheid om de overeenkomst te sluiten.

[…]”

[5] In de versie van artikel 46 van richtlijn 2014/23/EU van het Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1).

9. In artikel 2 („Voorschriften voor beroepsprocedures”) wordt bepaald:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

[…]

b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure;

[…]”

3. Richtlijn 2016/943

10. In overweging 18 wordt verklaard:

„[…] Met name mag deze richtlijn overheidsinstanties niet ontheffen van de vertrouwelijkheidsverplichtingen die zij hebben ten aanzien van informatie die afkomstig is van houders van bedrijfsgeheimen, ongeacht of deze verplichtingen in het Unie[recht] of [het] nationale recht zijn opgenomen. Onder deze vertrouwelijkheidsverplichtingen worden onder meer verstaan verplichtingen ten aanzien van informatie die in het kader van aanbestedingsprocedures aan aanbestedende diensten is verstrekt, zoals bijvoorbeeld bepaald in […] richtlijn 2014/24/EU […].”

11. Artikel 1 („Onderwerp en toepassingsgebied”) bepaalt:

„2. Deze richtlijn laat onverlet:

[…]

b) de toepassing van Unie- of nationale regels die houders van bedrijfsgeheimen voorschrijven informatie, waaronder bedrijfsgeheimen, om redenen van algemeen belang openbaar te maken aan het publiek of aan administratieve of rechterlijke instanties voor de uitvoering van de taken van deze instanties;

c) de toepassing van Unie- of nationale regels die instellingen en organen van de Unie of nationale overheidsinstanties voorschijven of toestaan de door bedrijven ingediende informatie waarover deze instellingen, organen of instanties beschikken krachtens, en in overeenstemming met, in het Unierecht of het nationaal recht omschreven verplichtingen en prerogatieven, openbaar te maken;

[…]”

B. Litouws recht

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas

12. In artikel 20 van de Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (wet van de Republiek Litouwen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten; hierna: „wet inzake overheidsopdrachten") wordt uiteengezet:

„1. Het is de aanbestedende dienst, het gunningscomité, de leden en deskundigen daarvan en iedere andere persoon verboden om informatie die leveranciers op vertrouwelijke basis hebben verstrekt bekend te maken aan derden.

2. De inschrijving of de aanvraag tot deelneming van de leverancier kan niet in haar geheel als vertrouwelijk worden aangemerkt. De leverancier kan echter te kennen geven dat bepaalde informatie in zijn inschrijving vertrouwelijk is. De vertrouwelijke informatie kan onder meer bedrijfsgeheimen (betreffende de productie) en vertrouwelijke aspecten van de inschrijving omvatten. Informatie kan niet als vertrouwelijk worden aangemerkt:

1) indien dit in strijd is met de wettelijke bepalingen die voorzien in een verplichting tot openbaarmaking of in het recht op informatie, en met de voorschriften ter uitvoering van die wettelijke bepalingen;

2) indien die kwalificatie de niet-nakoming inhoudt van de in de artikelen 33 en 58 van deze wet gestelde verplichtingen inzake de bekendmaking van gegunde opdrachten en de informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers, met inbegrip van gegevens over de prijs van de in de inschrijving vermelde leveringen, diensten of werken, met uitzondering van de bestanddelen ervan;

3) wanneer die informatie is verstrekt in documenten waaruit blijkt dat de leverancier niet valt onder een uitsluitingsgrond en dat hij voldoet aan de capaciteitsvereisten en aan de normen voor kwaliteitsbeheer en milieubescherming, met uitzondering van informatie waarvan de openbaarmaking in strijd zou zijn met de bepalingen van de wet van de Republiek Litouwen inzake de bescherming van persoonsgegevens of met de verplichtingen van de leverancier uit hoofde van met derden gesloten overeenkomsten;

4) wanneer die informatie betrekking heeft op ondernemers en onderaannemers op wiens capaciteit de leverancier een beroep doet, met uitzondering van informatie waarvan de openbaarmaking in strijd zou zijn met de bepalingen van de wet inzake de bescherming van persoonsgegevens.

3. Indien de aanbestedende dienst twijfels heeft over de vertrouwelijkheid van in de inschrijving van de leverancier vervatte informatie, verzoekt hij de leverancier om aan te tonen dat de betreffende informatie vertrouwelijk is. […]

4. De belanghebbende inschrijvers kunnen de aanbestedende dienst uiterlijk binnen zes maanden na de datum van sluiting van de desbetreffende overeenkomst verzoeken om toegang tot de inschrijving of tot de aanvraag tot deelneming van de ondernemer aan wie de opdracht is gegund (gegadigden, tot de aanvragen van andere leveranciers die zijn uitgenodigd om een inschrijving in te dienen of deel te nemen aan een dialoog). Informatie die gegadigden of inschrijvers als

vertrouwelijk hebben aangemerkt zonder inbreuk te maken op lid 2 van dit artikel, mag evenwel niet worden meegedeeld."

13. Artikel 58 preciseert:

„3. In de in de leden 1 en 2 van dit artikel bedoelde gevallen mag de aanbestedende dienst geen informatie meedelen waarvan de openbaarmaking in strijd is met de regels inzake informatieverstrekking en gegevensbescherming of met het algemeen belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde leverancier of afbreuk zou kunnen doen aan de mededinging tussen leveranciers."

2. Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas

14. Artikel 10^1 van de Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (wetboek van burgerlijke rechtsvordering van de Republiek Litouwen) bepaalt:

„2. Wanneer er redenen zijn om aan te nemen dat een bedrijfsgeheim openbaar zou kunnen worden gemaakt, wijst de rechter, op naar behoren gemotiveerd verzoek van een partij of ambtshalve, in een met redenen omklede beschikking de personen aan die:

1) toegang krijgen tot de delen van het dossier die informatie bevatten die een bedrijfsgeheim vormt of kan vormen, en daarvan uittreksels, duplicaten en kopieën (digitale kopieën) kunnen maken en verkrijgen;

2) kunnen deelnemen aan hoorzittingen achter gesloten deuren waar informatie die een bedrijfsgeheim vormt of kan vormen openbaar kan worden gemaakt, en toegang krijgen tot het proces-verbaal van dergelijke hoorzittingen;

3) een gewaarmerkt afschrift (digitale kopie) kunnen verkrijgen van een vonnis of beschikking waarin informatie is opgenomen die een bedrijfsgeheim vormt of kan vormen.

