



Datum van
inontvangstneming

:

15/04/2021

Zaak C-54/21

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

29 januari 2021

Verwijzende rechter:

Krajowa Izba Odwoławcza (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

22 december 2020

Verzoekende partijen:

ANTEA POLSKA S.A.

„Pectore-Eco” sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy

Verwerende partij:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Andere partijen:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep dat is ingesteld in de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht ter zake van de „Opracowanie projektów II aktualizacji planów gospodarowania wodami na obszarach dorzeczy (II aPGW) wraz z metodykami” [uitwerking van plannen inzake de tweede actualisering van de stroomgebiedbeheerplannen (II aPGW), met inbegrip van de bijbehorende methodologieën; hierna ook: „II aPGW”] en dat betrekking heeft op de handelingen die in de loop van deze procedure zijn verricht of verzuimd door de aanbestedende dienst, de Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Pools overheidsbedrijf voor waterbeheer).

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Het verzoek om een prejudiciële beslissing omvat twee groepen vragen, waarvan de ene betrekking heeft op de bescherming van bedrijfsgeheimen door de betrokken ondernemers en de andere op de vaststelling door de aanbestedende dienst van niet-prijsgebonden criteria voor de beoordeling van de inschrijvingen alsmede van een specifieke wijze van beoordeling daarvan.

Het verzoek is ingediend krachtens artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

Vraag 1: „Laten het in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (hierna: ‚richtlijn 2014/24/EU’) neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en het transparantiebeginsel toe dat artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 2, punt 1, van richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (hierna: ‚richtlijn 2016/943’), in het bijzonder de daarin opgenomen formuleringen ‚in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en ordening van haar bestanddelen, niet algemeen bekend [...] of gemakkelijk toegankelijk is’ en ‚bezit handelswaarde omdat zij geheim is’ alsmede de indicatie dat een aanbestedende dienst de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet bekend maakt, aldus worden uitgelegd dat een ondernemer om het even welke informatie als bedrijfsgeheim kan beschermen op grond dat hij deze informatie niet aan de met hem concurrerende ondernemers bekend wil maken?”

Vraag 2: „Laten het in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en het transparantiebeginsel toe dat artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 2, punt 1, van richtlijn 2016/943 aldus worden uitgelegd dat ondernemers

die meedingen naar een overheidsopdracht de in de artikelen 59 en 60 van richtlijn 2014/24/EU en in bijlage XII daarbij genoemde documenten in hun geheel of gedeeltelijk als bedrijfsgeheim kunnen beschermen, met name wat betreft het overzicht van de door hen opgedane ervaring en de bijbehorende referenties, de lijst van personen die voor de uitvoering van de opdracht worden voorgesteld en hun beroepsbekwaamheden en de benamingen en het potentieel van de entiteiten waarvan het potentieel door hen wordt ingeroepen of die van hun onderaannemers, indien deze documenten vereist zijn om aan te tonen dat is voldaan aan de voorwaarden voor deelname aan de procedure of voor de beoordeling volgens de geldende beoordelingscriteria dan wel om vast te stellen dat de inschrijving voldoet aan de andere eisen van de aanbestedende dienst die zijn opgenomen in de documentatie van de procedure (de aankondiging van de opdracht en het bestek)?”

Vraag 3: „Kan de aanbestedende dienst uit hoofde van het in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU bedoelde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en van het transparantiebeginsel, gelezen in samenhang met artikel 58, lid 1, artikel 63, lid 1, en artikel 67, lid 2, onder b), van richtlijn 2014/24/EU, de verklaring van de ondernemer aanvaarden dat hij beschikt over de door de aanbestedende dienst vereiste of door hemzelf aangegeven personele middelen, over de entiteiten waarvan hij de middelen wil aanwenden of over de nodige onderaannemers (hetgeen hij volgens de wettelijke bepalingen aan de aanbestedende dienst dient te bewijzen), en tegelijkertijd de verklaring van deze ondernemer dat de enkele mededeling aan de met hem concurrerende ondernemers van de gegevens betreffende deze personen of entiteiten (achternamen, benamingen, ervaring en bekwaamheden) ertoe kan leiden dat zij door die ondernemers worden ‚gestroopt‘, waardoor het noodzakelijk is om deze informatie als bedrijfsgeheim te beschermen? Kan een dermate losse band tussen de betrokken ondernemer en deze personen en entiteiten in die omstandigheden worden beschouwd als bewijs dat de ondernemer over deze middelen beschikt, en kan dit er meer in het bijzonder toe leiden dat in het kader van de geldende beoordelingscriteria extra punten aan de ondernemer worden toegekend?”

Vraag 4: „Laten het in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en het transparantiebeginsel toe dat artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 2, punt 1, van richtlijn 2016/943 aldus worden uitgelegd dat ondernemers die meedingen naar een overheidsopdracht documenten als bedrijfsgeheim kunnen beschermen wanneer deze vereist zijn om na te gaan of hun inschrijving in overeenstemming is met de in het bestek vermelde eisen van de aanbestedende dienst (en in de beschrijving van het voorwerp van de opdracht) of om de inschrijving te beoordelen in het kader van de geldende beoordelingscriteria, met name wanneer deze documenten betrekking hebben op de vervulling van de eisen van de aanbestedende dienst vermeld in het bestek, in de wettelijke bepalingen of in andere documenten die toegankelijk zijn voor het publiek of voor de belanghebbenden, in het bijzonder wanneer de beoordeling niet geschiedt aan de

hand van objectief vergelijkbare stelsels en mathematisch of fysisch meetbare en vergelijkbare indicatoren maar op grond van de individuele beoordeling van de aanbestedende dienst? Kunnen artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 2, punt 1, van richtlijn 2016/943 bijgevolg aldus worden uitgelegd dat de door de ondernemer in het kader van zijn inschrijving afgelegde verklaring van uitvoering van het voorwerp van de opdracht volgens de indicaties van de aanbestedende dienst die zijn opgenomen in het bestek en die door deze dienst zijn gecontroleerd en beoordeeld op hun overeenstemming met de genoemde eisen, als bedrijfsgeheim van deze ondernemer kan worden beschouwd, ook al staat het aan de ondernemer om de methoden te kiezen waarmee het door de aanbestedende dienst vereiste effect (het voorwerp van de opdracht) kan worden bereikt?”

Vraag 5: „Stellen het in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en het transparantiebeginsel, gelezen in samenhang met artikel 67, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU, waarin is bepaald dat gunningscriteria er niet toe mogen leiden dat de aanbestedende dienst onbeperkte keuzevrijheid heeft maar de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging moeten waarborgen en daadwerkelijke toetsing van de door de inschrijvers verstrekte informatie mogelijk moeten maken om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen, een aanbestedende dienst in staat een criterium voor de beoordeling van inschrijvingen vast te stellen dat volgens de individuele beoordeling van deze dienst wordt geëvalueerd, hoewel reeds op het tijdstip van vaststelling van dat criterium bekend is dat de ondernemers het voor dit criterium relevante gedeelte van hun inschrijving als bedrijfsgeheim zullen beschermen en de aanbestedende dienst daartegen geen bezwaar maakt, zodat de concurrerende ondernemingen de indruk kunnen krijgen dat de aanbestedende dienst de inschrijvingen op volstrekt willekeurige wijze onderzoekt en beoordeelt, aangezien zij niet in staat zijn om de inschrijvingen van hun concurrenten te toetsen en deze met hun eigen inschrijvingen te vergelijken?”

Vraag 6: „Kunnen het in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en het transparantiebeginsel, gelezen in samenhang met artikel 67, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU, waarin is bepaald dat gunningscriteria er niet toe mogen leiden dat de aanbestedende dienst onbeperkte keuzevrijheid heeft maar de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging moeten waarborgen en daadwerkelijke toetsing van de door de inschrijvers verstrekte informatie mogelijk moeten maken om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen, aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst uit hoofde daarvan een criterium voor de beoordeling van inschrijvingen kan vaststellen zoals de in de onderhavige procedure aan de orde zijnde criteria ‚opzet’ en ‚beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht’?”

Vraag 7: „Moet artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen

89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (hierna: „richtlijn beroepsprocedures”), waarin de lidstaten worden verplicht ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze beroep kan worden ingesteld en dat beroepsprocedures toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad, aldus worden uitgelegd dat de vaststelling door een rechtsprekend orgaan dat de door ondernemers in een procedure beschermde documenten geen bedrijfsgeheimen zijn, hetgeen tot gevolg heeft dat de aanbestedende dienst wordt verplicht deze openbaar te maken en ter beschikking van de concurrerende ondernemers te stellen (indien een dergelijk gevolg niet rechtstreeks uit de wettelijke bepalingen voortvloeit), voor dit rechtsprekende orgaan de verplichting meebrengt een beslissing te geven waardoor de betrokken ondernemer in staat wordt gesteld om – met betrekking tot de inhoud van documenten waarmee deze ondernemer voorheen niet bekend was, zodat hij wat dat betreft niet op doeltreffende wijze beroep heeft kunnen instellen – opnieuw beroep in te stellen tegen een handeling waartegen geen voorziening zou openstaan wegens het verstrijken van de termijn voor het instellen daarvan, bijvoorbeeld door het nietig verklaren van het onderzoek en de beoordeling van de inschrijvingen waarop deze als bedrijfsgeheim beschermde documenten betrekking hebben?”

