Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
PAOLA MENGOZZIJA,
predstavljeni 10. marca 2016 [1]

**Zadeva C-6/15**

**TNS Dimarso NV**
**proti**
**Vlaams Gewest(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,**

ki ga je vložilo Raad van State van België (državni svet Belgije))

„Predhodno odločanje — Direktiva 2004/18/ES — Člen 53 — Merila za oddajo naročila — Ponudniki — Enako obravnavanje — Ekonomsko najugodnejša ponudba — Ocenjevanje ponudb“

## I – Uvod

1. Raad van State van België (državni svet Belgije) želi s tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe v bistvu izvedeti, ali člen 53(2) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev [2] glede na načeli enakega obravnavanja in preglednosti zahteva, da je naročnik vedno ali v nekaterih okoliščinah zavezan v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah predhodno objaviti metodo ocenjevanja ali pravila ponderiranja, ki bodo uporabljena za oceno ponudb ponudnikov.

2. Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo TNS Dimarso NV (v nadaljevanju: družba Dimarso) in Vlaams Gewest (flamska javna agencija za stanovanjske zadeve, v nadaljevanju: agencija za stanovanjske zadeve) v zvezi z zakonitostjo metode ocenjevanja ponudb ponudnikov v okviru javnega naročila storitev, ki ga je organiziral ta organ.

3. Skratka, iz predložitvene odločbe je razvidno, da je agencija za stanovanjske zadeve z javnim razpisom, objavljenim v *Uradnem listu Evropske unije* 31. januarja 2012, začela postopek javnega naročila storitev, katerega cilj je bila izvedba obsežne ankete o stanovanjskih zadevah in uporabnikih stanovanj na Flamskem. Ocenjen znesek tega naročila je bil 1.400.000 EUR skupaj z davkom na dodano vrednost (DDV).

4. V specifikacijah tega naročila sta bili navedeni naslednji merili za oddajo:

„1 Kakovost ponudbe (50/100)

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — UL L 134, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132. Direktiva, kakor je bila spremenjena z Uredbo Komisije (EU) št. 1251/2011 z dne 30. novembra 2011 o spremembi direktiv 2004/17/ES, 2004/18/ES in 2009/81/ES Evropskega parlamenta in Sveta glede njihovih pragov uporabe za postopke za oddajo naročil (UL 2011, L 319, str. 43) (v nadaljevanju: Direktiva 2004/18).

Kakovost priprave, organizacije in izvedbe dela na terenu, kodiranja in prve obdelave podatkov. Ponujene storitve morajo biti opisane čim bolj podrobno. Iz ponudbe mora biti jasno razvidno, da lahko ponudnik izpolni celotno naročilo (najmanj 7000 enot naključnega vzorca/največ 10.000 enot naključnega vzorca) v predvidenem 12-mesečnem izvedbenem roku.

2 Cena (50/100)

Stroški za izvedbo naročila za osnovni naključni vzorec (7000 enot naključnega vzorca) in stroški na tranšo 500 dodatnih razpoložljivih naslovov (skupaj z DDV).“

5. Ponudbe so oddali štirje ponudniki, ki so glede na poročilo o ugotavljanju usposobljenosti, ki ga je pripravila komisija za ocenjevanje ponudb, izpolnjevali minimalne zahteve glede tehnične sposobnosti. Komisija za ocenjevanje ponudb je v poročilu o oddaji naročila z dne 23. marca 2012 način ocenjevanja ponudb predstavila tako:

„Komisija je nato ocenila ponudbe.

Štiri ponudbe so bile ocenjene in primerjane med seboj na podlagi zgoraj navedenih meril. Najprej so bile ponudbe preučene in ocenjene na podlagi merila „kakovost“. Pri tem je vsaka ponudba soglasno dobila določeno oceno (visoka – zadostna – nizka). Nato je sledilo merilo ‚cena‘.

Na podlagi teh ocen je bil sestavljen dokončni vrstni red.“

6. Iz poročila o oddaji naročila je razvidno, da so, kar zadeva prvo merilo, to je kakovost ponudb, družba Dimarso in dva druga ponudnika dobili oceno „visoka“, četrti ponudnik pa je dobil oceno „nizka“. Kar zadeva drugo merilo, to je ceno, je družba Dimarso oddala ponudbo z najvišjo ceno, medtem ko je četrti ponudnik oddal najcenejšo ponudbo.

7. Naročilo je bilo 11. aprila 2012 nazadnje oddano enemu od ponudnikov, ki je dobil oceno „visoka“ in katerega cena v ponudbi je bila nižja od cene družbe Dimarso.

8. Družba Dimarso v utemeljitev tožbe za razglasitev ničnosti odločbe o oddaji naročila pred predložitvenim sodiščem trdi, da je komisija za ocenjevanje ponudb te očitno preučila na podlagi lestvice „visoka – zadostna – nizka“ za merilo kakovosti ponudbe, ki ni bila navedena v specifikacijah, čeprav naj bi po navedbah družbe Dimarso iz specifikacij izhajalo, da bi bilo treba vsaki ponudbi dodeliti od 0 do 50 točk. Kar zadeva merilo cene, naj komisija za ocenjevanje ponudb prav tako ponudb ne bi ustrezno preučila, primerjala in podala njihove končne ocene ob upoštevanju meril za oddajo, kot sta bili navedeni v specifikacijah, vključno s ponderiranjem „50/100“ za vsako izmed meril za oddajo, kot je bilo natančno navedeno v razpisu.