[…]

4. Bij de toepassing van de in lid 2 van dit artikel vastgestelde beperkingen houdt de rechter rekening met de noodzaak om het recht op rechterlijke bescherming en het recht op een eerlijk proces te waarborgen, met de rechtmatige belangen van de partijen en andere bij de procedure betrokken personen en met de schade die kan voortvloeien uit het al dan niet toepassen van die beperkingen."

II. Feiten, geding en prejudiciële vragen

15. Op 27 september 2018 heeft UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (hierna: „aanbestedende dienst") een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een overheidsopdracht voor diensten betreffende de inzameling van gemeentelijk afval van de gemeente Neringa (Litouwen) en het vervoer ervan naar de verwerkingsinstallaties van de regionale stortplaats Klaipėda (Litouwen). [6]

[6] Volgens punt 3 van de verwijzingsbeslissing blijkt uit de aankondiging van de opdracht dat de voorlopige waarde van de opdracht hoger was dan 750 000 EUR (zonder btw).

16. Op 29 november 2018 is de opdracht gegund aan een combinatie van ondernemers bestaande uit UAB Klaipėdos autobusų parkas, UAB Parsekas en UAB Klaipėdos transportas (hierna: „groep"). UAB Ecoservice Klaipėda (hierna: „Ecoservice") eindigde als tweede.

17. Op 4 december 2018 heeft Ecoservice de aanbestedende dienst verzocht om toegang tot de in de inschrijving van de groep vervatte informatie. Op 6 december 2018 is Ecoservice de niet-vertrouwelijke informatie van die inschrijving meegedeeld.

18. Op 10 december 2018 heeft Ecoservice bij de aanbestedende dienst beroep ingesteld tegen het eindresultaat van de aanbestedingsprocedure, op grond dat de groep niet voldeed aan de aanbestedingseisen.[7] De aanbestedende dienst heeft het beroep op 17 december 2018 verworpen.

19. Op 27 december 2018 heeft Ecoservice bij de Klaipėdos apygardos teismas (rechtbank in eerste aanleg Klaipėda, Litouwen) beroep tegen het besluit van de aanbestedende dienst ingesteld. Samen met haar vordering verzocht Ecoservice om toegang tot alle informatie in de inschrijving van de groep, evenals tot de correspondentie tussen de groep en de aanbestedende dienst.

20. Na het horen van de aanbestedende dienst, die zich verzette tegen het verzoek van Ecoservice, heeft de rechter in eerste aanleg die dienst op 15 januari 2019 gelast om alle gevraagde documenten te overleggen, met uitzondering van de correspondentie met de groep.

21. Op 25 januari 2019 heeft de aanbestedende dienst zowel de vertrouwelijke als niet-vertrouwelijke informatie die was vervat in de inschrijving van de groep overgelegd aan de rechter in eerste aanleg, met het verzoek dat Ecoservice geen toegang werd verleend tot de vertrouwelijke informatie, hetgeen deze rechter heeft aanvaard.

22. Bij twee verzoeken van latere datum heeft Ecoservice diezelfde rechter verzocht om toegang tot: a) de als vertrouwelijk aangemerkte informatie in de inschrijving, en b) de gegevens van de door een van leden van de groep gesloten afvalbeheerovereenkomsten. De rechter in eerste aanleg heeft beide verzoeken afgewezen bij evenzovele beschikkingen, die niet vatbaar waren voor beroep.

23. Bij vonnis van 15 maart 2019 heeft de rechter in eerste aanleg verklaard dat de groep voldeed aan de voor de leveranciers geldende kwalificatievoorwaarden en de vordering van Ecoservice verworpen.

24. Ecoservice heeft hoger beroep tegen het vonnis in eerste aanleg ingesteld bij de Lietuvos apeliacinis teismas (rechter in tweede aanleg van Litouwen), die dat vonnis, evenals het besluit van de aanbestedende dienst, op 30 mei 2019 heeft vernietigd en heeft gelast de inschrijvingen opnieuw te beoordelen.

[7] Concreet voerde zij aan: i) dat de overeenkomsten voor de inzameling en het vervoer van gemengd gemeentelijk afval die de groep had overgelegd om haar financiële en economische draagkracht aan te tonen niet rechtstreeks waren uitgevoerd door leden van die groep, en ii) dat de voertuigen die werden vermeld in de door de groep overgelegde documenten niet voldeden aan de technische specificaties in het bestek.

25. De aanbestedende dienst heeft cassatieberoep ingesteld bij de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken van Litouwen), waarin hij zich beperkte tot het betwisten van de beoordeling van de appelrechter betreffende (het ontbreken van) de technische bekwaamheid van de groep. [8]

26. Op 26 juli 2019 heeft Ecoservice, vóór de indiening van haar verweerschrift in het cassatieberoep, verzocht om inzage in de door de groep voor de rechter in eerste aanleg overgelegde vertrouwelijke documenten „die echt commercieel gevoelige informatie bevatten die onleesbaar was gemaakt".

27. In deze omstandigheden heeft de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas onder andere de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„4) Moeten artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665, waarin het beginsel van de doeltreffendheid van beroepsprocedures is neergelegd, artikel 1, leden 3 en 5, daarvan, artikel 21 van richtlijn 2014/24 en richtlijn 2016/943, in het bijzonder overweging 18 en artikel 9, lid 2, derde alinea, daarvan (samen of afzonderlijk beschouwd, maar niet exhaustief), aldus worden uitgelegd dat wanneer het nationale recht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voorziet in een bindende procedure voor precontentieuze geschillenbeslechting:

a) de aanbestedende dienst de leverancier die de beroepsprocedure heeft ingeleid, alle gegevens van de inschrijving van een andere leverancier (ongeacht het vertrouwelijke karakter ervan) moet verschaffen, als deze procedure specifiek betrekking heeft op de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van de andere leverancier en de leverancier die de procedure heeft ingeleid de aanbestedende dienst vooraf uitdrukkelijk heeft verzocht die te verschaffen;

b) ongeacht het antwoord op de vorige vraag, de aanbestedende dienst, bij verwerping van het beroep van de leverancier inzake de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van zijn concurrent hoe dan ook een duidelijk, volledig en specifiek antwoord moet geven, ongeacht het risico dat de hem toevertrouwde vertrouwelijke informatie over de inschrijving openbaar wordt gemaakt?

