

Asia C-669/20**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä****Jättämispäivä:**

8.12.2020

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Varhoven administrativen sad (ylin hallintotuomioistuin, Bulgaria)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

10.11.2020

Kassaatiovalittaja:

Veridos GmbH

Kassaatiovalituksen vastapuolet:

Bulgarian tasavallan sisäministeri

Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

Pääasian kohde

Kassaatiovalitus päätöksestä, jolla tarjoajat asetettiin paremmuusjärjestykseen ja jolla päätettiin Bulgarian henkilöllisyystodistusten myöntämisyjärjestelmän suunnittelemista, kehittämistä ja hallinnointia koskevan hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnasta.

Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeusperusta

Julkisista hankinnoista [ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014] annetun [Euroopan parlamentin ja neuvoston] direktiivin 2014/24/EU (EUVL 2014, L 94, s. 65, jäljempänä direktiivi 2014/24) 56 artiklan, luettuna yhdessä direktiivin 69 artiklan kanssa, hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden tekemien [rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja koskevien] sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta puolustus- ja turvallisuusosalalla [ja direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta 13.7.2009] annetun [Euroopan parlamentin ja neuvoston] direktiivin 2009/81/EY

(EUVL 2009, L 216, s. 76, jäljempänä direktiivi 2009/81) 38 artiklan, luettuna yhdessä direktiivin 49 artiklan kanssa, ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 47 artiklan tulkinta oikeussuojan ulottuvuuden kannalta arvioitaessa sitä, onko julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekemistä koskevassa menettelyssä esitettyä tarjousta pidettävä poikkeuksellisen alhaisena.

Ennakkoratkaisukysymykset

Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin esittää seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1. Onko direktiivin 2014/24 56 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 69 artiklan kanssa, ja direktiivin 2009/81 38 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 49 artiklan kanssa, tulkittava siten, että hankintaviranomaisella ei ole tilanteessa, jossa objektiivisista syistä ei voida soveltaa kansallisessa laissa säädettyä poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen arviointikriteeriä ja jossa hankintaviranomainen ei ole valinnut muuta kriteeriä, josta se olisi ilmoittanut ennakoita, velvollisuutta tutkia, onko menettelyssä esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous?

2. Onko direktiivin 2014/24 56 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 69 artiklan kanssa, ja direktiivin 2009/81 38 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 49 artiklan kanssa, tulkittava siten, että hankintaviranomaisella on velvollisuus tutkia, onko menettelyssä esitetty poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia, ainoastaan silloin, kun jonkin tarjouksen epäillä olevan poikkeuksellisen alhainen, vai onko hankintaviranomaisen aina varmistuttava siitä, että esitetyt tarjoukset ovat varteenotettavia, ja esitettävä tätä koskevat perustelut?

3. Sovelletaanko tällaista vaatimusta hankintaviranomaiseen, kun hankintasopimuksen tekemistä koskevassa menettelyssä on esitetty vain kaksi tarjousta?

4. Onko perusoikeuskirjan 47 artiklaa tulkittava siten, että hankintaviranomaisen arvioon siitä, että asiassa ei ole syytä epäillä esitetyn poikkeuksellisen alhaista tarjousta, tai hankintaviranomaisen käsitykseen siitä, että paremmuusjärjestyksessä ensimmäisen sijan saavuttaneen tarjoajan tarjous on varteenotettava, on voitava hakea muutosta tuomioistuimessa?

5. Jos edelliseen kysymykseen vastataan myöntävästi: Onko perusoikeuskirjan 47 artiklaa tulkittava siten, että hankintaviranomaisella, joka ei ole tutkinut, onko hankintamenettelyssä esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous, on kyseisessä menettelyssä velvollisuus esittää oikeuttamisperusteet ja perustelut sille, miksi asiassa ei epäillä esitetyn poikkeuksellisen alhaista tarjousta eli miksi paremmuusjärjestyksessä ensimmäisen sijan saavuttaneen tarjouksen varteenotettavuutta ei epäillä?”

Euroopan unionin lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö

Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin viittaa seuraaviin säännöksiin: direktiivin 2014/24 90 ja 92 perustelukappaleen otteet sekä 56 artiklan 1 kohta ja 69 artiklan 1 kohta;

direktiivin 2009/81 15 ja 64 perustelukappaleen otteet sekä 38 artiklan 1 kohta ja 49 artiklan 1 kohdan ensimmäinen virke.

Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin viittaa seuraaviin ratkaisuihin:

- tuomio 29.3.2012, SAG ELV Slovensko a.s., C-599/10, EU:C:2012:191, 25 ja 27–34 kohta;
- tuomio 4.7.2017, European Dynamics Luxembourg SA, T-392/15, EU:T:2017:462, 72–75, 80, 81, 83–85 ja 87–90 kohta;
- tuomio 28.1.2016, Agriconsulting Europe SA, T-570/13, EU:T:2016:40 (pysytetty tuomiolla 19.10.2017, Agriconsulting Europe SA, C-198/16 P, EU:C:2017:784, 55 ja 71 kohta);
- tuomio 18.12.2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, 47–50 kohta;
- tuomio 4.5.2017, Esaprojekt sp. z o.o., C-387/14, EU:C:2017:338, 36 kohta;
- tuomio 4.6.2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, 53 kohta ja
- tuomio 20.9.2011, Evropaiki Dynamiki, T-461/08, EU:T:2011:494, 100 kohta.

Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin viittaa muun muassa komission tiedonantoon “Kolmansien maiden tarjoajien ja tavaroiden osallistumisesta EU:n julkisten hankintojen markkinoille koskevat ohjeet” (EUVL 2019, C 271, s. 43), s. 10, jossa käsitellään poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia.

Kansallinen lainsäädäntö

Julkisista hankinnoista annettu laki (Zakon za obshtestvenite porachki)

”72 §

Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset

72 §. (1) Jos tarjoajan esittämä arvioitavana oleva tarjous on saman arvioinnin kohteena olevan tekijän hinnan tai kustannusten osalta yli 20 prosenttia edullisempi kuin muiden tarjoajien esittämien tarjousten keskiarvo, hankintaviranomainen pyytää esittämään tarjouksen laatimisesta yksityiskohtaisen

kirjallisen selvityksen, joka on toimitettava viiden päivän kuluessa pyynnön vastaanottamisesta.”

Lyhyt kuvaus tosiseikoista ja menettelystä

- 1 Bulgarian tasavallan vt. sisäministeri aloitti päätöksellään nro 5785мп-58/15.08.2019 ”rajoitetun” hankintamenettelyn, joka koski ”sukupolven 2019 Bulgarian henkilöllisyystodistusten myöntämisyjärjestelmän suunnittelemista, kehittämistä ja hallinnointia”. Hankintailmoitus nro 158-363493 julkaistiin Euroopan unionin virallisessa lehdessä (2018/S).
- 2 Määräyksellä nro 5785мпз-106/16.10.2018 perustettiin avustava lautakunta, jonka tehtävänä oli suorittaa ehdokkaiden esivalinta ja tutkia, arvioida ja asettaa tarjoukset paremmuusjärjestykseen.
- 3 Päätöksellä nro 5785мбр-40/03.07.2019 julkaistiin kyseisen esivalinnan perusteella niiden ehdokkaiden nimet, joita pyydettiin esittämään tarjous; ehdokkaat olivat Veridos GmbH ja Mühlbauer ID Services GmbH – S&T -konsortio.
- 4 Esitettyjen tarjousten arvioimisen jälkeen Bulgarian tasavallan apulaissisäministeri teki päätöksen nro 5785-мп-35/29.04.2020, jolla hankintasopimus päätettiin tehdä Mühlbauer ID Services GmbH – S&T -konsortion kanssa ja jonka mukaan toiseksi paremmuusjärjestyksessä tuli Veridos GmbH.
- 5 Veridos GmbH valitti mainitusta Bulgarian tasavallan apulaissisäministerin päätöksestä nro 5785-мп-35/29.04.2020 Komisia za zashtita na konkurentsiaataan (kilpailuviranomainen), ja näin ollen asia tuli vireille asianumerolla K3K-308/2020.
- 6 Kilpailuviranomainen hylkäsi Veridos GmbH:n asianumerolla K3K-308/2020 kirjatun valituksen 25.6.2020 tekemällä päätöksellään nro 510.
- 7 Veridos GmbH -yhtiö teki 13.7.2020 kassaatiovalituksen mainitusta kilpailuviranomaisen päätöksestä, ja näin ollen oikeudenkäynti tuli vireille Varhoven administrativen sadissa (ylin hallintotuomioistuim, Bulgaria) turvaluokiteltujen asioiden suojan edellytysten mukaisesti.

