Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PAOLO MENGOZZI
10 päivänä maaliskuuta 2016[1]

Asia C-6/15

TNS Dimarso NV
vastaan
Vlaams Gewest

(Ennakkoratkaisupyyntö – Raad van State van België (ylin hallintotuomioistuin, Belgia))

Ennakkoratkaisupyyntö — Direktiivi 2004/18/EY — 53 artikla — Hankintasopimuksen tekoperusteet — Tarjoajat — Yhdenvertainen kohtelu — Kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous — Tarjousten arviointi

I Johdanto

1. Raad van State van België (ylin hallintotuomioistuin, Belgia) haluaa ennakkoratkaisupyynnöllään lähinnä selvittää, edellytetäänkö julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY[2] 53 artiklan 2 kohdassa yhdessä yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden kannalta tarkasteltuna sitä, että hankintaviranomaisen on aina tai ainakin tietyissä olosuhteissa ilmoitettava tarjousten arvioinnissa käyttämänsä menetelmä tai painotussäännöt etukäteen hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

2. Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty asiassa, jossa ovat vastakkain TNS Dimarso NV (jäljempänä Dimarso) ja Vlaams Gewest (Flanderin hallintoalueen asuntovirasto, jäljempänä asuntovirasto) ja joka koskee asuntoviraston järjestämässä palvelujen hankintamenettelyssä käytetyn tarjousten arviointimenetelmän sääntöjenmukaisuutta.

3. Tiivistetysti ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että asuntovirasto käynnisti Euroopan unionin virallisessa lehdessä 31.1.2012 julkaisemallaan tarjouspyynnöllä palvelujen hankintamenettelyn, jonka tavoitteena oli teettää laaja Flanderin asumisoloja ja asukaskuluttajia käsittelevä tutkimus. Hankintasopimuksen ennakoitu arvo arvonlisäveroineen oli noin 1 400 000 euroa.

4. Hankintasopimusta koskevassa tarjouspyyntöasiakirjassa mainittiin seuraavat kaksi hankintasopimuksen tekoperustetta:

”1 Tarjouksen laatu (50/100)

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

2 — EUVL L 134, s. 114. Direktiivi sellaisena kuin se on muutettuna Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 2004/17/EY, 2004/18/EY ja 2009/81/EY muuttamisesta hankintasopimusten tekomenettelyihin sovellettavien kynnysarvojen osalta 30.11.2011 annetulla komission asetuksella (EU) N:o 1251/2011 (EUVL L 319, s. 43; jäljempänä direktiivi 2004/18).

Töiden valmistelun, järjestelyn ja kenttätoteutuksen laatu sekä tietojen tallennuksen ja esikäsittelyn laatu. Tarjotut palvelusuoritukset on kuvailtava mahdollisimman yksityiskohtaisesti. Tarjouksesta on ilmettävä selvästi, että tarjoaja kykenee suoriutumaan koko hankintasopimuksesta (vähintään 7 000 otosyksikköä / enintään 10 000 otosyksikköä) asetetussa 12 kuukauden toimitusajassa.

2 Hinta (50/100)

Hankintahinta perusotoksen (7 000 otosyksikköä) suorittamiselle ja hankintahinta kutakin käyttöön asetettua 500 lisäosoitteen erää kohti (määrät sisältävät arvonlisäveron).”

5. Tarjouksia saatiin neljältä tarjoajalta, jotka arviointilautakunnan laatiman laadullista valintaa koskevan pöytäkirjan mukaan täyttivät teknistä asiantuntemusta koskevat vähimmäisvaatimukset. Tarjousten arviointimenetelmä määriteltiin arviointilautakunnan 23.3.2012 laatimassa sopimuspuolen valintaa koskevassa raportissa seuraavasti:

”Lautakunta siirtyi tämän jälkeen arvioimaan tarjouksia.

Kaikki neljä tarjousta arvioitiin ja niitä verrattiin keskenään edellä mainituilla perusteilla. Tarjoukset tutkittiin ja arvioitiin ensin laadullisen perusteen mukaan. Kullekin tarjoukselle annettiin yksimielisellä päätöksellä tietty arvosana (hyvä – tyydyttävä – heikko). Tämän jälkeen käytettiin perusteena hintaa.

Näiden arvosanojen perusteella määritettiin tarjousten lopullinen luokitus.”

6. Sopimuspuolen valintaa koskevasta raportista ilmenee, että Dimarso ja kaksi muuta tarjoajaa saivat ensimmäisestä perusteesta eli tarjouksensa laadusta arvosanan ”hyvä” ja neljäs tarjoaja sai arvosanan ”heikko”. Toisen perusteen eli hinnan osalta Dimarso oli tehnyt korkeimman ja neljäs tarjoaja alimman tarjouksen.

7. Hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valittiin lopulta 11.4.2012 sellainen tarjoaja, jonka tarjous oli arvioitu ”hyväksi” ja jonka tarjoama hinta oli Dimarson tarjoamaa edullisempi.

8. Hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa koskevasta päätöksestä nostamansa kumoamiskanteen tueksi Dimarso väittää ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa, että arviointilautakunta on arvioinut tarjouksia asteikolla ”hyvä – tyydyttävä – heikko”, jota tarjouspyyntöasiakirjassa ei mainita laatuperusteen osalta, vaan Dimarson mukaan tarjouspyyntöasiakirjasta ilmenee, että kukin tarjous olisi kuulunut arvioida 0–50 pisteen asteikolla. Myöskään hintaperusteen osalta arviointilautakunta ei tutkinut, vertaillut ja arvioinut lopullisesti tarjouksia tarjouspyyntöasiakirjassa ilmoitetuilla sopimuksentekoperusteilla, joihin olisi kuulunut kummankin tarjouspyynnössä ilmoitetun sopimuksentekoperusteen painottaminen kertoimella 50/100.

9. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin hylkää Dimarson esittämän kanneperusteen ensimmäisen osan ja katsoo, ettei tarjousten arvioinnissa ole ylitetty kohtuullisuuden rajoja tulkittaessa tarjouspyyntöasiakirjassa kummankin sopimuksentekoperusteen osalta olevaa mainintaa ”50/100” siten, että sillä pyritään ainoastaan ilmaisemaan, että kumpaakin perustetta pidetään samanarvoisena ja tarjousten luokitus määräytyy siten puoliksi kummankin perusteella.

