Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 10 mars 2016 *

Mål C-6/15

TNS Dimarso NV
mot
Vlaams Gewest

(begäran om förhandsavgörande från Raad van State van België (Belgiens högsta förvaltningsdomstol))

”Begäran om förhandsavgörande — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 53 — Kriterier för tilldelning av kontrakt — Anbudsgivare — Likabehandling — Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet — Utvärdering av anbud”

I – Inledning

1. Med sin begäran om förhandsavgörande vill Raad van State van België (Belgien) i huvudsak få klarhet i huruvida artikel 53.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (nedan kallat direktiv 2004/18) **, tolkad i ljuset av principerna om likabehandling och öppenhet, innebär att en upphandlande myndighet alltid, förutom i vissa undantagsfall, är skyldig att i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget i förväg ange den utvärderingsmetod eller de bestämmelser om viktning som kommer att användas för att bedöma anbudsgivarnas anbud.

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål mellan företaget TNS Dimarso NV (nedan kallat Dimarso) och Vlaams Gewest (regionen Flandern, närmare bestämt den flamländska myndigheten för bostadsfrågor, nedan kallad bostadsmyndigheten) rörande huruvida den metod för att utvärdera anbudsgivares anbud som bostadsmyndigheten använt vid en offentlig upphandling av tjänster är rättsenlig.

3. I korthet framgår det av begäran om förhandsavgörande att bostadsmyndigheten genom en inbjudan att lämna anbud som offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 31 januari 2012 utlyste en upphandling av tjänster i syfte att utföra en omfattande undersökning om boende och bostadskonsumenter i Flandern. Värdet på kontraktet beräknades uppgå till 1 400 000 euro, inklusive mervärdesskatt.

4. Den tillämpliga specifikationsplanen innehåller följande två tilldelningskriterier:

”1 Anbudets kvalitet (50/100)

* Originalspråk: franska.

** EUT L 134, 2004, s. 114. Direktivet i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1251/2011 av den 30 november 2011 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 319. s. 43) (nedan kallat direktiv 2004/18).

Kvalitet avseende utformning, organisation och genomförande av arbetet på området, kodningen och den första behandlingen av uppgifter. De föreslagna tjänsterna ska beskrivas så detaljerat som möjligt. Av anbudet ska tydligt framgå att anbudsgivaren har förmåga att fullgöra hela kontraktet (minst 7 000 stickprovsenheter/högst 10 000 stickprovsenheter) inom den fastställda tolvmånadersfristen.

2 Pris (50/100)

Kostnaden för genomförandet av uppdraget avseende det grundläggande stickprovet (7 000 stickprovsenheter) och kostnaden per grupp om 500 extra tillhandahållna adresser (alla belopp inklusive mervärdesskatt)".

5. Fyra anbudsgivare lämnade in anbud som, enligt utvärderingskommitténs rapport om kvaliteten på urvalet, uppfyllde minimikraven i fråga om teknisk kompetens. Metoden för att utvärdera anbuden beskrevs på följande sätt i utvärderingskommitténs rapport om tilldelning av den 23 mars 2012:

"Kommittén övergick därefter till utvärderingen av anbuden.

De fyra anbuden utvärderades och jämfördes med varandra utifrån ovannämnda kriterier. Först granskades och utvärderades anbuden utifrån kriteriet 'kvalitet'. Varje anbud gavs enhälligt ett visst betyg (högt – godkänt – lågt). Därefter tillämpades kriteriet 'pris'.

På grundval av dessa båda betyg uppställdes en slutgiltig rangordning."

6. Det framgår av rapporten om tilldelning att vad gäller det första kriteriet, det vill säga anbudens kvalitet, fick Dimarso och två andra anbudsgivare betyget "högt" och den fjärde anbudsgivaren betyget "lågt". Vad gäller det andra kriteriet, det vill säga priset, lämnade den fjärde anbudsgivaren det lägsta anbudet, medan Dimarso lämnade det högsta anbudet.

7. Den 11 april 2012 tilldelades kontraktet slutligen en av de anbudsgivare som hade fått betyget "högt" och vars pris låg lägre än Dimarsos pris.

8. Till stöd för sitt överklagande av beslutet om tilldelning av kontraktet har Dimarso vid den hänskjutande domstolen gjort gällande att utvärderingskommittén, vad gäller kriteriet "anbudets kvalitet", förefaller ha bedömt anbuden med hjälp av den i förfrågningsunderlaget ej angivna skalan "högt – godkänt – lågt", medan det enligt Dimarso av förfrågningsunderlaget följde att ett resultat på 0–50 poäng skulle ha tilldelats varje anbud. Vad gäller kriteriet "pris" har bedömningskommittén inte gjort någon vederbörlig undersökning, jämförelse och slutlig bedömning av anbuden med användning av tilldelningskriterierna i förfrågningsunderlaget, inklusive den i förfrågningsunderlaget preciserade viktningen "50/100" för vart och ett av tilldelningskriterierna.

9. Den hänskjutande domstolen fann för det första att Dimarsos talan inte kunde bifallas på den första delgrunden, på grund av att angivelsen "50/100" i förfrågningsunderlaget kan uppfattas så, att syftet endast var att därmed ange att vart och ett av de båda kriterierna ska betraktas som likvärdigt och att vart och ett av dem således ska vara till hälften avgörande för rangordningen.