Lyhyt esitys ennakkoratkaisupyynnön perusteista

- 8 Ennakkoratkaisupyynnön esittäminen on tässä tapauksessa tarpeen, koska asiassa on ratkaistava, onko hankintaviranomaisella unionin oikeusperiaatteiden (avoimuus, syrjäntäkielto ja yhdenvertainen kohtelu) nojalla velvollisuus arvioida sitä, onko menettelyssä esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous, varmistaakseen tarjousten objektiivisen vertailun ja määritelläkseen aidoissa kilpailuolosuhteissa,

mikä tarjous on kokonaistaloudellisesti edullisin eikä kilpailua vääristävällä tavalla poikkeuksellisen alhainen.

- 9 Käsiteltävässä asiassa sovellettavien oikeussääntöjen määrittelyssä ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ottaa huomioon sen, että hankintasopimukseen liittyy seikkoja, jotka kuuluvat direktiivin 2014/24 soveltamisalaan; hankintaviranomainen on kuitenkin tehnyt päätöksensä ja ilmoittanut yhdestä ainoasta hankintasopimuksesta direktiivin 2009/81 nojalla. Koska direktiivien asiassa sovellettavien säännösten sisältö on sama ja niillä on toisiinsa nähden analoginen tarkoitus, ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin katsoo, että säännöksiä on tulkittava analogisesti.
- 10 Oikeusriita koskee pelkästään kansallisen lainsäätäjän toimivaltaa säätää poikkeuksellisen alhaisten tarjousten arviointikriteeristä; lainsäätäjällä on käyttänyt tätä toimivaltaa antamalla julkisista hankinnoista annetun lain 72 §:n 1 momentin. Kyseisessä säännöksessä säädetään poikkeuksellisen alhaisten tarjousten arviointikriteeristä eli edellytyksestä, että tällainen tarjous on ”saman arvioinnin kohteena olevan tekijän – osalta yli 20 prosenttia edullisempi kuin muiden tarjoajien esittämien tarjousten keskiarvo”. Siten lainsäätäjällä edellyttää implisiittisesti, että on esitetty vähintään kolme tarjousta, jolloin tarjousta arvioidaan kahden muun tarjouksen keskiarvon perusteella.
- 11 Myös tässä oikeudenkäynnissä ensimmäisenä astena toimineen kilpailuviranomaisen antama päätös, jonka mukaan kansallisen julkisista hankinnoista annetun lain 72 §:n 1 momenttia ei voida soveltaa, on nähtävä nimenomaan tässä yhteydessä, koska käsiteltävässä asiassa on esitetty vain kaksi tarjousta eikä lainsäätäjällä tarkoitettua keskiarvoa, jonka avulla tutkitaan, onko menettelyssä esitetty poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia, voida laskea.
- 12 Pääasian hankintaviranomainen – sisäministeriö – ei ollut kehittänyt ja etukäteen ilmoittanut algoritmia, jota se käyttäisi sen ratkaisemiseksi ja tutkimiseksi, onko esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous, joten Varhoven administratiivisen sadin on arvioitava tällaista algoritmia unionin oikeuden perusteella, jos on perusteltua katsoa, että direktiivin 2014/24 56 ja 69 artiklassa tai direktiivin 2009/81 38 ja 49 artiklassa on säädetty riittävän selvä ja ehdoton menettelynormi eli velvollisuus arvioida tätä kysymystä.
- 13 Tässä merkityksessä, ja kun otetaan huomioon oikeudenkäynnin konkreettiset tosiseikat, a priori -arviointia ei voida suorittaa eikä edellä mainittuja unionin oikeuden säännöksiä ole sovellettu asiassa.
- 14 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen tiedossa oleva unionin tuomioistuimen ja unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytäntö, mukaan lukien oikeudenkäynnit, joissa on vaadittu kumoamaan unionin elinten hankintaviranomaisina antamia päätöksiä, ilmenee edellä tässä tiivistelmässä mainituista tuomioista. Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin viittaa erityisesti seuraavien tuomioiden taustalla olleisiin asioihin:

15 Tuomio 29.3.2012, SAG ELV Slovensko a.s., C-599/10:

- Unionin lainsäätäjän tarkoituksena on ollut edellyttää, että hankintaviranomainen tarkastaa poikkeuksellisen alhaisten tarjousten pääkohdat, ja hankintaviranomaiselle on asetettu tässä tarkoituksessa velvollisuus pyytää ehdokkaita toimittamaan tarvittavat selvitykset sen osoittamiseksi, että kyseiset tarjoukset ovat varteenotettavia (28 kohta);
- Direktiivin 2004/18 55 artiklan 1 kohta edellyttää sitä, että hankintaviranomainen muotoilee kyseisille ehdokkaille osoitettavan pyynnön selkeästi, jotta ne pystyvät näyttämään täysimääräisesti ja asianmukaisesti toteen, että niiden tarjoukset ovat varteenotettavia (31 kohta).
- Direktiivin 2004/18 55 artikla ei ole mitenkään esteenä kansalliselle säännökselle, jossa säädetään, että jos ehdokkaan tarjous on poikkeuksellisen alhainen, hankintaviranomainen pyytää kirjallisesti ehdokkaalta tätä koskevia täsmennyksiä, vaan siinä edellytetään, että julkisia hankintoja koskevassa kansallisessa lainsäädännössä on tällainen säännös (33 kohta).

16 Tuomio 4.7.2017, European Dynamics Luxembourg SA, T-392/15:

- Kysymystä siitä, onko perusteluvelvollisuutta noudatettu, on lähtökohtaisesti arvioitava niiden tietojen mukaan, jotka kantajalla oli viimeistään kanteen nostamishetkellä. Perusteluja ei voida täsmentää ensimmäistä kertaa ja jälkikäteen unionin tuomioistuimissa. Se, että tuomioistuimet ottavat huomioon oikeudenkäynnin kuluessa esitetyt seikat, on perusteltua vain poikkeustapauksissa. (74 kohta).
- Sitä, onko tarjous poikkeuksellisen alhainen, on arvioitava tarjouksen eri osiin nähden ja kyseessä olevaan suoritukseen nähden (83 kohta).
- Hankintaviranomaisen velvollisuus tutkia tarjouksen varteenotettavuus perustuu tarjouksen luotettavuutta koskeviin ennalta vallitseviin epäilyihin, koska kyseisen säännöksen pääasiallisena tarkoituksena on se, ettei tarjoajaa syrjäytetä menettelyssä ilman, että tällä on ollut tilaisuus perustella poikkeuksellisen alhaiselta vaikuttavan tarjouksensa sisältö. Näin ollen ainoastaan tilanteessa, jossa on olemassa tällaisia epäilyjä, arviointikomitean on pyydettävä tarkoituksenmukaisiksi katsomiaan täsmennyksiä tarjouksen osista ennen kuin se mahdollisesti hylkää sen. Jos tarjous ei puolestaan vaikuta soveltamisasetuksen 158 artiklan 4 kohdassa tarkoitettulla tavalla poikkeuksellisen alhaiselta, kyseistä artiklaa ei sovelleta (85 kohta).
- Hankintaviranomaisen on ensinnäkin määritettävä yksinomaan, sisältyykö esitettyihin tarjouksiin seikkoja, jotka voivat herättää epäilyn siitä, että ne voivat olla poikkeuksellisen alhaisia. Tilanne on tämä muun muassa, kun esitetystä tarjouksesta ehdotettu hinta on huomattavasti alhaisempi kuin muissa esitettyissä tarjouksissa tai tavanomainen markkinahinta. Jos esitettyihin tarjouksiin ei sisälly tällaisia seikkoja eivätkä ne siis vaikuta poikkeuksellisen

alhaisilta, hankintaviranomainen voi jatkaa kyseisen tarjouksen arvioimista ja hankintasopimuksen sopimuspuolen valintamenettelyä (88 kohta).

- Jos tarjouksissa puolestaan on seikkoja, jotka herättävät epäilyn siitä, että tarjous voisi olla poikkeuksellisen alhainen, hankintaviranomaisen on seuraavaksi tarkasteltava tarjouksen eri osia varmistuakseen siitä, ettei tarjous ole poikkeuksellisen alhainen. Tämän tehdessään hankintaviranomaisen on annettava kyseisen tarjouksen tekijälle mahdollisuus selittää, miksi se katsoo, että sen tarjous ei ole poikkeuksellisen alhainen (89 kohta).