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2014/24/EU: artikel 18, lid 1, artikel 21, lid 1, artikel 55, leden 2 en 3, artikel 56, leden 1 en 2, artikel 58, lid 4, artikel 59, artikel 60, lid 1, artikel 63, lid 1, artikel 67 en artikel 71, lid 2.

Richtlijn 2016/943; artikel 2, punt 1.

Richtlijn 2007/66: artikel 1, leden 1 en 3.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Ustawa - Prawo zamówień publicznych (wet inzake overheidsopdrachten) van 29 januari 2004 (Dz. U. 2004, nr. 19, volgnr. 177; hierna: „PZP”)

Artikel 7

De aanbestedende dienst bereidt de aanbestedingsprocedure voor en legt deze ten uitvoer op een wijze die de handhaving van de eerlijke mededinging en de gelijke behandeling van de ondernemers waarborgt en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Artikel 8

1. De aanbestedingsprocedure is openbaar.
2. De aanbestedende dienst kan de toegang tot de informatie over de aanbestedingsprocedure slechts in de bij wet vastgestelde gevallen beperken.
 - 2a. De aanbestedende dienst kan in het bestek eisen formuleren met betrekking tot de geheimhouding van de informatie die in de loop van de procedure aan de ondernemer wordt verstrekt.
3. Informatie die als bedrijfsgeheim in de zin van de wettelijke bepalingen inzake oneerlijke mededinging moet worden beschouwd, wordt niet openbaar gemaakt indien de ondernemer binnen de termijn voor het indienen van de inschrijvingen of van de verzoeken om deelneming aan de procedure heeft gepreciseerd dat deze informatie niet toegankelijk mag worden gemaakt en heeft aangetoond dat de beschermde informatie als bedrijfsgeheim moet worden beschouwd. De ondernemer kan informatie niet beschermen wanneer deze wordt genoemd in artikel 86, lid 4. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing op prijsvragen.

Artikel 36b, lid 1

De aanbestedende dienst verzoekt de ondernemer aan te geven welk deel van de opdracht hij aan onderaannemers wil toevertrouwen alsook om de bedrijven van deze onderaannemers kenbaar te maken.

Artikel 91

1. De aanbestedende dienst selecteert de voordeligste inschrijving op basis van de in het bestek omschreven criteria voor de beoordeling van de inschrijvingen.
2. De criteria voor de beoordeling van de inschrijvingen zijn de prijs of de kosten dan wel de prijs of de kosten en andere criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals:
 - 1) kwaliteit, met inbegrip van technische parameters en esthetische en functionele kenmerken;
 - 2) sociale aspecten, met inbegrip van de professionele en sociale integratie van de in artikel 22, lid 2, bedoelde personen, de toegankelijkheid voor gehandicapten en de inaanmerkingneming van de behoeften van de gebruikers;
 - 3) milieuaspecten, met inbegrip van de energie-efficiëntie van het voorwerp van de opdracht;
 - 4) innovatieaspecten;
 - 5) organisatie, beroepsbekwaamheden en ervaring van de personen die voor de uitvoering van de opdracht zijn aangewezen, indien deze een aanzienlijke invloed op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht kunnen hebben;

6) klantenservice en technische bijstand, alsmede leveringsvoorwaarden zoals leveringsdatum, leveringswijze en leveringsperiode of termijn voor voltooiing.

[...]

2d. De aanbestedende dienst omschrijft de criteria voor de beoordeling van de inschrijvingen op ondubbelzinnige en begrijpelijke wijze zodat de door de ondernemers verstrekte informatie kan worden gecontroleerd.

[...]

Artikel 96

1. In de loop van de aanbestedingsprocedure stelt de aanbestedende dienst een verslag op dat ten minste de volgende gegevens bevat: [...]

5) de voor- en achternaam of benaming van de ondernemer van wie de inschrijving als de voordeligste is geselecteerd, de redenen voor de selectie van de inschrijving van deze ondernemer en, indien dit bekend is, een indicatie van het gedeelte van de opdracht of van het raamcontract dat hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en, indien deze op dat ogenblik bekend zijn, de voor- en achternamen van de mogelijke onderaannemers; [...]

7) indien van toepassing, de resultaten van het onderzoek van de uitsluitingsgronden en van de beoordeling of is voldaan aan de voorwaarden voor deelname aan de procedure of aan de selectiecriteria, met inbegrip van:

a) de voor- en achternaam of benaming van de ondernemers die niet worden uitgesloten en die hebben aangetoond dat zij voldoen aan de voorwaarden voor deelname aan de procedure of aan de selectiecriteria en de redenen voor de selectie van deze ondernemers,

b) de voor- of achternaam of benaming van de ondernemers die worden uitgesloten en die niet hebben aangetoond dat zij voldoen aan de voorwaarden voor deelname aan de procedure of aan de selectiecriteria en de redenen waarom zij niet zijn uitgenodigd om aan de procedure deel te nemen;

8) de redenen voor de afwijzing van inschrijvingen; [...]

2. Inschrijvingen, adviezen van deskundigen, verklaringen en gegevens van de in artikel 38, lid 3, genoemde vergadering kennisgevingen, verzoeken en andere documenten en gegevens die door de aanbestedende dienst en de ondernemers zijn ingediend alsmede de overeenkomst inzake de overheidsopdracht worden bij het verslag gevoegd.

3. Het verslag en de bijlagen daarbij zijn openbaar. De bijlagen bij het verslag worden ter beschikking gesteld, hetzij na de selectie van de economisch voordeligste inschrijving, hetzij na nietigverklaring van de procedure.

Inschrijvingen worden ter beschikking gesteld vanaf de openstelling ervan, preliminaire inschrijvingen vanaf de datum van oproep tot indiening van inschrijvingen en verzoeken om deelname aan de procedure vanaf de datum van kennisgeving van de resultaten van de beoordeling of aan de deelnamevoorwaarden is voldaan.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wet inzake oneerlijke mededinging) van 16 april 1993 (Dz. U. 2020, volgnr. 1913; hierna: „UZNK”)

Artikel 11, lid 2

Onder „bedrijfsgeheim” wordt verstaan technische, technologische en organisatorische bedrijfsinformatie dan wel andere gegevens met een economische waarde die, in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en ordening van haar bestanddelen, niet algemeen bekend is bij of gemakkelijk toegankelijk is voor personen die zich gewoonlijk bezighouden met de desbetreffende soort informatie, voor zover de persoon die deze informatie rechtmatig kan gebruiken of die er zeggenschap over heeft met de vereiste zorgvuldigheid stappen heeft ondernomen om het vertrouwelijke karakter ervan te bewaren.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (besluit van de minister van Ontwikkeling betreffende de soorten documenten die een aanbestedende dienst van een ondernemer kan verlangen in het kader van een aanbestedingsprocedure) van 26 juli 2016 (Dz. U. 2020, volgnr. 1282)

§ 2, lid 4

Om te bewijzen dat een ondernemer voldoet aan de voorwaarden voor deelname aan een procedure of aan de selectiecriteria inzake technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid kan de aanbestedende dienst om de volgende documenten verzoeken:

1) [...]

2) een lijst van leveringen of diensten die zijn verricht, of, in het geval van periodieke of voortdurende prestaties, worden verricht, gedurende de laatste drie jaar voorafgaand aan het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen of de verzoeken om deelname of, indien de duur van de verrichte activiteit korter is, gedurende die periode, onder opgaaf van de waarde en het voorwerp ervan, de data van uitvoering en de entiteiten waaraan deze leveringen of diensten zijn verricht, alsmede onder bijvoeging van bewijsstukken waaruit blijkt dat deze leveringen of diensten naar behoren zijn of worden verricht, waarbij onder „bewijsstukken” wordt verstaan referenties of andere documenten die zijn opgesteld door de entiteit aan wie de leveringen of diensten zijn of, in het geval van periodieke of voortdurende prestaties, worden verricht, en, indien de ondernemer op gerechtvaardigde objectieve gronden niet in staat is deze

documenten te verkrijgen, een door hem opgestelde verklaring; in het geval van periodieke of voortdurende prestaties die nog steeds worden verricht, dienen de referenties of andere documenten tot staving van de behoorlijke uitvoering daarvan ten vroegste 3 maanden voor het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen of de verzoeken om deelname aan de procedure te zijn uitgereikt;

3) een lijst van technische hulpmiddelen, uitrusting of technische apparatuur waarover de ondernemer voor de uitvoering van de overheidsopdracht beschikt, met inbegrip van informatie over de grondslag waarop hij over deze middelen kan beschikken;

4) een beschrijving van de technische apparatuur en de organisatorische en technische middelen waarvan de ondernemer gebruikmaakt om de vereiste kwaliteit te borgen, alsmede een beschrijving van de wetenschappelijke en onderzoekshulpmiddelen die in zijn bezit zijn of waarover hij zal kunnen beschikken;

5) een lijst van systemen voor het beheer en de traceerbaarheid van de toeleveringsketen die door de ondernemer bij de uitvoering van de overheidsopdracht kunnen worden toegepast; [...]

