

Jurisprudentie – II. Aanbestedingsrecht

TBR 2022/47

**HvJ EU, 7 september 2021, C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700
(Vertrouwelijkheid inschrijvingsstukken)**

(S. Rodin, F. Biltgen, L. S. Rossi, I. Jarukaitis en N. Jääskinen)

**Richtlijn 2014/24: art. 18, 21, 42, 50, 55, 56, 57, 58, 60, 63, 70;
Richtlijn 89/665: art. 1, 2; Richtlijn 2016/943: art. 1, 3, 4, 9;
Richtlijn 2007/66; Aanbestedingswet 2012: art. 2.57, 2.104,
2.138**

Prejudiciële verwijzing. Vertrouwelijke informatie.
Inschrijvingsstukken. Bewijsmiddelen. Motiveringsplicht.

Met gastnoot J.S.O. den Houting en E. Touwen, Red.¹

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

32. Bij op 27 september 2018 bekendgemaakte aankondiging van openbare oproep tot mededinging heeft de aanbestedende dienst een internationale openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een opdracht betreffende de inkoop van diensten betreffende de inzameling van gemeentelijk afval van de gemeente Neringa (Litouwen) en het vervoer ervan naar de verwerkingsinstallaties van de stortplaats van de regio Klaipėda (Litouwen).

33. De aanbestedende dienst heeft in deze aankondiging technische specificaties opgenomen. Deze dienst heeft met name bepaald dat de dienstverrichter gebruik moet maken van voertuigen voor de inzameling van gemeentelijk afval die ten minste voldoen aan de norm Euro 5 en zijn uitgerust met een vaste, permanent ingeschakelde zender voor geolocatie (GPS, global positioning system – wereldwijd lokaliseringssysteem), zodat de aanbestedende dienst de exacte locatie en route van het voertuig kan bepalen.

34. De aankondiging bevatte eveneens een beschrijving van de voor uitvoering van de opdracht nodige technische en vakbekwaamheid van de inschrijvers, en een beschrijving van hun financiële en economische draagkracht. In dit verband preciseerde de aankondiging dat elke inschrijver een vormvrije verklaring moest indienen dat zijn gemiddelde jaaromzet uit de inzameling en het vervoer van gemengd gemeentelijk afval over de drie voorgaande boekjaren, of sinds zijn oprich-

ting als dat minder dan drie boekjaren geleden was, minstens 200 000 EUR (exclusief belasting over de toegevoegde waarde) bedroeg.

35. De aanbestedende dienst heeft drie inschrijvingen ontvangen, waaronder die van Ecoservice en van de Combinatie.

36. Op 29 november 2018 heeft de aanbestedende dienst de inschrijvers de beoordeling van de inschrijvingen en de definitieve ranglijst daarvan meegedeeld. De opdracht is gegund aan de Combinatie, op grond dat diens inschrijving een lagere prijs had. Ecoservice was als tweede gerangschikt.

37. Op 4 december 2018 heeft Ecoservice de aanbestedende dienst krachtens artikel 20, lid 4, van de wet inzake overheidsopdrachten verzocht om toegang tot de gegevens op grond waarvan deze de ranglijst had opgesteld, en met name in de inschrijving van de Combinatie.

38. Op 6 december 2018 heeft Ecoservice kennis kunnen nemen van de niet-vertrouwelijke informatie uit deze inschrijving.

39. Op 10 december 2018 heeft Ecoservice bij de aanbestedende dienst bezwaar aangetekend tegen het resultaat van de aanbestedingsprocedure, op grond dat de Combinatie niet beschikte over de vereiste kwalificaties. Ecoservice betoogde ten eerste dat geen van de leden van de Combinatie in de voorgaande drie jaren overeenkomsten voor inzameling en vervoer van gemengd gemeentelijk afval ten belope van 200 000 EUR kon hebben uitgevoerd. Ecoservice preciseerde in dit verband dat, aangezien Parsekas geen diensten voor het beheer van gemengd gemeentelijk afval verrichtte, de aanbestedende dienst haar had moeten vragen om toelichting bij haar verklaring dat zij overeenkomsten voor het beheer van gemengd afval ten belope van 235 510,79 EUR had uitgevoerd. Ecoservice voerde ten tweede aan dat de Combinatie niet beschikte over de vereiste technische bekwaamheid.

40. Op 17 december 2018 heeft de aanbestedende dienst dit bezwaar afgewezen en daarbij volgens de verwijzende rechter kortweg aangegeven dat de Combinatie had voldaan aan de twee kwalificatievoorwaarden waarop het bezwaar van Ecoservice betrekking had.

¹ Elja Touwen en Jørgen den Houting zijn beiden advocaat bij Roze-
mond Advocaten.

41. Op 27 december 2018 heeft Ecoservice bij de Klaipėdos apygardos teismas (rechter in eerste aanleg Klaipėda, Litouwen) beroep ingesteld tegen dit besluit, met name om de aanbestedende dienst ertoe te verplichten de inschrijving van de Combinatie en de correspondentie tussen de Combinatie en de aanbestedende dienst over te leggen. Ecoservice betoogde dat alle bewijsmiddelen aan de rechter moesten worden overgelegd, ongeacht de vertrouwelijke aard ervan, en voerde aan dat zij voor het nader formuleren van haar eigen vordering diende te beschikken over deze documenten, waarvan sommige niet vertrouwelijk waren.

42. Bij beschikking van 3 januari 2019 heeft deze rechter de aanbestedende dienst gelast om alle gevraagde documenten aan Ecoservice te doen toekomen.

43. Bij memorie van 11 januari 2019, ingediend na het genoemde bevel, heeft de aanbestedende dienst in de eerste plaats betoogd dat hij in het kader van de beoordeling van het bezwaar de Combinatie had verzocht om verduidelijking met betrekking tot de afvalbeheerovereenkomsten die deze had gesloten. De Combinatie zou de gevraagde informatie hebben verstrekt, waarbij zij had aangegeven dat een groot deel ervan vertrouwelijk was en daarom moest worden beschermd tegen bekendmaking aan derden. De aanbestedende dienst was bovendien van mening dat de gegevens van commerciële waarde waren voor de Combinatie en dat bekendmaking ervan aan concurrenten de Combinatie schade kon veroorzaken, zodat hij deze niet aan de rechter heeft meegedeeld om geen inbreuk te maken op artikel 20 van de wet inzake overheidsopdrachten. Hij heeft dus slechts de niet-vertrouwelijke informatie uit de inschrijving van de Combinatie overgelegd en daarbij aangegeven dat de vertrouwelijke informatie aan de rechter zou worden voorgelegd als deze er nogmaals om zou vragen.

44. In de tweede plaats verzocht de aanbestedende dienst om verwerping van het beroep, op grond dat hij dankzij de aanvullende verduidelijking die hij van de Combinatie had ontvangen en het bezoek aan het kantoor van de Combinatie kon bevestigen dat de betreffende inschrijving correct was beoordeeld.

45. Bij beschikking van 15 januari 2019 heeft de Klaipėdos apygardos teismas de verplichting tot overlegging van documenten beperkt tot de inschrijving van de Combinatie, met de bijlagen daarbij, en gelast deze uiterlijk 25 januari 2019 over te leggen.

46. Op 25 januari 2019 heeft de aanbestedende dienst de gevraagde documenten overgelegd aan deze rechter en daarbij onderscheid

gemaakt naargelang deze al dan niet vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke informatie bevatten. De informatie die de Combinatie als vertrouwelijk had aangemerkt, zonder te zijn tegengesproken door de aanbestedende dienst, was uitsluitend aan de rechter gericht. De aanbestedende dienst zou de rechter overigens hebben verzocht om Ecoservice geen toegang te verlenen tot de vertrouwelijke informatie uit de inschrijving van de Combinatie en deze informatie aan te merken als niet-openbare delen van het dossier.

47. Bij beschikking van 30 januari 2019 heeft de rechter in eerste aanleg gehoor gegeven aan het verzoek van de aanbestedende dienst om de informatie uit de inschrijving van de Combinatie die hem waren overgelegd als vertrouwelijk aan te merken en niet openbaar te maken.

48. Op 14 februari 2019 heeft deze rechter, bij een niet voor beroep vatbare beschikking, het verzoek van Ecoservice van 11 februari 2019 om toegang tot het gehele dossier, afgewezen.

49. Op 21 februari 2019 heeft de rechter, bij een niet voor beroep vatbare beschikking, het verzoek van Ecoservice van 12 februari 2019 afgewezen. Dit verzoek strekte ertoe, Parsekas te gelasten om informatie betreffende door Parsekas gesloten afvalbeheerovereenkomsten over te leggen.

50. Bij vonnis van 15 maart 2019 heeft de Klaipėdos apygardos teismas het beroep van Ecoservice afgewezen, op grond dat de Combinatie de vereiste kwalificaties bezat.

51. De Lietuvos apeliacinis teismas (rechter in tweede aanleg, Litouwen), waarbij Ecoservice hoger beroep heeft ingesteld, heeft bij arrest van 30 mei 2019 het vonnis van de rechter in eerste aanleg vernietigd en het besluit van de aanbestedende dienst tot rangschikking van de inschrijvingen nietig verklaard. De appelrechter heeft de aanbestedende dienst daarnaast gelast om de inschrijvingen opnieuw te beoordelen.

52. De aanbestedende dienst heeft daarop cassatieberoep ingesteld bij de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in bestuurlijke en strafzaken, Litouwen).

53. Op 26 juli 2019 heeft Ecoservice, vóór de indiening van haar verweerschrift in het cassatieberoep, de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas verzocht om toegang tot de vertrouwelijke documenten die de aanbestedende dienst bij de behandeling in eerste aanleg had overgelegd, na onleesbaar maken van de commercieel gevoelige informatie.

54. In de eerste plaats merkt de verwijzende rechter op dat bepaalde kwalificatie-eisen voor inschrijvers in aankondiging van oproep tot indiening van inschrijvingen net zo goed kunnen worden beschouwd als voorwaarden betreffende de financiële en economische draagkracht van de onderneming, dan als voorwaarden betreffende de technische en beroepsbekwaamheid ervan, maar ook als technische specificaties of zelfs als voorwaarden voor de uitvoering van de overheidsopdracht.

55. Volgens deze rechter dient de aard van deze eisen te worden vastgesteld vast te stellen, aangezien overeenkomstig artikel 45, lid 3, en artikel 55, lid 9, van de wet inzake overheidsopdrachten, de verplichting of de mogelijkheid om een verklaring van een inschrijver te rectificeren afhangt van de vraag of de litigieuze informatie de kwalificatie van de inschrijver betreft, of van de inschrijving die hij heeft ingediend.

56. In de tweede plaats rijst volgens de verwijzende rechter de vraag hoe de bescherming van de vertrouwelijke informatie die een inschrijver heeft verstrekt moet worden afgewogen tegen de doeltreffendheid van het recht op verdediging van de andere inschrijvers.

57. In het onderhavige geval zou Ecoservice tevergeefs hebben geprobeerd om toegang te krijgen tot de inschrijving van de Combinatie. De aanbestedende dienst zou zelf op zeer actieve wijze voorrang hebben gegeven aan het recht van de Combinatie op bescherming van diens vertrouwelijke informatie. Deze handelwijze, die in Litouwen vaak zou voorkomen, zou ertoe leiden dat de rechten van inschrijvers slechts gedeeltelijk worden beschermd. In aanbestedingsgeschillen zouden afgevozen inschrijvers namelijk over minder informatie beschikken dan de andere partijen bij die geschillen. Bovendien zou de daadwerkelijke bescherming van hun rechten afhangen van de beslissing van de rechter om de informatie waarom zij verzoeken al dan niet als vertrouwelijk aan te merken. Een beslissing van de rechter tot afwijzing van een verzoek om mededeling van dergelijke informatie kan echter de kans verkleinen dat het beroep van een afgevozen inschrijver tegen het gunningsbesluit slaagt.

58. De verwijzende rechter zet ten eerste uiteen dat hij op aanbestedingsgebied met name heeft geoordeeld dat het in artikel 20 van de wet inzake overheidsopdrachten neergelegde recht van inschrijvers op bescherming van de vertrouwelijke informatie die zij in hun inschrijving hebben opgenomen, slechts betrekking heeft op informatie die krachtens artikel 1.116, lid 1, van het burgerlijk wetboek van de Republiek Litouwen als bedrijfs- of fabrieksgeheim moet worden aangemerkt, hetgeen in wezen overeenkomt met de bepalingen van richt-

lijn 2016/943. Ten tweede moet het recht van een inschrijver op toegang tot de inschrijving van een andere inschrijver volgens hem worden beschouwd als integraal onderdeel van de bescherming van de rechten die mogelijk zijn geschonden.

59. De verwijzende rechter vraagt zich echter af wat de verplichtingen van aanbestedende diensten tot bescherming van de vertrouwelijkheid van de informatie die zij van inschrijvers ontvangen, precies inhouden, en wat de verhouding is tussen deze verplichtingen en de verplichting om aan ondernemers die beroep instellen een effectieve rechterlijke bescherming te garanderen. Deze rechter is van oordeel dat, hoewel het Hof in het arrest van 14 februari 2008, Varec (C450/06, EU:C:2008:91), heeft benadrukt dat procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten gebaseerd zijn op een vertrouwensrelatie tussen de ondernemers en de aanbestedende diensten, artikel 9, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2016/943, dat recenter is dan dat arrest, bepaalt dat de procespartijen in elk geval over dezelfde informatie moeten beschikken, omdat anders hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een eerlijk proces wordt geschonden. De verwijzende rechter preciseert dat, aangezien deze bepaling de rechter verplicht om het recht van ondernemers om kennis te nemen van de bedrijfsgeheimen van een procespartij te waarborgen, mogelijk ook moet worden erkend dat zij dit recht ook voorafgaand aan een contentieuze procedure kunnen uitoefenen, met name om met volledige kennis van zaken te kunnen besluiten tot het instellen van beroep.