10. Den hänskjutande domstolen konstaterade vidare att det såväl i skäl 46 som i artikel 53.2 i direktiv 2004/18 enbart är fråga om "kriterier" och deras "inbördes viktning", och att utvärderingsmetoden och reglerna för hur viktningen ska gå till inte uttryckligen anges. Den hänskjutande domstolen har framhållit att utvärderingsmetoden inte är neutral utan tvärtom kan vara avgörande för bedömningen av anbuden enligt tilldelningskriterierna. Som exempel gav den hänskjutande domstolen tilldelningskriteriet "pris", inom vars ram den upphandlande myndigheten bland annat kan välja att tillämpa proportionalitetsregeln för att ge maximal poäng till det lägsta anbudet eller noll poäng till det högsta anbudet och tillämpa en linjär interpolation av de mellanliggande anbuden, eller maximalt gynna anbudet med medianpriset.

11. Den hänskjutande domstolen har slutligen framhållit att varken domen Lianakis m.fl. (C-532/06, EU:C:2008:40, punkterna 38, 44 och 45), som avsåg tolkningen av artikel 36.2 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster***, en bestämmelse som i huvudsak har samma innehåll som artikel 53.2 i direktiv 2004/18, eller domen Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), ger något svar, eller åtminstone inte något entydigt svar, på den fråga som uppkommit i det nationella målet, nämligen huruvida utvärderingsmetoden, det vill säga den konkreta metod som den upphandlande myndigheten kommer att använda för att betygsätta anbuden, i likhet med tilldelningskriterierna, undertilldelningskriterierna och ”viktningskoefficienterna” i förväg ska meddelas anbudsgivarna.

12. Mot denna bakgrund beslutade Raad van State van België (Belgiens högsta förvaltningsdomstol) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artikel 53.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18 … , som sådan och jämförd med de europarättsliga principerna om likhet och öppenhet vid offentlig upphandling, tolkas så att den upphandlande myndigheten, om avtalet tilldelas den anbudsgivare som lämnat det från den upphandlande myndighetens perspektiv sett ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, alltid är skyldig att se till att den bedömningsmetod eller de bestämmelser om viktning – oavsett deras förutsebarhet, bruklighet eller räckvidd – som kommer att användas när anbuden bedöms enligt tilldelningskriterierna eller undertilldelningskriterierna, fastställs i förväg och anges i förfrågningsunderlaget eller meddelandet om upphandling,

och

såvida det inte föreligger någon sådan allmän skyldighet, finns det då vissa fall, som har att göra med exempelvis räckvidd, bristande förutsebarhet eller bristande bruklighet, i vilka en sådan skyldighet gäller?”

13. Dimarso, den belgiska och den italienska regeringen samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Samma parter yttrade sig även muntligen vid förhandlingen den 13 januari 2016, med undantag av den italienska regeringen som inte var företrädd vid förhandlingen.

II – Bedömning

14. Genom den fråga som ställts till domstolen i förevarande mål har domstolen uppmanats att precisera räckvidden för artikel 53.2 i direktiv 2004/18. Domstolen har närmare bestämt ombetts att avgöra huruvida denna bestämmelse, tolkad i ljuset av principerna om likabehandling och öppenhet, innebär att den upphandlande myndigheten vid tilldelning av ett tjänstekontrakt till den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är skyldig att i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling underrätta anbudsgivarna om vilken utvärderingsmetod eller vilka bestämmelser om viktning som kommer att användas för att bedöma deras anbud.

15. Till att börja med ska det påpekas att det är utrett att det tjänstekontrakt som är i fråga i det nationella målet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 och framför allt att artikel 53 i direktivet kan tillämpas fullt ut.

16. Enligt artikel 20 i direktiv 2004/18 ska å ena sidan tjänstekontrakt förtecknade i bilaga II A, bland vilka det i kategori 10 anges kontrakt som avser ”Marknads och opinionsundersökningar”, tilldelas enligt artiklarna 23–55 i detta direktiv. Å andra sidan överstiger de tjänstekontrakt som avses i det nationella målet klart det tröskelvärde på 200 000 euro som anges i artikel 7 b i direktiv 2004/18, som var tillämplig när bostadsmyndigheten offentliggjorde meddelandet om upphandling.

*** EGT L 209, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

17. Enligt artikel 53 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Tilldelningsgrunder”, tilldelas offentliga kontrakt antingen på grundval av det anbud som har ”det lägsta priset” eller ”det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga”, det vill säga, vilket anges i skäl 46 tredje stycket i samma direktiv och som domstolen har erinrat om, det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel ”har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris” [****].

18. I det sistnämnda fallet, som motsvarar den typ av tjänst som är i fråga i det nationella målet, anges i artikel 53.1 a i direktiv 2004/18 en icke uttömmande förteckning över kriterier kopplade till syftet med det aktuella offentliga kontraktet som den upphandlande myndigheten har rätt att ta hänsyn till. [*****] Bland dessa kriterier finns kvalitet och pris, som enligt förfrågningsunderlaget i det nationella målet var de enda två kriterier som bostadsmyndigheten tog hänsyn till vid tilldelningen av det kontrakt som tvisten i det nationella målet avser.