10. Se huomauttaa, että niin direktiivin 2004/18 johdanto-osan 46 perustelukappaleessa kuin sen 53 artiklan 2 kohdassakin käytetään ainoastaan ilmaisuja ”perusteet” ja niiden ”suhteellinen painotus” ja ettei arviointimenetelmää ja painotussääntöjä mainita missään nimenomaisesti. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin korostaa, ettei arviointimenetelmä ole suinkaan neutraali, vaan se voi päinvastoin määrätä käytettävien sopimuksentekoperusteiden mukaan tehtävän tarjousten arvioinnin

lopputuloksen. Hankintaviranomainen voi esimerkiksi hintaperusteen osalta käyttää erilaisia menetelmiä, kuten suhteellisuussäännön soveltamista, suurimman pistemäärän antamista halvimmalle tarjoukselle, nollan pisteen antamista kalleimmalle tarjoukselle ja lineaarisen interpoloinnin soveltamista väliin jääville tarjouksille tai mediaanihintaisen tarjouksen maksimaalista suosimista.

11. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin korostaa, että tuomiosta Lianakis ym. (C-532/06, EU:C:2008:40, 38, 44 ja 45 kohta), joka koski julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY[3] 36 artiklan 2 kohdan – joka on olennaisin osin samansisältöinen kuin direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohta – tulkintaa, sen paremmin kuin tuomiosta Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) ei saada vastausta tai ainakaan ratkaisevaa vastausta pääasiassa esille nousseeseen kysymykseen siitä, onko arviointimenetelmä eli hankintaviranomaisen tarjousten arvioinnissa käyttämä konkreettinen pisteytysmenetelmä samoin kuin sopimuksentekoperusteet, osaperusteet ja ”painotuskertoimet” saatettava ennakolta tarjoajien tietoon.

12. Näin ollen Raad van State van België on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko – – direktiivin 2004/18/EY 53 artiklan 2 kohtaa, tarkasteltuna erikseen ja tarkasteltuna yhdessä julkisia hankintoja koskevien unionin oikeuden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen ulottuvuuden kanssa, tulkittava siten, että jos hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valitaan tarjoaja, jonka tarjous on hankintaviranomaisen kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin, hankintaviranomaisen on aina määritettävä arviointimenetelmä tai painotussäännöt, joiden avulla tarjoukset arvioidaan sopimuksentekoperusteiden ja osaperusteiden perusteella, tämän menetelmän ja näiden sääntöjen ennakoitavuudesta, tavanomaisuudesta tai ulottuvuudesta riippumatta etukäteen ja sisällytettävä ne hankintailmoitukseen tai tarjouspyyntöasiakirjoihin,

tai

jos tällaista yleistä velvollisuutta ei ole, siten, että tiettyjen seikkojen, kuten kyseisten painotussääntöjen ulottuvuus, ennakoimattomuus tai epätavanomaisuus, esiintyessä tämä velvollisuus kuitenkin on olemassa?”

13. Ennakkoratkaisukysymyksestä ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia Dimarso, Belgian ja Italian hallitukset sekä Euroopan komissio. Näitä osapuolia kuultiin myös 13.1.2016 pidetyssä istunnossa lukuun ottamatta Italian hallitusta, joka ei ollut siellä edustettuna.

II Asian tarkastelu

14. Käsiteltävässä asiassa esitetyssä ennakkoratkaisupyynnössä unionin tuomioistuinta pyydetään täsmentämään direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohdan soveltamisalaa. Tarkemmin sanottuna unionin tuomioistuimelta tiedustellaan, edellytetäänkö tässä säännöksessä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen valossa tarkasteltuna sitä, että silloin, kun palveluja koskevan hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valitaan tarjoaja, jonka tarjous on kokonaistaloudellisesti edullisin, hankintaviranomaisen on ilmoitettava tarjousten arvioinnissa käytettävä menetelmä ennakolta hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

15. Aluksi on syytä huomauttaa, että pääasiassa kyseessä olevat palveluhankinnat kuuluvat kiistatta direktiivin 2004/18 soveltamisalaan ja että niihin sovelletaan täysimääräisesti muun muassa sen 53 artiklaa.

3 — EYVL L 209, s. 1.

16. Direktiivin 2004/18 20 artiklan mukaan liitteessä II A lueteltuja palveluja koskevat hankintasopimukset, joihin sisältyvät ryhmän 10 ”Markkinatutkimus- ja otantatutkimuspalvelut”, tehdään nimittäin direktiivin 23–55 artiklan mukaisesti. Pääasiassa kyseessä olevan palveluhankinnan arvo ylitti selvästi direktiivin 2004/18, jota sovellettiin asuntoviraston laatiman hankintailmoituksen julkaisemisen ajankohtana, 7 artiklan b alakohdassa säädetyn 200 000 euron kynnysarvon.

17. Direktiivin 2004/18 53 artiklan, jonka otsikko on ”Hankintasopimuksen tekoperusteet”, mukaan hankintasopimusten sopimuspuoli valitaan joko ”alimman hinnan” tai ”hankintaviranomaisen kannalta kokonaistaloudellisesti edullisimman” tarjouksen perusteella eli – kuten kyseisen direktiivin johdanto-osan 46 perustelukappaleen kolmannessa kohdassa mainitaan ja kuten unionin tuomioistuin on muistuttanut – hankintaviranomaisen kannalta ”hintalaatusuhteeltaan parhaan” tarjouksen perusteella. [4]

18. Viimeksi mainitussa tapauksessa, joka vastaa pääasiassa kyseessä olevan palveluja koskevan hankintasopimuksen tapausta, direktiivin 2004/18 53 artiklan 1 kohdan a alakohdassa esitetään ei-tyhjentävä luettelo hankintasopimuksen kohteeseen liittyvistä perusteista, jotka hankintaviranomaisella on oikeus ottaa huomioon. [5] Näiden perusteiden joukossa ovat laatu ja hinta, jotka ovat – kuten pääasian tarjouspyyntöasiakirjoista ilmenee – ainoat asuntoviraston pääasiassa kyseessä olevan hankintasopimuksen tekemisessä huomioon ottamat perusteet.

19. Kun kyse on hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnasta kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohdan ensimmäisessä alakohdassa säädetään, että hankintaviranomaisen on täsmennettävä hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa ”[tämän] tarjouksen määrittämiseksi valitsemansa kunkin perusteen suhteellinen painotus”. Tämä painotus voidaan saman kohdan toisen alakohdan mukaan ilmaista määrittämällä äärirajoiltaan kohtuullinen suuruusluokka. Kyseisen kohdan kolmannen alakohdan mukaan silloin, jos hankintaviranomainen katsoo, että painottaminen ei todistettavasti ole mahdollista, se ilmoittaa hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa perusteiden tärkeysjärjestyksen.