5) Moeten artikel 1, lid 1, derde alinea, artikel 1, leden 3 en 5, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665, artikel 21 van richtlijn 2014/24 en richtlijn 2016/943, in het bijzonder overweging 18 ervan (samen of afzonderlijk beschouwd, maar niet exhaustief), aldus worden uitgelegd dat het besluit van de aanbestedende dienst om een leverancier geen toegang te verlenen tot de vertrouwelijke informatie over de inschrijving van een andere deelnemer, een beslissing is waartegen afzonderlijk bij de rechter kan worden opgekomen?

6) Indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665 dan aldus worden uitgelegd dat de leverancier bij de aanbestedende dienst beroep tegen dat besluit moet instellen en zich zo nodig tot de rechter moet wenden?

[8] In de verwijzingsbeslissing (punten 36 en 37) wordt onderstreept dat het cassatieberoep niet is ingesteld door Ecoservice, maar door de aanbestedende dienst, zodat de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas in beginsel slechts hoeft te beoordelen of de groep waaraan de opdracht is gegund beschikt over de vereiste technische bekwaamheid, de enige vraag die door eiseres in cassatie is opgeworpen. Niettemin heeft de rechter ambtshalve besloten de grenzen van het cassatieberoep te overschrijden en zich uit te spreken over andere aspecten van het geding.

7) Indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, moeten artikel 1, lid 1, derde alinea, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665 dan aldus worden uitgelegd dat de leverancier, afhankelijk van de omvang van de beschikbare informatie over de inhoud van de inschrijving van de andere leverancier, bij de rechter een beroep kan instellen dat uitsluitend betrekking heeft op de weigering om hem de informatie te verschaffen, zonder de rechtmatigheid van andere besluiten van de aanbestedende dienst afzonderlijk ter discussie te stellen?

8) Ongeacht het antwoord op de vorige vragen, moet artikel 9, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2016/943 aldus worden uitgelegd dat de rechter, na ontvangst van het verzoek van de verzoekende partij om de wederpartij in het geding te gelasten bewijsmateriaal over te leggen en om dit vervolgens ter beschikking van de verzoekende partij te stellen, een dergelijk verzoek moet toewijzen, ongeacht de gedraging van de aanbestedende dienst in het kader van de aanbestedingsprocedures of de beroepsprocedures?

9) Moet artikel 9, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2016/943 aldus worden uitgelegd dat de rechter, na het verzoek van de verzoekende partij om openbaarmaking van vertrouwelijke informatie van de wederpartij te hebben afgewezen, ambtshalve het belang van de gegevens waarvan om openbaarmaking wordt verzocht, en de gevolgen daarvan voor de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure moet beoordelen?”

III. Procedure bij het Hof

28. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 18 december 2019 ingekomen bij het Hof.

29. Klaipėdos autobusų parkas [9], Ecoservice, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Litouwen en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

30. De partijen hebben schriftelijk geantwoord op de vragen die het Hof hun had gesteld ter vervanging van de mondelinge behandeling.

IV. Beoordeling

A. Inleidende opmerkingen

31. Op verzoek van het Hof zal ik mij beperken tot een analyse van de vierde tot en met de negende prejudiciële vraag. Deze vragen kunnen aan de hand van het voorwerp ervan worden ingedeeld in drie groepen:

– De vierde vraag van de verwijzende rechter ziet op de omvang van de verplichting van de aanbestedende dienst om informatie die door een inschrijver als vertrouwelijk is aangemerkt, geheim te houden bij de behandeling van een beroep dat is ingesteld door een andere inschrijver die toegang tot die informatie wil verkrijgen.

– De vijfde tot en met de zevende vraag hebben betrekking op het beroep bij de rechter tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende weigering van de toegang aan een ondernemer tot door een andere ondernemer ingediende vertrouwelijke informatie.

[9] Een van de leden van de groep.

– Tot slot zien de achtste en negende vraag op de bevoegdheid van de rechter om de vertrouwelijke informatie waarover hij beschikt openbaar te maken en om, in voorkomend geval, ambtshalve de rechtmatigheid van de gunning te onderzoeken.

32. Ik zal mij eerst buigen over de uitlegging van de richtlijnen 2014/24 en 2016/943 in verband met de behandeling van vertrouwelijke informatie. Vervolgens zal ik mijn antwoord op de prejudiciële vragen uiteenzetten, dat verwijzingen naar richtlijn 89/665 zal bevatten.

B. Bescherming van in een openbare aanbestedingsprocedure verstrekte vertrouwelijke informatie

33. Volgens het Hof van Justitie „[omvat] [h]et hoofddoel van de gemeenschapsrechtelijke regels inzake overheidsopdrachten […] de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten […]. Om dat doel te bereiken is het belangrijk dat de aanbestedende diensten geen informatie betreffende procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten openbaar maken waarvan de inhoud kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen […].” [10]

34. Richtlijn 2014/24 bevat diverse regels inzake de openbaarmaking van informatie die in handen van de aanbestedende dienst is. Een van die regels [11] is vervat in artikel 21, dat de bekendmaking van „informatie die [de aanbestedende dienst] door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van – zij het niet uitsluitend – de fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijving” in beginsel [12] verbiedt.

35. In het licht van de argumenten van partijen moet worden bepaald welk type vertrouwelijke informatie door de aanbestedende dienst (en de instanties die zijn besluiten toetsen) volgens richtlijn 2014/24 moet worden beschermd. Later in deze conclusie zal ik de invloed van richtlijn 2016/943 op openbare aanbestedingsprocedures beoordelen.

1. Vertrouwelijke informatie in de zin van richtlijn 2014/24

36. Een letterlijke uitlegging van artikel 21 van richtlijn 2014/24, op zich beschouwd, zou kunnen leiden tot de conclusie dat vertrouwelijke informatie eenvoudigweg de informatie is die door een ondernemer als zodanig wordt aangemerkt. Onder beschermde informatie zou dan in ieder geval de informatie moeten worden verstaan die door een ondernemer „als vertrouwelijk is verstrekt”.

37. Volgens dit uitleggingscriterium zou iedere [13] door de betrokken ondernemer aan de aanbestedende dienst verstrekte informatie waarvoor geen toestemming is gegeven, ongeacht de inhoud ervan, automatisch worden geblokkeerd, in de zin dat die informatie niet openbaar mag worden gemaakt.