19. Enligt artikel 53.2 första stycket i direktiv 2004/18 ska den upphandlande myndigheten vid tilldelningen av ett kontrakt för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget alltid ange ”hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av [detta] anbud”. Enligt andra stycket i samma punkt får kriterieviktningen anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om, enligt den upphandlande myndighetens åsikt, viktning inte är möjlig av påvisbara skäl ska, enligt tredje stycket i samma bestämmelse, den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

20. Det ska redan nu påpekas att skyldigheten enligt artikel 53.2 i direktiv 2004/18 att ange både tilldelningskriterierna och, sedan antagandet av nämnda direktiv, den inbördes viktningen för vart och ett av dessa kriterier vid offentliggörandet av meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget, utom när det vederbörligen är styrkt att detta inte är möjligt, uppfyller kravet på garantier för att principen om likabehandling och det krav på öppenhet som följer av denna respekteras. [******]

21. Vad gäller offentliggörandet av viktningen av tilldelningskriterierna ska det understrykas att artikel 53.2 i direktiv 2004/18 innebär en klar utveckling jämfört med de bestämmelser som tidigare tillämpades vid upphandling av offentliga tjänster.

22. I de bestämmelser som gällde innan den aktuella rättsakten antogs, det vill säga artikel 36.2 i rådets direktiv 92/50, angavs nämligen endast att de upphandlande myndigheterna var skyldiga att i [förfrågningsunderlaget] eller i meddelandet om upphandling ange vilka kriterier de avsåg att tillämpa, ”om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först”.

23. Efter antagandet av direktiv 2004/18 är de upphandlande myndigheterna däremot skyldiga att i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget ange hur de olika tilldelningskriterierna ska viktas. Det är endast om viktning av påvisbara skäl inte är möjlig som de upphandlande myndigheterna får ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Även detta ska dock offentliggöras i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

[****] Se dom Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punkt 29).

[*****] Domstolen har regelbundet påpekat att uppräkningen av dessa kriterier inte är uttömmande: se, nyligen, dom eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 61) och dom Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punkt 30).

[******] Se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697, punkt 43). Jag erinrar, för säkerhets skull, om att enligt fast praxis innebär principen om likabehandling av anbudsgivare, som syftar till att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan de företag som deltar i en offentlig upphandling, att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och således att samma anbudsvillkor ska gälla för alla anbudsgivare (se, för ett liknande resonemang, särskilt dom Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44) och dom eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 33)). Domstolen har dessutom konstaterat att syftet med kravet på öppenhet dessutom är att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida (se, för ett liknande resonemang, dom Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44) och dom eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 34)).

24. Som jag kommer att komma tillbaka till längre fram har denna utveckling en viss betydelse för avgörandet av det nationella målet.

25. I detta skede av bedömningen bör det konstateras att det i det nationella målet är utrett att det i förfrågningsunderlaget anges en viktning på ”50/100” för vart och ett av de två kriterier som den upphandlande myndigheten använder. Den hänskjutande domstolen har funnit att det är rimligt att tolka denna angivelse så, att båda kriterierna ska betraktas som likvärdiga och att vart och ett av dem således ska vara till hälften avgörande för rangordningen av anbuden.

26. Det ska påpekas att denna bedömning är slutgiltig. Det framgår nämligen otvetydigt av begäran om förhandsavgörande, vilket Dimarso har bekräftat vid förhandlingen inför domstolen, att den hänskjutande domstolen fann att Dimarsos talan inte kunde bifallas på den första delgrunden, enligt vilken, i huvudsak, angivelsen 50/100 skulle ha tolkats som att kriteriet ”kvalitet” skulle ha bedömts genom att varje anbud hade poängsatts på en skala mellan 0 och 50. Den hänskjutande domstolen har således, i huvudsak, vidhållit att det viktade värdet för vart och ett av de båda tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget var identiskt, nämligen 50 procent, så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare hade kunnat tolka kriterierna på samma sätt*******.

27. Det är således utrett att anbudsgivarna har underrättats om kriterierna för tilldelning av det aktuella offentliga kontraktet, liksom den inbördes viktningen av dessa kriterier, i förfrågningsunderlaget och således före tilldelningen av kontraktet, med iakttagande av i första hand artikel 53.2 i direktiv 2004/18.

28. Den hänskjutande domstolen önskar emellertid få klarhet i huruvida den sistnämnda bestämmelsen, tolkad i ljuset av principen om likabehandling och kravet på öppenhet, innebär att den upphandlande myndigheten är skyldig att i förväg underrätta anbudsgivarna, antingen systematiskt eller åtminstone i vissa fall, om vilken metod som kommer att användas för att bedöma anbuden mot bakgrund av tilldelningskriterierna, särskilt vad gäller den metod som bostadsmyndigheten i det nationella målet har använt för att bedöma i vilken utsträckning kriteriet ”kvalitet” är uppfyllt, det vill säga en ordinalskala med tre betyg (”lågt – godkänt – högt”).

29. Den fråga som den hänskjutande domstolen vill få svar på följer av Dimarsos argument om att den utvärderingsmetod som använts (”lågt – godkänt – högt”) skulle ha varit så vag att den gjorde det möjligt för den upphandlande myndigheten att nedvärdera kriteriet ”kvalitet” till förmån för kriteriet ”pris”, eftersom det i praktiken endast är med hjälp av det sistnämnda kriteriet som det har gått att skilja tre av de fyra inlämnade anbuden åt. Enligt Dimarso har kriteriet ”pris” således gynnats av en högre inbördes viktning än den viktning på 50 procent som i förväg meddelades i förfrågningsunderlaget. Dimarso har med andra ord gjort gällande att om anbudsgivarna i förväg hade underrättats om utvärderingsmetoden i samband med utskicket av förfrågningsunderlaget hade detta ofrånkomligen påverkat utformningen av anbuden.