10) een lijst van personen op wie de ondernemer een beroep zal doen voor de uitvoering van de overheidsopdracht, met name van degenen die verantwoordelijk zijn voor het verrichten van de diensten, het toezicht op de kwaliteit en de leiding over de bouwwerkzaamheden, alsmede gegevens over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht vereiste beroepsbekwaamheden, competenties, ervaring en opleiding, alsook over de omvang van de door deze personen uitgeoefende activiteiten en informatie over de grondslag waarop hij over deze personen kan beschikken.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Het geschil in de onderhavige zaak betreft de door Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie uitgeschreven openbare aanbestedingsprocedure „II aPGW”. Het betreft een openbare procedure en de aanbesteding is in het *Publicatieblad van de Europese Unie* gepubliceerd onder nummer 2019/S 245-603343.
- 2 Stroomgebiedbeheerplannen worden gerekend tot de fundamentele planningsdocumenten waarvan de opstelling en de actualisering vereist zijn krachtens de bepalingen van de kaderrichtlijn water [richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid (PB 2000, L 327, blz. 1)] en de ustawa Prawo wodne (waterwet) van 20 juli 2017 (Dz. U. 2018, volgnr. 2268, zoals gewijzigd). Deze documenten vormen de grondslag voor besluiten waarbij de toestand van de waterreserves en de regels voor het

toekomstige beheer daarvan worden vormgegeven en zijn bedoeld voor de coördinatie van maatregelen met betrekking tot de watertoestand en de ecosystemen, de waterreserves, het watergebruik, de in het water of in de bodem geloosde stoffen die potentieel schadelijk zijn voor het water, de hoogwaterbescherming en de bestrijding van de gevolgen van droogte. De opdracht betrof de cyclische actualisering van deze plannen en diende in vier fases te worden gerealiseerd: fase I: uitwerking van plannen inzake de tweede actualisering van de stroomgebiedbeheerplannen (II aPGW), met inbegrip van de bijbehorende methodologieën; fase II: openbare raadpleging van het „II aPGW”-concept en strategische milieueffectbeoordeling; fase III: opstelling van ontwerpbesluiten inzake „II aPGW”; fase IV: opstelling van een verslag voor de Europese Commissie en opzetten van gegevensbanken met gegevens betreffende „II aPGW”.

- 3 In het bestek heeft de aanbestedende dienst aangegeven welke ervaring minimaal moet worden aangetoond door ondernemers die naar de gunning van de opdracht meedingen en heeft deze dienst het voor de uitvoering daarvan vereiste team gedefinieerd onder opgaaf van de minimale ervaring, opleiding en bekwaamheden van de betrokken teamleden. De aanbestedende dienst heeft er tevens aan herinnerd dat ondernemers die een beroep doen op de middelen van andere entiteiten dienen te bewijzen dat zij bij de uitvoering van de opdracht over de daarvoor noodzakelijke middelen van deze entiteiten kunnen beschikken, met name door overlegging van de door deze entiteiten aangegane verbintenis om hun de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke personen ter beschikking te stellen. De ondernemers zijn verplicht de voor openbare aanbestedingsprocedures geldende standaarddocumenten over te leggen en aldus aan te tonen dat zij beschikken over het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, lijsten van uitgevoerde opdrachten met de bijbehorende referenties en lijsten van de personen op wie zij een beroep kunnen doen voor de uitvoering van de opdracht alsmede van de entiteiten die hun de nodige middelen ter beschikking zullen stellen. Overeenkomstig het vereiste van artikel 36b, lid 1, PZP heeft de aanbestedende dienst de ondernemers verzocht aan te geven of zij voornemens waren de opdracht uit te voeren onder deelname van onderaannemers, welke onderaannemingsbedrijven daarbij zouden worden betrokken (benaming van deze bedrijven) en welk deel van de opdracht aan elk van deze onderaannemers zou worden toevertrouwd. Het inschrijvingsformulier diende melding te maken van de documenten die via gratis en algemeen toegankelijke gegevensbanken kunnen worden verkregen (naam van het document en adres van de betrokken website).
- 4 In de procedure zijn inschrijvingen ingediend door: 1. de gezamenlijk naar de gunning van de opdracht meedingende ondernemers ANTEA POLSKA spółka akcyjna, gevestigd te Katowice, „Pectore-Eco” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gevestigd te Gliwice, en de Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy, gevestigd te Warschau (hierna: „verzoekers”); 2. ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gevestigd te Warschau (hierna: „Arup”); 3. CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gevestigd te Warschau (hierna: „CDM”); 4. de gezamenlijk naar de gunning van

de opdracht meedingende ondernemers Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gevestigd te Warschau, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gevestigd te Warschau, en HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych, gevestigd te Warschau (hierna: „Multiconsult”).

- 5 De inschrijvingen zijn beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria (twee kwaliteitscriteria – „opzet”; weging: 42 en „beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht”, weging: 18; prijscriterium - weging: 40).
- 6 Volgens het criterium „Opzet” diende in de inschrijving de wijze van aanpak bij de uitvoering van de opdracht te worden beschreven, meer bepaald:
 1. de methodische aanpak bij het uitwerken van de verschillende handelingen [voor elke handeling: de wijze van beoordeling van de milieu-efficiëntie en de haalbaarheid van de milieudoelstellingen voor de verschillende uniforme waterlichamen, de wijze van uitvoering van de analyse inzake kosteneffectiviteit, de wijze van vaststelling hoe de verwezenlijking daarvan van invloed is op de onderste/bovenste uniforme waterlichamen, de wijze van vaststelling van de uitvoeringskosten en van de financieringsbronnen, rekening houdend met de nationale en de Europese middelen, de wijze van uitvoering van de klimaattoets met betrekking tot de verschillende programma’s, de wijze van vaststelling van de sociaaleconomische gevolgen van de verwezenlijking, de wijze van prioritering van de handelingen, de wijze van vaststelling van de mogelijke synergiën als gevolg van het bestaan van andere planningsdocumenten en de wijze van beoordeling van de vraag of de voorgestelde handelingen het voor het betreffende uniforme waterlichaam mogelijk zal maken de milieudoelstellingen te halen, onder inaanmerkingneming van de handelingen die gepland zijn voor de naburige uniforme waterlichamen];
 2. de methodische aanpak bij het identificeren van de handelingen op het gebied van het behoud van de morfologische continuïteit in het kader van de geplande milieudoelstellingen voor de uniforme oppervlaktewaterlichamen, met inbegrip van de wijze waarop de werking van de bestaande vismigratievoorzieningen wordt geanalyseerd/beoordeeld (met inbegrip van de methodische aanpak bij het identificeren van de bouwwerken die aan deze migratie in de weg staan, bij het nagaan of de geïdentificeerde bouwwerken zijn uitgerust met installaties die de migratie van vissen mogelijk maken, bij het beoordelen van de werking van de bestaande installaties in het kader van de verwezenlijking van de milieudoelstellingen en bij het identificeren van de maatregelen ter zake);
 3. een met redenen omkleed concept ter zake van de identificatie van afwijkingen bij de verwezenlijking van de milieudoelstellingen;
 4. een aanpak waarbij de ligging van de uniforme oppervlaktewaterlichamen en de uniforme ondergrondse waterlichamen aldus op een kaart kan worden

aangegeven dat het puntwatergebruik ten minste kan worden gelokaliseerd ten opzichte van de plaatsen die worden genoemd in punt 28, onder r), van fase IV van de beschrijving van het voorwerp van de opdracht.

- 7 Volgens het criterium „Beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht” diende de inschrijving de volgende onderdelen te bevatten:
1. een beschrijving van de mogelijke gevaren voor de goede uitvoering van de verschillende taken in elke fase van de opdracht en van de wijzen van voorkoming en preventie daarvan in de vorm van een gevarenregister met een beoordeling van de waarschijnlijkheid van het intreden daarvan en van het niveau van de betreffende dreiging,
 2. de organisatorische structuur van het team: rollen, omvang van de verantwoordelijkheid en verklaarde inhoudelijke competenties; informatiestroom,
 3. de voorgestelde toegevoegde waarde voor zover deze niet is opgenomen in de gedetailleerde beschrijving van het voorwerp van de opdracht en van invloed is op de kwaliteit en de uitvoering van dat voorwerp.
- 8 De bij deze criteria behorende subcriteria zijn beoordeeld aan de hand van beschrijvende evaluatietabellen met een welbepaald aantal punten voor elke evaluatie. Deze beschrijvende evaluaties gaven aan of was voldaan aan de vereisten van de aanbestedingsstukken, of er inhoudelijke fouten waren gemaakt, of alle aspecten van het betrokken subcriterium waren beschreven, hoeveel daarvan duidelijk en volledig waren beschreven, hoeveel van de voor een bepaald subcriterium voorgestelde oplossingen optimaal zijn en een hoog kwaliteitsniveau alsmede een hoge mate van betrouwbaarheid wat betreft de resultaten van de werkzaamheden waarborgen en hoeveel van deze oplossingen zijn opgenomen in de beschrijving van de toegevoegde waarde die niet is opgenomen in de gedetailleerde beschrijving van het voorwerp van de opdracht en die van invloed is op de kwaliteit en de uitvoering van dat voorwerp.
- 9 De inschrijvingen hebben de volgende scores gekregen:
1. CDM - prijs [21 517 620,00 Poolse zloty (PLN)]: 33,61 punten, opzet: 29 punten, beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht: 12 punten, in totaal: 74,61 punten (voordeligste inschrijving),
 2. Verzoekers - prijs (18 081 000,00 PLN): 40 punten, opzet: 7 punten, beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht: 15 punten, in totaal: 62 punten,
 3. Multiconsult - prijs (20 662 770,00 PLN): 35 punten, opzet: 14 punten, beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht: 9 punten, in totaal: 58 punten,