9. Predložitveno sodišče najprej ob zavrnitvi prvega dela tožbe, ki jo je pri njem vložila družba Dimarso, ugotavlja, da dejstvo, da se navedba „50/100“, zapisana v specifikacijah pri vsakem izmed meril za oddajo, razlaga tako, da pomeni le, da je treba vsako izmed obeh meril obravnavati kot enakovredno in da zato vsako do polovice vpliva na razvrstitev ponudb, ne presega okvira razumne presoje.

10. Nato je navedlo, da gre tako v uvodni izjavi 46 kot v členu 53(2) Direktive 2004/18 le za „merila“ in njihovo „relativno utež [ponder]“, saj metoda ocenjevanja in pravila ponderiranja niso nikjer izrecno omenjena. Predložitveno sodišče poudarja, da metoda ocenjevanja ni nevtralna, ampak nasprotno lahko odločilno vpliva na rezultat ocenjevanja ponudb na podlagi meril za oddajo. Kot primer navaja merilo za oddajo ponudbe „cena“, v okviru katerega se lahko naročnik med drugim odloči za uporabo pravila sorazmernosti, dodelitev najvišjega števila točk za najnižjo ponudbo ali nič točk za najvišjo ponudbo in uporabo linearne interpolacije za vmesne ponudbe ali pa priznanje največje ugodnosti ponudbi s sredinsko ceno.

11. Predložitveno sodišče nazadnje poudarja, da niti sodba Lianakis in drugi (C-532/06, EU:C:2008:40, točke 38, 44 in 45), ki se je nanašala na razlago člena 36(2) Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev[3], določbe z v bistvu enako vsebino, kot jo ima člen 53(2) Direktive 2004/18, niti sodba Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) ne ponujata odgovora ali vsaj ne odločilnega odgovora na vprašanje, ki se postavlja v postopku v glavni stvari, to je ali morajo biti ponudniki predhodno seznanjeni z metodo ocenjevanja, in sicer s konkretno metodo, ki jo bo naročnik uporabil za ocenjevanje ponudb, tako kot z merili in podmerili za oddajo ter „koeficienti ponderjev“.

12. Ob upoštevanju navedenega je Raad van State van België (državni svet Belgije) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba člen 53(2) Direktive 2004/18/[…] samega zase in v povezavi z dosegom načel prava Unije o enakosti in preglednosti pri oddaji javnih naročil razlagati tako, da je naročnik, če se javno naročilo odda ponudniku, za katerega meni, da ima ekonomsko najugodnejšo ponudbo, vedno zavezan metodo ocenjevanja ali pravila ponderiranja – kakršna koli že je njena/njihova predvidljivost, običajnost ali doseg – na podlagi katerih naj bi se ponudbe ocenile v skladu z merili ali podmerili za oddajo, določiti vnaprej in jih objaviti v obvestilu ali razpisni dokumentaciji,

ali

da so, če taka splošna obveznost ne obstaja, podane okoliščine, med drugim na primer doseg, nepredvidljivost ali neobičajnost teh pravil ponderiranja, pod katerimi ta obveznost obstaja?“

13. Pisno stališče glede tega vprašanja so predložile družba Dimarso, belgijska in italijanska vlada ter Evropska komisija. Te stranke so na obravnavi 13. januarja 2016 tudi podale ustne navedbe, razen italijanske vlade, ki na obravnavi ni bila zastopana.

## II – Analiza

14. V okviru vprašanja, ki mu je postavljeno v tej zadevi, je Sodišče pozvano, naj pojasni obseg člena 53(2) Direktive 2004/18. Natančneje, Sodišču je postavljeno vprašanje, ali ta določba z vidika načel enakega obravnavanja in preglednosti zahteva, da naročnik v okviru oddaje naročila storitev na podlagi ekonomsko najugodnejše ponudbe ponudnike v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah obvesti o metodi ocenjevanja, ki bo uporabljena za oceno ponudb ponudnikov.

15. Uvodoma je treba navesti, da ni sporno, da naročilo storitev, ki je predmet postopka v glavni stvari, spada na področje uporabe Direktive 2004/18 in da se zlasti člen 53 te direktive zanj v celoti uporablja.

16. Namreč, na eni strani se morajo v skladu s členom 20 Direktive 2004/18 naročila, katerih predmet so storitve iz seznama v Prilogi II A, med katerimi so v kategoriji 10 naročila „storitev na področju raziskav trga in javnega mnenja“, oddati v skladu s členi od 23 do 55 te direktive. Na drugi strani, naročilo storitev, ki je predmet postopka v glavni stvari, je znatno presegalo prag 200.000 EUR, naveden v členu 7(b) Direktive 2004/18, ki je veljal, ko je agencija za stanovanjske zadeve objavila razpis za oddajo javnega naročila.

3 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 322.

17. Javna naročila se v skladu s členom 53 Direktive 2004/18, naslovljenim „Merila za izbiro najugodnejše ponudbe“, oddajo bodisi ponudbi z „najnižjo ceno“, bodisi „ekonomsko najugodnejši ponudbi s stališča naročnika“, to pomeni, kot je navedeno v uvodni izjavi 46, tretji odstavek, te direktive in kot je pojasnilo Sodišče, ponudbi, ki „zagotavlja največjo vrednost za uporabljena javna sredstva“ s stališča naročnika [4].

18. V tem zadnjem primeru, ki ustreza primeru naročila storitev, obravnavanemu v postopku v glavni stvari, določa člen 53(1)(a) Direktive 2004/18 neizčrpen seznam meril, ki so vezana na predmet zadevnega javnega naročila, ki jih naročnik lahko upošteva [5]. Med temi merili sta kakovost in cena, ki sta, kot je navedeno v specifikacijah iz postopka v glavni stvari, edini merili, ki ju je agencija za stanovanjske zadeve upoštevala pri oddaji spornega naročila.