30. Jag ställer mig långt ifrån oförstående till detta argument. Det måste dock bedömas steg för steg.

31. Som jag redan påpekat innebär artikel 53.2 i direktiv 2004/18 för det första att den upphandlande myndigheten, antingen i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, är skyldig att underrätta anbudsgivarna om vilka tilldelningskriterier som myndigheten kommer att använda sig av samt deras inbördes viktning.

******* Vad som ska förstås med en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare följer av domstolens praxis: se dom SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, punkt 42) och dom eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 54).

32. Däremot framgår det inte av lydelsen av artikel 53.2 i direktiv 2004/18 att det skulle föreligga någon allmän skyldighet för chefen för den upphandlande myndigheten att i meddelandet om upphandling eller i frågeformuläret ange vilken metod som ska användas för att utvärdera anbuden enligt tilldelningskriterierna och deras inbördes viktning, det vill säga att ange alla bestämmelser och metoder enligt vilka en upphandlande myndighet eller en avdelning vid en sådan, såsom utvärderingskommittén, tilldelar anbud en viss poängsumma eller ett visst betyg beroende på i vilken utsträckning dessa anbud uppfyller ett av kriterierna (och/eller, i förekommande fall, underkriterierna) för tilldelning av ett offentligt kontrakt.

33. Artikel 53.2 i direktiv 2004/18 innebär således inte att den metod som en utvärderingskommitté använder för att bedöma anbuden mot bakgrund av kriterierna för tilldelning av ett offentligt kontrakt och deras inbördes viktning i princip måste meddelas anbudsgivarna i förväg i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

34. Denna princip bekräftas även i domstolens praxis.

35. För det första bör det erinras om att domstolen vid ett flertal tillfällen har erkänt att en upphandlande myndighet som viktat underkriterierna för tilldelning av ett kontrakt *efter* det att anbuden har lämnats in men *innan* de har öppnats har agerat korrekt, vilket med nödvändighet innebär att den upphandlande myndigheten inte systematiskt är skyldig att se till att en sådan viktning av undertilldelningskriterier i förväg offentliggörs i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.********

36. Denna bedömning kan, på mycket goda grunder, utsträckas till antagandet av en metod för att utvärdera anbuden mot bakgrund av tilldelningskriterierna och deras inbördes viktning.

37. För det andra har domstolen i domen Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, punkt 35) – inom ramen för tillämpningen av bestämmelserna om EU-institutionernas upphandling av offentliga kontrakt*********, som i huvudsak är analog med tillämpningen av bestämmelserna i direktiv 2004/18, och i sin bedömning av vilka kriterier som den upphandlande myndigheten inte är skyldig att meddela i förväg – medgett att en utvärderingskommitté måste ha ett visst handlingsutrymme när den ska fullgöra sin uppgift och organisera sitt interna arbete för att granska och bedöma de inlämnade anbuden.**********

38. I samtliga dessa mål har domstolen emellertid angett att den upphandlande myndighetens handlingsutrymme är underställt vissa villkor.

39. Dessa villkor tycks dock inte vara helt enhetliga.

40. Vad gäller en upphandlande myndighets fastställande av viktningskoefficienter för underelement till tilldelningskriterier efter det att anbud lämnats in har, såsom den hänskjutande domstolen mycket riktigt har påpekat, domstolen således konstaterat att ett sådant fastställande i efterhand är lagligt under förutsättning att tre villkor är uppfyllda, nämligen

— att det inte medför en förändring av upphandlingskriterierna i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling,

******** Se dom ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl. (C-331/04, EU:C:2005:718, punkt 32), dom Lianakis m.fl. (C-532/06, EU:C:2008:40, punkt 43) och dom Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, punkterna 32 och 33).

********* Det rörde sig i detta fall om tolkningen av artikel 97 i **rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget** (EGT L 248, s. 1) och artikel 138 i **kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 2342/2002 av den 23 december 2002 om genomförandebestämmelser för förordning nr 1605/2002** (EGT L 357, s. 1).

********** Se även, vad gäller samma rättsliga sammanhang, dom bpost/kommissionen (T-514/09, EU:T:2011:689, punkt 86).

— att det inte innehåller omständigheter som, om dessa varit kända för anbudsgivarna när de utformade sina anbud, hade kunnat påverka denna utformning, och

— att beslutet inte har fattats med hänsyn till vissa omständigheter som kan ha en diskriminerande effekt gentemot en av anbudsgivarna**********.

41. Av ovannämnda rättspraxis följer att det räcker att ett av dessa villkor inte är uppfyllt för att fastställandet av viktningen av underkriterier efter offentliggörandet av meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget ska anses vara ett olagligt förfarande för att tilldela kontraktet. Den upphandlande myndigheten skulle med andra ord i förväg ha fastställt viktningen av underkriterierna i förhållande till kriterierna för att tilldela kontraktet och sett till att anbudsgivarna hade underrättats om denna viktning i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

42. Vad gäller en utvärderingskommittés handlingsutrymme att själv organisera sitt arbete för att bedöma och granska de inlämnade anbuden har domstolen, i punkt 35 i domen Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), preciserat att ett sådant handlingsutrymme inte ger den upphandlade myndigheten rätt att ”ändra de tilldelningskriterier som angetts i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget”.

43. Genom att enbart nämna iakttagandet av ett (det första) av de tre villkor som förtecknas i punkt 40 i förevarande förslag till avgörande, förefaller domstolen vilja ge den upphandlande myndigheten ett större utrymme för skönsmässig bedömning när den i efterhand fastställer en metod för att bedöma eller utvärdera anbuden än när den beslutar att fastställa viktningskoefficienter för underkriterierna till de tilldelningskriterier som tidigare meddelats anbudsgivarna.