[10] Arrest van 14 februari 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, punten 34 en 35; hierna: „arrest Varec”).

[11] Andere bepalingen van richtlijn 2014/24 inzake de bescherming van de vertrouwelijkheid, waarnaar ik later zal verwijzen, hebben betrekking op de bekendmaking van gegunde opdrachten (artikel 50, lid 4) en de informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers (artikel 55). In beide artikelen wordt bepaald dat de informatie niet mag worden meegedeeld indien „de openbaarmaking van dergelijke informatie de rechtshandhaving in de weg zou staan, in strijd zou zijn met het openbare belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde publieke of particuliere ondernemer, of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers”.

[12] Tenzij anders bepaald in de richtlijn zelf of in het nationale recht. Uit artikel 20 van de Litouwse wet inzake overheidsopdrachten blijkt niet dat er een andersluidende nationale bepaling bestaat.

[13] Dit geldt niet voor de Litouwse bepaling, aangezien deze verbiedt dat de inschrijving *als geheel* op vertrouwelijke basis wordt meegedeeld.

38. Deze maximalistische uitlegging kan niet slagen. In artikel 21 van richtlijn 2014/24 worden „de fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijving" vermeld als voorbeelden van informatie die als vertrouwelijk kan worden aangemerkt. Daarmee wordt aangegeven dat die kwalificatie berust op een *objectieve* basis heeft en niet alleen op de *subjectieve* wil van de persoon die de informatie verstrekt.

39. Andere bepalingen van richtlijn 2014/24 (met name artikel 50, lid 4, en artikel 55, lid 3) ondersteunen, in een systematische beschouwing, deze stelling. Volgens deze bepalingen dient de openbaarmaking van de informatie te worden geweigerd wanneer de informatie bijvoorbeeld schade zou berokkenen „aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde publieke of particuliere ondernemer". Opnieuw zijn het objectieve aspecten, en niet de subjectieve, die primeren.

40. Naar mijn mening kent artikel 21 van richtlijn 2014/24, gelezen in de context ervan, de ondernemer derhalve niet de *exclusieve* bevoegdheid toe om, naar eigen inzicht, te bepalen welke informatie als vertrouwelijk moet worden aangemerkt. Op zijn gemotiveerde verzoek ter zake – dat noodzakelijk is als hij de bekendmaking van door hemzelf verstrekte gegevens wil beperken – zal later worden beslist door de aanbestedende dienst (en uiteindelijk door de instantie die de besluiten van de aanbestedende dienst toetst).

41. Een onderzoek van het doel van de bepaling leidt tot hetzelfde resultaat. Indien met deze bepaling, zoals met de overige bepalingen van richtlijn 2014/24, wordt beoogd vervalsing van de mededinging te voorkomen [14], is het logisch om de aanbestedende dienst – en niet unilateraal de betrokken ondernemer – de bevoegdheid te verlenen om vast te stellen welke risico's voor de mededinging voortvloeien uit de openbaarmaking van de beweerdelijk vertrouwelijke informatie. Zijn plicht tot onpartijdigheid en objectiviteit jegens de verschillende inschrijvers maakt de aanbestedende dienst tot de meest geschikte actor om dat oordeel te vellen.

42. Op die manier kan de aanbestedende dienst bovendien waarborgen dat alle ondernemers „op gelijke en niet-discriminerende wijze" worden behandeld, in overeenstemming met de leidende beginselen bij het plaatsen van overheidsopdrachten.

2. Toepasselijkheid van richtlijn 2016/943

43. De verwijzende rechter verzoekt om een uitlegging van artikel 9 van richtlijn 2016/943, in samenhang met overweging 18 van diezelfde richtlijn, omdat de beslissende factor voor het verlenen van toegang tot bepaalde informatie zou zijn of die informatie al dan niet een bedrijfsgeheim vormt. [15]

44. Ik moet er evenwel aan herinneren dat volgens artikel 21 van richtlijn 2014/24 de bescherming zich niet beperkt tot „bedrijfsgeheimen", maar ook onder meer ziet op „de vertrouwelijke aspecten van de inschrijving". Ook informatie die niet als bedrijfsgeheim in strikte zin kan worden aangemerkt, kan dus onder die bepaling vallen: de twee begrippen zijn niet gelijk aan elkaar.

[14] Zie punt 33 van deze conclusie.

[15] Punten 64 e.v. van de verwijzingsbeslissing.

45. Hoe dan ook ziet richtlijn 2016/943, die ten doel heeft om „niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) [te beschermen] tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan", op de tegenovergestelde situatie als die welke aan de orde is in de onderhavige zaak. In casu gaat het juist om de niet-openbaarmaking van bepaalde vertrouwelijke informatie, die de aanbestedende dienst weigert te verstrekken aan de ondernemer die daarom verzoekt.

46. Ik ben het derhalve eens met de Commissie [16] dat artikel 9 van richtlijn 2016/943 niet van toepassing is op deze zaak, aangezien die bepaling betrekking heeft op gerechtelijke procedures die worden gevoerd in verband met het *onrechtmatig* verkrijgen, gebruiken en openbaar maken van een bedrijfsgeheim. [17]

47. Bovendien is richtlijn 2014/24 de lex specialis die de openbaarmaking van door ondernemers in het kader van een openbare aanbesteding verstrekte informatie regelt.

48. Dit wordt bevestigd door overweging 18 van richtlijn 2016/943, waarin wordt gewezen op de vertrouwelijkheidsverplichtingen van overheidsinstanties ten aanzien van „informatie die in het kader van aanbestedingsprocedures aan aanbestedende diensten is verstrekt, zoals bijvoorbeeld bepaald in […] richtlijn 2014/24 […]".

49. Richtlijn 2016/943 verwijst dus zelf naar de regeling van richtlijn 2014/24 voor de regels inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie op dit gebied. Wanneer een aanbestedende dienst in het kader van de rechtmatige uitoefening van zijn bevoegdheden dat soort informatie openbaar maakt, daartoe gerechtigd door richtlijn 2014/24, vormt dit een van de gevallen van niet-toepassing van richtlijn 2016/943 zoals bedoeld in artikel 1, lid 2, en artikel 3, lid 2, van laatstgenoemde richtlijn.