60. Deze rechter merkt op dat er echter een risico bestaat dat bepaalde ondernemers misbruik maken van dit recht, door de aanbestedende dienst uitsluitend aan te zoeken teneinde informatie over hun concurrenten te verkrijgen, in plaats van om hun rechten te verdedigen. Hij merkt op dat deze ondernemers hoe dan ook toch de mogelijkheid hebben om de gewenste informatie te verkrijgen door een zaak bij de rechter aanhangig te maken.

61. De verwijzende rechter stelt vast dat richtlijn 2016/943, met uitzondering van overweging 18 ervan, geen specifieke bepaling bevat betreffende aanbestedingsprocedures. Hij benadrukt dat aanbestedende diensten, ook al zijn zij geen beroepsinstantie, in het kader van de dwingende regeling betreffende de precontentieuze fase van geschillen in het interne recht een ruime macht krijgen om met ondernemers samen te werken, of dit nu verzoekende of verwerende partijen zijn. Vanwege de doelstelling om aan deze ondernemingen een doeltreffende bescherming van hun rechten te waarborgen, zouden aanbestedende diensten eveneens, voor zover zij daartoe de bevoegdheid en de middelen hebben, de nodige maatregelen moeten

nemen om die ondernemingen de mogelijkheid te bieden hun geschonden belangen op doeltreffende wijze te verdedigen. Artikel 21 van richtlijn 2014/24 en de corresponderende bepalingen van richtlijn 89/665 moeten dus mogelijk aldus worden uitgelegd dat inschrijvers niet alleen in het kader van een gerechtelijke procedure toegang kunnen krijgen tot bedrijfsgeheimen van andere inschrijvers, maar ook in de daaraan voorafgaande fase van het administratief beroep.

62. In de derde plaats wil de verwijzende rechter ambtshalve de vraag opwerpen hoe de handelingen van de Combinatie moeten worden beoordeeld in het licht van artikel 57, lid 4, onder h), van richtlijn 2014/24, dat wil zeggen de vraag of de Combinatie, of althans bepaalde leden ervan, de aanbestedende dienst onjuiste informatie heeft verstrekt betreffende de overeenstemming tussen hun bekwaamheid en de voorschriften in de oproep tot indiening van inschrijvingen.

63. De verwijzende rechter leidt uit de rechtspraak van het Hof af dat de informatie die Parsekas heeft verstrekt een geval van nalatigheid in het overleggen van informatie kan zijn, dat van invloed is geweest op de resultaten van de aanbestedingsprocedure. In dit verband meent deze rechter dat Parsekas geen omzet had mogen opgeven uit overeenkomsten die waren gesloten en werden uitgevoerd met andere ondernemers, die het deel van de diensten met betrekking tot het gemengde afval verrichtten, noch uit overeenkomsten die Parsekas zelf heeft uitgevoerd maar waarbij het beheer van gemengd afval slechts een miniem deel van het betreffende afval uitmaakte.

64. De verwijzende rechter, die opmerkt dat de rechtspraak van het Hof inzake artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 gebaseerd is op de bijzondere wederzijdse vertrouwensband tussen de aanbestedende dienst en de betrokken leverancier, vraagt zich in dit verband voorts af of een nationale rechter kan afwijken van de beoordeling van de aanbestedende dienst wat betreft het al of niet onjuiste of misleidende karakter van de informatie die hem tijdens de aanbestedingsprocedure is verstrekt.

65. De verwijzende rechter vraagt zich tot slot af of, wanneer een ondernemer die partij is bij een overeenkomst inzake gemeenschappelijke werkzaamheden eventueel onjuiste informatie heeft verstrekt, ook de contractpartners waarmee hij de gemeenschappelijke inschrijving heeft ingediend, krachtens artikel 46, lid 4, punt 4, en artikel 52 van de wet inzake overheidsopdrachten moeten worden opgenomen op de „Lijst van leveranciers die onjuiste informatie hebben verstrekt”, zodat zij gedurende een jaar niet kunnen inschrijven op openbare aanbestedingen van andere aanbestedende diensten.

66. Deze oplossing, die kan worden gegrond op de solidariteit alsook de gemeenschappelijke belangen en aansprakelijkheid van alle ondernemers in het partnerschap, lijkt niettemin strijdig te zijn met het beginsel van individuele aansprakelijkheid van deze ondernemers, op grond waarvan uitsluitend de ondernemer die onjuiste informatie heeft verstrekt, kan worden gestraft.

67. In deze omstandigheden heeft de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Valt een aanbestedingsvoorwaarde volgens welke leveranciers moeten aantonen een bepaalde gemiddelde jaaromzet te behalen uit activiteiten die uitsluitend verband houden met de [verrichting] van specifieke diensten (beheer van gemengd gemeentelijk afval), binnen de werkingssfeer van lid 3 of van lid 4 van artikel 58 van richtlijn [2014/24]?

2) Is het antwoord op de eerste vraag relevant voor de door het Hof in zijn arrest van 4 mei 2017, Esaprojekt (C387/14, EU:C:2017:338), uiteengezette beoordelingsmethode voor de bekwaamheid van de leverancier?

3) Valt een aanbestedingsvoorwaarde volgens welke leveranciers moeten aantonen dat de voertuigen die noodzakelijk zijn voor het verrichten van [afvalbeheerdiensten] voldoen aan de specifieke technische voorschriften, betreffende onder meer vervuilen van de emissies (Euro 5-norm), de installatie van een GPS-zender, de opslagcapaciteit, enzovoort, binnen de werkingssfeer van artikel 58, lid 4, van richtlijn 2014/24, artikel 42 juncto bijlage VII van deze richtlijn en/of artikel 70 ervan?

4) Moeten artikel 1, lid 1, [vierde] alinea, van richtlijn [89/665], waarin het beginsel van de doeltreffendheid van beroepsprocedures is neergelegd, de leden 3 en 5 van dat artikel, 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 aanbestedingsrecht voorziet in een bindende procedure voor precontentieuze geschillenbeslechting:

a) de aanbestedende dienst de leverancier die een beroep heeft ingesteld, alle gegevens van de inschrijving van een andere leverancier (ongeacht het [eventuele] vertrouwelijke karakter ervan) moet verschaffen, als dat beroep specifiek betrekking heeft op de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van de andere leverancier en de leverancier die het beroep heeft ingesteld 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, [vierde] 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?

7) Indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, moeten artikel 1, lid 1, [vierde] 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 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?

10) Kan de in artikel 57, lid 4, onder h), van richtlijn 2014/24 bedoelde grond voor uitsluiting van leveranciers, gelet op het arrest van het Hof van 3 oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93 (C267/18, EU:C:2019:826), aldus worden toegepast dat de rechter in het kader van zijn beoordeling van een geschil tussen een leverancier en de aanbestedende dienst, ambtshalve, los van de beoordeling van de aanbestedende dienst, kan beslissen dat de betrokken inschrijver opzettelijk of uit

onachtzaamheid misleidende en feitelijk onjuiste informatie aan de aanbestedende dienst heeft verstrekt en dat die inschrijver daarom moest worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure?

11) Moet artikel 57, lid 4, onder h), van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met het in artikel 18, lid 1, van die richtlijn neergelegde evenredigheidsbeginsel, aldus worden uitgelegd en toegepast dat, wanneer het nationale recht voorziet in aanvullende sancties (naast uitsluiting van deelname aan aanbestedingsprocedures) voor het verstrekken van onjuiste informatie, die sancties alleen kunnen worden toegepast op grond van persoonlijke aansprakelijkheid, met name wanneer slechts een deel van de [ondernemers] die gezamenlijk aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen feitelijk onjuiste informatie heeft verstrekt (bijvoorbeeld één van meerdere partners)?

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

68. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 58 van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat de verplichting van ondernemers om aan te tonen dat zij een bepaalde gemiddelde jaaromzet behalen op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een selectie criterium is dat betrekking heeft op hun economische en financiële draagkracht in de zin van lid 3 van deze bepaling, dan wel op hun technische en beroepsbekwaamheid in de zin van lid 4 van de genoemde bepaling.

69. In dit verband zij erop gewezen dat artikel 58, lid 1, van richtlijn 2014/24 de drie typen selectiecriteria opsomt die aanbestedende diensten als voorwaarden voor deelname aan ondernemers kunnen opleggen. Deze criteria, die betrekking hebben op de geschiktheid om de betreffende beroepsactiviteit uit te oefenen, op de economische en financiële draagkracht en op de technische en beroepsbekwaamheid van de ondernemers, worden nader geregeld in respectievelijk de leden 2 tot en met 4 van dat artikel.

70. Bovendien volgt uit artikel 58, lid 3, van deze richtlijn dat aanbestedende diensten met name kunnen eisen dat de ondernemers een bepaalde minimumjaaromzet hebben, met name een minimumomzet op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft, om zich ervan te verzekeren dat deze ondernemers beschikken over de nodige economische en financiële draagkracht om de opdracht uit te voeren.

71. Hieruit volgt dat de eis aan ondernemers om aan te tonen dat zij een bepaalde gemiddelde jaaromzet behalen op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft, precies overeenkomt

met de definitie van het selectie criterium inzake hun economische en financiële draagkracht in de zin van artikel 58, lid 3, van richtlijn 2014/24, en dus valt onder dat criterium. Overigens blijkt uit bijlage XII van deze richtlijn, betreffende „[b]ewijsmiddelen voor selectiecriteria”, meer in het bijzonder deel I van deze bijlage, waarnaar artikel 60, lid 3, van deze richtlijn verwijst, dat „de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is” voorkomt op de niet-exhaustieve lijst van middelen waarmee de financiële en economische draagkracht van een ondernemer kan worden aangetoond, hetgeen deze uitlegging bevestigt.

72. Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 58 van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat de verplichting van ondernemingen om aan te tonen dat zij een bepaalde gemiddelde jaaromzet behalen op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een selectie criterium is dat betrekking heeft op de economische en financiële draagkracht van deze ondernemers, in de zin van lid 3 van deze bepaling.

Tweede vraag

73. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de gecombineerde bepalingen van artikel 58, lid 3, en artikel 60, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat, indien de aanbestedende dienst vereist dat de ondernemers een bepaalde minimumomzet hebben behaald op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een ondernemer zich voor het aantonen van zijn economische en financiële draagkracht niet kan beroepen op de inkomsten van een tijdelijke combinatie van ondernemingen waartoe hij heeft behoord, tenzij hij in het kader van een bepaalde overheidsopdracht daadwerkelijk heeft bijgedragen aan de uitvoering van werkzaamheden van die combinatie die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden in het kader van de overheidsopdracht waarvoor de betreffende ondernemer zijn economische en financiële draagkracht wil aantonen.

74. Om zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen in de zin van artikel 58, lid 3, van richtlijn 2014/24, kan een ondernemer in de regel, overeenkomstig artikel 60, lid 3, eerste alinea, van deze richtlijn, aan de aanbestedende dienst een of meer referenties overleggen die worden opgesomd in bijlage XII, deel I, bij deze richtlijn. Artikel 60, lid 3, tweede alinea, van de richtlijn bepaalt zelfs dat, wanneer de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, hij zijn economische en financiële draagkracht kan aantonen met andere documenten die de aanbestedende dienst geschikt acht.

75. Zoals blijkt uit artikel 58, lid 3, van richtlijn 2014/24, kunnen de aanbestedende diensten inzonderheid eisen dat de ondernemers een bepaalde minimumjaaromzet behalen, met name een bepaalde minimumomzet op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft.

76. Uit deze bepaling blijkt dus dat een aanbestedende dienst, wanneer deze de voorwaarden vaststelt die waarborgen dat de ondernemers de nodige economische en financiële draagkracht bezitten om de opdracht uit te voeren, kan eisen dat de ondernemers een bepaalde totale minimumjaaromzet hebben behaald, of een bepaalde minimumomzet op het gebied waarop de betreffende overheidsopdracht betrekking heeft. Een combinatie van deze twee eisen is ook mogelijk.

77. Indien de aanbestedende dienst uitsluitend als voorwaarde heeft gesteld dat een bepaalde minimumjaaromzet moet zijn behaald, zonder te eisen dat deze minimumomzet is behaald op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft, staat niets eraan in de weg dat een ondernemer zich kan beroepen op de inkomsten behaald door een tijdelijke combinatie van ondernemingen waar hij deel van uitmaakte, ook al heeft hij in het kader van een bepaalde overheidsopdracht niet daadwerkelijk bijgedragen aan de uitvoering van werkzaamheden van die combinatie die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden in het kader van de overheidsopdracht waarvoor deze ondernemer zijn economische en financiële draagkracht wil aantonen.

78. Indien de aanbestedende dienst daarentegen heeft geëist dat die minimumjaaromzet moet zijn behaald op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft, dient deze eis een dubbel doel. Hij dient namelijk om de economische en financiële draagkracht van de ondernemers vast te stellen en draagt bij aan de vaststelling van hun technische en beroepsbekwaamheid. In dat geval gaat het – zoals ook het geval is voor de technische en beroepsbekwaamheid – uitsluitend om de eigen economische en financiële draagkracht van de ondernemer als natuurlijke of rechtspersoon.