20. Jo nyt on kuitenkin huomautettava, että velvollisuus ilmoittaa sekä sopimuksentekoperusteet että direktiivin 2004/18 hyväksymisestä lähtien kunkin sopimuksentekoperusteen suhteellinen painotus – jollei tämä ole perustelluista syistä mahdotonta – hankintailmoituksen tai tarjouspyyntöasiakirjojen julkistamisvaiheessa, mistä säädetään nykyisin direktiivin 53 artiklan 2 kohdassa, vastaa vaatimusta, jonka mukaan on taattava yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja siitä johtuvan avoimuusvelvoitteen noudattaminen. [6]

21. Siltä osin kuin on kyse sopimuksentekoperusteiden painotuksen julkistamisesta, on korostettava, että direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohta toi merkittävän muutoksen aiempaan julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemiseen sovellettuun oikeudelliseen järjestelmään.

22. Kyseisen säädöksen voimaantuloa edeltäneessä oikeudellisessa järjestelmässä direktiivin 92/50 36 artiklan 2 kohdassa hankintaviranomaiselta edellytettiin nimittäin ainoastaan sitä, että se ilmoittaa tarjouspyyntöasiakirjoissa tai hankintailmoituksessa ne sopimuksentekoperusteet, joita se aikoo soveltaa, ”mahdollisuuksien mukaan alenevassa järjestyksessä”.

4 — Ks. tuomio Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, 29 kohta).

5 — Unionin tuomioistuin on toistuvasti muistuttanut, etteivät nämä perusteet ole luonteeltaan tyhjentäviä: ks. viimeksi tuomio eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, 61 kohta) ja tuomio Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, 30 kohta).

6 — Ks. vastaavasti tuomio komissio v. Irlanti (C-226/09, EU:C:2010:697, 43 kohta). Varmuuden vuoksi on muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate, jonka tavoitteena on edistää tervettä ja tehokasta kilpailua julkiseen hankintaan osallistuvien yritysten välillä, edellyttää, että kaikilla tarjoajilla on samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimisessa, ja merkitsee näin ollen sitä, että tarjouksia koskevat kaikkien tarjoajien osalta samat edellytykset. Ks. vastaavasti mm. tuomio Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, 44 kohta) ja tuomio eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, 33 kohta). Unionin tuomioistuin on myös täsmentänyt, että avoimuusvelvollisuuden tarkoituksena on etenkin taata, ettei hankintaviranomainen harjoita suosintaa tai käytä mielivaltaa tiettyihin tarjoajiin tai tiettyihin tarjouksiin nähden. Ks. vastaavasti tuomio Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, 44 kohta) ja tuomio eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, 34 kohta).

23. Nyttemmin hankintaviranomaisilla on velvollisuus ilmoittaa sopimuksentekoperusteiden painotus hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Nämä yksiköt voivat asettaa perusteet tärkeysjärjestykseen vain, jos tämä ilmoittaminen ei todistettavasti ole mahdollista, ja järjestys on joka tapauksessa julkistettava asianmukaisesti hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

24. Kuten jäljempänä osoitan, tällä muutoksella on tiettyä merkitystä pääasian ratkaisemisen kannalta.

25. Tässä kohden on huomautettava pääasiassa olevan kiistatonta, että tarjouspyyntöasiakirjoissa kummankin hankintaviranomaisen soveltaman perusteen kohdalla oli maininta ”50/100”. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että tämän maininnan voitiin kohtuudella tulkita merkitsevän sitä, että kumpaakin perustetta oli pidettävä samanarvoisena ja tarjousten luokitus määräytyy siten puoliksi kummankin perusteella.

26. Huomattakoon, että tämä arvio on lopullinen. Ennakkoratkaisupyynnöstä nimittäin ilmenee selvästi – kuten Dimarso unionin tuomioistuimen istunnossa vahvisti –, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin hylkäsi Dimarson siinä esittämän kanteen ensimmäisen osan, jonka mukaan maininnan ”50/100” olisi pitänyt tulkita tarkoittavan lähinnä sitä, että laatuperuste olisi kuulunut arvioida pisteyttämällä kukin tarjous 0–50 pisteen asteikolla. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on siis lähtökohtaisesti katsonut, että tarjouspyyntöasiakirjassa on ilmoitettu kummallekin sopimuksentekoperusteelle sama painotus eli 50 prosenttia, minkä kohtuullisen valistuneet ja tavanomaisen huolelliset tarjoajat ovat kyenneet tulkitsemaan samalla tavalla.[7]

27. Näin ollen on kiistatonta, että kyseisen julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekoperusteet ja kunkin perusteen suhteellinen painotus on ilmoitettu tarjoajille tarjouspyyntöasiakirjoissa ja siten ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa eli ensi arviolta direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohdan vaatimusten mukaisesti.

28. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa kuitenkin tietää, edellytetäänkö viimeksi mainitussa säännöksessä tasavertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusvelvoitteen kannalta tarkasteltuna hankintaviranomaiselta sitä, että tämä joko järjestelmällisesti tai ainakin tietyissä olosuhteissa ilmoittaa tarjoajille etukäteen arviointimenetelmän, jonka mukaan tarjouksia arvioidaan sopimuksentekoperusteisiin nähden, pääasiassa erityisesti asuntoviraston ilmoittaman laatuperusteen täyttymisasteen arvioinnissa käytetyn menetelmän eli kolmen arvosanan järjestysasteikon (heikko – tyydyttävä – hyvä).

29. Tämä kysymys liittyy siihen Dimarson väitteeseen, jonka mukaan tässä käytetty arviointimenetelmä (heikko – tyydyttävä – hyvä) oli niin epämääräinen, että hankintaviranomaisen on täytynyt alentaa laatuperusteen merkitystä hintaperusteen hyväksi, koska tosiasiallisesti kolme kilpailuun jätetyistä neljästä tarjouksesta on voitu eliminoida yksinomaan jälkimmäisellä perusteella. Dimarson mukaan laatuperuste on siis todellisuudessa saanut tarjouspyyntöasiakirjoissa etukäteen ilmoitettua 50:ttä prosenttia suuremman painoarvon. Toisin sanoen Dimarso väittää, että jos tästä arviointimenetelmästä olisi ilmoitettu tarjoajille etukäteen tarjouspyyntöasiakirjoissa, se olisi väistämättä vaikuttanut tarjousten valmisteluun.