50. Het antwoord op de vragen van de verwijzende rechter over de bescherming van de vertrouwelijkheid moet derhalve worden gebaseerd op de uitlegging van richtlijn 2014/24. Richtlijn 2016/943 kan worden gehanteerd als een bijkomende referentie, omdat daarmee een verwant domein wordt bestreken, maar kan niet de doorslaggevende tekst vormen.

C. Vierde prejudiciële vraag

51. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen:

– in de eerste plaats [onder a)], of de aanbestedende dienst een inschrijver die bij hem opkomt tegen de beoordeling van de inschrijvingen, *alle* gegevens van de inschrijving van de geselecteerde inschrijver moet verstrekken wanneer de inschrijver die de procedure heeft ingeleid de aanbestedende dienst vooraf heeft verzocht die gegevens te verstrekken;

– in de tweede plaats [onder b)], of de aanbestedende dienst, in geval van verwerping van het beroep, „een duidelijk, volledig en specifiek antwoord moet geven", ook als dat het risico met zich meebrengt dat de hem toevertrouwde vertrouwelijke informatie over de inschrijving openbaar wordt gemaakt.

16 Punten 70-75 van haar schriftelijke opmerkingen.

17 Dit blijkt tevens uit de overwegingen 13 en 24 van richtlijn 2016/943.

52. De verwijzende rechter legt uit dat het nationale recht voorziet in „een bindende procedure voor precontentieuze geschillenbeslechting", waarin de aanbestedende dienst zelf de beslissing geeft.

1. Vierde vraag, onder a)

53. Zoals ik reeds heb opgemerkt, moet de aanbestedende dienst bepalen welke elementen van de door de inschrijver overgelegde informatie, waaronder die welke door die inschrijver als vertrouwelijk zijn aangemerkt, daadwerkelijk dat karakter hebben. Die bevoegdheid komt ook toe aan de instantie die in de fase van het beroep belast is met de toetsing van het handelen van de aanbestedende dienst.

54. De bescherming van vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen moet aldus worden toegepast dat zij zich verdraagt „met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en met de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen […], en [op zodanige wijze] dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt". [18]

55. Het handhaven van dit evenwicht houdt om te beginnen in dat het verzoek aan of het instellen van beroep bij de aanbestedende dienst niet impliceert dat de aanbestedende dienst de verzoeker automatisch alle informatie moet verstrekken die is vervat in de inschrijving van de ondernemer aan wie de opdracht is gegund. [19] Evenmin impliceert dit dat de aanbestedende dienst systematisch moet weigeren om die informatie te verstrekken. [20] De aanbestedende dienst zal zijn besluit moeten vaststellen in het licht van de gronden van het verzoek – of, in voorkomend geval, van het beroep – en van de aard van de gevraagde gegevens.

56. Ik herhaal dat de aanbestedende dienst die bevoegdheden zowel uitoefent wanneer hij optreedt in antwoord op een gemotiveerd verzoek om openbaarmaking van vertrouwelijke informatie als wanneer hij uitspraak doet op een beroep (in de zin van artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665) [21] tegen het besluit om die openbaarmaking al dan niet toe te staan of tegen het gunningsbesluit dat is vastgesteld na de beoordeling van de inschrijvingen.

57. De vierde prejudiciële vraag, onder a), van de verwijzende rechter betreft de rol van de aanbestedende dienst in „een beroepsprocedure". Bij de afwikkeling daarvan heeft die aanbestedende dienst tot taak een evenwicht te vinden tussen de bescherming van de vertrouwelijkheid en het recht op een doeltreffende beroepsmogelijkheid in de zin van richtlijn 89/665.

18 Arrest Varec, punt 52.

19 Ibidem, punt 40: „In deze hypothese zou het enkele indienen van een beroep toegang verschaffen tot informatie die zou kunnen worden gebruikt om de mededinging te vervalsen of om schade toe te brengen aan de rechtmatige belangen van economische subjecten die hebben deelgenomen aan de betrokken procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht. Deze mogelijkheid zou economische subjecten er zelfs toe kunnen aanzetten om beroepen in te dienen met de uitsluitende bedoeling om zakengeheimen van hun concurrenten te achterhalen."

20 Volgens de verwijzingsbeslissing is in Litouwen de gebruikelijke praktijk „bij overheidsopdrachten, die de cassatierechter stelselmatig tracht te beperken", dat verzoekers de toegang tot de door inschrijvers overgelegde informatie wordt geweigerd.

21 Artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665 staat toe dat het nationale recht van een lidstaat voorziet in een dergelijk *beroep*, dat feitelijk een door de aanbestedende dienst zelf uitgevoerde heroverwegingsprocedure is. In de verwijzingsbeslissing wordt verklaard dat die procedure in Litouwen een bestuursrechtelijk karakter heeft.

58. Bijgevolg moet de aanbestedende dienst het belang en de redenen van de persoon die kennis van de (door een concurrerende inschrijver verstrekte) vertrouwelijke informatie wenst te nemen, afwegen tegen de noodzaak om de vertrouwelijkheid van die gegevens te beschermen. Indien nodig kan hij de betrokken ondernemer verzoeken om toe te lichten waarom de kwalificatie van bepaalde informatie als vertrouwelijk geheel of gedeeltelijk moet worden gehandhaafd.

59. Het antwoord van de aanbestedende dienst op dat *beroep*, ook wanneer daarbij de „rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving" wordt aangevochten, zal met redenen moeten worden omkleed. Dat antwoord hoeft – ik herhaal – niet noodzakelijkerwijs in te houden dat „alle" gegevens van de inschrijving van de andere inschrijver aan de verzoeker worden verstrekt, maar zal daarentegen afhangen van de vraag of de aanbestedende dienst het gerechtvaardigd acht om de vertrouwelijkheid van de informatie die hem ter beschikking is gesteld, geheel of gedeeltelijk te handhaven.

2. Vierde vraag, onder b)

60. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de aanbestedende dienst bij verwerping van het beroep van een inschrijver tegen het resultaat van de beoordeling „een duidelijk, volledig en specifiek antwoord moet geven, ongeacht het risico dat de hem toevertrouwde vertrouwelijke informatie over de inschrijving openbaar wordt gemaakt".

61. Het antwoord op deze vraag kan worden afgeleid uit het antwoord dat is gegeven op de onder a) gestelde prejudiciële vraag.