4. Arup - prijs (18 240 900,00 PLN): 39,65 punten, opzet: 9 punten, beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht: 6 punten, in totaal: 54,65 punten.
- 10 Verzoekers hebben beroep ingesteld bij de president van de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen, Polen). Daarbij hebben zij verzocht om nietigverklaring van de selectie van de inschrijving van CDM, alsmede om een hernieuwd onderzoek en een hernieuwde beoordeling van de inschrijvingen onder openbaarmaking en terbeschikkingstelling van de documenten en gegevens die door CDM, Multiconsult en Arup als bedrijfsgeheim zijn beschermd ter zake van de criteria „opzet” en „beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht” alsmede van de door CDM beschermde documenten en gegevens (lijst van diensten, lijst van personen, referenties, punt 5 en punt 13 van het inschrijvingsformulier). Daarnaast hebben zij verzocht om wijziging van de scores ten gunste van verzoekers en ten nadele van CDM, om terbeschikkingstelling van de feitelijke toelichting op het aantal punten dat is toegekend aan CDM, Multiconsult en Arup alsook om selectie van de door verzoekers ingediende inschrijving als de voordeligste.
- 11 In de beroepsprocedure hebben Arup, CDM en Multiconsult zich aan de zijde van de aanbestedende dienst geschaard.
- 12 Verzoekers hebben de volgende middelen aangevoerd:
- verzuim om de informatie vrij te geven op grond waarvan punten zijn toegekend in het kader van de kwaliteitscriteria, alsmede van de andere gegevens die door CDM niet doeltreffend als bedrijfsgeheim zijn beschermd, hetgeen een schending inhoudt van artikel 7, leden 1 en 3, gelezen in samenhang met artikel 8, leden 1, 2 en 3, PZP en artikel 11, lid 2, UZNK;
 - verzuim om een toereikende toelichting te geven op de beoordeling van de kwaliteitscriteria, hetgeen een schending inhoudt van artikel 92, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, PZP;
 - verzuim om de door verzoekers en CDM ingediende inschrijvingen te beoordelen overeenkomstig de geldende beoordelingscriteria en selectie van de door CDM ingediende inschrijving als de voordeligste, ook al diende volgens de geldende beoordelingscriteria de door verzoekers ingediende inschrijving als de voordeligste te worden geselecteerd, hetgeen een schending inhoudt van artikel 92, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, PZP.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 13 Met betrekking tot het middel inzake het verzuim om de informatie bekend te maken die door CDM, Multiconsult en Arup niet doeltreffend als bedrijfsgeheim is beschermd, hebben verzoekers in hun motivering aangegeven dat het beginsel van openbaarheid van publieke informatie een van de fundamentele beginselen

van het Poolse rechtsstelsel is en voortvloeit uit de artikelen 54 en 61 van de Poolse grondwet alsmede uit de bepalingen van de ustawa o dostępie do informacji publicznej (wet betreffende de toegang tot publieke informatie) van 6 september 2001 (Dz. U. nr. 112, volgnr. 1198). De mogelijkheid tot uitsluiting van de openbaarheid van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht mag niet worden misbruikt en kan niet ruim worden opgevat, aangezien het beginsel van openbaarheid in procedures een beginsel van hogere rang is en uitzonderingen daarop niet aldus kunnen worden uitgelegd dat zij dit beginsel inperken. Dit recht kan niet uitsluitend op de mededinging van ondernemers worden toegepast, doch enkel strikt binnen de grenzen van de definitie van artikel 11, lid 2, UZNK. Overeenkomstig artikel 96, lid 3, PZP zijn het verslag en de bijlagen daarbij openbaar en dienen deze ter beschikking van alle belanghebbenden te worden gesteld, ongeacht of zij een procesbelang of een feitelijk belang daarbij hebben. Ondernemers die meedingen naar de gunning van een overheidsopdracht dienen er rekening mee te houden dat hun inschrijvingen in beginsel openbaar zullen zijn en dienen zich bewust te zijn van de gevolgen van hun onderwerping aan de procedures die zijn vastgesteld in de wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten.

- 14 De door CDM, Multiconsult en Arup overgelegde toelichtingen op de bescherming van hun bedrijfsgeheimen zijn beknopt en zijn in wezen beperkt tot het aanhalen van rechterlijke uitspraken. Uit artikel 8, lid 3, PZP volgt ondubbelzinnig dat de bescherming van bedrijfsgeheimen slechts mogelijk is met betrekking tot geheime informatie en niet met betrekking tot documenten die slechts voor een deel dergelijke informatie kunnen bevatten. CDM, Multiconsult en Arup hebben evenwel hele reeksen documenten als bedrijfsgeheim beschermd, zonder dat de rechtmatigheid van deze handelwijze naar behoren is gestaafd. De aanbestedende dienst had in detail moeten nagaan of en in welke mate de bescherming van deze bedrijfsgeheimen terecht was, temeer daar deze documenten rechtstreeks van belang zijn voor de beoordeling van de inschrijvingen en zij in het kader van de geldende beoordelingscriteria goed zijn voor in totaal 60 % van de score. In plaats daarvan heeft de aanbestedende dienst de uitleg van de ondernemers kritiekloos aanvaard, hetgeen het voor verzoekers moeilijk maakt om zich uit te spreken over de gegrondheid van de toekenning van het betreffende aantal punten aan deze ondernemers. Een dergelijke handelwijze druist rechtstreeks in tegen het beginsel van openbaarheid van aanbestedingsprocedures.
- 15 Met betrekking tot de verschillende documenten en gegevens die door hun concurrenten als bedrijfsgeheim zijn beschermd, hebben verzoekers aangevoerd dat een van deze concurrenten, in procedures waarin deze concurrent een gegadigde was, dergelijke informatie in het verleden wel openbaar heeft gemaakt, alsook dat er documenten zijn beschermd die op websites zijn gepubliceerd, dat de opdrachten op de beschermde lijst betrekking hadden op diensten voor aanbestedende diensten die tot toepassing van de PZP gehouden waren, dat het derhalve publieke informatie betreft en dat de betrokken ondernemer heeft nagelaten de passende maatregelen te treffen om het vertrouwelijke karakter

daarvan te bewaren, ook al heeft hij in de aan de aanbestedende dienst overgelegde verklaring aangegeven dat hij dat wel heeft gedaan.

- 16 Met betrekking tot het middel inzake het ontbreken van een volledige toelichting op de aan CDM, Multiconsult en Arup toegekende score hebben verzoekers aangegeven dat zij bij gebreke van een feitelijke motivering van het besluit dienaangaande niet in staat waren zich precies over de door de aanbestedende dienst verrichte beoordeling uit te spreken. De beknoptheid van de motivering van het aan de ondernemers meegedeelde besluit van de aanbestedende dienst vormt een belemmering voor het toetsen van de juistheid van de handelingen van deze dienst alsmede voor de mogelijkheid om beroep in rechte in te stellen.
- 17 De aanbestedende dienst heeft benadrukt dat het recht van een ondernemer om een deel van zijn inschrijving geheim te houden op gelijke voet moet worden behandeld met het beginsel van openbaarheid van procedures. Een entiteit die informatie beschermt moet proberen op geloofwaardige wijze uit te leggen waarom de beschermde informatie als bedrijfsgeheim kan worden beschermd. De beweringen dienaangaande dienen te worden gestaafd en de redenering moet overtuigend, coherent en logisch zijn, rekening houdend met de kenmerken van de procedure en van de beschermde informatie. Aan deze eisen is door alle ondernemers voldaan.
- 18 Een van de deelnemende ondernemers heeft aangevoerd dat richtlijn 2016/943 is vastgesteld ter bescherming van informatie die een kernelement is van de kenniseconomie en concurrentievoordeel oplevert. Dergelijke informatie wordt door bedrijven op voet van gelijkheid met octrooien en andere vormen van intellectuele-eigendomsrechten behandeld. Uit overweging 18 van deze richtlijn volgt duidelijk dat deze richtlijn overheidsinstanties in het kader van aanbestedingsprocedures niet ontheft van de vertrouwelijkheidsverplichtingen die zij hebben ten aanzien van de hun meegedeelde bedrijfsgeheimen. De verplichting om het vertrouwelijke karakter te bewaren van informatie die door een ondernemer als bedrijfsgeheim is beschermd, vloeit voort uit artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU. Als uitzondering op het algemene beginsel van openbaarheid van openbare aanbestedingsprocedures (artikel 8, lid 1, PZP) geldt het beginsel van bescherming van de bedrijfsgeheimen van een onderneming in de zin van de wettelijke bepalingen inzake oneerlijke mededinging (artikel 8, lid 3, PZP). De definitie van een bedrijfsgeheim is vervat in artikel 11, lid 2, UZNK. Het beginsel van openbaarheid van openbare aanbestedingsprocedures is niet absoluut. De aanbestedende dienst evalueert welke informatie wel en welke niet als juridisch beschermde informatie moet worden beschouwd en treft op basis daarvan aanvullende beschermingsmaatregelen. De handelingen van de aanbestedende dienst mogen de ondernemers niet blootstellen aan het risico van schade als gevolg van de vrijgave van informatie.
- 19 Wat betreft het vereiste van economische waarde als constitutief onderdeel van bedrijfsgeheimen bepaalt artikel 39 van de TRIPs-overeenkomst (Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom van 15 april 1994, die

als bijlage bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie is gevoegd) dat bescherming wordt gewaarborgd ten aanzien van informatie die handelswaarde bezit omdat zij geheim is. Dat betekent dat de betrokken informatie, precies omdat zij geheim is, een bepaalde economische waarde voor de ondernemer moet vertegenwoordigen.