19. V primeru oddaje naročila glede na ekonomsko najugodnejšo ponudbo člen 53(2), prvi pododstavek, Direktive 2004/18 še določa, da naročnik v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah navede „relativne uteži [ponderje], ki veljajo za vsako merilo, ki je izbrano za določitev [te] ponudbe“. Ti ponderji se lahko v skladu z drugim pododstavkom iste določbe izrazijo z določitvijo razpona, katerega maksimalni obseg je treba primerno prilagoditi. V skladu s tretjim pododstavkom te določbe mora naročnik, če po njegovem mnenju tehtanja meril ni mogoče določiti zaradi dokazljivih razlogov, v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah merila navesti v padajočem zaporedju njihove pomembnosti.

20. Takoj je treba ugotoviti, da obveznost iz člena 53(2) Direktive 2004/18, da se navedejo tako merila za oddajo kot – od sprejetja te direktive, razen če je nemožnost navedbe ustrezno utemeljena, – relativni ponderji za vsako izmed meril v fazi objave razpisa za oddajo javnega naročila ali specifikacij, ustreza zahtevi po zagotavljanju spoštovanja načela enakega obravnavanja in iz njega izhajajoče obveznosti preglednosti [6].

21. Kar zadeva objavo ponderiranja meril za oddajo, je treba poudariti, da člen 53(2) Direktive 2004/18 pomeni velik napredek glede na prejšnjo pravno ureditev, ki se je uporabljala za oddajo javnih naročil storitev.

22. V okviru pravne ureditve, ki je veljala pred začetkom veljavnosti tega akta, je namreč člen 36(2) Direktive Sveta 92/50 od naročnikov zahteval le, da v specifikacijah ali razpisu za oddajo javnega naročila navedejo merila za oddajo, ki so jih nameravali uporabiti, „po možnosti v zaporedju od bolj pomembnega k manj pomembnemu“.

23. Zdaj pa morajo naročniki, nasprotno, v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah navesti ponderje za merila za oddajo. Le če se to izkaže za nemogoče zaradi dokazljivih razlogov, se lahko ti organi odločijo za prednostno razvrstitev meril, ki pa mora biti vsekakor ustrezno objavljena v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah.

24. Kot se bom k temu vrnil v nadaljevanju, ima ta razvoj določen pomen za rešitev zadeve v glavni stvari.

4 — Glej sodbo Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, točka 29).

5 — Sodišče je redno opozarjalo na netaksativno naravo teh meril: glej novejši sodbi eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točka 61) in Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, točka 30).

6 — Glej v tem smislu sodbo Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697, točka 43). Za vsak primer opozarjam, da v skladu z ustaljeno sodno prakso načelo enakega obravnavanja ponudnikov, katerega namen je razvoj zdrave in učinkovite konkurence med podjetji, ki sodelujejo v postopku oddaje javnega naročila, zahteva, da imajo vsi ponudniki pri postavljanju pogojev svojih ponudb enake možnosti, in torej zahteva, da za vse konkurente veljajo enaki pogoji (glej v tem smislu zlasti sodbi Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 44) in eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točka 33)). Sodišče je že pojasnilo, da je namen obveznosti preglednosti preprečiti tveganje za dajanje prednosti nekaterim ponudnikom in samovoljo naročnika glede nekaterih ponudnikov oziroma nekaterih ponudb (glej v tem smislu sodbi Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 44) in eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točka 34)).

25. V tej fazi je treba ugotoviti, da v postopku v glavni stvari ni sporno, da je v specifikacijah za vsako izmed dveh meril, ki ju je uporabil naročnik, navedeno „50/100“. Predložitveno sodišče je glede te navedbe presodilo, da jo je razumno mogoče razlagati tako, da je treba vsako izmed obeh meril obravnavati kot enakovredno in da zato vsako do polovice vpliva na razvrstitev ponudb.

26. Ugotoviti je treba, da je ta presoja dokončna. Iz predloga za sprejetje predhodne odločbe je namreč nedvoumno razvidno – in kot je družba Dimarso potrdila na obravnavi pred Sodiščem – da je predložitveno sodišče zavrnilo prvi del tožbe, ki jo je pri njem vložila ta družba, v skladu s katerim bi bilo treba navedbo „50/100“ v bistvu razlagati tako, da pomeni, da bi bilo treba merilo „kakovost“ oceniti z dodelitvijo od 0 do 50 točk vsaki ponudbi. Predložitveno sodišče je torej v bistvu ugotovilo, da je ponderirana vrednost vsakega izmed dveh meril za oddajo naročila, ki je navedena v specifikacijah, enaka, to je 50 %, kar so razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki lahko razlagali enako. [7]

27. Zato ni sporno, da sta bili merili za oddajo zadevnega javnega naročila in relativni ponder za vsako izmed teh meril sporočeni ponudnikom v specifikacijah, torej pred oddajo naročila in na prvi pogled v skladu s členom 53(2) Direktive 2004/18.

28. Predložitveno sodišče želi vseeno vedeti, ali ta zadnja določba, glede na načelo enakega obravnavanja in obveznost preglednosti, od naročnika zahteva, da ponudnike predhodno ali sistematično ali vsaj v nekaterih okoliščinah seznani z metodo ocenjevanja ponudb glede na merila za oddajo, natančneje, v zvezi z zadevo v glavni stvari, z izbrano metodo, in sicer razvrstitveno lestvico treh ocen („nizka – zadostna – visoka“), za presojo izpolnjevanja merila „kakovost“, ki ga je objavila agencija za stanovanjske zadeve.