62. Bij het motiveren van de beslissing tot verwerping van een bij hem ingesteld beroep moet de aanbestedende dienst de rechten van zowel de verzoeker als de andere partij (de geselecteerde inschrijver, tot wiens informatie zijn antagonist toegang wenst te verkrijgen) eerbiedigen. De aanbestedende dienst zal de redenen van zijn handelen moeten uitleggen, waardoor de latere toetsing van zijn beslissingen zal worden vergemakkelijkt.

63. Het feit dat de beslissing van de aanbestedende dienst „duidelijk en specifiek" moet zijn, betekent niet noodzakelijkerwijs en automatisch dat deze beslissing *alle* in de inschrijving verstrekte vertrouwelijke gegevens moet omvatten. Dat zal alleen het geval zijn als de aanbestedende dienst, na alle belangen tegen elkaar te hebben afgewogen [22], bepaalde belangen laat prevaleren boven andere.

D. Vijfde, zesde en zevende prejudiciële vraag

64. Van deze drie prejudiciële vragen, die gezamenlijk dienen te worden onderzocht, heeft de vijfde vraag betrekking op de mogelijkheid om „afzonderlijk op te komen" tegen het besluit van de aanbestedende dienst om geen toegang tot de vertrouwelijke informatie te verlenen. De zesde en de zevende vraag lijken van die premisse uit te gaan.

[22] Artikel 9 van richtlijn 2016/943 verwijst eveneens naar het evenwicht tussen bescherming van de vertrouwelijkheid van de informatie en rechtsbescherming.

65. Uit de verwijzingsbeslissing[23] blijkt evenwel niet duidelijk dat Ecoservice *afzonderlijk* (of autonoom) daartegen is opgekomen nadat de aanbestedende dienst had besloten haar uitsluitend de niet-vertrouwelijke informatie die is vervat in de inschrijving van de groep te doen toekomen.[24]

66. Uit het feitenrelaas in de verwijzingsbeslissing blijkt dat Ecoservice zowel de aanbestedende dienst als later de rechter in eerste aanleg (in dit geval tezamen met haar vordering) heeft verzocht om de openbaarmaking van alle door de groep verstrekte informatie te gelasten. Te betwijfelen valt derhalve of dat verzoek kan worden opgevat als een *autonoom* beroep in bovenbedoelde zin.

67. Die omstandigheid hoeft zich nochtans niet te vertalen in de niet-ontvankelijkheid van de vijfde, de zesde en de zevende vraag, aangezien het Hof een vermoeden van relevantie laat rusten op verzoeken om een prejudiciële beslissing.

68. De ontvankelijkheid van die vragen is verdedigbaar indien de verwijzende rechter meent dat Ecoservice bij de aanbestedende dienst en bij de rechter in eerste aanleg afzonderlijk was opgekomen of kon of moest opkomen tegen de weigering om haar de informatie te verstrekken.

69. Op basis van deze premisse wordt:

– met de vijfde vraag gevraagd naar de mogelijkheid om afzonderlijk bij de rechter op te komen tegen het besluit van de aanbestedende dienst om de vertrouwelijke informatie niet openbaar te maken;

– met de zesde vraag, die uitgaat van het bestaan van die mogelijkheid, gevraagd of de ondernemer „bij de aanbestedende dienst beroep moet instellen" tegen het besluit van de aanbestedende dienst tot afwijzing van zijn verzoek om toegang tot de vertrouwelijke informatie;

– met de zevende vraag, tot slot, gevraagd of in geval van een bevestigend antwoord op de voorgaande vragen, de ondernemer „bij de rechter een beroep kan instellen dat uitsluitend betrekking heeft op de weigering om hem de [gevraagde] informatie te verschaffen".

70. Uitgangspunt voor de beantwoording van deze vragen is de algemene bepaling van artikel 1, lid 1, laatste alinea, van richtlijn 89/665. Het in die bepaling bedoelde toezicht betreft alle besluiten van de aanbestedende dienst waarin het Unierecht op dit gebied wordt toegepast.[25]

[23] In de punten 64-76 van die verwijzingsbeslissing zet de verwijzende rechter uiteen waarom hij de vierde tot en met de negende vraag stelt. Die redenen corresponderen echter niet altijd precies met de strekking van de desbetreffende vragen.

[24] Zoals aangevoerd door Klaipėdos autobusų parkas in haar schriftelijke opmerkingen, punten 81 en 82.

[25] Arrest van 5 april 2017, Marina del Mediterráneo e.a. (C-391/15, EU:C:2017:268), punt 26: „Artikel 1, lid 1, van voormelde richtlijn veronderstelt door het gebruik van de bewoordingen ‚met betrekking tot [procedures voor het plaatsen van] opdrachten', dat ieder besluit van een aanbestedende dienst dat valt onder de uit het recht van de Unie voortvloeiende regels inzake overheidsopdrachten en dat tegen die regels kan indruisen, aan het in artikel 2, lid 1, onder a) en b), van die richtlijn bedoelde rechterlijk toezicht is onderworpen."

71. Tot de besluiten van de aanbestedende dienst die vatbaar zijn voor toetsing behoren, logischerwijze, die betreffende de gunning van de opdracht door de keuze voor een van de inschrijvingen, maar ook besluiten van andere aard (zoals die betreffende de vaststelling of afwijzing van voorlopige maatregelen) die van invloed zijn op de rechtspositie van de betrokkenen. [26]

72. Een van de besluiten waarin de aanbestedende dienst het Unierecht (in concreto artikel 21 van richtlijn 2014/24) toepast, waardoor zij het voorwerp van een eventueel beroep kunnen worden, is het besluit om bepaalde informatie als vertrouwelijk te beschouwen en de openbaarmaking ervan te verbieden, of om die openbaarmaking geheel of gedeeltelijk toe te staan.

73. Richtlijn 89/665 bepaalt „niet uitdrukkelijk vanaf welk moment de beroepsmogelijkheid waarin zij in artikel 1, lid 1, voorziet openstaat". [27] Wat het Hof voorstaat, is dat wordt gewaarborgd dat er op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen besluiten van de aanbestedende dienst.