- 20 Wat betreft de bescherming van de aan de kwaliteitscriteria te toetsen documenten blijkt uit het betoog van de aanbestedende dienst en de deelnemende ondernemers dat het auteursrechtelijk beschermde documenten betreft die een specifieke soort voortbrengselen van de geest van de ondernemers vormen, meer bepaald hun *knowhow*. Het betreft werken in de zin van de *ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych* (wet op het auteursrecht en de naburige rechten) van 4 februari 1994 (Dz. U. 1994, nr. 24, volgnr. 83) waarvoor de auteur/ondernemer over het uitsluitende recht beschikt om deze op alle exploitatieterrainen te gebruiken en erover te beschikken, met inbegrip van het recht om zeggenschap over het gebruik ervan uit te oefenen en het recht om over de eerste mededeling ervan te beslissen. De openbaarmaking van de genoemde documenten zou de belangen van de ondernemers ernstig kunnen schaden, aangezien zij een economische waarde bezitten en de ondernemers de nodige maatregelen hebben getroffen om deze niet wereldkundig te maken, zoals onder meer de invoering van passende interne procedures, vertrouwelijkheidsclausules, een arbeidsreglement, een toegangscontrole voor gebouwen, elektronische beveiliging van de betreffende documenten (login en wachtwoord) en de fysieke beveiliging ervan in een kluis.
- 21 De aanbestedende dienst heeft gepreciseerd dat elk van de door de ondernemers voorgestelde concepten wordt opgesteld ten behoeve van de betrokken procedure en unieke oplossingen bevat. De erin vertolkte ideeën zijn evenwel niet innovatief, aangezien de aanbestedende dienst geen innovatie verlangt maar nakoming van de eisen van het bestek, zodat de oplossingen geschikt zijn om de beste resultaten te bereiken en als zodanig juist zijn. De openbaarmaking van de concepten kan de belangen van de auteur ervan schaden, aangezien een andere ondernemer een kortere uitvoeringstermijn of een lagere uitvoeringsprijs kan aanbieden, het betrokken concept zich leent voor gebruik – het betreft namelijk geen eenmalige handeling, gelet op het feit dat de opdracht met andere opdrachten samenhangt en specialisten of bedrijven naar verschillende opdrachten kunnen meedingen – en een concurrent op basis van het concept kan beoordelen wie aan de verwezenlijking ervan zal deelnemen en deze deelnemers derhalve kunnen worden gestroopt.
- 22 Wat betreft de bescherming van de lijst van diensten en de bijbehorende referenties zij opgemerkt dat de in de lijst van diensten opgenomen informatie kennis vormt die het voor de concurrentie mogelijk maakt kennis te nemen van een groot aantal aspecten van de activiteiten van de ondernemer (traceren van zijn activiteitenprofiel op een bepaald ogenblik, de soorten bestellingen die hij heeft uitgevoerd en de afnemers van zijn diensten). De lijst van diensten toont tevens de

omvang van de opbrengsten die door de verrichting ervan worden gegenereerd, wat eveneens een bedrijfsgeheim is.

- 23 Wat betreft de bescherming van de lijst van personen zij opgemerkt dat deze lijst gegevens bevat waardoor deze personen kunnen worden geïdentificeerd, hetgeen de ondernemer aan verlies kan blootstellen wanneer de concurrentie probeert om deze personen aan zich te binden. Evenzo bevat de informatie van het inschrijvingsformulier specifieke gegevens van derden die middelen met een handelswaarde ter beschikking stellen. De activiteit van de ondernemers bestaat voornamelijk in het verstrekken van adviesdiensten en zij bezitten geen andere goederen dan de door hun personeel voortgebrachte werken van de geest. De specificatie van de betrokken diensten vereist dat de betrokkenen over hooggekwalificeerd personeel beschikken en dat de informatie over de personen die worden belast met de uitvoering van de opdrachten wordt beschermd. De gegevens over het personeelsbestand zijn voor de ondernemers van economisch belang en hebben betrekking op de werkwijze van hun bedrijf alsmede op de interne structuur ervan en de arbeidsorganisatie.
- 24 Bovendien is uit het ter terechtzitting verdedigde standpunt van de aanbestedende dienst gebleken dat de geheimhouding van dit soort stukken de norm is in dergelijke procedures. De ondernemers maken bij de motivering van de geheimhouding van hun informatie gebruik van sjablonen. De door de aanbestedende dienst vereiste documenten zijn onderling onlosmakelijk verbonden.
- 25 Met betrekking tot het middel inzake het ontbreken van een volledige toelichting op de toegekende score beweert de aanbestedende dienst dat hij elke kwestie, elk subcriterium en elk criterium heeft beoordeeld volgens de procedure en de regels die worden beschreven in het bestek. Elk van de inschrijvingen is gedetailleerd onderzocht en de beoordeling gaat vergezeld van een gedetailleerde toelichting, die op 12 maart 2020 aan de ondernemers is toegezonden. De gedetailleerdheid van deze aan alle ondernemers verstrekte toelichting op de scores maakt het mogelijk om zonder problemen na te gaan of het aantal toegekende punten juist is en te berekenen in hoeveel gevallen een kwestie wordt geacht op duidelijke en volledige wijze te zijn beschreven alsook welke aangegeven toegevoegde waarde door de aanbestedende dienst als zodanig is erkend. Voorwaarde voor dit nazicht was een gedetailleerde kennisname van en inzicht in de regels voor de beoordeling van de inschrijvingen, maar verzoekers hebben verzuimd een dergelijk inzicht te verwerven. Dat blijkt uit de middelen en uit de onjuiste uitlegging van de verschillende fragmenten van de toelichting op de beoordeling van de inschrijvingen. Uit het betoog van verzoekers blijkt dat zij de structuur van de beoordeling van de verschillende criteria en subcriteria niet begrijpen en dat zij op die basis, ter staving van de vermeende onregelmatigheid van de zijde van de aanbestedende dienst of van zijn partijdigheid, onjuiste stellingen en conclusies formuleren in hun beroepschrift. De score voor een bepaald subcriterium was afhankelijk van het aantal kwesties dat voldeed aan welbepaalde eisen, zoals het optimale karakter van de voorgestelde oplossingen en de waarborging van een

hoog kwaliteitsniveau en een hoge mate van betrouwbaarheid wat betreft de resultaten van de werkzaamheden, alsmede van het aantal aspecten dat buiten de beschrijving van het voorwerp van de opdracht treedt en dat wordt geacht een positief effect op de uitvoeringskwaliteit te hebben. Bovendien heeft de aanbestedende dienst onder de tabel met de regels voor de toekenning van de punten gepreciseerd dat hij onder de formulering „optimale oplossingen die een hoog kwaliteitsniveau en een hoge mate van betrouwbaarheid wat betreft de resultaten van de werkzaamheden waarborgen” verstaat „de toepassing door de ondernemer van een toereikende mate van gedetailleerdheid van de analyses en/of van geschikte instrumenten en/of de uitvoering van een doeltreffende en inhoudelijke controle van de brongegevens en/of de vaststelling van doeltreffende maatregelen om de volledigheid van de gegevens en de analyses te waarborgen”. Deze regels zijn door het aanbestedingscomité bij de beoordeling van elk van de inschrijvingen consequent toegepast en hebben in de fase van de aanbestedingsprocedure geen twijfels bij verzoekers of bij de andere ondernemers doen rijzen. Over de door de aanbestedende dienst gehanteerde wijze van beoordeling van de inschrijvingen zijn geen twijfels gerezen, aangezien er geen enkele vraag over het bestek is gesteld en in dat verband evenmin om wijzigingen is verzocht. De aanbestedende dienst is derhalve van oordeel dat het bestek naar behoren is geformuleerd.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 26 De eerste groep prejudiciële vragen heeft betrekking op de bescherming van bedrijfsgeheimen door de ondernemers.
- 27 Overeenkomstig het arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, is de aanbestedende dienst verplicht de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze te behandelen, zodat ondernemers aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet de indruk krijgen dat de aanbestedende dienst gegadigden ten onrechte bevoordeelt of benadeelt. De verwezenlijking hiervan houdt rechtstreeks verband met de transparantie van de gunning van de opdrachten, die op zijn beurt samenhangt met de openbaarheid van de gunning van deze opdrachten voor de deelnemers. De openbaarheid van een procedure kan worden beperkt, maar in het nationale recht is niet in dergelijke beperkingen voorzien ten aanzien van de regels van artikel 7, lid 1, PZP, te weten eerlijke mededinging, gelijke behandeling en transparantie van procedures. Evenzo kunnen de regelingen van artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 2, punt 1, van richtlijn 2016/943 niet tot gevolg hebben dat de regels van artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU niet in acht worden genomen.
- 28 In het Poolse rechtsstelsel hebben de ondernemers in beginsel volledige toegang tot de documenten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht (artikel 96 PZP). Het niet-bestaan of het beperken van een dergelijke toegang doet afbreuk aan het vertrouwen van de ondernemers in de besluiten van de

aanbestedende diensten en derhalve in het gehele stelsel van openbare aanbestedingen. In dat geval is namelijk geen sprake van openbaarheid of van de mogelijkheid tot het toetsen van de activiteiten van de aanbestedende dienst en de concurrenten. Dit maakt het voor ondernemers ook moeilijk of zelfs onmogelijk om op doeltreffende wijze beroep in rechte in te stellen.