79. Hieruit volgt dat een ondernemer in dit laatste geval zich voor het aantonen van zijn economische en financiële draagkracht in het kader van een aanbestedingsprocedure uitsluitend kan beroepen op de omzet van een tijdelijke combinatie van ondernemingen waartoe hij heeft behoord indien hij daadwerkelijk, in het kader van een bepaalde overheidsopdracht, heeft bijgedragen aan werkzaamheden van die combinatie die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden in het kader van de overheidsopdracht waarvoor deze ondernemer zijn economische en financiële draagkracht wil aantonen.

80. Wanneer een ondernemer een beroep doet op de economische en financiële draagkracht van een combinatie van ondernemingen waaraan hij heeft deelgenomen, moet deze draagkracht namelijk worden beoordeeld aan de hand van de concrete deelneming van deze ondernemer en dus van zijn daadwerkelijke bijdrage aan de uitoefening van in het kader van een bepaalde overheidsopdracht van die combinatie vereiste werkzaamheden (zie naar analogie arrest van 4 mei 2017, Esaprojekt (C387/14, EU:C:2017:338, punt 62).

81. In de context van artikel 58, lid 3, van richtlijn 2014/24 moet in het geval van punt 78 van het onderhavige arrest dus de omzet waarop de betreffende ondernemer zich uit hoofde van die bepaling kan beroepen, worden beperkt tot de omzet uit zijn daadwerkelijke bijdrage aan de van een combinatie vereiste werkzaamheden in het kader van een eerdere overheidsopdracht.

82. Op de tweede vraag moet dus worden geantwoord dat de gecombineerde bepalingen van artikel 58, lid 3, en artikel 60, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat, indien de aanbestedende dienst vereist dat de ondernemers een bepaalde minimumomzet hebben behaald op het gebied waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, een ondernemer zich om zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen niet kan beroepen op de inkomsten van een tijdelijke combinatie van ondernemingen waartoe hij heeft behoord, tenzij hij in het kader van een bepaalde overheidsopdracht daadwerkelijk heeft bijgedragen aan de uitvoering van werkzaamheden van die combinatie die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden in het kader van de overheidsopdracht waarvoor de betreffende ondernemer zijn economische en financiële draagkracht wil aantonen.

Derde vraag

83. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 58, lid 4, en de artikelen 42 en 70 van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat zij **gelijktijdig** kunnen worden toegepast op een technisch voorschrift in een oproep tot indiening van inschrijvingen.

84. Wat dit betreft moet worden vastgesteld dat richtlijn 2014/24 niet uitsluit dat technische voorschriften tegelijk kunnen worden opgevat als selectiecriteria met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid, en als technische specificaties en/of voorwaarden voor de tenuitvoerlegging van de overheidsopdracht, in de zin van, respectievelijk, artikel 58, lid 4, artikel 42 en artikel 70 van deze richtlijn.

85. Wat betreft de selectiecriteria met betrekking tot de „technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid” van ondernemers in de zin van artikel 58, lid 4, van richtlijn 2014/24, moet worden opgemerkt dat tot de bewijsmiddelen om deze bekwaamheden aan te tonen, opgesomd in bijlage XII, deel II, van deze richtlijn, ook behoren: „een vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer die de ondernemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de opdracht” (punt g), en „een verklaring welke de outillage, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener of de aannemer voor het verlenen van de opdracht beschikt” (punt i).

86. Indien dergelijke bewijsmiddelen blijk kunnen geven van de „technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid” van ondernemers, lijken technische voorschriften zoals die betreffende de vervuilende emissies van voertuigen (de Euro 5-norm) of de verplichting om deze voertuigen uit te rusten met een GPS-zender, die in dit geval aan de orde zijn, te kunnen slaan op de „technische middelen” van ondernemers en daarmee te kunnen worden aangemerkt als selectiecriteria betreffende hun „technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid” in de zin van artikel 58, lid 4, voor zover de aanbestedingsdocumentatie bepaalt dat deze voorschriften specifiek worden opgelegd als bekwaamheden waarvan de inschrijvers moeten aantonen erover te beschikken, of dat op tijd te zullen doen, om de overheidsopdracht uit te voeren, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.

87. Wat betreft de „technische specificaties” in de zin van artikel 42 van richtlijn 2014/24, blijkt uit lid 3 van dit artikel dat deze specificaties de „vereiste kenmerken” definiëren van de diensten waarop een aanbesteding betrekking heeft, en dat deze zijn geformuleerd als prestatie- of functionele eisen, met name op milieugebied, of door verwijzing naar technische normen. Lid 1 van dat artikel verwijst overigens naar bijlage VII bij de genoemde richtlijn, waarvan punt 1, onder b), inzake overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten bepaalt dat een technische specificatie „voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst, zoals [...] het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties [...]”. De technische voorschriften in het hoofdgeding, die daadwerkelijk zijn geformuleerd als prestatie- of functionele eisen en met name verwijzen naar de Euro 5-norm voor vervuilende emissies van voertuigen, kunnen dus ook vallen onder het begrip „technische specificaties”.

88. Tot slot, aangezien de genoemde voorschriften bijzondere voorwaarden stellen aangaande de uitvoering van een overheidsopdracht, verband lijken te houden met het voorwerp

van die opdracht en zijn opgenomen in de aankondiging van de oproep tot indiening van inschrijvingen of de aanbestedingsdocumenten, en daarin rekening wordt gehouden met innovatie- en milieuvorwegingen, kunnen zij ook vallen onder het begrip „voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd” in de zin van artikel 70 van richtlijn 2014/24, voor zover uit de aanbestedingsdocumentatie blijkt dat deze voorschriften worden opgelegd als voorwaarden die de opdrachtnemer moet overblijden bij de uitvoering van de opdracht, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

89. Wat dit betreft moet worden opgemerkt dat de naleving van de voorwaarden voor uitvoering van een overheidsopdracht niet bij gunning moet worden beoordeeld. Hieruit volgt dat, indien het voorschrift in kwestie als uitvoeringsvoorwaarde was gekwalificeerd en de opdrachtnemer er bij gunning van de opdracht niet aan voldeed, de niet-naleving van deze voorwaarde geen invloed had op de verenigbaarheid van de gunning van de opdracht aan de Combinatie met de bepalingen van richtlijn 2014/24.

90. Een vereiste in een oproep tot indiening van inschrijvingen, zoals het voorschrift in het hoofddeding, kan dus worden gekwalificeerd als selectie criterium met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid of als technische specificatie, of zelfs als voorwaarde voor uitvoering van de opdracht. Voorts, aangezien de verwijzende rechter zich in het bijzonder afvraagt of de voorschriften in het hoofddeding verenigbaar zijn met het Unierecht, dient te worden opgemerkt dat de artikelen 42 en 70 van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat zij er zich in beginsel niet tegen verzetten dat voorschriften die bepaalde technische kenmerken preciseren van voertuigen die bestemd zijn voor de verrichting van diensten waarop een aanbesteding betrekking heeft, worden opgelegd in het kader van de oproep tot indiening van inschrijvingen voor die aanbesteding, mits de grondbeginselen van openbare aanbestedingen, zoals neergelegd in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn, worden geëerbiedigd.

91. Benadrukt moet worden dat de verwijzende rechter zich in het kader van de derde vraag eveneens afvraagt of de kwalificatie van de voorschriften in kwestie van invloed kan zijn op de mogelijkheden tot rectificatie en correctie van de ingediende inschrijvingen.

92. In dit verband moet worden opgemerkt dat, overeenkomstig artikel 56, lid 3, van richtlijn 2014/24, wanneer de door de ondernemers in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de aanbestedende diensten, tenzij het nationale recht dat deze richtlijn uitvoert

anders bepaalt, de betrokken ondernemers kunnen verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

93. Zoals blijkt uit vaste rechtspraak inzake de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), die met name gebaseerd is op het beginsel van gelijke behandeling en naar analogie moet worden toegepast in de context van het genoemde artikel 56, lid 3, kan een verzoek om precisering aan een ondernemer uit hoofde van deze bepaling niet het ontbreken verhelpen van een stuk of van informatie die volgens de aanbestedingsstukken verplicht diende te worden verstrekt, aangezien de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht dient te nemen. Bovendien mag een dergelijk verzoek er niet toe leiden dat een betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient (zie naar analogie arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C599/10, EU:C:2012:191, punt 40; 10 oktober 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punten 36 en 40, en 28 februari 2018, MA.T.I. SUD en Duemme SGR, C523/16 en C536/16, EU:C:2018:122, punten 51 en 52).

94. Uit het voorgaande volgt dat de omvang van het recht dat de aanbestedende dienst heeft om opdrachtnemers hun oorspronkelijke inschrijving naderhand te laten aanvullen of verduidelijken, afhangt van de eerbiediging van artikel 56, lid 3, van richtlijn 2014/24 wordt nageleefd, met name gelet op de eisen uit hoofde van het beginsel van gelijke behandeling, en niet als zodanig van de kwalificatie van de voorschriften in het hoofddeding als selectiecriteria betreffende „technische en beroepsbekwaamheid” van de ondernemers in de zin van artikel 58, lid 4, van deze richtlijn, als „technische specificaties” in de zin van artikel 42 ervan, of als „voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd” in de zin van artikel 70 van de richtlijn.

95. Op de derde vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 58, lid 4, en de artikelen 42 en 70 van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat zij gelijktijdig kunnen worden toegepast op een technisch voorschrift in een oproep tot indiening van inschrijvingen.

Vierde tot en met negende vraag Opmerkingen vooraf

96. Aangezien de vierde, de vijfde, de achtste en de negende vraag betrekking heb-

ben op de uitlegging van bepalingen van richtlijn 2016/943, moet worden vastgesteld of deze richtlijn van toepassing is op een situatie waarin een aanbestedende dienst door een inschrijver wordt verzocht om als vertrouwelijk beschouwde informatie uit de inschrijving van een concurrent mee te delen, en in voorkomend geval bij deze dienst in het kader van een verplichte precontentieuze procedure bezwaar wordt aangetekend tegen het besluit waarbij het verzoek is afgewezen, en of zij van toepassing is wanneer beroep bij een rechterlijke instantie wordt ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst tot afwijzing van het bezwaar.

97. Gelet op het onderwerp ervan, zoals bepaald in artikel 1, lid 1, gelezen in samenhang met overweging 4 ervan, heeft richtlijn 2016/943 uitsluitend betrekking op het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken van bedrijfsgeheimen. De richtlijn bevat geen maatregelen ter bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsgeheimen in andere gerechtelijke procedures, zoals openbare aanbestedingsprocedures.

98. Voorts bepaalt artikel 4, lid 2, onder a), van deze richtlijn dat de verkrijging van een bedrijfsgeheim zonder de toestemming van de houder van het bedrijfsgeheim als onrechtmatig wordt beschouwd wanneer de verkrijging gebeurde door middel van onbevoegde toegang tot of het zich onbevoegd toe-eigenen of kopiëren van documenten, voorwerpen, materialen, substanties of elektronische bestanden waarover de houder van het bedrijfsgeheim rechtmatig beschikt en die het bedrijfsgeheim bevatten of waaruit het bedrijfsgeheim kan worden afgeleid.

99. Daarenboven laat richtlijn 2016/943 blijken artikel 1, lid 2, onder c), ervan de toepassing van Unie- of nationale regels onverlet, die instellingen en organen van de Unie of nationale overheidsinstanties voorschrijven 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. Overweging 18 van deze richtlijn, in het licht waarvan deze bepaling moet worden uitgelegd, verduidelijkt dat zij overheidsinstanties niet ontheft van de vertrouwelijkheidsverplichtingen die zij hebben ten aanzien van informatie die afkomstig is van houders van bedrijfsgeheimen, ongeacht of deze verplichtingen in het Unie- of nationale recht zijn opgenomen. Richtlijn 2016/943 ontheft overheidsinstanties dus niet van de vertrouwelijkheidsverplichtingen die kunnen voortvloeien uit richtlijn 2014/24.

100. Ten slotte bepaalt artikel 3, lid 2, van richtlijn 2016/943 dat het verkrijgen,

gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim als rechtmatig wordt beschouwd voor zover dit verkrijgen, gebruiken of openbaar maken bij het Unie- of nationale recht vereist of toegestaan is.

101. In dit verband zij opgemerkt dat artikel 21 van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met overweging 51 ervan, bepaalt dat de aanbestedende dienst de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, in beginsel niet bekendmaakt, en dat deze dienst aan een ondernemer eisen kan stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt, gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen.

102. Teneinde de verwijzende rechter van een nuttig antwoord te voorzien, zal het Hof daarom uitlegging geven van de relevante bepalingen van de richtlijnen 2014/24 en 89/665 die met name de bijzondere regels preciseren die van toepassing zijn op de aanbestedende diensten en de nationale rechterlijke instanties met betrekking tot de bescherming van de vertrouwelijkheid van de documenten die in het kader van aanbestedingsprocedures bij hen zijn ingediend.

Vijfde tot en met zevende vraag

103. Met zijn vijfde tot en met zevende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, vierde alinea, artikel 1, leden 3 en 5, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat het besluit van een aanbestedende dienst tot afwijzing van een verzoek van een ondernemer om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in het dossier van een andere gegadigde of inschrijver een voor beroep vatbare handeling is, en dat een beroep bij de rechter tegen dat besluit moet worden voorgelegd door een administratief beroep indien de lidstaat op het grondgebied waarvan de betreffende aanbestedingsprocedure loopt een precontentieuze procedure verplicht heeft gesteld voor besluiten van aanbestedende diensten.