74. De Uniewetgever heeft de lidstaten de taak toebedeeld om de „modaliteiten" van de beroepsprocedures tegen de besluiten van aanbestedende diensten te specificeren (artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665). [28]

75. Ook beschikken de lidstaten, binnen de grenzen van artikel 2 van richtlijn 89/665, over de mogelijkheid om die beroepen toe te vertrouwen aan rechterlijke instanties in strikte zin of aan instanties van andere aard. [29] Uit de verwijzingsbeslissing kan echter worden afgeleid dat in Litouwen de behandeling van beroepen tegen besluiten van de aanbestedende dienst, waaronder besluiten die door die dienst worden vastgesteld in het kader van de precontentieuze procedure, is toevertrouwd aan rechterlijke instanties.

76. De lidstaten kunnen dus in beginsel het beroep tegen besluiten van de aanbestedende dienst regelen door te voorzien in de instelling ervan zowel op gebundelde wijze als afzonderlijk (dat wil zeggen afzonderlijk van het hoofdberoep). Geen van beide mechanismen wordt opgelegd of uitgesloten door richtlijn 89/665.

77. Indien de lidstaten in het kader van hun procedurele autonomie de voorkeur geven aan gebundelde betwisting, zullen zij dat moeten doen zonder afbreuk te doen aan de doelstellingen van richtlijn 89/665 aangaande de noodzakelijke doeltreffendheid en snelheid. Daarenboven dienen zij in aanmerking te nemen:

– dat volgens de richtlijn „de lidstaten […] aan de uitoefening van het recht van beroep niet de voorwaarde [mogen] koppelen dat de openbare aanbestedingsprocedure formeel een bepaald stadium heeft bereikt"; [30]

[26] Ibidem, punt 27. Het Hof hanteert „een ruime opvatting van het begrip ‚besluit' van een aanbestedende dienst[, die] bevestiging [vindt] in het feit dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 in geen enkele beperking voorziet ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten".

[27] Ibidem, punt 31.

[28] Ibidem, punt 32: „Bij gebreke van regels van de Unie die bepalen vanaf welk moment beroep moet kunnen worden ingesteld, is het overeenkomstig vaste rechtspraak een aangelegenheid van het nationale recht, de gerechtelijke procedure ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen te regelen", met de beperkingen die inherent zijn aan de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.

[29] Artikel 2, lid 9, voorziet in de mogelijkheid dat de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen rechterlijke instanties zijn, maar dat er „onafhankelijke instanties" worden ingesteld die bestaan uit leden met, op sommige punten, een vergelijkbare status als die van rechters.

[30] Arrest van 5 april 2017, Marina del Mediterráneo e.a. (C-391/15, EU:C:2017:268, punt 31).

– dat, afhankelijk van de kenmerken ervan, „het in strijd met de bepalingen van richtlijn 89/665 [is] dat de inschrijver op grond van een nationale wettelijke regeling […] hoe dan ook moet wachten totdat de betrokken opdracht is gegund alvorens beroep te kunnen instellen tegen de toelating van een andere inschrijver”. [31]

78. De doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid kunnen gemakkelijker worden verwezenlijkt via het mechanisme van „afzonderlijke betwisting” waar de verwijzende rechter op doelt. Een dergelijk beroep kan, behalve aan het vereiste van snelheid, ook tegemoetkomen aan het vereiste van doeltreffendheid door toe te staan dat het (hoofd)beroep tegen het besluit ten gronde (dat wil zeggen het beroep tegen de gunning) plaatsvindt nadat de informatie die noodzakelijk is voor een doeltreffende verdediging van het recht van de betrokkene, is verkregen. [32]

79. Daar zou tegen in kunnen worden gebracht dat autonome beroepen het risico met zich brengen dat de afronding van de procedure voor de selectie van een inschrijver vertraging oploopt. Volgens het Hof wordt dat bezwaar weerlegd doordat het ziet op „[…] de rechtvaardiging van de redelijke vervaltermijnen voor beroepen tegen aanvechtbare besluiten, en niet [op] de uitsluiting van een autonoom beroep”. [33]

80. Aangezien autonome betwisting in overeenstemming met richtlijn 89/665 is, staat in beginsel niets eraan in de weg dat een nationale bepaling die toestaat.

81. Indien het nationale recht daarentegen vereist dat het besluit over de vertrouwelijkheid tezamen met dat inzake de gunning van de opdracht wordt aangevochten, moet de rechter beoordelen of met dat vereiste de nuttige werking van richtlijn 89/665, wat de snelheid en de doeltreffendheid van dat beroepsmechanisme betreft, in gelijke mate wordt behouden.

82. De procedurele autonomie van de lidstaten strekt zich ook uit tot de – facultatieve – instelling van een voorafgaand beroep bij de aanbestedende dienst. Artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665 verzet zich er niet tegen dat een nationale regeling voorschrijft „dat de betrokkene eerst beroep instelt bij de aanbestedende dienst”.

83. Artikel 2 van richtlijn 89/665 bevat de voorschriften voor de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures, ongeacht of die procedure eerst wordt ingesteld bij de aanbestedende dienst dan wel nadien bij een toetsende (in dit geval rechterlijke) instantie.

84. In het licht van deze overwegingen ben ik van mening dat richtlijn 89/665 er niet aan in de weg staat:

– dat afzonderlijk bij de rechter wordt opgekomen tegen het besluit van de aanbestedende dienst om de vertrouwelijke informatie die in de inschrijving van een deelnemer aan de aanbestedingsprocedure is verstrekt, niet openbaar te maken;

– dat de nationale regeling de betrokkene de verplichting oplegt om eerst beroep bij de aanbestedende dienst in te stellen tegen het besluit van laatstgenoemde tot afwijzing van zijn verzoek om toegang tot de vertrouwelijke informatie;

[31] Ibidem, punt 34.

[32] Ecoservice heeft op 4 december 2018 verzocht om toegang tot de informatie om haar beroep tegen het gunningsbesluit te kunnen voorbereiden.

[33] Arrest van 5 april 2017, Marina del Mediterráneo e.a. (C-391/15, EU:C:2017:268, punt 35).

– dat de betrokkene bij de rechter uitsluitend opkomt tegen de weigering om hem de gevraagde informatie te verstrekken.

E. Achtste en negende prejudiciële vraag

85. Deze vragen betreffen de uitlegging van artikel 9, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2016/943. Zoals ik reeds heb opgemerkt, ben ik evenwel van mening dat richtlijn 2016/943 niet rechtstreeks van toepassing is op deze zaak.