- 29 De traceerbaarheid van het verloop van procedures voor ondernemers, de mogelijkheid tot het raadplegen van de inschrijvingen van concurrenten en de mogelijkheid tot het toetsen van deze inschrijvingen en van de aan de aanbestedende dienst verstrekte informatie vormen in het geval van nationale opdrachten een gangbare praktijk. Dat is te merken aan de bij de Krajowa Izba Odwoławcza ingestelde beroepen, waarvan de meeste betrekking hebben op middelen inzake het verzuim om onregelmatige inschrijvingen te weigeren en om ondernemers uit te sluiten die niet hebben aangetoond dat zij aan de deelnamevoorwaarden hebben voldaan of die onjuiste informatie aan de aanbestedende dienst hebben verstrekt. In veel gevallen beschikken de ondernemers over een veel grotere professionele kennis over het voorwerp van de opdracht of de situatie in de betreffende bedrijfstak dan de aanbestedende diensten. Zij maken ook graag gebruik van de toegang tot publieke informatie om de door hun concurrenten verstrekte gegevens te toetsen. Daardoor dragen zij dikwijls bij tot een wijziging van de uitkomst van de procedure.
- 30 In toenemende mate is sprake van een praktijk die bedoeld is om dit tegen te gaan door de in een procedure ingediende documenten of delen daarvan als bedrijfsgeheim te beschermen. Dat betreft de door de aanbestedende diensten vereiste documenten met betrekking tot de gronden voor uitsluiting van ondernemers, de nakoming van de deelnamevoorwaarden en de overeenstemming van de inschrijvingen met de vereisten van het bestek en de criteria voor de beoordeling van inschrijvingen. De bescherming van dergelijke documenten wordt gezien als een wens om de inhoud van deze documenten te verhullen voor de concurrenten, zodat zij geen kennis kunnen nemen van de gronden voor uitsluiting van een ondernemer of voor weigering van een inschrijving die door de aanbestedende dienst zelf niet zijn opgemerkt. In sommige gevallen is deze bescherming ook bedoeld om ervoor te zorgen dat de concurrenten een beoordeling van een inschrijving niet kunnen betwisten volgens de beoordelingscriteria.
- 31 Overeenkomstig een in 2005 gegeven beslissing van de Sąd Najwyższy (hoogste rechterlijke instantie in burgerlijke en strafzaken, Polen) kan de bescherming van informatie als bedrijfsgeheim hoewel deze informatie niet als een dergelijk geheim kan worden opgevat er niet toe leiden dat een inschrijving als onrechtmatig wordt afgewezen maar uitsluitend ertoe dat de bescherming daarvan moet worden getoetst en dat de betrokken informatie door de aanbestedende dienst openbaar moet worden gemaakt. Derhalve zijn ondernemers geleidelijk aan steeds meer informatie als bedrijfsgeheim gaan beschermen, aangezien dit voor hen geen negatieve gevolgen heeft. De informatie wordt op functionele wijze beschermd, dat wil zeggen dat ondernemers deze informatie beschermen of juist

openbaar maken wanneer hun dat uitkomt. Ondernemers beschermen vaak volledige documenten, maar wanneer hun ter terechtzitting wordt gevraagd welke specifieke fragmenten daarvan geheimen bevatten en waarom, zijn zij niet in staat om daarop te antwoorden of volstaan zij ermee losstaande gegevens of korte fragmenten aan te wijzen.

- 32 Enerzijds zijn aanbestedende diensten beducht voor de openbaarmaking van beschermde documenten, ook wanneer zij van mening zijn dat het geen bedrijfsgeheimen betreft. Ze vrezen namelijk dat ze in de problemen zullen komen en vergoedingen zullen moeten betalen. Anderzijds komt hun dat goed uit, aangezien andere ondernemers daardoor geen toegang tot deze documenten hebben, waardoor deze ondernemers de besluiten van de aanbestedende diensten niet op doeltreffende wijze kunnen betwisten en beroepen tegen hun besluiten beperkt blijven.
- 33 Een poging om het beschreven probleem tegen te gaan is ondernomen door middel van de in 2014 doorgevoerde wijziging van artikel 8, lid 3, PZP, waarbij voor ondernemers de verplichting is ingevoerd om aan te tonen dat beschermde informatie als bedrijfsgeheim moet worden beschouwd.
- 34 De laatste jaren zijn zowel in richtlijn 2014/24/EU als in richtlijn 2016/943 regelingen opgedoken die tot een steeds grotere onzekerheid voor aanbestedende diensten en rechtsprekende organen kunnen leiden, aangezien ondernemers uit hoofde daarvan de daadwerkelijke mogelijkheid krijgen om informatie in een aanbestedingsprocedure te beschermen. Deze twijfels berusten hoofdzakelijk op de in deze richtlijnen gehanteerde bewoordingen.
- 35 Artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU bepaalt namelijk dat een aanbestedende dienst de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van de fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijving, niet bekend maakt. In artikel 2, punt 1, van richtlijn 2016/943 wordt een bedrijfsgeheim gedefinieerd als „de informatie die geheim is in die zin dat zij, in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en ordening van haar bestanddelen, niet algemeen bekend [...] of gemakkelijk toegankelijk is” en „handelswaarde bezit omdat zij geheim is”. In deze bepalingen wordt derhalve benadrukt dat informatie door een ondernemer geheim wordt gehouden maar wordt niet ingegaan op de aard van deze informatie. In de bepalingen van deze richtlijnen wordt evenmin de nadruk gelegd op de verplichting van de ondernemer om te bewijzen dat bepaalde informatie of een bepaald document een bedrijfsgeheim vormt of op de verplichting van de aanbestedende dienst om te onderzoeken of de bescherming daarvan gerechtvaardigd is.
- 36 Ondernemers proberen de zeer algemene bewoordingen van deze bepalingen in hun voordeel om te buigen en deze bewoordingen - en met name artikel 2, punt 1, van richtlijn 2016/943 - aldus uit te leggen dat hun de mogelijkheid wordt geboden om alle informatie of alle documenten te beschermen die zij in een procedure niet aan de andere ondernemers wensen mee te delen. Dat kan elk voor

de aanbestedingsprocedure afzonderlijk opgesteld document en elk wezenlijk aspect van de inschrijving betreffen. Voor ondernemers vloeit de handelswaarde van deze informatie juist voort uit het feit dat zij geheim is - indien zij niet geheim was, zouden hun concurrenten namelijk gebreken in hun inschrijvingen kunnen ontdekken. Dat lijkt evenwel niet de bedoeling te zijn van de mogelijkheid om informatie te beschermen die ondernemers door artikel 21, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU en richtlijn 2016/943 wordt geboden. Evenmin komt het overeen met de algemene opvatting van het verrichten van bedrijfsactiviteiten onder de voorwaarden van eerlijke mededinging.

- 37 In de onderhavige procedure worden vraagtekens geplaatst bij de bescherming van twee soorten documenten: enerzijds beschrijvingen van de individuele situatie van de geselecteerde ondernemer, ter zake van zijn ervaring en van de entiteiten en het personeel die voor de uitvoering van de opdracht worden voorgesteld, en anderzijds beschrijvingen van de wijze van uitvoering van de opdracht.
- 38 Met betrekking tot de beschrijvingen van de individuele situatie van de geselecteerde ondernemer ter zake van zijn ervaring en de entiteiten en het personeel die voor de uitvoering van de opdracht worden voorgesteld verlangt de aanbestedende dienst de officiële standaarddocumenten en de informatie genoemd in de artikelen 59 en 60 van richtlijn 2014/24/EU en in deel II van bijlage XII daarbij, alsmede in de PZP en in het besluit betreffende de soorten documenten die een aanbestedende dienst van een ondernemer kan verlangen in het kader van een aanbestedingsprocedure.
- 39 Gelet op het feit dat de Uniewetgever de concrete gegevens heeft genoemd die aan de aanbestedende dienst moeten worden verstrekt, kan worden geconcludeerd dat deze wetgever er waarschijnlijk van is uitgegaan dat deze informatie geen bedrijfsgeheimen betreft. De omvang van deze informatie wordt bepaald door de vereisten van de aanbestedende dienst, die in dit geval niet heeft verlangd dat er contractgegevens en met name financiële of andere gevoelige gegevens worden verstrekt.
- 40 Informatie over succesvol voltooide projecten met de bijbehorende referenties van de afnemers en informatie over de bijzondere bekwaamheden van het personeel of de wetenschappelijke beroepsbeoefenaren is meer dan eens voorwerp van reclame en wordt openbaar gemaakt en weergegeven op websites met de bedoeling om nieuwe klanten te werven en aan prestige te winnen. Naar haar aard kan dergelijke informatie derhalve niet als bedrijfsgeheim worden beschouwd.
- 41 Dat ondernemers aangeven dat de reden voor de bescherming van informatie is gelegen in de mogelijkheid tot het werven of „stropen” van hetzij personen die voor de uitvoering van een opdracht worden voorgesteld, hetzij entiteiten die hun middelen of onderaannemers ter beschikking stellen doet twijfels rijzen over de werkelijke band tussen ondernemers en de door hen aangewezen personen of entiteiten, alsook over hun daadwerkelijke vermogen om over deze personen of entiteiten en hun middelen te beschikken. Ondernemers moeten beslissen of zij

zich daadwerkelijk kunnen beroepen op de reële beschikbaarheid van deze middelen, die in de onderhavige procedure niet alleen verband houden met de nakoming van de minimumeisen van de aanbestedende dienst maar tevens met de criteria voor de beoordeling van de inschrijvingen. Het gaat om personen die worden aangewezen in het kader van een beoordeeld criterium en van wie de deelname aan de inschrijvingsprocedure extra punten oplevert.