104. In dit verband volgt uit artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 dat de lidstaten, met name wat betreft aanbestedingsprocedures die vallen binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24, de nodige maatregelen moeten nemen 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 richtlijn 89/665, op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn. Volgens artikel 1, lid 3, van deze richtlijn moeten deze 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.

105. Uit de rechtspraak van het Hof volgt bovendien dat de zinsnede „door de aanbestedende diensten genomen besluiten” ruim moet worden uitgelegd. Artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 veronderstelt namelijk door het gebruik van de bewoordingen „met betrekking tot 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 tot en met 2 septies van die richtlijn bedoelde rechterlijk toezicht is onderworpen. Die bepaling verwijst dus algemeen naar de besluiten van een aanbestedende dienst, zonder onderscheid tussen die besluiten op grond van de inhoud of het moment van vaststelling ervan. De bepaling voorziet evenmin in beperkingen ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten (zie in die zin arrest van 5 april 2017, *Marina del Mediterráneo e.a.*, C391/15, EU:C:2017:268, punten 26 en 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

106. Deze ruime uitlegging van het begrip „voor beroep vatbare besluiten” die het Hof met name tot het oordeel heeft gebracht dat een besluit van een aanbestedende dienst waarbij een ondernemer tot een aanbestedingsprocedure wordt toegelaten, een besluit in de zin van artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 vormt (arrest van 5 april 2017, *Marina del Mediterráneo e.a.*, C391/15, EU:C:2017:268, punt 28, en zie in die zin met betrekking tot lid 3 van deze bepaling, beschikking van 14 februari 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco*, C54/18, EU:C:2019:118, punt 36), moet eveneens gelden voor een besluit van een aanbestedende dienst tot afwijzing van een verzoek van een ondernemer om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie die een gegadigde of inschrijver heeft verstrekt.

107. Voor zover de verwijzende rechter met zijn zevende vraag in wezen wenst te vernemen of een afgewezen inschrijver een beroep in rechte kan instellen dat uitsluitend betrekking heeft op de weigering om hem de als vertrouwelijk beschouwde informatie mee te delen, zonder ook de rechtmatigheid van de andere besluiten van de aanbestedende dienst te bestrijden, is het allereerst voldoende om vast te stellen dat richtlijn 89/665 geen bepalingen bevat die zich ertegen verzetten dat een dergelijke inschrijver een beroep instelt tegen de afwijzing van de aanbestedende dienst om hem die informatie mee te delen, ongeacht de inhoud of de omvang van dat besluit.

108. Deze vaststelling wordt vervolgens, zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in de punten 77 en 78 van zijn conclusie, bevestigd door de in artikel 1, lid 1, vierde alinea, van deze richtlijn vermelde doelstellingen van doeltreffendheid en snelheid.

109. Wat tot slot de vraag betreft of een beroep in rechte tegen een besluit waarbij de aanbestedende dienst een ondernemer weigert als vertrouwelijk beschouwde informatie mee te delen die een gegadigde of inschrijver heeft verstrekt, moet worden voorafgegaan door een administratief beroep als de lidstaat op het grondgebied waarvan de betreffende aanbestedingsprocedure loopt in een verplichte precontentieuze procedure voorziet, moet worden opgemerkt dat, hoewel artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665 bepaalt dat de lidstaten kunnen verlangen dat de betrokkene eerst beroep instelt bij de aanbestedende dienst alvorens zich tot de rechter te wenden, deze bepaling echter noch deze beroepsprocedure noch de modaliteiten ervan regelt.

110. Wanneer derhalve de lidstaat op het grondgebied waarvan de betreffende aanbestedingsprocedure loopt overeenkomstig artikel 1, lid 5, van de genoemde richtlijn heeft bepaald dat eenieder die een besluit van de aanbestedende dienst wil betwisten, voorafgaand aan enig beroep bij de rechter administratief beroep moet instellen, kan die lidstaat eveneens bepalen dat, met eerbiediging van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, een beroep tegen een besluit waarbij de aanbestedende dienst weigert een ondernemer als vertrouwelijk beschouwde informatie in het dossier van een andere gegadigde of inschrijver, moet worden voorafgegaan door een administratief beroep bij de aanbestedende dienst.

111. Uit het voorgaande volgt dat op de vijfde tot en met de zevende vraag moet worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, vierde alinea, artikel 1, leden 3 en 5, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat het besluit van een aanbestedende dienst tot afwijzing van een verzoek van een ondernemer om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in het dossier van een andere gegadigde of inschrijver een voor beroep vatbare handeling is, en dat, indien de lidstaat op het grondgebied waarvan de betreffende aanbestedingsprocedure loopt, heeft bepaald dat eenieder die een besluit van de aanbestedende dienst wil betwisten, voorafgaand aan enig beroep bij een rechter administratief beroep moet instellen, die lidstaat eveneens kan bepalen dat een beroep in rechte tegen dat besluit tot weigering van toegang moet worden voorafgegaan door een dergelijk administratief beroep.

Vierde, achtste en negende vraag

112. Met zijn vierde, achtste en negende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, leden 3 en 5, van richtlijn 89/665 en artikel 21 van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst zowel als, in voorkomend geval, de bevoegde nationale rechter gehouden zijn om een ondernemer die daarom verzoekt alle informatie mee te delen die deel uitmaakt van de door een concurrent verstrekte documentatie, met inbegrip van de vertrouwelijke informatie daarin. Deze rechter wenst eveneens te vernemen of de aanbestedende dienst een eventuele afwijzing van een verzoek om informatie wegens vertrouwelijkheid moet onderbouwen.

– *Omvang van de verplichting van de aanbestedende dienst om vertrouwelijke informatie te beschermen; motiveringsplicht*

113. Artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24 bepaalt dat, 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 informatieverstreking aan gegadigden en inschrijvers overeenkomstig de artikelen 50 en 55 van deze richtlijn, 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 bekendmaakt. Artikel 21, lid 2, van deze richtlijn bepaalt dat de aanbestedende dienst aan een ondernemer eisen kan stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt, gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen.

114. Bovendien is het juist dat artikel 55, lid 2, onder c) van richtlijn 2014/24 aan elke inschrijver die een ontvankelijke inschrijving heeft ingediend, uitdrukkelijk toestaat de aanbestedende dienst te verzoeken om hem zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen 15 dagen na ontvangst van een schriftelijk verzoek te informeren over de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde inschrijving, alsmede de naam van de begunstigde inschrijver. Artikel 50, lid 4, en artikel 55, lid 3, van deze richtlijn bepalen echter dat de aanbestedende diensten kunnen besluiten dat bepaalde informatie betreffende de gunning van de opdracht niet wordt meegedeeld, met name indien de openbaarmaking van dergelijke informatie 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.

115. In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat het hoofddoel van de Unierechtelijke aanbestedingsregels de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten omvat. Om dat doel te bereiken is het belangrijk dat de aanbestedende diensten geen informatie betreffende aanbestedingsprocedures openbaar maken waarvan de inhoud kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen, zij het in een lopende dan wel in latere aanbestedingsprocedures. Bovendien brengt de verplichting tot motivering van een besluit tot afwijzing van een inschrijving in het kader van een aanbestedingsprocedure niet met zich dat de afgewezen inschrijver alle kenmerken zou moeten kennen van de inschrijving die de aanbestedende dienst heeft geselecteerd. Aanbestedingsprocedures berusten namelijk op een vertrouwensrelatie tussen aanbestedende diensten en ondernemers, zodat deze laatsten de aanbestedende diensten in het kader van de aanbestedingsprocedure in kennis moeten kunnen stellen van alle nuttige informatie, zonder te hoeven vrezen dat laatstgenoemden aan derden gegevens medelen waarvan de openbaarmaking voor hen nadelig zou kunnen zijn (zie in die zin arresten van 14 februari 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punten 3436, en 15 juli 2021, Commissie/Landesbank Baden-Württemberg en GAR, C584/20 P en C621/20 P, EU:C:2021:601, punt 112 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

116. Uit de bepalingen van richtlijn 2014/24, aangehaald in de punten 113 en 114 van het onderhavige arrest, en uit de rechtspraak genoemd in punt 115 ervan, volgt dat een aanbestedende dienst die door een ondernemer wordt verzocht om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in de inschrijving van de concurrent aan wie de opdracht is gegund, die informatie in beginsel niet mag medelen.

117. Zoals de advocaat-generaal in wezen opmerkt in de punten 40 en 41 van zijn conclusie, kan de aanbestedende dienst echter niet gebonden zijn aan de bewering van een ondernemer dat de verstrekte informatie vertrouwelijk is. Die ondernemer moet namelijk het daadwerkelijk vertrouwelijke karakter aantonen van de informatie waarvan hij de verspreiding wil tegenhouden, door aan te tonen dat deze bijvoorbeeld fabrieks- of bedrijfsgeheimen bevat, dat de inhoud ervan voor concurrentievervalsing kan worden gebruikt of dat openbaarmaking ervan hem zou kunnen schaden.

118. Als de aanbestedende dienst zich afvraagt of de informatie die hij van de genoemde ondernemer heeft ontvangen vertrouwelijk is of niet, moet hij daarom voorafgaand aan een besluit om de verzoeker toegang tot deze infor-

matie te verlenen, de betrokken ondernemer in staat stellen aanvullend bewijs te leveren, om de rechten van de verdediging van deze laatste te waarborgen. Gezien de schade die uit de onrechtmatige mededeling van bepaalde informatie aan een concurrent kan voortvloeien, moet de aanbestedende dienst, alvorens deze informatie mede te delen aan een procespartij, de betrokken ondernemer namelijk de mogelijkheid geven zich erop te beroepen dat de informatie een vertrouwelijk karakter heeft of een bedrijfsgeheim uitmaakt (zie naar analogie arrest van 14 februari 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punt 54).

119. Het is overigens aan de aanbestedende dienst om zich ervan te vergewissen dat zijn voorgenomen besluit op het verzoek van een ondernemer om informatie uit de documentatie die een concurrent heeft verstrekt, overeenstemt met de aanbestedingsregels in richtlijn 2014/24, met name de in de punten 113 en 114 van dit arrest vermelde regels betreffende bescherming van vertrouwelijke informatie. Diezelfde verplichting berust op de aanbestedende dienst wanneer de lidstaat waar deze onder valt krachtens artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665, gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om het recht op een beroep in rechte tegen de besluiten van een aanbestedende dienst afhankelijk te maken van een verplichting om vooraf bij die dienst een administratief beroep in te stellen.

120. Bovendien moet worden opgemerkt dat de aanbestedende dienst, bij afwijzing van een verzoek om vertrouwelijke informatie van een ondernemer aan een van zijn concurrenten mee te delen, of wanneer deze dienst in het kader van een verplichte precontentieuze procedure een administratief beroep ontvangt tegen zijn weigering om die informatie openbaar te maken, zich ook moet houden aan het algemene Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur, dat vereisten meebrengt die de lidstaten bij de uitvoering van het Unierecht moeten eerbiedigen (arrest van 9 november 2017, LS Customs Services, C46/16, EU:C:2017:839, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het vereiste dat besluiten van nationale autoriteiten gemotiveerd moeten zijn neemt onder die vereisten een bijzonder belangrijke positie in, aangezien het degene tot wie het besluit gericht is in staat stelt om zich zo goed mogelijk te kunnen verdedigen en met kennis van zaken te beoordelen of het zinvol is om een beroep in rechte in te stellen tegen dat besluit. Dit vereiste dient tevens de rechter de gelegenheid te geven, toezicht uit te oefenen op de wettigheid van die besluiten en vormt dus een van de voorwaarden voor doeltreffendheid van de rechterlijke toetsing zoals gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest (zie in die zin arresten van 15 oktober 1987, Heylens e.a., 222/86, EU:C:1987:442, punt 15; 9 november 2017, LS Customs Services, C46/16, EU:C:2017:839, punt 40, en 15 juli 2021,

Commissie/Landesbank Baden-Württemberg en GAR, C584/20 P en C621/20 P, EU:C:2021:601, punt 103).

121. Voorts moet het beginsel van de bescherming van vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen aldus worden toegepast dat het zich verdraagt met de vereisten van een effectieve rechterlijke bescherming en met de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen (arrest van 14 februari 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punten 51 en 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

122. Teneinde het in artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24 opgenomen verbod op bekendmaking van vertrouwelijke informatie die een ondernemer heeft verstrekt, in balans te brengen met het algemene Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur, waar de motiveringsplicht uit voortvloeit, moet een aanbestedende dienst duidelijk aangeven op welke gronden hij meent dat de informatie waarom is verzocht, of althans een deel daarvan, vertrouwelijk is.