86. Het is echter mogelijk om op grond van richtlijn 89/665 een nuttig antwoord aan de verwijzende rechter te geven.

87. Beide vragen betreffen de gedragslijn die de aangezochte rechter dient te volgen in verband met a) het in aanmerking nemen van het eerdere handelen van de aanbestedende dienst (achtste vraag), en b) het ambtshalve beoordelen van de gegevens waarvan om openbaarmaking wordt verzocht (negende vraag).[34]

88. De aanbestedende dienst moet besluiten of de door een inschrijver in zijn inschrijving verstrekte vertrouwelijke informatie openbaar moet worden gemaakt. Dat besluit (of het latere besluit waarbij de aanbestedende dienst het voorgaande besluit zelf bevestigt in een beroepsprocedure overeenkomstig het nationale recht) is vatbaar voor beroep volgens de voorschriften van artikel 2 van richtlijn 89/665.

89. Indien, zoals hier het geval is, de toetsing toekomt aan een rechter, moet deze in staat zijn om de besluiten van de aanbestedende dienst volledig te beoordelen. Wanneer de rechter van oordeel is dat die besluiten onrechtmatig zijn, kan hij die derhalve geheel of gedeeltelijk vernietigen.

90. Wanneer een van de besluiten van de aanbestedende dienst die door de rechter dienen te worden getoetst, strekt tot weigering om bepaalde informatie van een inschrijving openbaar te maken, kan de aangezochte rechter die weigering gegrond of ongegrond verklaren.

91. Alvorens uitspraak te doen, in welke zin ook, zal die rechter rekening moeten houden met „de gedraging van de aanbestedende dienst in het kader van de aanbestedingsprocedures of de beroepsprocedures” (in de verwijzingsbeslissing gehanteerde formulering).

92. Uiteraard betekent dat niet dat de aangezochte rechter gebonden is aan de gedraging van de aanbestedende dienst waarvan hij de rechtmatigheid moet beoordelen. Indien de rechter de bevoegdheid zou worden ontzegd om besluiten van de aanbestedende dienst te wijzigen of, in voorkomend geval, te vernietigen, zou dit betekenen dat zuiver administratieve besluiten van die aanbestedende dienst een kracht genieten die gelijkwaardig is aan kracht van gewijsde, in strijd met het recht op rechterlijke bescherming en het stelsel van waarborgen van richtlijn 89/665.

[34] De verwijzende rechter erkent dat hij als „cassatierechter […] in beginsel enkel uitspraak [hoeft] te doen over de door verwerende partij in haar cassatieberoep opgeworpen vragen, namelijk of de technische bekwaamheid van inschrijver B aan de eisen voldoet”. In casu overweegt de verwijzende rechter evenwel om „ambtshalve de grenzen van het beroep te verlaten en uitspraak te doen over andere aspecten van het geschil tussen partijen, […] niet alleen op grond van de bescherming van het algemeen belang, maar ook op grond van de bijzondere omstandigheden van de onderhavige zaak, waarin verzoekende partij tijdens de precontentieuze fase en de procedure in wezen niet de informatie heeft gekregen waartoe zij toegang wenste” (punten 36 en 37 van de verwijzingsbeslissing).

93. De weigering om de gevraagde informatie te verstrekken, op grond dat die niet openbaar mag worden gemaakt, belet de aangezochte rechter niet om „het belang van de gegevens waarvan om openbaarmaking wordt verzocht" te analyseren.

94. In het kader van die analyse zal hij toegang hebben tot het volledige dossier, met inbegrip van de vertrouwelijke informatie. Het Hof heeft in dit verband reeds verklaard dat de „voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie noodzakelijkerwijs [moet] kunnen beschikken over de informatie, daaronder begrepen de vertrouwelijke informatie en de zakengeheimen, die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen". [35]

95. Of die analyse ambtshalve of alleen op verzoek van een partij kan worden verricht, is – nogmaals – afhankelijk van de bevoegdheden die het nationale recht in het kader van procedures van rechterlijke toetsing aan elk van de bevoegde instanties verleent.

F. Conclusie

96. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de vierde tot en met de negende prejudiciële vraag van de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 21, 50 en 55 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG vereisen niet noodzakelijkerwijs dat de aanbestedende dienst een deelnemer aan de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht die bij hem opkomt tegen de beoordeling van de inschrijvingen, *alle* gegevens van de inschrijving van de geselecteerde inschrijver verstrekt.

Wanneer de aanbestedende dienst uitspraak doet op het beroep tegen het besluit houdende beoordeling van de inschrijvingen, moet hij zijn antwoord motiveren door zijn beslissing met redenen te omkleden, zodat deze beslissing op doeltreffende wijze kan worden aangevochten bij een beroepsinstantie. De motiveringsplicht brengt op zichzelf niet mee dat de aanbestedende dienst de aan hem toevertrouwde vertrouwelijke informatie openbaar moet maken wanneer hij een dergelijke openbaarmaking ongepast acht.

2) De artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken dienen aldus te worden uitgelegd dat zij niet eraan in de weg staan:

– dat afzonderlijk bij de rechter wordt opgekomen tegen het besluit van de aanbestedende dienst om de vertrouwelijke informatie die in de inschrijving van een deelnemer aan de aanbestedingsprocedure is verstrekt, niet openbaar te maken;

– dat de nationale regeling de betrokkene de verplichting oplegt om eerst beroep bij de aanbestedende dienst in te stellen tegen het besluit van laatstgenoemde tot afwijzing van het verzoek om toegang tot de vertrouwelijke informatie;

– dat de betrokkene bij de rechter uitsluitend opkomt tegen de weigering om hem de gevraagde informatie te verstrekken.

[35] Arrest Varec, punt 53.

3) De artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665 dienen aldus te worden uitgelegd dat de instantie die bevoegd is om de besluiten van de aanbestedende dienst te toetsen:

– de bevoegdheid moet hebben om de besluiten van de aanbestedende dienst inzake de openbaarmaking van de aan deze dienst ter beschikking gestelde vertrouwelijke informatie te vernietigen en om, in voorkomend geval, te gelasten dat die informatie aan de verzoeker wordt verstrekt;

– ingeval het nationale recht dit toestaat, de rechtmatigheid van de handelingen van de aanbestedende dienst ambtshalve kan beoordelen, rekening houdend met de vertrouwelijke informatie die haar ter beschikking is gesteld."