30. En täysin torju tätä väitettä. Tätä on kuitenkin aiheellista perustella vaiheittain.

31. Kuten ensinnäkin jo totesin, direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohdassa edellytetään, että hankintaviranomainen ilmoittaa tarjoajille joko hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa sopimuksentekoperusteet, joita se aikoo soveltaa, sekä niiden suhteellisen painotuksen.

7 — Kohtuullisen valistuneen ja tavanomaisen huolellisen tarjoajan peruste on määritelty unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä: ks. tältä osin tuomio SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, 42 kohta) ja tuomio eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, 54 kohta).

32. Direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohdan sanamuodosta on sitä vastoin turha etsiä perustetta hankintaviranomaisen yleiselle velvollisuudelle mainita hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa menetelmä, jota se aikoo käyttää tarjousten arvioimiseksi sopimuksentekoperusteiden ja niiden suhteellisen painotuksen perusteella, eli kaikki ne säännöt ja käytännöt, joiden mukaisesti hankintaviranomainen tai jokin sen yksikkö, kuten arviointilautakunta, antaa tarjouksille tietyn pistemäärän tai arvosanan sen mukaan, kuinka ne täyttävät julkista hankintaa koskevan sopimuksen jonkin sopimuksentekoperusteen (ja/tai osaperusteen).

33. Direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohdassa ei siis edellytetä, että tällainen analysointimenetelmä, jota arviointilautakunta käyttää arvioidessaan tarjouksia julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekoperusteisiin ja niiden suhteelliseen painotukseen nähden, lähtökohtaisesti ilmoitettaisiin etukäteen tarjoajille hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

34. Tämä periaate vahvistetaan myös unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä.

35. Yhtäältä on muistutettava, että unionin tuomioistuin on useaan otteeseen todennut hankintaviranomaisen, joka oli painottanut jonkin sopimuksentekoperusteen osatekijöitä sen *jälkeen*, kun tarjoukset oli esitetty, mutta *ennen* kuin tarjouskuoret oli avattu, menetelleen lainmukaisesti, mikä merkitsee välttämättä sitä, ettei hankintaviranomaisella ole velvollisuutta varmistaa järjestelmällisesti, että näiden osatekijöiden painotus otetaan etukäteen hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. [8]

36. Saman toteamuksen voidaan sitäkin suuremmalla syyllä katsoa koskevan arviointimenetelmän hyväksymistä tarjousten arvioimiseksi sopimuksentekoperusteisiin ja niiden suhteelliseen painotukseen nähden.

37. Tuomiossa Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, 35 kohta) unionin tuomioistuin toisaalta myönsi – asiayhteydessä, joka koski julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevien sääntöjen soveltamista Euroopan unionin toimielimissä [9] ja oli olennaisilta osin analoginen direktiivin 2004/18 säännösten soveltamista koskevan asiayhteyden kanssa, ja käsitellessään sellaisiin seikkoihin, joita hankintaviranomaisen ei ole tarpeen ilmoittaa etukäteen tarjoajille, liittyviä näkökohtia – että arviointilautakunnalla on oltava tietty vapaus tehtävänsä hoitamisessa ja esitettyjä tarjouksia koskevien tutkinta- ja analysointitöidensä järjestämisessä. [10]

38. Kaikissa näissä tuomioissa unionin tuomioistuin kuitenkin totesi, että tämä hankintaviranomaisen vapaus edellyttää tiettyjen edellytysten noudattamista.

39. Nämä edellytykset eivät kuitenkaan vaikuta täysin yhdenmukaisilta.

40. Siitä, että hankintaviranomainen vahvistaa osaperusteiden painotuskertoimet tarjousten esittämisen jälkeen, on oikeuskäytännössä yhtäältä täsmennetty – kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin aivan oikein toteaa –, että tämä jälkikäteen määrittäminen on lainmukaista seuraavien kolmen edellytyksen täyttyessä:

— se ei muuta tarjouspyyntöasiakirjoissa tai hankintailmoituksessa määriteltyjä sopimuksentekoperusteita,

8 — Ks. tuomio ATI EAC e Viaggi di Maio ym. (C-331/04, EU:C:2005:718, 32 kohta); tuomio Lianakis ym. (C-532/06, EU:C:2008:40, 43 kohta) ja tuomio Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, 32 ja 33 kohta).

9 — Asia koski Euroopan yhteisöjen yleiseen talousarvioon sovellettavasta varainhoitoasetuksesta 25.6.2002 annetun neuvoston asetuksen (EY, Euratom) N:o 1605/2002 (EYVL L 248, s. 1) 97 artiklan ja asetuksen N:o 1605/2002 soveltamissäännöistä 23.12.2002 annetun komission asetuksen (EY, Euratom) N:o 2342/2002 (EYVL L 357, s. 1) 138 artiklan tulkintaa.

10 — Ks. myös samassa oikeudellisessa asiayhteydessä tuomio bpost v. komissio (T-514/09, EU:T:2011:689, 86 kohta).

— se ei sisällä tekijöitä, jotka olisivat voineet vaikuttaa tarjousten valmisteluun, jos niistä olisi tiedetty tarjouksia valmisteltaessa, ja

— sitä noudatettaessa ei ole otettu huomioon tekijöitä, jotka saattaisivat vaikuttaa syrjivästi johonkin tarjoajista.[11]

41. Tästä oikeuskäytännöstä voidaan päätellä, että jos yksikin näistä edellytyksistä jää täyttymättä, osaperusteiden painotuksen vahvistaminen hankintailmoituksen tai tarjouspyyntöasiakirjojen julkaisemisen jälkeen muuttaa hankintamenettelyn lainvastaiseksi. Hankintaviranomaisen olisi siis pitänyt etukäteen määrittää sopimuksentekoperusteisiin liittyvien osaperusteiden painotus ja varmistaa, että se on ilmoitettu tarjoajille hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

42. Siltä osin kuin on kyse arviointilautakunnan vapaudesta järjestää itse tarjousten analysointiin ja tutkintaan liittyvät tehtävänsä, unionin tuomioistuin on toisaalta täsmentänyt tuomion Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) 35 kohdassa, ettei tällainen vapaus tarkoita sitä, että hankintaviranomainen voi ”muuttaa tarjouspyyntöasiakirjoissa tai hankintailmoituksessa vahvistettuja sopimuksentekoperusteita”.