123. Bij deze afweging moet er bovendien rekening mee worden gehouden dat een afgewezen inschrijver, wanneer hij niet over voldoende informatie beschikt op grond waarvan hij kan verifiëren of het besluit van de aanbestedende dienst, waarbij de betreffende opdracht aan een andere ondernemer is gegund, onjuist of onrechtmatig is, in de praktijk geen gebruik kan maken van zijn recht op een doeltreffende voorziening in rechte tegen een dergelijk besluit zoals bedoeld in artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, of dat nu – overeenkomstig lid 5 van dit artikel – in het kader van een beroep bij de aanbestedende dienst is, dan wel in het kader van een beroep bij de rechter. Om dit recht te eerbiedigen moet de aanbestedende dienst dus niet alleen een motivering geven van zijn besluit om bepaalde gegevens als vertrouwelijk te behandelen, maar moet hij ook – voor zover mogelijk en voor zover die mededeling niet afdoet aan het vertrouwelijke karakter van de specifieke gegevens waarvan bescherming vanwege dat karakter gerechtvaardigd is – op neutrale wijze de essentie van de inhoud ervan meedelen aan de inschrijver die erom verzocht, in het bijzonder de inhoud van de gegevens betreffende de doorslaggevende aspecten van zijn besluit en de geselecteerde inschrijving.

124. De verplichting van de aanbestedende dienst om de als vertrouwelijk beschouwde informatie van de geselecteerde inschrijver te beschermen, mag namelijk niet zo ruim worden opgevat dat het motiveringsvereiste daardoor volledig wordt uitgehold (zie in die zin arrest van 15 juli 2021, Commissie/Landesbank Baden-Württemberg en GAR, C584/20 P en C621/20 P, EU:C:2021:601, punt 120) en dat deze

verplichting afbreuk doet aan het nuttig effect van artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, dat in het bijzonder de lidstaten verplicht om te voorzien in doeltreffende beroepsprocedures. De aanbestedende dienst kan daartoe, voor zover zijn nationale recht dat toelaat, met name bepaalde aspecten en de technische kenmerken van een inschrijving van een gegadigde of inschrijver samengevat meedelen, zodat de vertrouwelijke informatie niet kan worden achterhaald.

125. De aanbestedende dienst kan overigens, op grond van artikel 21, lid 2, van richtlijn 2014/24, aan ondernemers eisen stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die zij beschikbaar stellen gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen. Gesteld dat de niet-vertrouwelijke informatie voor dit doel toereikend is, kan een aanbestedende dienst deze mogelijkheid dus ook aanwenden om het recht op een doeltreffende voorziening in rechte van een afgewezen inschrijver te waarborgen door de geselecteerde ondernemer te verzoeken om een niet-vertrouwelijke versie te verstrekken van de documenten waarin ook vertrouwelijke informatie is opgenomen.

126. Tot slot moet worden opgemerkt dat de aanbestedende dienst hoe dan ook gehouden is om de betrokken ondernemer tijdig op de hoogte te stellen van zijn besluit om informatie die deze ondernemer als vertrouwelijk aanmerkt mee te delen aan een van zijn concurrenten, voordat deze dienst tot uitvoering ervan overgaat, zodat deze ondernemer de aanbestedende dienst of de bevoegde nationale rechter kan verzoeken om voorlopige maatregelen zoals bedoeld in artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665, en zo kan voorkomen dat hij onherstelbare schade lijdt.

– *Omvang van de verplichting van de bevoegde nationale rechter om vertrouwelijke informatie te beschermen*

127. Wat betreft de verplichtingen van de bevoegde nationale rechter in het kader van een beroep in rechte tegen een besluit van de aanbestedende dienst tot gehele of gedeeltelijke afwijzing van een verzoek om toegang tot informatie die de geselecteerde ondernemer heeft verstrekt, moet eveneens in herinnering worden gebracht dat artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, dat ertoe strekt de ondernemers tegen willekeur van de aanbestedende dienst te beschermen, beoogt te garanderen dat in alle lidstaten doeltreffende voorzieningen in rechte beschikbaar zijn, teneinde een daadwerkelijke naleving van de voorschriften van de Unie inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt (zie in die zin arrest van 15 september 2016, *Star Storage*

e.a., C439/14 en C488/14, EU:C:2016:688, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

128. De lidstaten moeten de procedurele regels voor beroepen in rechte ter bescherming van de rechten die het recht van de Unie aan de door besluiten van aanbestedende diensten geïndeelde gegadigden en inschrijvers verleent, dus zo vaststellen dat geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van richtlijn 89/665, en evenmin aan de rechten die het Unierecht verleent aan particulieren. Bovendien beoogt richtlijn 2007/66, zoals uit overweging 36 ervan blijkt, en dus ook richtlijn 89/665 die bij die richtlijn is gewijzigd en vervolledigd, de volledige eerbiediging te waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht, neergelegd in artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest (zie in die zin arrest van 15 september 2016, *Star Storage* e.a., C439/14 en C488/14, EU:C:2016:688, punten 4246 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bij de vaststelling van deze procedurele regels voor beroepen in rechte moeten de lidstaten derhalve de eerbiediging van dit recht waarborgen. Ofschoon geen regels van Unierecht bestaan betreffende de nadere wijze waarop een rechtsmiddel bij de nationale rechter kan worden ingesteld, moet, teneinde de omvang te bepalen van het rechterlijke toezicht op nationale beslissingen die krachtens een handeling van Unierecht zijn genomen, dus rekening worden gehouden met het doel van die handeling, waarbij erop moet worden gelet dat geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid ervan (arrest van 26 juni 2019, *Craeynest* e.a., C723/17, EU:C:2019:533, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

129. Voor een beroep in het kader van een aanbestedingsprocedure impliceert het beginsel van hoor en wederhoor voor partijen echter niet het recht op onvoorwaardelijke en onbeperkte toegang tot alle bij de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie ingediende gegevens betreffende deze aanbestedingsprocedure (zie in die zin arrest van 14 februari 2008, *Varec*, C450/06, EU:C:2008:91, punt 51). Integendeel, zoals in punt 121 van het onderhavige arrest in wezen is opgemerkt in de context van de verplichtingen die wat dat betreft rusten op aanbestedende diensten, moet de verplichting om de afgewezen inschrijver voldoende informatie te verschaffen om diens recht op een doeltreffende voorziening in rechte te eerbiedigen worden afgewogen tegen het recht van andere ondernemers op bescherming van hun vertrouwelijke informatie en hun bedrijfsgeheimen.

130. De bevoegde nationale rechter moet derhalve verifiëren, daarbij terdege rekening houdend met zowel de noodzaak om het openbare belang van eerlijke mededinging in aan-

bestedingsprocedures veilig te stellen, als met de noodzaak om daadwerkelijk vertrouwelijke informatie, in het bijzonder de bedrijfsgeheimen van de inschrijvers op de aanbesteding, te beschermen, of de aanbestedende dienst zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de informatie die hij aan de verzoeker heeft onthouden, vertrouwelijk was. De bevoegde nationale rechter moet daartoe overgaan tot een volledig onderzoek van alle relevante feiten en rechtsregels. Bijgevolg moet zij noodzakelijkerwijs kunnen beschikken over de informatie, daaronder begrepen vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen, die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen (zie in die zin arrest van 14 februari 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punt 53).

131. Gesteld dat die rechter op zijn beurt vaststelt dat de betrokken informatie vertrouwelijk is en daarom niet aan de concurrenten van de betrokken ondernemer beschikbaar kan worden gesteld, zij erop gewezen dat, zoals het Hof heeft geoordeeld, de procespartijen ingevolge het beginsel van hoor en wederhoor in de regel het recht hebben kennis te nemen van de bewijzen en de opmerkingen die aan de rechter zijn voorgelegd en hierover hun standpunt kenbaar te maken, maar dat het in bepaalde gevallen noodzakelijk kan zijn dat bepaalde gegevens niet aan partijen worden meegedeeld teneinde de fundamentele rechten van een derde te vrijwaren of een belangrijk algemeen belang veilig te stellen (arrest van 14 februari 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punt 47).

132. Tot de grondrechten die voor deze bescherming in aanmerking komen behoren het recht op eerbiediging van het privéleven en de communicatie, neergelegd in artikel 7 van het Handvest, en het recht op bescherming van bedrijfsgeheimen, dat het Hof heeft erkend als algemeen beginsel van het Unierecht (zie in die zin arrest van 14 februari 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punten 48 en 49).

133. Gelet op het belang van de bescherming van vertrouwelijke informatie, waarop met name in de punten 131 en 132 van het onderhavige arrest is gewezen, moet de instantie die verantwoordelijk is in het kader van een beroepsprocedure aangaande het plaatsen van een overheidsopdracht in voorkomend geval kunnen beslissen dat bepaalde informatie in haar dossier niet aan partijen en hun advocaten wordt doorgegeven (zie in die zin arrest van 14 februari 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punt 43).

134. Bovendien moet worden opgemerkt dat, indien de bevoegde nationale rechter van oordeel is dat de aanbestedende dienst op goede gronden en naar behoren gemotiveerd heeft besloten dat de gevraagde informatie niet kon wor-

den verstrekt vanwege de vertrouwelijke aard ervan, gelet op de verplichtingen van die aanbestedende dienst uit hoofde van het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming, zoals besproken in punten 121 tot en met 123 van het onderhavige arrest, de handelwijze van de aanbestedende dienst niet mag worden bekritiseerd op grond dat deze blijk zou geven van een overdreven beschermende houding ten opzichte van de belangen van de ondernemer wiens vertrouwelijke informatie was opgevraagd.

135. De bevoegde nationale rechter moet eveneens nagaan of het besluit waarbij de aanbestedende dienst heeft geweigerd om de vertrouwelijke informatie openbaar te maken, dan wel het administratief beroep tegen de daaraan voorafgaande weigering heeft afgewezen, voldoende gemotiveerd is, teneinde overeenkomstig de in punt 120 van dit arrest genoemde rechtspraak de verzoeker in staat te stellen om zijn rechten te verdedigen en met volledige kennis van zaken te beslissen of een beroep in rechte tegen dat besluit moet worden ingesteld, en de rechter in staat te stellen de wettigheid van dat besluit te toetsen. Daarenboven staat het, gelet op de schade die een ondernemer zou kunnen lijden door de onregelmatige verstrekking van informatie aan een concurrent, aan de bevoegde nationale rechter om het recht van de verzoeker op een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47 van het Handvest te verzoeken met het recht van de betreffende ondernemer op bescherming van vertrouwelijke informatie.

136. Tot slot moet de bevoegde nationale rechter het weigeringsbesluit of het besluit tot afwijzing van het administratief beroep nietig kunnen verklaren indien het onrechtmatig is, en in voorkomend geval de zaak kunnen terugverwijzen naar de aanbestedende dienst of zelfs, indien het nationale recht dit toestaat, zelf een nieuw besluit kunnen nemen. Voor zover de verwijzende rechter zich in het kader van zijn negende vraag afvraagt of de rechter die verzocht wordt om openbaarmaking van vertrouwelijke informatie zelf niet alleen de relevantie van die informatie maar ook de effecten ervan op de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure moet onderzoeken, volstaat de opmerking dat het overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aan de lidstaten is om de nadere regels voor beroepsprocedures tegen besluiten van aanbestedende diensten vast te stellen.

137. Gelet op het voorgaande moeten de vierde, de achtste en de negende vraag worden beantwoord als volgt:

– Artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, leden 3 en 5, van richtlijn 89/665, en artikel 21 van richtlijn 2014/24, gelezen tegen de achtergrond van het algemeen Unierechtelijk beginsel van behoorlijk bestuur, moeten aldus worden uitgelegd dat een

aanbestedende dienst die door een ondernemer wordt verzocht om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in de inschrijving van een concurrent aan wie de aanbesteding is gegund, niet gehouden is deze informatie te verstrekken indien dat zou leiden tot een inbreuk op de Unierechtelijke regels inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie, en dit zelfs als het verzoek van de ondernemer wordt gedaan in het kader van een door hem ingesteld beroep betreffende de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van die concurrent door de aanbestedende dienst. Wanneer de aanbestedende dienst weigert om dergelijke informatie te verstrekken of wanneer hij – naast die weigering – het administratief beroep van een ondernemer inzake de rechtmatigheid van de beoordeling van de inschrijving van de betrokken concurrent afwijst, is die dienst gehouden om het recht van de verzoeker op behoorlijk bestuur af te wegen tegen het recht van de concurrent op bescherming van zijn vertrouwelijke informatie, zodat zijn besluit tot weigering of tot afwijzing van het bezwaar gemotiveerd is en dat het recht van de afgewezen inschrijver op een doeltreffende voorziening in rechte niet van zijn nuttig effect wordt ontdaan;

– Artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, leden 3 en 5, van richtlijn 89/665, en artikel 21 van richtlijn 2014/24, gelezen tegen de achtergrond van artikel 47 van het Handvest, moeten aldus worden uitgelegd dat de bevoegde nationale rechter bij wie beroep is ingesteld tegen een besluit van een aanbestedende dienst om als vertrouwelijk beschouwde informatie in de documentatie van een concurrent aan wie de aanbesteding is gegund, niet mee te delen aan een ondernemer, of tegen het besluit van een aanbestedende dienst om het administratief beroep tegen een dergelijk weigeringsbesluit af te wijzen, een afweging moet maken tussen het recht van de verzoeker op een doeltreffende voorziening in rechte en het recht van diens concurrent op bescherming van zijn vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen. Daartoe moet deze rechter, die noodzakelijkerwijs dient te beschikken over de gevraagde informatie, waaronder vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen, om met volledige kennis van zaken te kunnen oordelen over de vraag of de informatie kan worden meegedeeld, overgaan tot een onderzoek van alle relevante feiten en rechtsregels. Voorts moet deze rechter het weigeringsbesluit of het afwijzend besluit op het administratief beroep nietig kunnen verklaren indien het onrechtmatig is, en in voorkomend geval de zaak kunnen terugverwijzen naar de aanbestedende dienst of zelfs, indien zijn nationale recht dit toestaat, zelf een nieuw besluit kunnen nemen.