29. To vprašanje je treba razumeti z vidika utemeljitve družbe Dimarso, da je bila izbrana metoda ocenjevanja („nizka – zadostna – visoka“) v bistvu tako nejasna, da je moral naročnik presojo merila „kakovost“ izravnati v korist merila „cena“, ker je lahko le na podlagi tega drugega merila v resnici razvrstil tri od štirih prejetih ponudb. Za merilo „cena“ naj bi se torej po mnenju družbe Dimarso dejansko uporabil višji relativni ponder od ponderja 50 %, predhodno napovedanega v specifikacijah. Povedano drugače, družba Dimarso trdi, da če bi bila metoda ocenjevanja predhodno sporočena ponudnikom v specifikacijah, bi neizogibno vplivala na pripravo ponudb.

30. Še zdaleč nisem nedovzeten za to utemeljitev. Vendar je treba razlogovati po korakih.

31. Najprej, kot sem že navedel, člen 53(2) Direktive 2004/18 od naročnika zahteva, da ponudnike v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah seznani z merili za oddajo, ki jih namerava uporabiti, in njihovim relativnim ponderjem.

32. Nasprotno pa bi bilo nekoristno v besedilu člena 53(2) Direktive 2004/18 iskati splošno obveznost za naročnika, da v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah navede metodo ocenjevanja ponudb glede na merila za oddajo in njihov relativni ponder, to je vsa pravila in načine, po katerih bo naročnik ali njegov organ, kot je komisija za ocenjevanje ponudb, dodelila določeno število točk ali oceno različnim ponudbam glede na stopnjo izpolnjevanja enega izmed meril (in/ali morebitnih podmeril) za oddajo javnega naročila.

33. Člen 53(2) Direktive 2004/18 torej ne zahteva, da je taka metoda analize ponudb, ki jo uporabi komisija za ocenjevanje ponudb, glede na merila za oddajo javnega naročila in njihov relativni ponder načeloma predhodno sporočena ponudnikom v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah.

34. Tudi sodna praksa Sodišča potrjuje to načelno stališče.

7 — Standard razumno obveščenega in običajno skrbnega ponudnika izhaja iz sodne prakse Sodišča: glej v zvezi s tem sodbi SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, točka 42) in eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točka 54).

35. Na eni strani je treba opozoriti, da je Sodišče večkrat priznalo zakonitost ravnanja naročnika, ki je ponderiral podelemente merila za oddajo *po* oddaji ponudb, vendar *pred* njihovim odprtjem, kar nujno pomeni, da naročnik ni sistematično zavezan zagotoviti predhodne objave takega ponderiranja podmeril za oddajo v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah. [8]

36. To presojo je toliko bolj mogoče razširiti na sprejetje metode ocenjevanja ponudb glede na merila za oddajo in njihov relativni ponder.

37. Na drugi strani je Sodišče v sodbi Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, točka 35) priznalo – v kontekstu uporabe pravil za oddajo javnih naročil institucij Evropske unije [9], ki je vsebinsko podoben kontekstu uporabe določb Direktive 2004/18, in v preudarkih o elementih, s katerimi naročniku ni treba predhodno seznaniti ponudnikov – da mora imeti komisija za ocenjevanje ponudb določeno svobodo pri opravljanju svoje naloge ter organizirati svoj pregled in analizo oddanih ponudb. [10]

38. Sodišče je v vseh teh zadevah vseeno navedlo, da je svoboda, ki jo ima naročnik, odvisna od spoštovanja nekaterih pogojev.

39. Ti pogoji pa niso popolnoma enotni.

40. Tako je Sodišče na eni strani v zvezi z določitvijo koeficientov za ponderiranje podmeril za oddajo s strani naročnika po oddaji ponudb pojasnilo, kot je pravilno ugotovilo predložitveno sodišče, da je ta naknadna določitev zakonita, če se upoštevajo trije pogoji, in sicer če tak pristop:

— ne spreminja meril za oddajo javnega naročila, ki so določena v razpisni dokumentaciji ali v obvestilu o naročilu;

— ne vsebuje elementov, ki bi, če bi bili znani ob pripravi ponudb, lahko vplivali na to pripravo;

— ni bil sprejet ob upoštevanju elementov, ki bi lahko diskriminatorno učinkovali na enega od ponudnikov [11].

41. Če eden izmed teh pogojev ni izpolnjen, je mogoče iz navedene sodne prakse sklepati, da je zaradi določitve ponderja za podmerila po objavi razpisa za oddajo javnega naročila ali specifikacij postopek oddaje naročila nezakonit. Povedano drugače, naročnik bi moral predhodno določiti ponderje za podmerila, povezana z merili za oddajo naročila, in zagotoviti, da se ti ponderji ponudnikom sporočijo v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah.

42. Na drugi strani je Sodišče glede svobode komisije za ocenjevanje ponudb, da organizira analizo in preučitev prejetih ponudb, v točki 35 sodbe Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) pojasnilo, da taka svoboda naročnika ne sme pripeljati do tega, da „spremeni merila za oddajo naročila, določena v specifikacijah ali razpisu za oddajo javnega naročila“.

8 — Glej sodbe ATI EAC e Viaggi di Maio in drugi (C-331/04, EU:C:2005:718, točka 32), Lianakis in drugi (C-532/06, EU:C:2008:40, točka 43) in Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, točki 32 in 33).

9 — V obravnavani zadevi gre za razlago člena 97 Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 z dne 25. junija 2002 o finančni uredbi, ki se uporablja za splošni proračun Evropskih skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 4, str. 74) in člena 138 Uredbe Komisije (ES, Euratom) št. 2342/2002 z dne 23. decembra 2002 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe št. 1605/2002 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 4, str. 145).