43. Viitatessaan ainoastaan yhden (ensimmäisen) tämän ratkaisuehdotuksen 40 kohdassa mainitun edellytyksen noudattamiseen unionin tuomioistuin näyttää haluavan antaa hankintaviranomaiselle enemmän harkintavaltaa silloin, kun tämä määrittää tarjousten analysointi- tai arviointimenetelmän jälkikäteen, kuin silloin, kun se päättää vahvistaa tarjoajille etukäteen ilmoitettuja sopimuksentekoperusteita vastaavien osaperusteiden painotuskertoimet.

44. Jos tuomion Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) 35 kohdassa esitettyä täsmennystä olisi sovellettava tiukasti pääasiassa, minkään ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tässä vaiheessa esittämän seikan perusteella ei voitaisi ajatella, että arviointilautakunnan laatuperusteen arvioimiseksi hyväksymä menetelmä olisi voinut muuttaa tätä perustetta tai varsinkaan toista sopimuksentekoperustetta, jotka molemmat oli saatettu etukäteen tarjoajien tietoon tarjouspyyntöasiakirjoissa.

45. Epäilen kuitenkin, ettei tuomion Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) 35 kohdassa kaiken lisäksi sivuhuomautuksena esitetyn täsmennyksen tarkoituksena ole ollut asettaa vain tätä yhtä rajoitusta hankintaviranomaisen vapaudelle vahvistaa tarjousten arviointimenetelmä. Mahdollisia erityisen vakavia virheitä lukuun ottamatta on vaikea kuvitella, kuinka tällainen arviointimenetelmä voisi muuttaa itse julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekoperusteita ja kuinka hylätty tarjoaja kykenisi esittämään näyttöä tällaisesta sopimuksentekoperusteisiin kohdistuneesta vaikutuksesta edes aihetodisteiden joukon avulla.

46. Siksi olen taipuvainen yhtymään asianomaisten osapuolten erityisesti suullisessa käsittelyssä esittämään väitteeseen, jonka mukaan ei voida sulkea pois, että arviointimenetelmä voi vaikuttaa sopimuksentekoperusteiden painotukseen, vaikkei se niinkään vaikuttaisi itse perusteisiin, ja että siihen voi siten sisältyä seikkoja, jotka olisivat voineet vaikuttaa tarjousten valmisteluun, jos tästä menetelmästä olisi ilmoitettu etukäteen tarjoajille toisessa tämän ratkaisuehdotuksen 40 kohdassa esitetyssä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä asetetun edellytyksen mukaisesti. Tässä tilanteessa hankintaviranomaisen olisi lainvastaista määrittää tällaista tarjousten arviointimenetelmä jälkikäteen, ja menetelmä olisi siten kuulunut julkistaa ennakolta hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

11 — Ks. tuomio ATI EAC e Viaggi di Maio ym. (C-331/04, EU:C:2005:718, 32 kohta); tuomio Lianakis ym. (C-532/06, EU:C:2008:40, 43 kohta) ja tuomio Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, 33 kohta).

47. Olen siis olennaisin osin samaa mieltä etenkin komission esittämästä väitteestä, jonka mukaan hankintaviranomaisen jälkikäteen määrittämän tarjousten arviointimenetelmän laillisuus riippuu edellä 40 kohdassa mainittujen unionin oikeuskäytännössä vahvistettujen kolmen edellytyksen täyttymisestä. Tällöin riittää, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tarkistaa, täyttyvätkö nämä edellytykset pääasiassa.

48. Nyt käsiteltävä asia näyttää kuitenkin tarjoavan unionin tuomioistuimelle tilaisuuden täsmentää tätä oikeuskäytäntöä erityisesti ensimmäisen edellytyksen ulottuvuuden osalta.

49. Kuten nimittäin edellä korostin, sekä sopimuksentekoperusteet että niiden suhteellinen painotus (tai, jos painottaminen on mahdotonta, niiden tärkeysjärjestys) on direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohdan voimaantulosta lähtien täytynyt julkistaa riittävällä tavalla hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

50. Sekä perusteiden että niiden painotuksen muuttamisesta jälkikäteen on siten määrättävä samat seuraamukset riippumatta siitä, millä tavalla muutos on tehty.

51. Jos kerran ei ole perusteltua sallia, että tarjousten arviointimenetelmällä voidaan jälkikäteen muuttaa tarjoajille ennakolta ilmoitettuja sopimuksentekoperusteita, niin silloin ei myöskään voida hyväksyä, että tällaisella menetelmällä muutetaan samojen perusteiden painotusta. Jos siis tarjousten arviointimenetelmän jälkikäteen määrittämisellä on tällaiset seuraukset, siitä olisi pitänyt ilmoittaa tarjoajille etukäteen, ja riidanalainen hankintamenettely on siten lainvastainen.

52. Näin ollen ehdotan, että tämän ratkaisuehdotuksen 40 kohdassa mainittu ensimmäinen edellytys, joka perustuu julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin ennen direktiivin 2004/18 antamista sovellettua oikeudellista järjestelmää koskevaan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, muotoillaan siten, että siihen sisällytetään myös sopimuksentekoperusteiden painotus, jotta otettaisiin huomioon kyseisessä järjestelmässä direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohdan voimaantulon jälkeen tapahtuneet muutokset.

53. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asia on tutkia pääasiassa, onko riidanalaista hankintasopimusta koskevissa tarjouspyyntöasiakirjoissa ilmoitetulla laatuperustetta koskevalla tarjousten arviointimenetelmällä muutettu jälkikäteen mainitun hankintasopimuksen tekoperusteiden painotusta, jolloin menetelmä olisi pitänyt saattaa mahdollisten tarjoajien tietoon hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

54. Asian olosuhteiden ja ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toimittamien tietojen perusteella arvelen kuitenkin, että näin on voinut käydä.

55. Neljästä tarjouksesta kolmelle, joista yksi oli Dimarson tarjous, annettiin nimittäin laatuperusteen osalta arvosana ”hyvä” pisteyttämättä niitä mitenkään niin, että tarjoukset olisi voitu erotella ja luokitella ominaispiirteidensä perusteella, joten hinta on ollut ratkaiseva peruste riidanalaisen hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnassa, kuten kaikki asianomaiset osapuolet istunnossa myönsivät. Koska arviointilautakunnan valitsemassa arviointimenetelmässä on alennettu laatuperusteen painoarvoa hintaperusteen hyväksi, jälkimmäinen peruste näyttää saaneen sopimuspuolta valittaessa suuremman suhteellisen painotuksen kuin mitä tarjouspyyntöasiakirjoissa ilmoitetusta 50 prosentin painotuksesta olisi kohtuudella voitu päätellä. Näin ollen on todennäköistä, että jos tarjoajille olisi ilmoitettu etukäteen, että tämä tarjousten arviointimenetelmä on valittu laatuperusteen täyttymisen osalta, ne olisivat kiinnittäneet enemmän huomiota tarjoamiensa palvelujen hintaan.