Tiende vraag

138. Met zijn tiende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 aldus moet

worden uitgelegd dat een nationale rechter bij wie een geding tussen een bij een aanbesteding afgewezen ondernemer en een aanbestedende dienst aanhangig is gemaakt, kan afwijken van de beoordeling door die dienst van de rechtmatigheid van de handelwijze van de ondernemer aan wie de opdracht is gegund en bijgevolg daaraan alle nodige consequenties kan verbinden in zijn beslissing, en dat deze rechter voorts het middel ontleend aan een onjuiste beoordeling door de aanbestedende dienst ambtshalve aan de orde kan stellen.

139. Volgens artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 kunnen de aanbestedende diensten elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan een van de in die bepaling genoemde voorwaarden.

140. Aangezien de verwijzende rechter in de tekst van zijn tiende vraag uitdrukkelijk verwijst naar het arrest van 3 oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* (C267/18, EU:C:2019:826), moet om te beginnen worden opgemerkt dat dit arrest betrekking heeft op de bevoegdheden van een aanbestedende dienst om zelf een beoordeling uit te voeren uit hoofde van een van de facultatieve uitsluitingsgronden in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, zodat dit arrest niet rechtstreeks relevant is voor een antwoord op deze vraag, aangezien de vraag slaat op de bevoegdheid van de rechter aan wie een geding tussen een afgewezen inschrijver en een aanbestedende dienst is voorgelegd.

141. In dit verband heeft het Hof in de punten 28 en 34 van het arrest van 19 juni 2019, *Meca* (C41/18, EU:C:2019:507), inderdaad opgemerkt dat uit de tekst van deze bepaling blijkt dat uitsluitend aan de aanbestedende dienst, dus niet een nationale rechter, de taak is toevertrouwd om in de fase van de selectie van inschrijvers te beoordelen of een ondernemer moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.

142. Deze uitlegging is echter gedaan in de context van de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dit arrest, waarin het Hof kennis diende te nemen van een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen (arrest van 19 juni 2019, *Meca*, C41/18, EU:C:2019:507, punt 42).

143. Het besluit waarbij een aanbestedende dienst, zij het impliciet, weigert een ondernemer uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure op een van de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, moet evenwel noodzakelijkerwijs kunnen worden bestreden door eenieder die een belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een inbreuk op deze bepaling is of dreigt te worden geschaad. Anders zou het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, zoals dit op aanbestedingsgebied wordt gewaarborgd door artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, en voorts wordt gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest, worden geschonden.

144. Hieruit volgt dat een nationale rechter in het kader van een geding tussen een afgewezen gegadigde of inschrijver en een aanbestedende dienst, de beoordeling van deze laatste kan toetsen ter zake van de vraag of voor de ondernemer aan wie de opdracht is gegund, was voldaan aan de vereiste omstandigheden voor toepassing van een van de facultatieve uitsluitingsgronden zoals bedoeld in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, en derhalve van die beoordeling kan afwijken. Zo kan deze rechter naargelang van het geval aldus ten gronde oordelen of de zaak met dat doel terugverwijzen naar de aanbestedende dienst of de bevoegde nationale rechter.

145. Het gemeenschapsrecht verplicht de nationale rechter er echter niet toe, ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van Unierecht, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel buiten de hem opgelegde grenzen zou moeten treden, met name die van de rechtsstrijd zoals deze door partijen is bepaald, en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd (zie in die zin arresten van 14 december 1995, Van Schijndel en Van Veen, C430/93 en C431/93, EU:C:1995:441, punten 21 en 22, en 19 december 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust en Coop-service, C216/17, EU:C:2018:1034, punt 40).

146. Volgens vaste rechtspraak is het bij gebreke van een Unieregeling ter zake krachtens het beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten namelijk een aangelegenheid van elke lidstaat om de procesregels vast te stellen voor de administratieve procedure en de gerechtelijke procedure ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen. Overeenkomstig het gelijkwaardigheidsbeginsel mogen deze procesregels echter niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke vorderingen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het nationale recht ontleen (arrest van 6 oktober 2015, Oriz-

zonte Salute, C61/14, EU:C:2015:655, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

147. Een nationale rechter kan dus slechts ambtshalve het middel opwerpen dat is ontleend aan schending, door een ondernemer, van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 indien het nationale recht hem daartoe de mogelijkheid geeft (zie in die zin arrest van 14 december 1995, Van Schijndel en Van Veen, C430/93 en C431/93, EU:C:1995:441, punten 13 en 14).

148. Gelet op het voorgaande moet op de tiende vraag worden geantwoord dat artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een nationale rechter bij wie een geding tussen een bij een aanbesteding afgewezen ondernemer en een aanbestedende dienst aanhangig is gemaakt, kan afwijken van de beoordeling door die dienst van de rechtmatigheid van de handelwijze van de ondernemer aan wie de opdracht is gegund en bijgevolg daaraan alle nodige consequenties kan verbinden in zijn beslissing. Overeenkomstig het gelijkwaardigheidsbeginsel kan deze rechter een onjuiste beoordeling door de aanbestedende dienst echter slechts ambtshalve aan de orde stellen indien het nationale recht dit toestaat.

Elfde vraag

149. Met zijn elfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57, leden 4 en 6, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling krachtens welke, wanneer een ondernemer die deel uitmaakt van een combinatie, zich schuldig heeft gemaakt aan een onjuiste verklaring bij de verstrekking van inlichtingen die zijn vereist om ten aanzien van die combinatie te controleren of er geen sprake is van uitsluitingsgronden en of is voldaan aan de selectiecriteria, zonder dat zijn partners kennis hadden van deze onjuiste verklaring, alle leden van de combinatie kunnen worden uitgesloten van alle aanbestedingsprocedures.

150. In dit verband zij eraan herinnerd dat een ondernemer volgens artikel 63, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 het recht heeft om voor een bepaalde opdracht een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten, om te voldoen aan de in artikel 58, lid 3, van die richtlijn bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, ervan bedoelde criteria inzake technische en beroepsbekwaamheid (arrest van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C210/20, EU:C:2021:445, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

151. De ondernemer die van dit recht wil gebruikmaken dient volgens artikel 59, lid 1, tweede en derde alinea, van richtlijn 2014/24 de aanbestedende dienst bij de indiening van zijn verzoek tot deelname of van zijn offerte een uniform Europees aanbestedingsformulier (UEA) over te leggen waarmee hij verklaart dat zowel hijzelf als de entiteiten op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, niet verkeren in een van de in artikel 57 ervan bedoelde situaties, waardoor ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten, en/of dat aan het betreffende selectie criterium is voldaan.

152. Het staat dan volgens artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 aan de aanbestedende dienst om met name te verifiëren of er ten aanzien van de ondernemer zelf of die entiteiten uitsluitingsgronden bestaan als bedoeld in artikel 57 ervan. Is dat het geval, dan kan de aanbestedende dienst eisen of door de lidstaat waaronder hij valt, worden verplicht te eisen dat de betrokken ondernemer de entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen maar waartegen er facultatieve uitsluitingsgronden bestaan, vervangt.

153. Artikel 63 van richtlijn 2014/24 veronderstelt echter dat de aanbestedende dienst – vóór hij van de inschrijver verlangt dat hij een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, vervangt omdat die in een van situaties van artikel 57, leden 1 en 4, ervan verkeert – die inschrijver en/of die entiteit de mogelijkheid geeft om aan te geven welke maatregelen de entiteit eventueel heeft genomen om de vastgestelde onregelmatigheid te verhelpen en dus om aan te tonen dat zij opnieuw kan worden gezien als een betrouwbare entiteit (zie in die zin arresten van 3 oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, C267/18, EU:C:2019:826, punt 37, en 3 juni 2021, *Rad Service e.a.*, C210/20, EU:C:2021:445, punt 36).

154. Deze uitlegging van artikel 63, lid 1, tweede alinea, van deze richtlijn verzekert het nuttig effect van artikel 57, lid 6, eerste alinea, van de richtlijn, dat elke ondernemer die in een van de situaties van de leden 1 en 4 van dit artikel verkeert principieel het recht garandeert om te bewijzen dat de door hem genomen maatregelen volstaan om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond (zie in die zin arrest van 3 juni 2021, *Rad Service e.a.*, C210/20, EU:C:2021:445, punt 35).

155. Deze uitlegging helpt er bovendien voor te zorgen dat de aanbestedende diensten het evenredigheidsbeginsel naleven in overeenstemming met artikel 18, lid 1, eerste alinea, van deze richtlijn. Volgens dit beginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, mogen de regels die door

de lidstaten of aanbestedende diensten worden opgesteld om uitvoering te geven aan die richtlijn immers niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn (zie in die zin arresten van 16 december 2008, *Michaniki*, C213/07, EU:C:2008:731, punt 48, en 30 januari 2020, *Tim*, C395/18, EU:C:2020:58, punt 45).

156. Wat dit betreft zij eraan herinnerd dat aanbestedende diensten bij het hantieren van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht moeten schenken aan het evenredigheidsbeginsel. Deze aandacht moet nog groter zijn wanneer de uitsluiting waarin de nationale regeling voorziet, aan de inschrijver wordt opgelegd voor een schending die hem niet kan worden verweten maar is begaan door een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen en waarover hij geen controle heeft (zie in die zin arresten van 30 januari 2020, *Tim*, C395/18, EU:C:2020:58, punt 48, en 3 juni 2021, *Rad Service e.a.*, C210/20, EU:C:2021:445, punt 39).

157. Het evenredigheidsbeginsel vereist immers dat de aanbestedende dienst het gedrag van de betrokken entiteit concreet en individueel beoordeelt. De aanbestedende dienst moet daarbij rekening houden met de middelen die de inschrijver te zijner beschikking had om na te gaan of er sprake was van een schending door de entiteit op de draagkracht waarop hij een beroep wilde doen (arrest van 3 juni 2021, *Rad Service e.a.*, C210/20, EU:C:2021:445, punt 40).

158. Bijgevolg moet op de elfde vraag worden geantwoord dat artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57, leden 4 en 6, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling krachtens welke, wanneer een ondernemer die deel uitmaakt van een combinatie zich schuldig heeft gemaakt aan een onjuiste verklaring bij de verstrekking van inlichtingen die zijn vereist om ten aanzien van die combinatie te controleren of er geen sprake is van uitsluitingsgronden en of is voldaan aan de selectiecriteria, zonder dat zijn partners kennis hadden van deze onjuiste verklaring, alle leden van de combinatie kunnen worden uitgesloten van alle aanbestedingsprocedures.

NOOT

Inleiding

1. Aanleiding voor de in dit arrest² gestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EG (hierna: het 'Hof') is een aanbesteding die in september 2018 is gehouden voor

2 Dit arrest is vorig jaar geannoteerd in het tijdschrift *Vastgoedrecht*, zie M.S. Houweling & B.T. Tonino, 'Vertrouwelijkheid van inschrijvingsstukken', VGR 2021/6.

de inzameling en het vervoer van gemeentelijk afval in de Litouwse gemeente Neringa. Aan de aanbesteding deden drie partijen mee. De inschrijver die in het arrest wordt aangeduid als de 'Combinatie' is daarbij als winnaar uit de bus gekomen en Ecoservice is als tweede geëindigd. Laatstgenoemde heeft vervolgens bezwaar aangetekend tegen de gunningsbeslissing, omdat de Combinatie niet zou voldoen aan de gestelde eisen met betrekking tot de economische en financiële draagkracht. Daaraan voorafgaand had zij bij de aanbestedende dienst om inzage in - onder meer - de inschrijving van de Combinatie gevraagd. Naar aanleiding van dat verzoek heeft de aanbestedende dienst niet-vertrouwelijke informatie uit deze inschrijving verstrekt.

2. Nadat het inhoudelijke bezwaar dat de Combinatie niet aan de gestelde omzeteisen zou hebben voldaan was afgewezen door de aanbestedende dienst, stelde Ecoservice beroep in bij de rechter met het verzoek de aanbestedende dienst te gelasten de volledige inschrijving van de Combinatie met bijlagen te verstrekken (dus met inbegrip van het vertrouwelijke deel ervan). De aanbestedende dienst heeft vervolgens - met succes - bij de rechter bepleit Ecoservice geen toegang te verlenen tot de door de Combinatie als vertrouwelijk aangemerkte informatie.

3. Uiteindelijk werd er doorgeprocedeerd tot de hoogste Litouwse rechter zonder dat Ecoservice de beschikking kreeg over delen van het dossier die door de Combinatie als vertrouwelijk waren aangemerkt.

4. De hoogste rechter heeft het Hof elf prejudiciële vragen voorgelegd, waarvan wij in deze noot - in navolging van A-G M. Campos Sánchez-Bordona (hierna: de 'A-G') in zijn conclusie bij het arrest - de vragen vier tot en met negen zullen bespreken die specifiek gaan over de bescherming van vertrouwelijke informatie en welke verplichtingen resp. de aanbestedende dienst en de rechter in dat verband hebben.

5. Wij zullen achtereenvolgens ingaan op (i) de uitleg van de geheimhoudingsbepaling in art. 21 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU mede in het licht van de rechtsbeschermingsbeginselen in Richtlijn nr. 89/665/EEG en Richtlijn 2007/66/EG, (ii) de reikwijdte van de verplichting van een aanbestedende dienst om door een ondernemer als vertrouwelijk versterkte informatie geheim te houden en (iii) de omvang van de verplichting van de nationale rechter om vertrouwelijke informatie te beschermen.