10 — Glej v istem pravnem kontekstu sodbo bpost/Komisija (T-514/09, EU:T:2011:689, točka 86).

11 — Glej sodbe ATI EAC e Viaggi di Maio in drugi (C-331/04, EU:C:2005:718, točka 32), Lianakis in drugi (C-532/06, EU:C:2008:40, točka 43) in Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, točka 33).

43. S tem, ko Sodišče omenja le upoštevanje enega (prvega) izmed treh pogojev, naštetih v točki 40 teh sklepnih predlogov, se zdi, da želi dati naročniku širšo diskrecijsko pravico, ko ta naknadno določa metodo analize ali ocenjevanja ponudb, kot pa ko določa koeficiente za ponderiranje podmeril, vezana na merila za oddajo, s katerimi so bili ponudniki predhodno seznanjeni.

44. Če bi bilo treba v zadevi v glavni stvari strogo uporabiti pojasnilo, navedeno v točki 35 sodbe Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), noben element, ki ga je v tej fazi navedlo predložitveno sodišče, ne bi dal misliti, da je lahko metoda ocenjevanja, ki jo je komisija za ocenjevanje ponudb sprejela za presojo merila „kakovost“, spremenila to merilo in *a fortiori* spremenila drugo merilo za oddajo, s katerima so bili ponudniki predhodno seznanjeni v specifikacijah.

45. Vendar dvomim, da je namen tega pojasnila, ki ga je Sodišče navedlo v točki 35 sodbe Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), in sicer v obliki *obiter dictum*, postaviti to kot edino omejitev svobodi naročnika, da določi metodo ocenjevanja prejetih ponudb. Težko si je namreč predstavljati, z izjemo morebitnih posebej hudih napak, kako bi lahko taka metoda ocenjevanja spremenila sama merila za oddajo javnega naročila in kako bi neizbrani ponudnik lahko predložil dokaz o takem učinku na merila za oddajo, pa čeprav le s sklopom indicev.

46. Predvsem zato se toliko bolj strinjam s tezo zainteresiranih strank, ki so zlasti na obravnavi trdile, da ni mogoče izključiti, da metoda ocenjevanja lahko učinkuje ne toliko na sama merila za oddajo kot na ponderiranje teh meril ter tako lahko vsebuje elemente, ki bi lahko vplivali na pripravo ponudb, če bi bili ponudniki predhodno seznanjeni s to metodo, v smislu drugega pogoja, določenega v sodni praksi Sodišča in povzetega v točki 40 teh sklepnih predlogov. V tem primeru bi bila naknadna določitev take metode ocenjevanja ponudb s strani naročnika nezakonita in bi zato morala biti predhodno objavljena v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah.

47. Zato se v bistvu strinjam z utemeljitvijo, ki jo je predstavila predvsem Komisija, da je zakonitost metode ocenjevanja ponudb, ki jo naknadno določi naročnik, odvisna od izpolnjevanja treh pogojev, določenih v sodni praksi Sodišča, ki so povzeti v točki 40 zgoraj. Torej bi bilo dovolj, da predložitveno sodišče preveri, ali so v zadevi v glavni stvari ti pogoji spoštovani.

48. Vseeno se mi zdi, da ta zadeva Sodišču ponuja priložnost, da izpopolni navedeno sodno prakso, zlasti v zvezi z obsegom prvega pogoja.

49. Kot sem že poudaril, morajo biti od začetka veljavnosti člena 53(2) Direktive 2004/18 tako merila za oddajo kot njihovi relativni ponderji (ali če to ni mogoče, njihova prednostna razvrstitev) ustrezno objavljeni v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah.

50. Naknadna sprememba enih ali drugih ne glede na način, kako je do te spremembe prišlo, mora biti zato po mojem mnenju sankcionirana enako.

51. Tako kot ni upravičeno sprejeti, da lahko metoda ocenjevanja ponudb *a posteriori* spremeni merila za oddajo, s katerimi so bili ponudniki predhodno seznanjeni, tudi ni sprejemljivo dopustiti, da taka metoda spremeni ponderiranje teh istih meril. Če je to posledica naknadne določitve metode ocenjevanja ponudb, bi morala biti ta predhodno sporočena ponudnikom, sporni postopek oddaje naročila pa je nezakonit.

52. Zato predlagam, da se prvi pogoj, naveden v točki 40 teh sklepnih predlogov, ki izhaja iz sodne prakse Sodišča v zvezi s pravno ureditvijo postopkov za oddajo javnih naročil, ki je veljala pred sprejetjem Direktive 2004/18, oblikuje tako, da vključuje tudi ponderiranje meril za oddajo, da bi se upošteval razvoj te ureditve po začetku veljavnosti člena 53(2) Direktive 2004/18.

53. Predložitveno sodišče bo zato moralo v zadevi v glavni stvari preučiti, ali je metoda ocenjevanja ponudb glede na merilo „kakovost“, navedeno v specifikacijah spornega naročila, naknadno spremenila ponderiranje meril za oddajo navedenega naročila, in če je tako, bi torej morali biti potencialni ponudniki z njo seznanjeni v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah.