56. Esittämäni tulkinta konkretisoituu, jos kuvitellaan, että yksi esitetyistä tarjouksista on ollut laadultaan selvästi muita, myös ”hyvän” arvosanan saaneita tarjouksia parempi. Laatuperustetta arvioitaessa yksi tarjouksista olisi siis voitu hyvin luokitella ”erinomaiseksi”. Kyseisen tarjoajan pyytämä hinta olisi silloin vastannut sen tarjoamien palvelujen erinomaista laatua ja olisi todennäköisesti ollut muiden tarjoajien hintoja korkeampi. Koska arviointilautakunnan valitsemaan asteikkoon (heikko – tyydyttävä – hyvä) ei sisältynyt lainkaan arvosanaa ”erinomainen”, tämä laadultaan erinomainen tarjous on voinut saada laatuperusteesta enintään arvosanan ”hyvä”. Koska kyseisen tarjoajan ehdottama hinta on kuitenkin voinut olla jopa joitakin kymmeniä tai satoja euroja muita korkeampi, sen tarjous on jouduttu hylkäämään.

57. Esittämässäni esimerkissä, joka ei välttämättä ole samanlainen kuin Dimarson tilanne mutta voisi yhtä hyvin olla sellainen, hankintaviranomainen olisi viime kädessä menettänyt hintalaatusuhteeltaan parhaan tarjouksen vastoin sitä periaatetta, jota on noudatettava valittaessa sopimuspuoli kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella. [12]

58. Näin ollen hankintaviranomaisen jälkikäteen valitsema arviointimenetelmä on mielestäni hyvinkin voinut muuttaa sopimuksentekoperusteiden painotusta niin, että jokin peruste on saanut toista suuremman painoarvon, kun taas tarjoajien saatavilla tarjoustensa esittämishetkellä olleissa tiedoissa annettiin selvästi ymmärtää, että nämä perusteet oli määrä arvioida saman suhteellisen painotuksen mukaan eli kummankin painoarvo olisi ollut 50 prosenttia.

59. Näin ollen katson, että jos tarjousten esittämisen jälkeen hyväksytty arviointimenetelmä voi johtaa tällaiseen lopputulokseen, hankintaviranomaisen olisi pitänyt saattaa kyseinen menetelmä tarjoajien tietoon siinä vaiheessa, kun se julkaisi hankintailmoituksen tai toimitti tarjouspyyntöasiakirjat.

60. Jos unionin tuomioistuin kuitenkin katsoisi, ettei edellä tämän ratkaisuehdotuksen 40 kohdassa mainittua ensimmäistä oikeuskäytännössä vahvistettua edellytystä ole laajennettava koskemaan sopimuksentekoperusteiden painotusta, on mielestäni todennäköistä, että jos mahdolliset tarjoajat olisivat tienneet etukäteen hankintaviranomaisen vahvistamasta arviointimenetelmästä, jolla tarjouksia arvioidaan laatuperusteen osalta, arviointimenetelmä olisi voinut vaikuttaa tarjoajien tarjousten valmisteluun tämän ratkaisuehdotuksen 40 kohdassa mainitun toisen edellytyksen mukaisesti.

61. Kuten jo totesin, jos tarjoajat olisivat ennen tarjoustensa esittämistä ymmärtäneet, että toinen sopimuksentekoperuste eli hinta saattoi olla ratkaiseva kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnassa, minkä kaikki asianomaiset osapuolet suullisessa käsittelyssä myönsivät, tarjoajien tarjoukset olisi varmasti valmisteltu eri tavalla, jotta ne olisivat vastanneet paremmin tätä hankintaviranomaisen omaksumaa linjaa.

62. Yleensäkin on totta, että tämä hankintaviranomaisen vapaudelle vahvistaa arviointimenetelmä tarjousten esittämisen jälkeen asetettu rajoitus näyttää lopulta pakottavan hankintaviranomaisen kaikissa tapauksissa määrittämään hyvin varhaisessa vaiheessa, minkä menetelmän tai mitkä menetelmät se aikoo valita sopimuksentekoperusteiden arvioimiseksi, jotta voitaisiin ennalta varmistaa, etteivät nämä menetelmät voi vaikuttaa mahdollisten tarjoajien esittämien tarjousten valmisteluun, sillä muuten sen pitää tämän perusteella päätellä, että ne on julkistettava joko hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

12 — Tuomiossa Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, 29 kohta) unionin tuomioistuin lähinnä muistuttaa, että sopimuksen tekeminen kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tekijän kanssa on omiaan lisäämään laadun suhteellista painotusta julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekoperusteissa, koska se kannustaa hankintaviranomaista etsimään ”hintalaatusuhteeltaan parasta” tarjousta.

63. Tämä vaatimus siis näyttää saavan hankintaviranomaisen (jonka pyrkimyksenä on taata mahdollisimman suuri oikeusvarmuus hankintamenettelyssä ja suojautua muutoksenhauilta, joissa vaaditaan tämän menettelyn kumoamista) määrittämään mahdollisimman varhain sopimuksentekoperusteiden arvioinnissa käyttämänsä menetelmän tai menetelmät. Voitaisiin siten esittää, että jos näin on, mikään pakottava syy ei näytä oikeuttavan sitä, että hankintaviranomainen kieltäytyy saattamasta mahdollisten tarjoajien tietoon kyseisiä arviointimenetelmiä, jotka sen on joka tapauksessa täytynyt määrittää jo ennen tarjouspyyntöä.

64. Käytännössä tällainen linjaus kumoaisi unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön soveltamisesta johtuvan pääsääntöä ja poikkeusta koskevan teoreettisen periaatteen, jonka mukaan hankintaviranomaisella ei lähtökohtaisesti ole velvollisuutta ilmoittaa tarjousten arviointimenetelmää etukäteen mahdollisille tarjoajille, paitsi jos tämä menetelmä sisältää tekijöitä, jotka olisivat voineet vaikuttaa tarjousten valmisteluun, jos niistä olisi tiedetty etukäteen.

65. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että tämä riski voidaan suurelta osin välttää, jos hankintaviranomaiset valitsevat julkistaa paitsi sopimuksentekoperusteet ja niiden suhteellisen painotuksen, kuten direktiivissä 2004/18 edellytetään, myös näihin perusteisiin liittyvät osaperusteet ja niiden suhteellisen painotuksen, kuten unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä pyritään vahvasti suosittamaan.

66. Toisin sanoen, mitä selvemmät, ymmärrettävämmät ja yksityiskohtaisemmat tiedot näistä kaikista seikoista tarjoajille annetaan hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa, sitä pienempi on mielestäni riski siitä, että arviointilautakunnan valitsema tarjousten analysointimenetelmä voisi muuttaa sopimuksentekoperusteita tai osaperusteita ja niiden painotusta tai johtaa tarjoajien eriarvoiseen kohteluun. Tämän riskin välttäminen on osa sitä ”aktiivista roolia”, joka direktiivissä 2004/18, sellaisena kuin unionin tuomioistuin on sitä tulkinnut, annetaan hankintaviranomaisille julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevien keskeisten periaatteiden eli menettelyn avoimuuden ja tarjoajien tasavertaisen kohtelun periaatteiden soveltamisessa. [13]

67. Tällaisessa tapauksessa kaikki tarjoajat ovat myös voineet etukäteen sada tiedon kaikkien hankintaviranomaisen huomioon ottamien tekijöiden suhteellisesta painotuksesta, mikä pääsääntöisesti sulkee pois sen, että hankintaviranomaisen käyttämä tarkka tarjousten analysointimenetelmä voisi sisältää sellaisia tekijöitä, jotka olisivat voineet vaikuttaa tarjousten valmisteluun, jos niistä olisi tiedetty tarjouksia valmisteltaessa.

68. Sen sijaan silloin, kun – kuten pääasiassa – kaikki sopimuksentekoperusteet on painotettu tarjouspyyntöasiakirjassa samalla tavalla, on niin, että kun kyseisessä asiakirjassa lueteltuja mahdollisia osaperusteita ei painoteta näin ja kun tarjousten esittämisen jälkeen jommankumman sopimuksentekoperusteen täyttymisasteen arvioimiseksi valittu arviointimenetelmä on erittäin yleisluonteinen eikä esitettyjen tarjousten laatueroja voida sen avulla määrittää riittävän tarkasti, on huomattavasti suurempi riski siitä, että arviointimenetelmä sisältää osia, jotka, jos ne olisi saatettu tarjoajien tietoon hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa, olisivat voineet vaikuttaa tarjoajien tarjousten valmisteluun.

69. On totta, että edellä tämän ratkaisuehdotuksen 40 kohdassa mainittu toinen edellytys vaikuttaa erityisen joustavalta tai helpolta täyttää, koska voidaan aina väittää, että jokainen hankintaviranomaisen huomioon ottama tekijä olisi *voinut* vaikuttanut tarjousten valmisteluun, jos siitä olisi ilmoitettu tarjoajille etukäteen.

13 — Ks. toisessa asiayhteydessä tuomio eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, 42 kohta).

70. Ehkä juuri tietoisena tästä joustavuudesta unionin tuomioistuin katsoi tuomiossa komissio v. Irlanti (C-226/09, EU:C:2010:697, 48 kohta), että tällaisen tarjousten valmisteluun kohdistuvan vaikutuksen on oltava luonteeltaan ”merkittävää”, ja tällä perusteella hylkäsi osittain komission kanteen, jossa vaadittiin jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämisen toteamista.

71. Vaikka tuomion komissio v. Irlanti (C-226/09, EU:C:2010:697) 48 kohdassa viitataan unionin tuomioistuimen aiempaan oikeuskäytäntöön ja mainitaan nimenomaisesti tuomion ATI EAC e Viaggi di Maio ym. (C-331/04, EU:C:2005:718) 32 kohta, siihen sen paremmin kuin muihinkaan jo edellä mainittuihin tuomioihin ei sisälly mainintaa, jonka mukaan tarjousten valmisteluun kohdistuneen vaikutuksen olisi pitänyt olla luonteeltaan ”merkittävää”. Oli miten oli, tuomion komissio v. Irlanti (C-226/09, EU:C:2010:697) 48 kohdassa asetetun kriteerin perimmäisenä syynä voi nähdäkseni kuitenkin olla se, että kyseessä olleeseen julkisia palveluhankintoja koskevaan sopimukseen ei sovellettu täysimääräisesti direktiivin 2004/18 säännöksiä eikä etenkään sen 53 artiklan 2 kohtaa.

72. Jos tuomion komissio v. Irlanti (C-226/09, EU:C:2010:697) 48 kohdalle on todellakin annettava tällainen merkitys, nähdäkseni nyt käsiteltävässä asiassa ei ole mitään erityistä syytä noudattaa kyseisessä tuomion kohdassa mainittua kriteeriä, jonka mukaan tarjousten valmisteluun kohdistuvan vaikutuksen on oltava luonteeltaan ”merkittävää”, eikä siten muuttaa edellä tämän ratkaisuehdotuksen 40 kohdassa mainitussa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistetun toisen edellytyksen ulottuvuutta.

73. Joka tapauksessa katson, että tälle toiselle edellytykselle ominaista joustavuutta voi merkittävästi vähentää hylätyn tarjoajan – jolla on todistustaakka – velvollisuus osoittaa muutoksenhaussaan konkreettisesti ne aineelliset eivätkä pelkästään muodolliset erot, joita sen tarjouksessa olisi ollut, jos kyseiseen arviointimenetelmään sisältyneet tekijät tai itse menetelmä, jonka hankintaviranomainen jätti ilmoittamatta etukäteen, olisi julkistettu riittävällä tavalla ennen tarjousten valmistelua.

74. Ennen lopullista ratkaisuehdotusta on lisättävä, että kaikki edellä esitetyt näkemykset perustuvat ennakkoratkaisupyynnöstä implisiittisesti ilmenevään olettamukseen, jonka mukaan arviointilautakunnan pääasiassa valitsema tarjousten arviointimenetelmä, joka koski laatuperustetta, on määritetty tarjousten esittämiselle asetetun määräajan päättymisen *jälkeen*, mutta *ennen* tarjouskuorten avaamista.