- 42 In de praktijk heeft de Krajowa Izba Odwoławcza niet vastgesteld dat er op de markt van de overheidsopdrachten werkelijk sprake is van een probleem als het „stropen” van personeel en derden of onderaannemers en evenmin dat zich op deze markt andere praktijken voordoen die niet binnen de grenzen van het normale personeelsverloop of de contractvrijheid van ondernemers vallen. Gevolgde specialisten in een bepaalde bedrijfstak, en vooral die met een welbepaalde specialisatie, zijn meestal bekend en de entiteiten die hen in dienst willen nemen kunnen contact met hen opnemen. Er zijn ook gespecialiseerde HR-bedrijven actief. Auteurs van concepten verhullen hun beroepsprestaties niet en vaak maken zij deze prestaties wereldkundig, met name wanneer zij academisch werk verrichten. Bovendien zijn dergelijke personen geneigd om een taak, wanneer deze vanuit professioneel oogpunt interessant en prestigieus is of hoge inkomsten oplevert, te aanvaarden, ongeacht voor welke entiteit zij zouden werken. Hetzelfde geldt voor onderaannemers. Het is evenmin verboden dat een en dezelfde persoon, een en dezelfde onderaannemer of een en dezelfde entiteit die zijn of haar ervaring ter beschikking stelt door meer dan een ondernemer wordt aangewezen - uiteindelijk kan slechts een ondernemer de betrokken opdracht in de wacht slepen. Van doorslaggevend belang is derhalve veeleer de kwestie aan welke ondernemer een bepaalde opdracht wordt gegund en wat de door hem voorgestelde samenwerkingsvoorwaarden zijn. Zoals volgt uit richtlijn 2016/943 mag deze richtlijn niet aldus worden uitgelegd dat zij de vrijheid van vestiging, het vrije verkeer van werknemers of de mobiliteit van werknemers beperkt (artikel 1, lid 3, en overweging 13).
- 43 Bovendien kan dergelijke in een inschrijving vervatte informatie wel als bedrijfsgeheim worden beschouwd, maar alleen voorafgaand aan de indiening van de inschrijving, dat wil zeggen wanneer ondernemers nog op zoek zijn naar personeel, onderaannemers, leveranciers enzovoort. Zodra de inschrijvingen zijn ingediend, komt kennis over het personeel of de entiteiten waarmee een concurrent voornemens is samen te werken niet meer van pas. Er geldt namelijk een verbod op het wijzigen van de inhoud van inschrijvingen (artikel 87, lid 1, PZP). Het toekomstige nut van dergelijke personen hangt af van de vraag of zij aan de concrete eisen van andere opdrachten zullen voldoen.
- 44 De tweede soort documenten die door ondernemers wordt beschermd zijn de door de aanbestedende diensten vereiste documenten ten behoeve van de beoordeling van inschrijvingen aan de hand van de kwaliteitscriteria, dat wil zeggen de „Opzet” en de „Beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht”. Onder verwijzing naar de redenen voor de bescherming van deze documenten hebben de deelnemende ondernemers en de aanbestedende diensten zich voornamelijk

beroepen op het feit dat dit hun auteursrechtelijk beschermde concepten of voortbrengselen van de geest zijn.

- 45 De Krajowa Izba Odwoławcza vraagt zich af of het enkele feit dat een bepaald deel van een inschrijving als een voortbrengsel van de geest kan worden beschouwd, betekent dat het geheim kan worden gehouden. Dit zou het geval kunnen zijn indien het een concept betreft dat is uitgewerkt met het oog op het eigen gebruik ervan binnen het bedrijf van de ondernemer. Een inschrijving wordt evenwel opgesteld op basis van de eisen van een bestek en vormt als zodanig de grondslag voor de toetsing of de inschrijving voldoet aan deze eisen (aan de beschrijving van het voorwerp van de opdracht). De inschrijving vormt de grondslag voor de waardering ervan volgens de geldende beoordelingscriteria. Zonder dit doel is het moeilijk om enige waarde aan dergelijke concepten toe te kennen. Ook het enkele feit dat een concept als het intellectuele werk van een ondernemer kan worden beschouwd, impliceert niet dat dit geheim moet worden gehouden. Werken worden namelijk normaliter openbaar gemaakt onder vermelding van hun auteur. Evenmin zijn vraagtekens geplaatst bij de bewering van de aanbestedende dienst dat de concepten voor de bedrijfstak geen innovatieve oplossingen bevatten maar kennis die voor professionals beschikbaar is. Derhalve rijst de vraag of het loutere vermogen om een kwestie op treffende wijze te beschrijven als bedrijfsgeheim kan worden beschouwd.
- 46 Het betoog van de ondernemers betreffende het concurrentievoordeel kan in elke aanbestedingsprocedure worden toegepast. De aannahme dat de loutere opstelling van inschrijvingen die tegelijkertijd voldoen aan de eisen van de aanbestedende dienst en een hoge score krijgen in het kader van de geldende beoordelingscriteria tot de vertrouwelijke knowhow van de betrokken ondernemer moet worden gerekend, zou ertoe leiden dat alle inschrijvingsgegevens door ondernemers kunnen worden beschermd.
- 47 Volgens overweging 14 van richtlijn 2016/943 kan informatie als bedrijfsgeheim worden beschouwd wanneer er zowel een legitiem belang is bij het vertrouwelijk houden ervan als een legitieme verwachting ten aanzien van het bewaren van deze vertrouwelijkheid. Die knowhow of informatie moet bovendien feitelijke dan wel potentiële handelswaarde hebben. De standpunten van de aanbestedende dienst en de deelnemende ondernemers bevatten evenwel een dermate groot aantal hypothetische aannames die met de aangevoerde argumenten in tegenspraak zijn dat er twijfels moeten rijzen over de vraag of de aangehaalde redenen voor de bescherming van de informatie ter zake doen en of de beschermde documenten feitelijke handelswaarde hebben in de zin van overweging 14. Anderzijds verzetten de ondernemers zich evenwel categorisch tegen de openbaarmaking van de informatie. De bewoordingen van de bepalingen van richtlijn 2016/943 doen twijfels rijzen over wat in dit verband is toegestaan, en er bestaat evenmin uniforme en vaste rechtspraak over de mogelijkheid om dergelijke informatie als bedrijfsgeheim te beschermen. Volgens de Krajowa Izba Odwoławcza is het derhalve van belang dat het Hof zich uitsprekt over de vraag of de verwachting

van ondernemers dat een aanbestedende dienst deze documenten niet openbaar maakt, gerechtvaardigd is.

- 48 Het beschermen van informatie als bedrijfsgeheim heeft tevens tot gevolg dat het instellen van beroep door andere ondernemers wordt beperkt en vaak zelfs wordt verhinderd, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit de middelen en argumenten in het onderhavige beroep, waarin verzoekers aangeven dat zij niet in staat zijn om een vollediger toelichting op hun betoog te verstrekken omdat zij geen toegang tot de betrokken informatie hebben.
- 49 Een andere kwestie die verband houdt met de mogelijkheid om beroep in rechte in te stellen is dat zulks volgens zowel de richtlijn beroepsprocedures als de PZP in de tijd en qua voorwerp beperkt is.
- 50 Wat betreft het temporele aspect bevat artikel 182 PZP termijnen waarbinnen beroep tegen een handeling van een aanbestedende dienst kan worden ingesteld. In het onderhavige geval kan slechts beroep worden ingesteld binnen een termijn van 10 dagen na de mededeling van de door de aanbestedende dienst geselecteerde voordeligste inschrijving en van het door deze dienst vastgestelde resultaat van het onderzoek en de beoordeling van de inschrijvingen. Daarna verliest de ondernemer het recht op het instellen van beroep en is met betrekking tot deze termijn geen herstel in de vorige toestand mogelijk (geen enkele wettelijke bepaling voorziet in een dergelijke mogelijkheid).
- 51 Het door verzoekers ingestelde beroep is gericht tegen de bescherming van informatie in alle andere inschrijvingen, ook de inschrijvingen die lager zijn gerangschikt. Later zouden zij deze bescherming namelijk niet meer in twijfel kunnen trekken, ook niet wanneer de rangschikking van de inschrijvingen zou worden gewijzigd. Bovendien hebben verzoekers bedenkingen geformuleerd bij de beoordeling van de inschrijving van CDM, ook al waren zij niet op de hoogte van de grondslagen van deze beoordeling.
- 52 De materiële beperking van de mogelijkheid tot het instellen van beroep is gelegen in het feit dat de Krajowa Izba Odwoławcza een ingesteld beroep overeenkomstig artikel 189, lid 2, punten 4 en 5, PZP verworpt wanneer wordt vastgesteld dat verzoeker zich slechts op dezelfde omstandigheden beroept als aan de orde waren in de beslissing van de Krajowa Izba Odwoławcza met betrekking tot een ander beroep betreffende dezelfde procedure dat is ingesteld door dezelfde verzoeker dan wel dat het ingestelde beroep betrekking heeft op een handeling die door de aanbestedende dienst is verricht in overeenstemming met een beslissing van de Krajowa Izba Odwoławcza of van een rechterlijke instantie of, indien de middelen worden aanvaard, in overeenstemming met de conclusies van het ingestelde beroep. Indien de ondernemer verschillende middelen aanvoert, zoals in de onderhavige procedure, en de Krajowa Izba Odwoławcza oordeelt dat slechts enkele van deze middelen slagen, bijvoorbeeld de middelen inzake het verzuim om documenten vrij te geven maar niet de middelen met betrekking tot de beoordeling van de inschrijvingen, is de aanbestedende dienst derhalve alleen