54. Zdi se mi, da je glede na okoliščine in elemente, ki jih je sporočilo predložitveno sodišče, lahko bilo tako.

55. Ker je bila namreč trem od štirih ponudb, med drugim ponudbi družbe Dimarso, dodeljena ocena „visoka“, kar zadeva izpolnjevanje merila „kakovost“, brez dodelitev točk, na podlagi katerih bi bilo mogoče razlikovati in razvrstiti ponudbe glede na njihove odlike, je bilo torej merilo „cena“ odločilno za oddajo spornega naročila, kar so na obravnavi priznale vse zainteresirane stranke. Ker je metoda, ki jo je izbrala komisija za ocenjevanje ponudb, privedla do tega, da se je izravnala presoja merila „kakovost“ v korist merila „cena“, se torej zdi, da je imelo to zadnje merilo večjo relativno težo pri izbiri ponudnika, ki mu je bilo naročilo oddano, kot je lahko razumno dajal misliti ponder 50 %, napovedan v specifikacijah. Zato je verjetno, da če bi bili ponudniki predhodno seznanjeni z izbiro te metode ocenjevanja ponudb, kar zadeva izpolnjevanje merila „kakovost“, bi se bolj posvetili ceni svojih storitev.

56. Za konkretnejšo ponazoritev navedenega si predstavljajmo, da je bila med prejetimi ponudbami ena z vidika kakovosti veliko boljša od drugih treh, vključno s tistimi, ki so dobile oceno „visoka“. Povedano drugače, ena izmed teh ponudb bi lahko bila pri presoji merila „kakovost“ razvrščena kot „odlična“. Cena, ki jo je predlagal ta ponudnik, bi tako odražala odlično kakovost storitev, ki jih je ponudil, in bi zato verjetno bila višja od cen, ki so jih ponudili drugi ponudniki. Vendar ker ocena „odlična“ ni bila zajeta v lestvici („nizka – zadostna – visoka“), ki jo je izbrala komisija za ocenjevanje ponudb, bi ta odlična ponudba nujno morala dobiti vsaj oceno „visoka“ za merilo „kakovost“. Ker je bila cena, ki jo je predlagal ponudnik, ki je oddal to ponudbo, višja od cene drugih, četudi eventualno za nekaj deset ali sto evrov, je bilo treba to ponudbo zavrniti.

57. Ne nazadnje bi v tem primeru, ki ni nujno primer družbe Dimarso, vendar bi prav tako lahko bil, naročnik eventualno ostal brez ponudbe, ki zagotavlja največjo vrednosti za uporabljena javna sredstva, kar je v nasprotju principom izbire ponudnikov, katerim je oddano naročilo, glede na ekonomsko najugodnejšo ponudbo [12].

58. Metoda ocenjevanja, ki jo naknadno izbere naročnik, lahko tako po mojem mnenju spremeni ponderiranje meril za oddajo, ker daje prednost teži enega merila pred drugim, medtem ko so informacije, ki so jih imeli ponudniki ob oddaji ponudb, dajale jasno vedeti, da je treba ta merila ocenjevati po istem relativnem ponderju, in sicer po 50 % vsako.

59. Posledično menim, da če lahko metoda ocenjevanja, sprejeta po oddaji ponudb, pripelje do takega rezultata, bi morali biti ponudniki z njo seznanjeni, ko je naročnik objavil razpis za oddajo javnega naročila ali sporočil specifikacije.

60. V vsakem primeru, tudi če bi Sodišče menilo, da prvega pogoja iz sodne prakse, ki je naveden v točki 40 teh sklepnih predlogov, ni treba razširiti na ponderje za merila za oddajo, je po mojem mnenju verjetno, da če bi potencialni ponudniki vnaprej poznali metodo ocenjevanja ponudb glede na merilo „kakovost“, ki jo je določil naročnik, bi ta lahko vplivala na pripravo njihovih ponudb v smislu drugega pogoja, navedenega v točki 40 teh sklepnih predlogov.

12 — Sodišče je v sodbi Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, točka 29) v bistvu opozorilo, da oddaja naročila glede na ekonomsko najugodnejšo ponudbo, ki naročnika spodbuja, da najde najboljše razmerje med kakovostjo in ceno, krepi težo, ki jo ima kakovost v okviru meril za oddajo javnih naročil.

61. Kot sem že navedel, če bi ponudniki pred oddajo ponudb razumeli, da bo lahko drugo merilo za oddajo, in sicer merilo „cena“, odločilno – kot so na obravnavi priznale vse zainteresirane stranke – pri izbiri ekonomsko najugodnejše ponudbe, bi bile namreč njihove ponudbe gotovo pripravljene drugače, da bi bolj ustrezale tej usmeritvi naročnika.

62. Na splošno se res zdi, da taka omejitev svobode naročnika pri določitvi metode ocenjevanja po oddaji ponudb tega v končni fazi sili, da v vseh primerih zelo zgodaj opredeli metodo ali metode ocenjevanja, kar zadeva merila za oddajo, ki jih namerava izbrati, da se preventivno prepriča, da ne bodo vplivale na pripravo ponudb potencialnih ponudnikov, saj bo v nasprotnem primeru moral iz tega sklepati, da morajo biti te metode objavljene v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah.

63. Posledično se zdi, da ta zahteva v končni fazi naročnika (ki bo moral zagotoviti največjo pravno varnost v postopku za oddajo naročil in se zavarovati pred tožbami za razveljavitev tega postopka) sili, da čim prej določi metodo ali metode ocenjevanja ponudb glede na merila za oddajo. Zato bi lahko navedli, da če je tako, noben nujni razlog ne utemeljuje, da naročnik zavrne seznanitev potencialnih ponudnikov z zadevnimi metodami ocenjevanja, ki jih bo v vsakem primeru moral določiti že pred javnim razpisom.

64. Zdi se, da taka usmeritev v praksi obrača teoretično pravilo „načelo-izjema“, ki izhaja iz uporabe sodne prakse Sodišča, v skladu s katerim naročnik načeloma ni zavezan, da potencialne ponudnike predhodno seznani z metodo ocenjevanja ponudb, razen če ta metoda vsebuje elemente, ki bi lahko vplivali na pripravo ponudb, če bi bili znani vnaprej.