44. Även om det i förevarande mål hade varit nödvändigt att strikt tillämpa den precisering som anges i punkt 35 i domen Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) finns det inget i den information som den hänskjutande domstolen i detta skede har tillhandahållit som får mig att tro att den utvärderingsmetod som utvärderingskommittén har antagit för att bedöma kriteriet ”kvalitet” hade kunnat förändra detta kriterium och, i ännu mindre grad, hade kunnat förändra det andra tilldelningskriteriet, som båda i förväg hade meddelats anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget.

45. Jag betvivlar emellertid att den precisering som domstolen har gjort i punkt 35 i domen Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), som dessutom har skett i form av ett obiter dictum, hade som syfte att införa denna enda begränsning av den upphandlande myndighetens utrymme att fastställa sin egen metod för att utvärdera de inlämnade anbuden. Med undantag av om det förekommer särskilt grova felaktigheter är det nämligen svårt att föreställa sig hur en sådan utvärderingsmetod skulle kunna ändra själva kriterierna för tilldelning av ett offentligt kontrakt och hur en anbudsgivare som inte valts, skulle kunna bevisa en sådan effekt på tilldelningskriterierna, om än med hjälp av indicier.

46. Det är framför allt därför jag i hög grad lutar åt samma uppfattning som de berörda parterna har gjort gällande, särskilt vid förhandlingen, nämligen att det inte kan uteslutas att det kan finnas utvärderingsmetoder som inte så mycket påverkar tilldelningskriterierna i sig som viktningen av dessa kriterier, och som således kan innehålla element som hade kunnat påverka utformningen av anbudet om metoden i förväg hade meddelats anbudsgivarna, i den mening som avses i det andra villkor som anges i punkt 40 i förvarande förslag till avgörande. Enligt denna uppfattning är det olagligt för en upphandlande myndighet att i efterhand fastställa en sådan metod för att utvärdera anbuden och skulle denna följaktligen ha offentliggjorts före meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget.

********** Se dom ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl. (C-331/04, EU:C:2005:718, punkt 32), dom Lianakis m.fl. (C-532/06, EU:C:2008:40, punkt 43) och dom Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, punkt 33).

47. Jag delar därför i huvudsak de argument som framför allt har framförts av kommissionen, enligt vilka lagenligheten i en anbudsutvärderingsmetod som i efterhand har fastställts av en upphandlande myndighet beror på huruvida de tre villkor är uppfyllda som följer av domstolens rättspraxis och återges i punkt 40 ovan. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida dessa villkor är uppfyllda i det nationella målet.

48. Jag anser emellertid att förevarande mål även ger domstolen en möjlighet att förfina denna rättspraxis, framför allt vad gäller det första villkoret.

49. Sedan artikel 53.2 i direktiv 2004/18 trädde i kraft måste nämligen, som jag redan påpekat, både tilldelningskriterierna och deras inbördes viktning (eller om detta inte är möjligt deras rangordning) på lämpligt sätt anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

50. Jag anser därför att en ändring i efterhand av kriterierna eller viktningen ska bestraffas, oavsett hur denna ändring görs.

51. Lika lite som det kan motiveras att låta en anbudsutvärderingsmetod i efterhand få ändra de tilldelningskriterier som i förväg meddelats anbudsgivarna kan det tolereras att en sådan metod ändrar viktningen av dessa kriterier. Om en i efterhand fastställd metod för att utvärdera anbuden ger detta resultat skulle denna metod ha meddelats anbudsgivarna i förväg och det omtvistade tilldelningsförfarandet är därför olagligt.

52. Jag föreslår därför att det första villkoret i punkt 40 i förevarande förslag till avgörande, som följer av domstolens praxis beträffande det regelverk för upphandling av offentliga kontrakt som tillämpades före antagandet av direktiv 2004/18, ska tolkas så, att det även omfattar viktningen av tilldelningskriterier, för att ta hänsyn till utvecklingen av detta regelverk till följd av ikraftträdandet av artikel 53.2 i direktiv 2004/18.

53. Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att i det nationella målet pröva huruvida metoden för att utvärdera anbuden mot bakgrund av kriteriet ”kvalitet”, som anges i förfrågningsunderlaget till det omtvistade kontraktet, i efterhand har ändrat viktningen av kriterierna för tilldelning av detta kontrakt, i vilket fall detta i så fall skulle ha meddelats potentiella anbudsgivare i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

54. Med beaktande av de omständigheter och faktorer som den hänskjutande domstolen har redogjort för misstänker jag emellertid att så har kunnat vara fallet.

55. Tre av fyra anbud, däribland Dimarsos, tilldelades ju betyget ”högt” vad gäller hur väl de uppfyllde kriteriet ”kvalitet”, utan att anbuden tilldelades en poängsumma för att särskilja och rangordna dem utifrån deras inneboende egenskaper. Kriteriet ”pris” blev därför avgörande för tilldelningen av det omtvistade kontraktet, vilket samtliga berörda parter medgav vid förhandlingen. I den mån den metod som utvärderingskommittén valde nedvärderade kriteriet ”kvalitet” till förmån för kriteriet ”pris” förefaller det sistnämnda kriteriet därför ha getts en relativt sett högre vikt vid den upphandlande myndighetens val än vad rimligen kunde ha förutsetts av den viktning på 50 procent som angavs i förfrågningsunderlaget. Om anbudsgivarna i förväg hade underrättats om valet av denna metod för att utvärdera i vilken mån anbuden uppfyllde kriteriet ”kvalitet” är det därför tänkbart att anbudsgivarna i högre utsträckning hade koncentrerat sig på priset för att tillhandahålla tjänsterna.