verplicht de documenten vrij te geven maar blijft de selectie van de inschrijving gehandhaafd, zodat de ondernemer de inschrijving van de geselecteerde ondernemer niet meer kan betwisten nadat hij kennis van de volledige inhoud daarvan heeft genomen.

- 53 De Krajowa Izba Odwoławcza vraagt zich af of de mogelijke vaststelling dat de beschermde documenten geen bedrijfsgeheimen zijn, hetgeen tot gevolg heeft dat de aanbestedende dienst wordt verplicht deze vrij te geven, voor de ondernemer de mogelijkheid meebrengt om opnieuw op te komen tegen de inhoud daarvan, die hem voorheen niet bekend was, zodat hij wat dat betreft niet doeltreffend beroep heeft kunnen instellen. Indien deze mogelijkheid voor de ondernemer niet rechtstreeks voortvloeit uit de bepalingen van de wet (uit de inhoud of uit de uitlegging daarvan), luidt de vraag derhalve of de Krajowa Izba Odwoławcza de ondernemer deze mogelijkheid moet bieden in zijn uitspraak, bijvoorbeeld door niet alleen de vrijgave van de betrokken documenten te gelasten maar tevens de selectie van de voordeligste inschrijving nietig te verklaren, met als gevolg dat ook beroep tegen de nieuwe selectie kan worden ingesteld. Subsidiair luidt de vraag of een dergelijke mogelijkheid rechtstreeks voortvloeit uit de bepalingen van de richtlijn beroepsprocedures dan wel uit de correcte uitlegging daarvan.
- 54 De tweede groep vragen uit het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de vaststelling door de aanbestedende dienst van niet-prijsgebonden criteria voor de beoordeling van de inschrijvingen alsmede van de specifieke wijze van beoordeling daarvan. De wijze van beoordeling van de inschrijvingen aan de hand van deze criteria heeft misschien geen twijfels doen rijzen in de fase waarin ondernemers de beschrijving daarvan konden raadplegen in het bestek, maar het is mogelijk dat er tekortkomingen aan het licht zijn gekomen zodra de aanbestedende dienst de inschrijvingen daadwerkelijk aan de hand van deze criteria is beginnen te beoordelen.
- 55 Artikel 67, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat de door de aanbestedende dienst vastgestelde gunningscriteria er niet toe mogen leiden dat de aanbestedende dienst onbeperkte keuzevrijheid heeft en dat zij de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging moeten waarborgen en daadwerkelijke toetsing van de door de inschrijvers verstrekte informatie mogelijk moeten maken om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen. Dat betekent derhalve dat de gunningscriteria ook moeten waarborgen dat de beoordeling van de aanbestedende dienst kan worden getoetst. De door de aanbestedende dienst geformuleerde niet-prijsgebonden criteria voor de beoordeling van de concepten, te weten de „Opzet” en de „Beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht”, doen wat dat betreft om verschillende redenen twijfels rijzen.
- 56 In de eerste plaats berusten de genoemde criteria niet op gemakkelijk vergelijkbare en objectieve gegevens die mathematisch of fysisch meetbaar zijn, zoals individuele parameters, rendement, duurzaamheid, functionaliteit enzovoort. Veeleer berusten deze criteria op een individuele beoordeling die door de

aanbestedende dienst is beschreven aan de hand van niet nader bepaalde begrippen zoals „vaag omschreven”, „duidelijk en volledig omschreven”, „deels niet omschreven”, „de voorgestelde oplossingen zijn optimaal en waarborgen een hoog kwaliteitsniveau en een hoge mate van betrouwbaarheid van de resultaten”, alsook „zonder garantie van een hoog kwaliteitsniveau en een hoge mate van betrouwbaarheid van de resultaten” of „met een toegevoegde waarde die van invloed is op de kwaliteit en de uitvoering van het voorwerp”.

- 57 In de tweede plaats hangen de genoemde criteria af van de individuele overtuiging van de aanbestedende dienst met betrekking tot voornoemde kenmerken. Het is niet mogelijk een deskundige aan te wijzen die de door ondernemers uitgewerkte concepten kan beoordelen, aangezien deze concepten geen verifieerbare parameters bevatten.
- 58 In de derde plaats moet de situatie ook worden bekeken vanuit het oogpunt van de vraag of de ondernemers daadwerkelijk de mogelijkheid hebben gehad hun inschrijvingen naar behoren voor te bereiden volgens een vooraf bekende beoordelingsmethode.
- 59 In de vierde plaats hebben de ondernemers geen kennis kunnen nemen van het door de aanbestedende dienst beoordeelde materiaal en van de volledige beoordeling daarvan. Zij hebben dus niet de mogelijkheid gehad om te vergelijken of zij als ondernemers op vergelijkbare wijze zijn beoordeeld op grond van vergelijkbare voor- en nadelen in hun concepten.
- 60 In de vijfde plaats hebben verzoekers in hun beroepschrift wat betreft tal van beoordelingsaspecten buiten hun schuld geen concrete middelen kunnen formuleren. Als gevolg daarvan zijn de regels van de richtlijn beroepsprocedures verstoord. Zoals volgt uit artikel 192, lid 7, PZP is de Krajowa Izba Odwoławcza gebonden aan de aangevoerde middelen en kan hij zich in dat verband niet in de plaats van de betrokken verzoeker stellen. Verzoekers wisten niet welke concrete middelen zij met betrekking tot de beoordeling van hun eigen inschrijving en nog minder met betrekking tot die van CDM moesten formuleren. Het is juist dat de aanbestedende dienst blijk heeft gegeven van zorgvuldigheid en een meerdere bladzijden tellende motivering van zijn beoordeling heeft opgesteld, maar het is duidelijk dat een aanbestedende dienst zijn beoordeling niet volledig kan toelichten wanneer de concepten zelf geheim zijn gebleven. Essentiële informatie is vervangen door de vermelding [BEDRIJFSGEHEIMEN].
- 61 In de zesde plaats houdt de opdracht een resultaatverplichting in voor de uitvoering van de opdracht en geen inspanningsverplichting. De aanbestedende dienst heeft evenwel geen concepten in de vorm van bijvoorbeeld proefprojecten verlangd, maar beschrijvingen van de wijze waarop de ondernemers te werk zouden gaan. De invloed van deze beoordeelde concepten op de uiteindelijke projecten kan derhalve in werkelijkheid moeilijk worden vastgesteld en de vrees bestaat dat de beoordeling in werkelijkheid geen betrekking heeft op de kwaliteit van de bestelde diensten maar op de vaardigheid om concepten uit te werken die

bij de aanbestedende dienst in de smaak vallen, te weten een „Opzet” en een „Beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht”.

- 62 In de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft de aanbestedende dienst dus criteria voor de beoordeling van de inschrijvingen vastgesteld. In dat verband zijn een prijscriterium met een weging van 40 % alsmede niet-prijsgebonden criteria, te weten „opzet” en „beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht”, met een weging van in totaal 60 % vastgesteld. Deze criteria zijn gebaseerd op een vrije beoordeling door de aanbestedende dienst die niet berust op mathematisch of fysisch verifieerbare factoren, zoals cijfers, parameters, gegevens inzake de functionaliteit enzovoort, hetgeen het toetsen van de beoordeling van de inschrijvingen door de aanbestedende dienst op zijn minst in aanzienlijke mate bemoeilijkt. Bovendien hebben alle ondernemers de betrokken concepten als bedrijfsgeheim beschermd, hetgeen bij de uitwerking van de criteria door de aanbestedende dienst is ingecalculeerd of had kunnen worden ingecalculeerd, gelet op de eerdere gevallen waarin er soortgelijke documenten zijn beschermd. Daardoor is het niet alleen onmogelijk om de beoordeling van de inschrijvingen door de aanbestedende dienst te toetsen maar kunnen de inschrijvingen zelf evenmin worden getoetst. Bijgevolg heeft de aanbestedende dienst uit de ingediende inschrijvingen de inschrijving met de hoogste prijs geselecteerd. Deze prijs was het enige beschikbare en toetsbare criterium, terwijl de andere criteria die bepalend waren voor de rangschikking van de inschrijvingen moeilijk konden worden getoetst.