65. Vseeno se mi zdi, da je to tveganje večinoma mogoče odvrniti, če se naročniki odločijo, da ne objavijo le merila za oddajo in njihovega relativnega ponderja, kot se zahteva v Direktivi 2004/18, ampak tudi podmerila, ki so povezana s temi merili, in relativne ponderje za ta podmerila, kot močno spodbuja sodna praksa Sodišča.

66. Povedano drugače, čim več jasnih, razumljivih in podrobnih informacij bodo imeli ponudniki v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah o vseh teh elementih, tem manjše bo po mojem mnenju tveganje, da lahko metoda analize ponudb, ki jo izbere komisija za ocenjevanje ponudb, spremeni merila ali podmerila za oddajo in njihovo ponderiranje ali vzpostavi neenako obravnavanje ponudnikov. Preprečevanje tega tveganja je po mojem mnenju del „aktivne vloge“, ki je z Direktivo 2004/18, kot jo razlaga Sodišče, dodeljena naročnikom pri izvajanju bistvenih načel, ki urejata oddajo javnih naročil, ki sta spoštovanje preglednosti postopka in enako obravnavanje ponudnikov. [13]

67. V takem primeru bodo tudi vsi ponudniki lahko vnaprej poznali relativno težo vseh elementov, ki jih bo upošteval naročnik, s čimer je na splošno mogoče izključiti, da bi lahko natančno določena metoda analize ponudb, ki jo izbere ponudnik, vsebovala elemente, ki bi lahko, če bi jih ponudniki poznali ob pripravi ponudb, vplivali na to pripravo.

68. Nasprotno pa je tveganje, da bi metoda ocenjevanja vsebovala elemente, ki bi lahko vplivali na pripravo ponudb ponudnikov, če bi bili ti z njimi seznanjeni v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah, bistveno večje, kadar so merila za oddajo, kot v postopku v glavni stvari, v specifikacijah ponderirana enako, medtem ko morebitna podmerila, našteta v teh specifikacijah, niso ponderirana, metoda ocenjevanja, sprejeta po oddaji ponudb, za presojo izpolnjevanja enega izmed dveh meril za oddajo, pa je posebej splošna in ne omogoča dovolj natančnega razlikovanja kakovosti oddanih ponudb.

13 — Glej v tem smislu v drugačnem kontekstu sodbo eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točka 42).

69. Res je, da se zdi drugi pogoj, naveden v točki 40 teh sklepnih predlogov, posebej upogljiv ali preprosto izpolnjiv, ker se zdi vedno mogoče trditi, da bi *lahko* vsak element, ki ga upošteva naročnik, vplival ali učinkoval na pripravo ponudb, če bi bili ponudniki z njim predhodno seznanjeni.

70. Mogoče je zato Sodišče, ki se je zavedalo te upogljivosti, v sodbi Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697, točka 48) tak vpliv na pripravo ponudb pogojevalo z njegovo „bistveno“ naravo, zaradi česar je lahko delno zavrnilo tožbo zaradi neizpolnitve obveznosti, ki jo je vložila Komisija.

71. Čeprav se Sodišče v točki 48 sodbe Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697) sklicuje na svojo prejšnjo sodno prakso, pri čemer izrecno omenja točko 32 sodbe ATI EAC e Viaggi di Maio in drugi (C-331/04, EU:C:2005:718), ta sodba nič bolj kot druge že navedene poznejše sodbe ne vsebuje pojasnila, da mora biti vpliv na pripravo ponudb „bistven“. Ob tem se mi zdi, da je razlog za merilo, ki ga je Sodišče uvedlo v točki 48 sodbe Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697), vendarle lahko okoliščina, da se za zadevno javno naročilo storitev niso v celoti uporabljale določbe Direktive 2004/18, zlasti določbe iz člena 53(2) te direktive.

72. Če je treba točki 48 sodbe Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697) resnično pripisati tak pomen, po mojem mnenju v tej zadevi ne obstaja noben poseben razlog za sprejetje merila „bistvenega“ vpliva na pripravo ponudb, navedenega v tej točki navedene sodbe, in posledično za spremembo obsega drugega pogoja iz sodne prakse Sodišča, omenjenega v točki 40 teh sklepnih predlogov.

73. Vsekakor menim, da je mogoče upogljivost, ki je značilna za ta drugi pogoj, močno omiliti z obveznostjo za neizbranega ponudnika, ki nosi dokazno breme, da v tožbi *in concreto* dokaže vsebinske in ne zgolj formalne razlike, ki bi jih njegova ponudba vsebovala, če bi bili elementi zadevne metode ocenjevanja ali sama metoda, ki je naročnik ni predhodno objavil, ustrezno objavljeni pred pripravo ponudb.

74. Preden zaključim, moram dodati, da vsi zgornji preudarki temeljijo na predpostavki, ki implicitno izhaja iz predložitvene odločbe, in sicer, da je bila metoda ocenjevanja ponudb, vezana na merilo „kakovost“, ki jo je v zadevi v glavni stvari uporabila komisija za ocenjevanje ponudb, opredeljena *po* izteku roka za oddajo ponudb, vendar *pred* njihovim odprtjem.