56. För att ta ett konkret exempel kan vi anta att det bland de anbud som lämnats in fanns ett som kvalitetsmässigt var vida överlägset de tre andra, inklusive dem som fick betyget ”högt”. I så fall skulle ett av anbuden ha kunnat klassificeras som ”utmärkt” vid bedömningen av kriteriet ”kvalitet”. Det pris som hade föreslagits av denna anbudsgivare skulle då ha speglat den utmärkta kvaliteten på de tjänster som denna anbudsgivare erbjöd sig att tillhandahålla och skulle således sannolikt ha varit högre än övriga anbudsgivares priser. Eftersom betyget ”utmärkt” emellertid inte finns med i den betygsskala

(”lågt – godkänt – högt”) som utvärderingskommittén har valt att använda, skulle detta anbud av utmärkt kvalitet på sin höjd ha fått betyget ”högt” vid bedömningen av kriteriet ”kvalitet”. Det föreslagna priset i denna anbudsgivares anbud skulle ha varit högre än de övriga anbudsgivarnas priser, kanske till och med tiotals eller hundratals euro högre, och anbudet skulle därför ha förkastats.

57. Slutligen skulle den upphandlande myndigheten i en sådan situation – vilken inte nödvändigtvis motsvarar den situation som Dimarso befinner sig i men som mycket väl skulle kunna göra det – kanske ha avstått från det anbud som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris, tvärtemot den andemening enligt vilken kontrakt ska tilldelas den anbudsgivare som har avgett det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet**********.

58. Den utvärderingsmetod som den upphandlande myndigheten i efterhand har valt kan därför, enligt min mening, ha förändrat viktningen av tilldelningskriterierna, genom att större vikt lades vid ett kriterium än vid ett annat, även om det av den information som anbudsgivarna hade tillgång till när de lämnade sina anbud tydligt framgick att dessa kriterier skulle ges samma inbördes viktning, nämligen att vart och ett av dem skulle vara till hälften avgörande för rangordningen.

59. Om en utvärderingsmetod som antas efter inlämnandet av anbuden riskerar att ge ett sådant resultat anser jag följaktligen att anbudsgivarna skulle ha underrättats om denna metod samtidigt som den upphandlande myndigheten offentliggjorde meddelandet om upphandling eller översände förfrågningsunderlaget.

60. Även om domstolen inte ansåg att det första villkoret i punkt 40 i förevarande förslag till avgörande bör utsträckas till viktningen av tilldelningskriterierna håller jag det ändå för troligt att om de potentiella anbudsgivarna i förväg hade underrättats om den upphandlande myndighetens metod för att utvärdera anbuden mot bakgrund av kriteriet ”kvalitet” hade detta kunnat påverka utformningen av deras anbud, i den mening som avses i det andra villkoret som förtecknas i punkt 40 i förevarande förslag till avgörande.

61. Om anbudsgivarna innan de lämnade sina anbud hade förstått att det andra tilldelningskriteriet, det vill säga kriteriet ”pris”, kunde bli avgörande vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket samtliga berörda parter medgav vid förhandlingen, skulle ju deras anbud, som jag redan påpekat, säkerligen ha utformats på ett annat sätt, för att bättre motsvara den upphandlande myndighetens inställning.

62. Rent generellt är det slutligen riktigt att en sådan begränsning av den upphandlande myndighetens handlingsutrymme att fastställa en utvärderingsmetod efter det att anbuden har lämnats in i samtliga fall tycks tvinga myndigheten att mycket tidigt identifiera den eller de metoder för att utvärdera tilldelningskriterier som den avser att välja, för att i förebyggande syfte garantera att dessa inte kan påverka utformningen av potentiella anbudsgivares anbud, och att slutsatsen annars blir att dessa metoder måste offentliggöras i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

63. Slutligen förefaller detta krav följaktligen ge den upphandlande myndigheten (som är angelägen om att garantera att upphandlingsförfarandet präglas av största möjliga rättssäkerhet och att skydda sig mot en talan om ogiltigförklaring av förfarandet) incitament till att så tidigt som möjligt fastställa den eller de metoder som ska användas för att utvärdera anbuden mot bakgrund av tilldelningskriterierna.

********** I domen Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punkt 29), erinrade domstolen om att tilldelningen av ett kontrakt till den anbudsgivare som har avgett det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, som sporrar den upphandlande myndigheten att fastställa det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris, är ägnat att förstärka kvalitetens betydelse vad gäller tilldelningskriterierna vid offentlig upphandling.

Om så är fallet skulle det därför kunna hävdas att det inte tycks finnas något tvingande skäl som motiverar att den upphandlande myndigheten underlåter att underrätta potentiella anbudsgivare om de aktuella utvärderingsmetoder som denne i alla händelser redan borde ha fastställt före inbjudan att lämna anbud.

64. I praktiken förefaller ett sådant synsätt kullkasta den teoretiska regeln om ”princip och undantag” som följer av tillämpningen av domstolens praxis, enligt vilken den upphandlande myndigheten i princip inte är skyldig att i förväg meddela potentiella anbudsgivare vilken metod som ska användas för att utvärdera anbuden, förutom om metoden innehåller sådana inslag som, om de hade varit kända i förväg, skulle ha kunnat påverka utformningen av anbuden.