Reikwijdte geheimhoudingsplicht (i)

6. Art. 21 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU luidt als volgt: '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.'

7. In het Varec-arrest³ oordeelde het Hof dat procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten gebaseerd zijn op een vertrouwensrelatie tussen de aanbestedende dienst en de deelnemende ondernemers. Daarbij moeten laatstgenoemden de aanbestedende dienst in kennis kunnen stellen van alle nuttige informatie, zonder te hoeven vrezen dat die gegevens met derden wordt gedeeld.⁴ Stelt een afgewezen inschrijver beroep in tegen een gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst, dan impliceert het beginsel van hoor en wederhoor niet dat die afgewezen inschrijver recht heeft op onvoorwaardelijke en onbeperkte toegang tot alle bij de aanbestedende dienst ingediende gegevens, aldus het Hof.

8. Het Hof voegde daar in zijn arrest Commissie/Landesbank Baden-Württemberg⁵ aan toe dat de verplichting voor een aanbestedende dienst om een afwijzingsmededeling te motiveren, niet tot gevolg heeft dat de afgewezen inschrijver over volledige informatie betreffende de kenmerken van de door de aanbestedende dienst gekozen offerte moet kunnen beschikken.

9. Uit art. 21 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU en uit de hier voor genoemde arresten volgt dus dat een aanbestedende dienst vertrouwelijke informatie uit een inschrijving van een ondernemer in beginsel niet aan een andere ondernemers mag verstrekken.

10. In het Klaipėdos-arrest zien Hof en A-G zich onder meer voor de vraag gesteld welke informatie in dat verband als vertrouwelijk moet worden aangemerkt en zodoende bescherming geniet op grond van voornoemd artikel.

11. Een letterlijke uitleg van art. 21 lid 1 zou er volgens de A-G toe kunnen leiden dat alle informatie die een ondernemer als vertrouwelijk aanmerkt voor de werking van dat artikel ook als vertrouwelijke - en dus beschermde - informatie te gelden heeft.⁶ Die 'maximalistische uitleg', de terminologie van de A-G in punt 38 van zijn conclusie volgend, waarbij ondernemers zeer eenvoudig zouden kunnen tegenhouden dat informatie uit hun inschrijving openbaar wordt gemaakt, is volgens de A-G niet acceptabel. Uit de in artikel 21 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU gegeven voorbeelden

³ HvJ EU 14 februari 2008, C-450/06, ro. 51.

⁴ HvJ EU 14 februari 2008, C-450/06, ro. 36.

⁵ HvJ EU 15 juli 2021, C-584/20 P en C-621/20 P, ro. 112.

⁶ Die letterlijke uitleg ligt met name voor de hand bij bijvoorbeeld de Engelse tekst van Richtlijn nr. 2014/24/EU. In de Engelse vertaling luidt het eerste lid van art. 21 lid 1 als volgt: 'Unless otherwise provided in this Directive or in the national law to which the contracting authority is subject, in particular legislation concerning access to information, and without prejudice to the obligations relating to the advertising of awarded contracts and to the information to candidates and tenderers set out in Articles 50 and 55, the contracting authority shall not disclose information forwarded to it by economic operators which they have designated [onderstrepen auteurs] as confidential, including, but not limited to, technical or trade secrets and the confidential aspects of tenders.'

- te weten 'de fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijving' - kan volgens hem worden afgeleid dat er een objectieve basis moet zijn om informatie als vertrouwelijk te kwalificeren.

12. Hij vindt steun voor die stelling in de artikelen 50 lid 4 en artikel 55 lid 3 Richtlijn nr. 2014/24/EU. Die artikelen bepalen namelijk dat een aanbestedende dienst kan besluiten dat bepaalde informatie betreffende de gunning van de opdracht niet openbaar wordt gemaakt, indien dat bijvoorbeeld schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers. Ook in die artikelen gaat het dus om objectieve criteria en niet om het oordeel van de persoon die de informatie verstrekt.⁷ Bovendien zou een dergelijke ruime interpretatie ook niet stroken met het doel van de bepaling om vervalsing van de mededinging te voorkomen.⁸

13. Het Hof volgt de A-G in zijn advies dat de aanbestedende dienst niet gebonden is aan de stelling van een ondernemer dat de door hem verstrekte informatie vertrouwelijk is. Het is aan de betrokken ondernemer om het daadwerkelijk vertrouwelijke karakter van de gegevens waarvan hij verspreiding wil voorkomen voldoende aannemelijk te maken, bijvoorbeeld door aan te tonen dat de betreffende informatie 'fabrieks- of bedrijfsgeheimen bevat, dat de inhoud ervan voor concurrentievervalsing kan worden gebruikt of dat openbaarmaking ervan hem zou kunnen schaden'.⁹

14. Het voorgaande is niet nieuw voor de Nederlandse rechtspraak. Artikel 21 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU is geïmplementeerd in art. 2.57 lid 1 Aw 2012.¹⁰ Dit lid luidt als volgt: 'Onverminderd het in deze wet bepaalde maakt een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar.'

15. Hoewel de Nederlandse wetgever er dus voor heeft gekozen om dit niet nadrukkelijk op te nemen, kan uit de parlementaire geschiedenis worden opgemaakt dat art. 2.57 lid 1 met name geldt voor 'fabrieks- of bedrijfsgeheimen'.¹¹ Dit volgt ook uit de andere twee artikelen die de A-G in het kader van zijn dogmatische beschouwing van Richtlijn 2014/24/EU noemt, te weten de artikelen 50 lid 4 en 55 lid 3, zoals geïmplementeerd in de artikelen 2.138 en 2.104 Aw 2012. Het arrest bevestigt dus dat artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 moet worden gelezen in het licht van die laatste twee artikelen.

16. Tot slot wijzen wij erop dat uit de zinsnede 'informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is

verstrekt' mogelijk ook zou kunnen worden afgeleid dat een inschrijver al uitdrukkelijk in zijn inschrijving moet vermelden welke onderdelen vertrouwelijk zouden zijn. Nu echter uit ro. 116, 117 en 118 van het arrest kan worden afgeleid dat de aanbestedende dienst als vertrouwelijk beschouwde informatie in de inschrijving van een ondernemer niet mag meedelen aan een concurrent en daarbij niet gebonden is aan de stellingen van de ondernemer omtrent die vertrouwelijkheid, achten wij die uitleg niet juist. Dat zou ook niet stroken met de artikelen 2.104 en 2.138 Aw 2012. Los daarvan zou deze uitleg impliceren dat als inschrijvers nalaten in hun inschrijving te vermelden welke informatie vertrouwelijk is, daarmee alle informatie als niet vertrouwelijk zou moeten worden beschouwd. Dit lijkt ons in de praktijk niet werkbaar.

Omvang verplichting aanbestedende dienst om vertrouwelijke informatie te beschermen (ii)

17. Vervolgens stellen wij vast dat uit het arrest mogelijk een verdergaande informatieverplichting kan worden afgeleid voor een aanbestedende dienst dan tot nu wordt aangenomen in de Nederlandse aanbestedingspraktijk. Wij zullen dat hierna toelichten.

18. Het Hof stelt bij de beantwoording van de hierover gestelde prejudiciële vraag voorop dat een aanbestedende dienst vertrouwelijke informatie niet bekend mag maken. De begrenzing volgt uit de artikelen 21 lid 1, 50 en 55 Richtlijn nr. 2014/24/EU en de arresten Varec en Landesbank Baden-Württemberg, zoals hiervoor besproken.¹²

19. Tegelijkertijd kan de aanbestedende dienst dus, zoals ook hiervoor toegelicht, niet worden gehouden aan de enkele stelling van een ondernemer dat bepaalde informatie vertrouwelijk is. Hij zal zelf moeten bepalen welke onderdelen van de door de inschrijver overgelegde informatie daadwerkelijk een vertrouwelijk karakter hebben. Daarbij zal hij enerzijds het recht van de winnende inschrijver op bescherming van vertrouwelijke informatie moeten afwegen tegen anderzijds het recht van de afgewezen inschrijver om met kennis van zaken te kunnen beoordelen of het zinvol is een gunningsbeslissing aan te vechten bij de rechter. Deze afweging tussen bescherming van vertrouwelijke gegevens en effectieve rechtsbescherming wordt beschreven in ro. 51 en 52 van het Varec-arrest.

20. In dat verband oordeelt het Hof dat een aanbestedende dienst altijd 'hoor en wederhoor' moet toepassen en de winnende inschrijver in staat moet stellen aanvullend bewijs te leveren dat de informatie als vertrouwelijk moet worden behandeld. Daarbij wijst het Hof op de mogelijke schade die deze ondernemer kan lijden als bepaalde informatie onrechtmatig aan een concurrent wordt verstrekt. Deze procedure kan worden vergeleken bij de

⁷ Zie onder 39 conclusie A-G.

⁸ Immers, dan zou de beoordeling van de risico's voor de mededinging bij openbaarmaking van bepaalde informatie bij de betrokken ondernemer komen te liggen, zie onder 41 conclusie A-G.

⁹ Zie ro. 117.

¹⁰ Strikt genomen implementeert art. 2.57 lid 1 Aw 2012 art. 6 van Richtlijn nr. 2004/18/EG, de voorloper van Richtlijn nr. 2014/24/EU. Het artikel is bij de herziening van de Aanbestedingswet in 2016 niet gewijzigd.

¹¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 69 (MvT).

¹² Arrowsmith wijst er ook op dat het beschermen van fabrieks- of bedrijfsgeheimen een algemene regel is van het recht van de EU, zie S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, Londen: Sweet & Maxwell 2014, p. 1139. Zij schrijft: 'First, protection of business secrets is a general principle of EU law.'

bezwaarprocedure die in de Wet openbaarheid van Bestuur staat vermeld.¹³

21. Vervolgens dient de aanbestedende dienst volgens het Hof zijn besluit deugdelijk te motiveren, zodat dit mogelijk getoetst kan worden door de nationale rechter, zoals het ook al in het Landesbank Baden-Württemberg-arrest had geoordeeld (zie ro. 103). Het Hof leidt deze verplichting af uit de algemene Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur. Een aanbestedende dienst dient dan ook duidelijk te vermelden op welke gronden hij meent dat de informatie waarom is verzocht, of althans een deel daarvan, vertrouwelijk is.

22. Daarnaast wijst het Hof erop dat de aanbestedende dienst ook de mogelijkheid heeft om niet zelf de informatie te verstrekken, maar de geselecteerde ondernemer te verzoeken om een niet vertrouwelijke versie te verstrekken van documenten waarin ook vertrouwelijke informatie is opgenomen.

23. Nieuw is in onze optiek dat het Hof in ro. 123 oordeelt dat een aanbestedende dienst niet alleen zijn afwijzingsbesluit moet motiveren, maar bovendien - voor zover mogelijk en voor zover dit de vertrouwelijkheid niet zou schaden - de essentie van de gevraagde informatie moet meedelen aan de inschrijver die erom verzoekt. Deze verplichting is, voor zover wij kunnen nagaan, nog niet aan de orde gekomen in nationale jurisprudentie noch zijn wij deze in de praktijk tegengekomen.

24. Tot slot is de aanbestedende dienst gehouden de betrokken ondernemer tijdig op de hoogte te stellen, indien hij voornemens is door hem als vertrouwelijk aangemerkte informatie toch te verstrekken aan de afgewezen inschrijver(s), zodat de ondernemer deze beslissing nog in kortgeding kan aanvechten. Het Hof verwijst daarbij naar die mogelijkheid in art. 2 lid 1, onder a) van de Rechtsbeschermingsrichtlijn.¹⁴

Omvang verplichting van de nationale rechter om vertrouwelijke informatie te beschermen (iii)

25. Het Hof gaat tot slot in op de vraag welke verplichting de nationale rechter heeft om vertrouwelijke informatie te beschermen.

26. Het Hof stelt daarbij voorop dat het - logischerwijs - aan de lidstaten is om de nadere wijze waarop een rechtsmiddel kan worden ingesteld te bepalen, alsmede de omvang van het rechterlijke toezicht op nationale beslissingen. Uiteraard dienen de lidstaten de Rechtsbeschermings-

richtlijnen daarbij in acht te nemen en er zorg voor te dragen dat inschrijvers 'effectieve rechtsbescherming' krijgen.

27. Vervolgens bevestigt het Hof wederom de lijn uit het Varec-arrest dat het aan de rechter is - om net als de aanbestedende dienst - het belang van de afgewezen inschrijver om over voldoende informatie te beschikken om zijn kansen in een juridische procedure in te kunnen schatten af te wegen tegen het belang van andere ondernemers om vertrouwelijke informatie (zoals bedrijfsgeheimen) te beschermen.

28. Het is aan de nationale rechter om in dat verband te verifiëren of de aanbestedende dienst terecht al dan niet vertrouwelijke informatie aan de verzoeker heeft onthouden.

29. Het hiervoor beschreven toetsingskader zien wij in de nationale jurisprudentie ook terug. Zo woog de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag bij het verzoek van de afgewezen inschrijver aan de aanbestedende dienst om onder meer de naam van één van de opgegeven referenten van de winnende inschrijver kenbaar te maken het belang van die inschrijver op effectieve rechtsbescherming af tegen dat van de winnende inschrijver op de bedrijfsvertrouwelijkheid.¹⁵ Deze belangenafweging pakte in het voordeel van de afgewezen inschrijver uit en de voorzieningenrechter gebod de aanbestedende dienst onder meer die naam kenbaar te maken. Wel stellen wij - net als de annotatoren bij dit vonnis¹⁶ - vast dat de nationale rechter in zijn algemeenheid terughoudend is bij het honoreren van verzoeken van afgewezen inschrijvers om onderdelen van de winnende inschrijving in te zien.