75. V zgoraj navedeni sodni praksi o določitvi ponderjev za podmerila, vezana na merila za oddajo, je Sodišče v bistvu presodilo, da je taka določitev *po odprtju ponudb* oziroma, odvisno od posameznega primera, prijavi interesa, v nasprotju zlasti z načelom enakega obravnavanja in obveznostjo preglednosti.[14] Sodišče je prav tako obsodilo to, da je komisija za ocenjevanje spremenila ponderirane vrednosti meril za oddajo po začetnem pregledu ponudb, v primeru, v katerem se člen 53(2) Direktive 2004/18 ni uporabljal za zadevno javno naročilo storitev, ne da bi poleg tega zahtevalo, da se dokaže diskriminatorni učinek te prakse na enega izmed ponudnikov, pri čemer je v zvezi s tem dodalo, da zadošča, da ne bi bilo mogoče izključiti, da bi lahko imela sprememba, ko je bila narejena, tak učinek[15].

76. Če bi bil naročnik seznanjen z identiteto ponudnikov in vsebino ponudb, ko bi spremenil ponderje za merila za oddajo in/ali podmerila, bi obstajalo resnično tveganje, da se ustvari vtis, da je namen te spremembe dati prednost enemu izmed ponudnikov in torej kršiti njihovo enako obravnavanje.

77. V takem položaju se tako izvedena sprememba izkaže za povsem nezakonito, zlasti zaradi domneve dajanja prednosti. Očitno se zdi, da bi moralo biti dejansko uporabljeno ponderiranje, ki je povzročilo nezakonitost postopka za oddajo javnega naročila, ponudnikom predstavljeno v razpisni dokumentaciji. Vendar taka ugotovitev ni nujna za rešitev spora.

14 — Glej zlasti sodbo Lianakis in drugi (C-532/06, EU:C:2008:40, točka 44).

15 — Sodba Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697, točke od 57 do 63).

78. Belgijska vlada je v stališčih omenila, da obstajajo primeri, ne da bi sicer pojasnila njihovo naravo, v katerih bi bilo metodo ocenjevanja ponudb mogoče določiti šele po njihovem odprtju. Ta vlada zato v bistvu trdi, da se sodna praksa Sodišča, ki obsoja naknadno določitev ponderjev za merila za oddajo in podmerila, vezana na merila za oddajo, *po* odprtju ponudb, ne bi smela razširiti na primer, ko komisija za ocenjevanje ponudb metodo ocenjevanja sprejme po navedenem odprtju.

79. Vprašanje, ki ga je postavilo predložitveno sodišče, se ne nanaša strogo na ta primer.

80. Vendar elementi, ki jih je navedlo predložitveno sodišče, ne omogočajo popolne zavrnitve predpostavke, da je bila metoda ocenjevanja, ki je obravnavana v zadevi v glavni stvari, sprejeta po odprtju ponudb.

81. Če pa je ta predpostavka podana, se po mojem mnenju postavlja dodatno vprašanje, ali mora predložitveno sodišče vedno nujno preveriti izpolnjevanje treh pogojev, določenih v sodni praksi, ki so navedeni v točki 40 teh sklepnih predlogov, da bi lahko sklenilo, da bi naročnik ponudnike moral seznaniti s to metodo ocenjevanja ponudb, ali pa bi lahko zgolj ugotovilo, da taka praksa nekako pomeni domnevo dajanja prednosti enemu ali več ponudnikov, kar povzroči nezakonitost postopka za oddajo naročila.

82. Ne da bi se na splošno opredelil do primerov, ki jih je belgijska vlada omenila, ni pa jih pojasnila, dvomim, da bi bilo v zadevi v glavni stvari metodo ocenjevanja merila „kakovost“ glede na njeno zelo osnovno in posebej splošno, celo nenatančno naravo mogoče določiti šele po odprtju oddanih ponudb.

83. Ne vidim namreč nobene ovire, zlasti tehnične ali finančne, za to, da naročnik bodisi ponudnike seznani z metodo ocenjevanja, pri čemer navede le, da bo „kakovost“ ponudb ocenjena glede na razvrstitveno lestvico treh ocen „nizka – zadostna – visoka“, bodisi sprejme to metodo najpozneje pred odprtjem ponudb, ob spoštovanju pogojev, ki sem jih že preučil, to je zlasti brez spreminjanja meril za oddajo naročila ali njihovega ponderiranja.

84. Zato menim, da če je bila metoda ocenjevanja, ki je sporna v zadevi v glavni stvari, sprejeta po odprtju ponudb, kar mora preveriti predložitveno sodišče, bi bilo treba domnevati, da je bila določena ob upoštevanju elementov, ki imajo lahko diskriminatoren učinek za enega ali več neizbranih ponudnikov, to domnevo pa bi moral eventualno ovreči naročnik.

## III – Predlog

85. Glede na vse zgoraj navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje, ki ga je postavilo Raad van State van België (državni svet Belgije), odgovori:

Člen 53(2) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev, kakor je bila spremenjena z Uredbo Komisije (EU) št. 1251/2011 z dne 30. novembra 2011, je treba glede na načelo enakega obravnavanja in obveznost preglednosti razlagati tako, da naročnik ni zavezan, da potencialne ponudnike v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah seznani z metodo ocenjevanja ponudb za presojo stopnje izpolnjevanja meril za oddajo, ki so bila predhodno objavljena v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah, pod pogojem, da taka metoda, sprejeta po izteku roka za oddajo ponudb, vendar pred njihovim odprtjem, (a) ne spremeni meril za oddajo naročila in relativnih ponderjev za ta merila, kot so bili navedeni v razpisu za oddajo javnega naročila ali specifikacijah, (b) ne vsebuje elementov, ki bi lahko, če bi jih ponudniki poznali ob pripravi ponudb, vplivali na to pripravo, in (c) ni bila sprejeta ob upoštevanju elementov, ki imajo lahko diskriminatoren učinek za enega izmed ponudnikov. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali so v zadevi v glavni stvari ti pogoji izpolnjeni.