65. Jag anser dock att den lilla risk för att så ska ske till stor del kan undvikas om de upphandlande myndigheterna väljer att inte bara offentliggöra tilldelningskriterierna och deras inbördes viktning, vilket krävs enligt direktiv 2004/18, utan även underkriterierna till dessa kriterier samt dessa underkriteriers inbördes viktning, vilket i hög grad verkar förordas i domstolens praxis.

66. I ju högre utsträckning anbudsgivarna har tillgång till tydlig, begriplig och detaljerad information om alla dessa omständigheter i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, desto mindre är med andra ord risken att den metod för att bedöma anbuden som utvärderingskommittén har valt förändrar tilldelningskriterierna eller undertilldelningskriterierna och deras viktning eller medför att anbudsgivare behandlas olika. Enligt min mening undviks denna risk genom den ”aktiva roll” som de upphandlande myndigheterna, enligt domstolens tolkning, tilldelas i direktiv 2004/18 i samband med tillämpningen av de viktiga principer som styr tilldelningen av offentliga kontrakt, nämligen ett öppet förfarande och likabehandling mellan anbudsgivare**********.

67. I ett sådant fall skulle anbudsgivarna dessutom i förväg känna till vilken relativ vikt som läggs vid alla omständigheter som den upphandlande myndigheten tar hänsyn till, vilket normalt skulle göra det möjligt att utesluta att just den metod för att bedöma anbuden som den upphandlande myndigheten har använt kan innehålla omständigheter som, om de ha hade varit kända under utformningen av anbuden, skulle ha kunnat påverka denna utformning.

68. När tilldelningskriterierna, som i det nationella målet, däremot viktas på ett likvärdigt sätt i förfrågningsunderlaget, de eventuella underkriterier som räknas upp i detta inte omfattas av en sådan viktning och den utvärderingsmetod som efter inlämnandet av anbuden har antagits för att bedöma i vilken utsträckning ett av de två tilldelningskriterierna är uppfyllt är mycket allmän, utan att det i tillräckligt hög grad går att särskilja de inlämnade anbuden utifrån deras kvalitet, är risken väsentligt högre att utvärderingsmetoden innehåller inslag som hade kunnat påverka anbudsgivarnas utformning av anbuden, om anbudsgivarna hade underrättats om dessa i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

69. Det stämmer att det andra villkor som anges i punkt 40 i förevarande förslag till avgörande verkar extra milt eller lätt att uppfylla, eftersom det alltid går att argumentera för att varje faktor som den upphandlande myndigheten tar hänsyn till hade kunnat ha ett inflytande på eller påverka utformningen av anbuden, om denna i förväg hade meddelats anbudsgivaren.

70. Det är kanske för att domstolen är medveten om att villkoren är så milda som den i sin dom kommissionen/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697, punkt 48) prövade huruvida utformningen av anbuden påverkades på ett ”avgörande” sätt, vilket gjorde det möjligt för domstolen att delvis ogilla den talan om fördragsbrott som kommissionen väckt.

********** Se, för ett liknande resonemang i ett annat sammanhang, dom eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 42).

71. Även om domstolen i punkt 48 i domen kommissionen/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697) åberopar sin tidigare praxis, och uttryckligen nämner punkt 32 i domen ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl. (C-331/04, EU:C:2005:718), innehåller denna dom, inte mer än övriga senare domar som redan citerats, inte någon precisering om att utformningen av anbuden påverkades på ett ”avgörande” sätt. Trots detta går det enligt min mening att hitta ursprunget till det kriterium som domstolen infört i punkt 48 i domen kommissionen/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697) i den omständigheten att det aktuella offentliga tjänstekontraktet inte helt och hållet omfattades av bestämmelserna i direktiv 2004/18, särskilt bestämmelserna i punkt 53.2 i det direktivet.

72. Om det är så punkt 48 i domen kommissionen/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697) ska tolkas, finns det i mina ögon i förevarande mål inte någon särskild anledning att anta det kriterium om ”avgörande” påverkan på utformningen av anbuden som anges i denna punkt i nämnda dom, och följaktligen ändra räckvidden för det andra villkor i domstolens praxis som anges i punkt 40 i förevarande förslag till avgörande.

73. I vilket fall som helst anser jag att det andra villkoret kan skärpas betydligt genom att den anbudsgivare som inte valts, och som har bevisbördan, blir skyldig att i sin talan konkret visa vilka materiella och inte enbart rent formella skillnader som dennes anbud skulle ha haft om de omständigheter i den aktuella utvärderingsmetoden eller själva metoden, som den upphandlande myndigheten har underlåtit att meddela i förväg, hade offentliggjorts på lämpligt sätt innan anbuden utformades.

74. Innan jag avslutar vill jag även lägga till att allt vad som ovan anförts bygger på det antagande som implicit framgår av begäran om förhandsavgörande, nämligen att den metod som utvärderingskommittén i det nationella målet använt sig av för att utvärdera anbuden mot bakgrund av kriteriet ”kvalitet” fastställdes *efter* fristen för att lämna in anbuden hade löpt ut men *innan* anbudskuverten öppnades.

75. I ovannämnda rättspraxis om fastställande av viktning av underkriterier till tilldelningskriterier har domstolen, i huvudsak, konstaterat att när ett sådant fastställande sker *efter öppnandet av anbudskuverten*, eller i förekommande fall kuverten med intresseanmälningar, strider detta framför allt mot principen om likabehandling och kravet på öppenhet.********** På samma sätt har domstolen kritiserat den ändring av viktningen av tilldelningskriterierna som en utvärderingskommitté gjorde efter en första granskning av anbuden, i ett fall där artikel 53.2 i direktiv 2004/18 inte var tillämplig på det aktuella offentliga tjänstekontraktet, utan att dessutom kräva bevis för att ändringen ledde till att en av anbudsgivarna diskriminerades. Domstolen har i detta avseende lagt till att det räcker att det inte kan uteslutas att ändringen, när den vidtogs, kunde få denna effekt**********.