30. Daarbij wijzen wij er ook op dat uit vaste nationale jurisprudentie op dit punt kan worden afgeleid dat afgewezen inschrijvers pas informatie kunnen opvragen bij de aanbestedende dienst op het moment dat zij *gerede twijfel* hebben over de juistheid van ingediende informatie.¹⁷ Het Hof laat zich hier niet over uit. Evengoed lijkt dit wel in lijn met het arrest, nu het hier ook ging om een inschrijver die in twijfel trok of de winnende inschrijver wel aan de eisen inzake de financiële en een economische draagkracht voldeed.

31. Vervolgens overweegt het Hof dat de rechter om het besluit van de aanbestedende dienst te kunnen toetsen wel moet overgaan tot een volledig onderzoek en daartoe noodzakelijkerwijs moet kunnen beschikken over alle relevante informatie (waaronder begrepen vertrouwelijke informatie zoals bedrijfsgeheimen). In dat verband herhaalt het Hof in het onderhavige arrest zijn oordeel in het

¹³ Art. 6 lid 5 Wob bepaalt: 'Indien het bestuursorgaan heeft besloten informatie te verstrekken, wordt de informatie verstrekt tegelijk met de bekendmaking van het besluit, tenzij naar verwachting een belanghebbende bezwaar daar tegen heeft, in welk geval de informatie niet eerder wordt verstrekt dan twee weken nadat de beslissing is bekendgemaakt.'

¹⁴ Het Hof verwijst daarbij naar Richtlijn nr. 89/665/EEG en niet naar de meest recente Richtlijn nr. 2007/66/EG waarin dit artikel ongewijzigd is gebleven.

¹⁵ Vrzgnr. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7390.

¹⁶ Vrzgnr. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7390, JAAN 2014/179, m.nt. C.G. van Blaaderen & R.S. Damsma.

¹⁷ Zie Vrzgnr. Rb. Rotterdam 22 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN2470, ro. 4.3.1; Vrzgnr. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7930, ro. 4.2 - 4.4; Vrzgnr. Rb. Noord-Holland 24 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2504, ro. 4.6; CVAE Advies 366, 12 september 2016, ro. 5.10 en 5.11; Vrzgnr. Rb. Rotterdam 26 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7993, ro. 4.2; Vrzgnr. Rb. Den Haag 17 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11939, ro. 5.3.

Varec-arrest (ro. 47) dat de rechter in uitzonderingsgevallen bepaalde gegevens in zijn oordeel mag betrekken die niet aan de wederpartij(en) ter beschikking worden gesteld (zogenaamde *ex parte* beoordeling¹⁸).

32. Op grond van het nationale procesrecht mag een rechter echter geen kennisnemen van gegevens zonder dat de wederpartij gelegenheid krijgt zich daarover uit te laten.¹⁹ In het geval van vertrouwelijke stukken bepaalt art. 22 Rv dat de rechter, zonder de wederpartij te horen, een oordeel moet vormen over de vertrouwelijkheid ervan. Indien hij oordeelt dat het beroep op de vertrouwelijkheid ongegrond is, dienen de stukken alsnog aan de wederpartij te worden verstrekt. Is het beroep op de vertrouwelijkheid echter terecht gedaan, dan dient de rechter zich te laten vervangen, tenzij de wederpartij ermee instemt dat hij de zaak toch behandelt. De gegevens mogen dan alleen benut worden voor het rechtelijke oordeel als de wederpartij alsnog daarin gekend wordt of als deze instemt met het vertrouwelijke karakter van de gegevens.

33. In de praktijk kan dit wel tot de nodige procedurele complicaties en (dus) vertraging leiden (als één procespartij weigert bepaalde bedrijfsvertrouwelijke informatie in het geding te brengen en de wederpartij de benodigde toestemming niet geeft), zo blijkt uit een recent vonnis.²⁰ In deze zaak stelde de eisende partij zich op het standpunt dat zowel in de dagvaarding als in verschillende producties passages stonden die vertrouwelijke informatie bevatten en wenste zij deze niet aan de interveniërende partij te verstrekken (waarbij zij een beroep deed op het Varec-arrest en het onderhavige arrest). Na het nodige heen- en weer geschrijf voorafgaand aan de zitting, heeft de voorzieningenrechter na kennisneming van de vermeend bedrijfsvertrouwelijke informatie geoordeeld dat het beroep op de bedrijfsvertrouwelijkheid terecht was. Nu de interveniërende partij niet de daarvoor vereiste toestemming ex art. 22 lid 6 Rv gaf, was de voorzieningenrechter wel genoodzaakt de zaak te verwijzen naar een andere voorzieningenrechter.

34. In voornoemde zaak had de rechter overigens wel geoordeeld dat de ongecensureerde dagvaarding moest worden verstrekt aan de tussenkomende partij. Westenberg wijst er in zijn annotatie bij dit vonnis terecht op dat dit een processtuk is dat partijen in de procedure niet kan worden onthouden. Daarnaast wijst hij erop dat de rechter in zijn optiek de weg had kunnen volgen van art. 22a lid 3 Rv dat het mogelijk maakt dat kennisneming van vertrouwelijke stukken alleen is voorbehouden aan gemachtigde personen (zoals een advocaat). Dit zou de advocaat van de tussenkomende partij evengoed wel in een lastig parket hebben gebracht, nu zij dan niet had kunnen overleggen met haar cliënte over deze stukken.

35. Tot slot wijzen wij nog op de wat opmerkelijke overweging in ro. 134. Hierin merkt het Hof op dat als de rechter van oordeel is dat een aanbestedende dienst op goede gronden gemotiveerd heeft besloten dat de informatie niet kan worden verstrekt 'de handelswijze van de aanbestedende dienst niet mag worden bekritiseerd op grond dat deze blijk gegeven van een overdreven beschermende houding ten opzichte van de belangen van de ondernemer wiens vertrouwelijke informatie was opgevraagd'. Deze overweging ten overvloede lijkt een vingerwijzing naar de rechter die deze houding dus niet in het nadeel van de aanbestedende dienst mag uitleggen.

Conclusie

36. Dit arrest geeft meer duidelijkheid over de uitleg van art. 21 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU (zoals geïmplementeerd in art. 2:57 lid 1 Aw 2012); te weten dat objectief bepaald moet worden welke informatie al dan niet als vertrouwelijk moet worden aangemerkt. Het is dus niet aan de ondernemer om, naar eigen inzicht, te bepalen of informatie vertrouwelijk is en dus beschermd moet worden of niet. Die uitleg is dus ongegrond.

37. Vervolgens bevatten Richtlijn noch Aw 2012 een limitatieve opsomming welke informatie als vertrouwelijk moet worden aangemerkt (waarbij hieronder in ieder geval 'fabrieks- of bedrijfsgeheimen' moeten worden verstaan). Als de aanbestedende dienst zich afvraagt of de ontvangen informatie vertrouwelijk is of niet, is het aan de betrokken ondernemer om bewijs te leveren waarmee het daadwerkelijk vertrouwelijke karakter van de gegevens wordt aangetoond. Vervolgens is het dan de aanbestedende dienst die bepaalt welke informatie als vertrouwelijk wordt aangemerkt en welke niet. Daarbij wijzen wij erop dat aanbestedende dienst er mogelijk voor zou kunnen kiezen om alvast in de aanbestedingsleidraad te vermelden welke informatie al dan niet als bedrijfsvertrouwelijk wordt aangemerkt (uiteraard met in achtname van art. 2:57 lid 1 Aw).

38. Daarbij kan in onze optiek uit dit arrest worden afgeleid dat een aanbestedende dienst mogelijk een verdergaande informatieverplichting heeft dan tot nu toe in de Nederlandse aanbestedingspraktijk wordt aangenomen. Het Hof oordeelt namelijk dat dat hij onder omstandigheden ook gehouden is - indien hij bepaalde informatie als vertrouwelijk aanmerkt - toch een korte samenvatting daarvan aan de verzoekende partij te verstrekken.

39. Tot slot dient een aanbestedende dienst zijn besluit om een verzoek tot informatievervalsing al dan niet te honoreren deugdelijk te motiveren, zodat dit door de rechter kan worden getoetst. Zowel de verzoekende partij als de partij van wie informatie wordt gevraagd kunnen zich tot de rechter wenden.

40. Daarbij is het Hof van oordeel dat in uitzonderingsgevallen de rechter zijn vonnis moet kunnen wijzen op basis van vertrouwelijke informatie waar de wederpartij niet over beschikt, maar is dat op grond van nationaal procesrecht niet toegestaan. Dit kan er dan in de nationale

¹⁸ Zie Asser *Procesrecht/Giesen* 1 2015/332.

¹⁹ Zie M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden; naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 718.

²⁰ Vrzgrn. Rb. Midden-Nederland 6 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5995, JAAN 2022, 29, m.nt. J.W. Westenberg.

rechtspraak toe leiden dat de rechter - indien een partij volhardt in de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens en de wederpartij er niet mee instemt dat de rechter hier eenzijdig kennis van neemt - zijn vonnis niet op basis van alle relevante gegevens kan wijzen. Evengoed staat de *ex parte* beoordeling door de rechter niet beschreven in de Rechts-

beschermingsrichtlijnen en achten wij het nationale procesrecht op dit punt niet in strijd met het Europese recht. Overigens staat het die partij natuurlijk wel vrij om relevante passages uit vertrouwelijke stukken te citeren dan wel samen te vatten.

J.S.O. den Houting en E. Touwen

TBR 2022/48

Rechtbank Midden-Nederland, 15 juli 2020, C/16/503670 / KG ZA 20-266, ECLI:NL:RBMNE:2020:2734 (Voorlopige gunningsbeslissing is voldoende gemotiveerd)

(Mr. M.J. Slootweg, mr. J.O. Zuurmond)

Aanbestedingswet 2012: art. 1.15, art. 2.57, art. 2.130

Aanbesteding. Motiveringsplicht. Gunningsbeslissing

Met gastnoot F.M.M. Rasenberg, Red.¹

Feiten

4.1. Het gaat hier om een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure van de Provincie met de aanduiding 'Bouwteam verhandingen provincie Utrecht'. Blijkens de door de Provincie uitgebrachte Inschrijvingsleidraad betreft de opdracht verhandelingswerkzaamheden binnen de Provincie Utrecht, die in twee geografische percelen worden aanbesteed. De bedoeling is dat voor elk perceel één bouwteam wordt gevormd en dat hiertoe twee bouwteamovereenkomsten worden gesloten. Binnen de bouwteams, met medewerkers van de Provincie en de aannemer, worden de verschillende te onderhouden wegvakken (de deelprojecten) voorbereid en ontworpen. Het hoofddoel is het verbeteren van het onderhoudsprogramma voor provinciale wegen. Vervolgens wordt per wegvak een uitvoeringsovereenkomst gesloten voor de realisatie van het wegvak, waarbij de aannemer als eerste en voorlopig als enige de gelegenheid zal krijgen hiervoor een aanbieding te doen.

4.2. Als gunningscriterium geldt de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. De economisch meest voordelige inschrijving wordt bepaald aan de hand van de fictieve inschrijfsom van minimaal € 1.250.000 minus de totaal behaalde monetaire meerwaarde. De totale monetaire meerwaarde bedraagt maximaal € 1.000.000 en kan

worden behaald voor de volgende (sub)kwaliteitscriteria:

A. Samenwerkingsplan (maximale meerwaarde € 500.000)

B. Plan Schone lucht (maximale meerwaarde € 300.000)

C. Bereikbaarheid, Leefbaarheid, Veiligheid en Communicatie (BLVC, maximale meerwaarde € 200.000).

4.3. De inschrijvers dienen hiertoe een Samenwerkingsplan, een Plan Schone lucht en een BLVC plan in te dienen die helder en SMART (Specifiek, Meetbaar, Acceptabel, Realistisch en Tijdsgebonden) moeten worden beschreven. Deze plannen worden beoordeeld door een beoordelingscommissie, die aan elk van deze plannen de volgende score toekent:

10 (Uitstekend, wegingsfactor -100%)

8 (Goed, wegingsfactor -50%)

6 (Neutraal, wegingsfactor 0%)

4 (Matig, wegingsfactor +50%)

2 (Slecht, wegingsfactor +100%)

Een score 10 voor elk van de plannen leidt in deze systematiek tot de maximale monetaire meerwaarde van € 1.000.000, namelijk $100\% \times € 500.000$, $100\% \times € 300.000$ en $100\% \times € 200.000$.

4.4. In Bijlage 6 (Uitwerking EMVI tabel) bij de Inschrijvingsleidraad is per (sub) kwaliteitscriterium een overzicht opgenomen van de kenmerken waaraan een ingediend plan moet voldoen om een bepaalde score te halen. Hieronder worden per plan de kenmerken van de scores 10, 8 en 6 genoemd.

Samenwerkingsplan:

Score	Resultaat	Onderbouwing
10	Uitstekend	Maximaal denkbare kwaliteit; er is een uitmuntende invulling en beschrijving gegeven aan het kwaliteitscriterium, de maatregelen zijn SMART omschreven en faciliteren een optimale samenwerking in het Bouwteam.

¹ Femke Rasenberg is advocaat bij AT Osborne.