75. Edellä mainitussa oikeuskäytännössä, joka koskee sopimuksentekoperusteisiin liittyvien osaperusteiden painotuksen määrittämistä, unionin tuomioistuin lähinnä toteaa, että painotuksen vahvistaminen tarjousten jättämisen tai tapauksen mukaan kiinnostuksen osoitusta koskevien asiakirjojen *avaamisen jälkeen* oli etenkin vastoin yhdenvertaisen kohtelun ja julkistamisvelvollisuuden periaatteita.[14] Samoin oikeuskäytännössä on katsottu, ettei arviointilautakunta voinut tarjousten alustavan arvioinnin jälkeen muuttaa sopimuksentekoperusteiden painotusta tapauksessa, jossa direktiivin 2004/18 53 artiklan 2 kohtaa ei sovellettu kyseiseen julkisia palveluhankintoja koskevaan sopimukseen, ilman, että lisäksi olisi velvoitettu näyttämään, että suhteellisen painotuksen muuttaminen oli vaikuttanut syrjivästi johonkin tarjoajista, ja lisäksi oikeuskäytännön mukaan tässä yhteydessä riitti, että muutosta tehtäessä ei voitu sulkea pois sitä, että muutoksella voi olla tällainen vaikutus.[15]

76. Jos nimittäin hankintaviranomaisella on tiedossaan tarjoajien nimet ja tarjousten sisältö siinä vaiheessa, kun se muuttaa sopimuksentekoperusteiden ja/tai osaperusteiden painotuksia, vaara siitä, että annetaan se vaikutelma, että muutoksella pyritään suosimaan jotakuta tarjoajista, ja siten loukataan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, on todellinen.

14 — Ks. erityisesti tuomio Lianakis ym. (C-532/06, EU:C:2008:40, 44 kohta).

15 — Tuomio komissio v. Irlanti (C-226/09, EU:C:2010:697, 57–63 kohta).

77. Tällaisissa olosuhteissa näin tehty muutos on yksinkertaisesti lainvastainen, mikä seuraa muun muassa suosimisolettamasta. On ilmeistä, että tosiasiallisesti sovellettu painotus, joka aiheutti hankintamenettelyn lainvastaisuuden, olisi pitänyt saattaa etukäteen tarjoajien tietoon hankintaa koskevissa asiakirjoissa. Tämä toteamus ei kuitenkaan ole välttämätön itse riidan ratkaisemiseksi.

78. Belgian hallitus mainitsee huomautuksissaan, että on tilanteita – täsmentämättä kuitenkaan näiden tilanteiden luonnetta –, joissa tarjousten arviointimenetelmä on mahdollista vahvistaa vasta tarjouskuorten avaamisen jälkeen. Tällä perusteella kyseinen hallitus lähinnä väittää, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, jossa kielletään vahvistamasta sopimuksentekoperusteiden ja niihin liittyvien osaperusteiden painotuksia tarjouskuorten avaamiseen *jälkeen*, ei pitäisi laajentaa koskemaan tapausta, jossa arviointilautakunta on hyväksynyt tarjousten arviointimenetelmän niiden avaamisen jälkeen.

79. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämä kysymys ei varsinaisesti koske tätä tilannetta.

80. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämien seikkojen perusteella ei kuitenkaan voida kokonaan sulkea pois sitä mahdollisuutta, että pääasiassa kyseessä oleva arviointimenetelmä on vahvistettu tarjouskuorten avaamisen jälkeen.

81. Jos näin on tapahtunut, on mielestäni lisäksi selvitettävä, onko ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen edelleen tarpeen tarkistaa, täyttyvätkö oikeuskäytännössä vahvistetut ja tämän ratkaisuehdotuksen 40 kohdassa luetellut kolme edellytystä, jotta se voisi katsoa, että hankintaviranomaisen olisi pitänyt saattaa tarjousten arviointimenettely etukäteen tarjoajien tietoon, vai voiko se vain todeta, että tällainen menettely synnyttää jonkinlaisen olettaman yhden tai usean tarjoajan suosimisesta, joka tekee hankintamenettelyn lainvastaiseksi.

82. Ottamatta yleisesti kantaa Belgian hallituksen tarkoittamiin mutta täsmentämättä jättämiin tilanteisiin pidän kyseenalaisena, että pääasiassa kyseessä oleva laatuperusteen arviointimenetelmä on voitu vahvistaa vasta tarjouskuorten avaamisen jälkeen, sillä se on menetelmänä erittäin tavallinen ja yleispätevä, miltei epämääräinen.

83. En nimittäin näe etenkään mitään teknisiä tai taloudellisia esteitä sille, että hankintaviranomainen voisi joko saattaa arviointimenetelmän tarjoajien tietoon pelkästään mainitsemalla, että tarjousten laatua arvioidaan asteikolla ”heikko – tyydyttävä – hyvä”, tai vahvistaa menetelmän viimeistään ennen tarjouskuorten avaamista, jollei jo tarkastelemistani edellytyksistä muuta johdu, eli erityisesti sopimuksentekoperusteita tai niiden painotusta muuttamatta.

84. Näin ollen katson, että jos pääasiassa riidanalainen arviointimenetelmä on hyväksytty tarjouskuorten avaamisen jälkeen, mikä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tarkistettava, olisi oletettava, että sen vahvistamisessa on otettu huomioon seikkoja, jotka voivat vaikuttaa syrjivästi yhteen tai useampaan hylätyistä tarjoajista, ja hankintaviranomaisen asia on kumota tämä olettama.

III Ratkaisuehdotus

85. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Raad van State van Belgiën (ylin hallintotuomioistuin, Belgia) esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY, sellaisena kuin se on muutettuna 30.11.2011 annetulla komission asetuksella (EU) N:o 1251/2011, 53 artiklan 2 kohtaa on yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusvelvoitteen kannalta tarkasteltuna tulkittava siten, että hankintaviranomaisella ei ole velvollisuutta ilmoittaa hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa mahdollisille tarjoajille

tarjousten arviointimenetelmää, jota se aikoo käyttää hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa etukäteen julkistamiensa sopimuksentekoperusteiden täyttymisasteen arvioimisessa, edellyttäen että tämä tarjousten esittämiselle asetetun määräajan päättymisen jälkeen mutta ennen tarjouskuorten avaamista hyväksytty menetelmä a) ei muuta sopimuksentekoperusteita, sellaisina kuin ne on esitetty hankintailmoituksessa ja tarjouspyyntöasiakirjoissa, b) eikä sisällä tekijöitä, jotka olisivat voineet vaikuttaa tarjousten valmisteluun, jos niistä olisi tiedetty tarjouksia valmisteltaessa, ja että c) tätä menetelmää hyväksyttäessä ei ole otettu huomioon tekijöitä, jotka voisivat vaikuttaa syrjivästi johonkin tarjoajista. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tarkistettava, täyttyvätkö nämä edellytykset pääasiassa.