76. Om den upphandlande myndigheten känner till anbudsgivarnas identitet och anbudens innehåll när den ändrar viktningen av tilldelningskriterierna och/eller underkriterierna riskerar detta nämligen att ge intryck av att ändringen görs för att gynna en av anbudsgivarna och således förhindra att anbudsgivarna behandlas lika.

77. I en sådan situation skulle den gjorda ändringen helt enkelt vara olaglig, bland annat för att det kan anses att en anbudsgivare favoriseras. Det förefaller uppenbart att den viktning som faktiskt gjorts, och som har gjort att upphandlingsförfarandet är olagligt, skulle ha meddelats anbudsgivarna i kontraktshandlingarna. Ett sådant konstaterande är dock inte nödvändigt för att avgöra tvisten.

********** Se, särskilt, dom Lianakis m.fl. (C-532/06, EU:C:2008:40, punkt 44).

********** Dom kommissionen/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697, punkterna 57–63).

78. I sina yttranden har den belgiska regeringen påtalat att det finns situationer, utan att dock närmare ange vad som utmärker dessa, där metoden för att utvärdera anbuden endast kan fastställas efter det att anbudskuverten har öppnats. Den belgiska regeringen har följaktligen i huvudsak gjort gällande att den rättspraxis i vilken domstolen riktar kritik mot situationer där viktningen av tilldelningskriterier och underkriterier till tilldelningskriterier fastställs *efter* öppnandet av anbudskuverten inte bör utsträckas till att även omfatta situationer där en utvärderingskommitté antar en metod för att utvärdera anbuden efter det att kuverten har öppnats.

79. Den fråga som den hänskjutande domstolen har hänskjutit för avgörande rör i strikt mening inte detta scenario.

80. På grundval av de uppgifter som den hänskjutande domstolen har tillhandahållit går det emellertid inte att helt lämna möjligheten att den omtvistade utvärderingsmetoden i det nationella målet kan ha fastställts efter det att anbudskuverten hade öppnats utan avseende.

81. Om så är fallet ger detta enligt min mening dock upphov till frågan huruvida den hänskjutande domstolen alltid är skyldig att pröva huruvida de tre villkor som följer av domstolens praxis och förtecknas i punkt 40 i förevarande förslag till avgörande är uppfyllda, så att den kan slå fast huruvida den upphandlande myndigheten borde ha meddelat anbudsgivarna denna metod för att utvärdera anbuden, eller om den kan nöja sig med att konstatera att en sådan praxis så att säga innebär en presumtion om att eller flera anbudsgivare favoriseras och att upphandlingsförfarandet därför är olagligt.

82. Utan att rent allmänt uttala mig om de situationer som den belgiska regeringen har åberopat, men inte närmare preciserat, betvivlar jag att metoden för att utvärdera kriteriet ”kvalitet” i det nationella målet, på grund av dess mycket grundläggande och synnerligt allmänna, och rent av oprecisa, karaktär, endast kunde ha fastställts efter öppnandet av de anbud som lämnats in.

83. Jag ser nämligen inget hinder, varken tekniskt eller ekonomiskt, för en upphandlande myndighet att antingen underrätta anbudsgivarna om att den kommer att använda en metod där bedömningen av anbudens ”kvalitet” begränsas till att med hjälp av en ordinalskala ange betygen ”lågt – godkänt – högt” eller att myndigheten fastställer denna metod senare, efter det att den har öppnat anbudskuverten, förutsatt att de villkor som jag redan behandlat iakttas, det vill säga framför allt utan att varken kriterierna för att tilldelas kontraktet eller deras viktning ändras.

84. Om den omtvistade utvärderingsmetoden i det nationella målet antogs efter det att anbudskuverten öppnades, vilket det ankommer det på den hänskjutande domstolen att kontrollera, anser jag således att det borde ha presumerats att metoden fastställdes med hänsyn till vissa omständigheter som kan ha en diskriminerande effekt gentemot en eller flera anbudsgivare som inte valts, en presumtion som det i förekommande fall ankom på den upphandlande myndigheten att motbevisa.

III – Förslag till avgörande

85. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den fråga som har hänskjutits av Raad van State van België på följande sätt:

Artikel 53.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1251/2011 av den 30 november 2011, tolkad i ljuset av principen om likabehandling och kravet på öppenhet, ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget underrätta potentiella anbudsgivare om vilken metod för att utvärdera anbuden som kommer att

användas för att bedöma i vilken utsträckning de tilldelningskriterier är uppfyllda som i förväg offentliggjorts i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, förutsatt att en sådan metod, som antas efter det att fristen för att lämna in anbud har löpt ut, men innan anbudskuverten har öppnats, a) inte medför en förändring av upphandlingskriterierna och deras inbördes viktning, såsom de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, b) inte innehåller omständigheter som, om dessa varit kända för anbudsgivarna när de utformade sina anbud, hade kunnat påverka denna utformning och c) inte har antagits med hänsyn till vissa omständigheter som kan ha en diskriminerande effekt gentemot en av anbudsgivarna. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida dessa villkor är uppfyllda i det nationella målet.