17 Tuomio 28.1.2016, Agriconsulting Europe SA, T-570/13:

- Hankintaviranomainen voi tutkiessaan sitä, onko tarjous poikkeuksellisen alhainen, ottaa huomioon kaikki kyseistä suoritusta koskevat relevantit tekijät (55 kohta),
- Se, että hankintaviranomainen ja tarjoaja vaihtavat näkemyksiään todellisessa kontradiktorisessa menettelyssä asianmukaisena ajankohtana tarjouksia tutkittaessa, jotta tarjoaja voi osoittaa, että sen tarjous on varteenotettava, on eräs julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisen perusedellytys (71 kohta).

18 Tuomio 18.12.2014, Data Medical Service, C-568/13:

- Jäsenvaltioiden ja erityisesti hankintaviranomaisten on määritettävä ”poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen” poikkeuksellisuuden kynnyksen laskutapa (49 kohta),
- Sitä, onko tarjous poikkeuksellisen alhainen, on arvioitava ”suorituksen nähden”. Hankintaviranomainen voi näin ollen ottaa huomioon kaikki kyseistä palvelua koskevat relevantit tekijät (50 kohta).

19 Tuomio 4.5.2017, Esaprojekt sp. z o.o., C-387/14, EU:C:2017:338:

- [Unionin oikeudessa] edellytetään, että tarjouksia koskevat kaikkien tarjoajien osalta samat edellytykset; kaikki sopimuksen tekomenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt on esitettävä selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa siten, että mahdollistetaan kaikille tarjoajille niiden täsmällisen laajuuden ymmärtäminen ja niiden tulkitseminen samalla tavalla ja että toisaalta mahdollistetaan hankintaviranomaiselle sen tarkistaminen, vastaavatko tarjoajien tarjoukset kyseessä olevaa hankintasopimusta määrittäviä arviointiperusteita (36 kohta).

20 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin toteaa, että kolmansien maiden tarjoajien ja tavaroiden osallistumista EU:n julkisten hankintojen markkinoille koskevissa ohjeissaan komissio on todennut, että jäsenvaltiot voivat vapaasti ottaa käyttöön kansallisia sääntöjä tai menetelmiä sellaisten tarjousten määrittämiseen, joita epäillään poikkeuksellisen alhaisiksi, edellyttäen, että nämä säännöt ovat

puolueettomia ja syrjimättömiä. Vastaavasti on niin, että jos kansallisessa lainsäädännössä ei ole määritetty tällaista menetelmää, hankintaviranomaiset voivat itse ottaa käyttöön menetelmiä, jotka ovat avoimia ja syrjimättömiä. Komissio totesi myös, että tarjoukset voivat myös olla poikkeuksellisen alhaisia olennaiseen muuttujaan tai hankintasopimuksen tekoperusteeseen nähden. Näin voi olla esimerkiksi silloin, kun tarjotun laadun ja hinnan keskinäinen suhde vaikuttaa epäilyttävältä. Kyseisestä tiedonannosta ilmenee, että hankintaviranomaisella on oikeudellinen velvollisuus pyytää selvitystä tarjotusta hinnasta.

- 21 Seuraavaksi esitetään, mitä seikkoja ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin pohtii käsiteltävässä asiassa annettavan ratkaisun kannalta ja mitä se pitää mahdollisina vastauksina asiassa esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin.
- 22 Bulgarian hallintoprosessilaissa (Administrativno-protsesualen kodeks) säädetyn periaatteen mukaan hallintoviranomaisen ratkaisutoiminnan puutteellista perustelemista pidetään hallintotoimea rasittavana menettelyvirheenä, joka vaarantaa asianosaisten oikeuksien ja etujen puolustamismahdollisuuden ja tehokkaan oikeussuojan tuomioistuimessa. Myös unionin tuomioistuin ja unionin yleinen tuomioistuin ovat viittaneet vastaaviin periaatteisiin, joita sovelletaan unionin toimielinten toimintaan (tuomio 4.6.2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, 53 kohta ja tuomio 20.9.2011, Evropaïki Dynamiki, T-461/08, EU:T:2011:494, 100 kohta).
- 23 Kun otetaan huomioon käsiteltävän asian tosiseikat, on todettava, että kansallinen hankintaviranomainen ei voi soveltaa muuta arviointikriteeriä kuin julkisista hankinnoista annetun lain 72 §:ssä säädettyä.
- 24 Kansallisen julkisista hankinnoista annetun lain 72 §:n 1 momentissa tarkoitettua keskiarvon käsitettä ei käytetä kriteerinä unionin oikeudessa. Kansallinen lainsäätäjät otti kyseisen kriteerin käyttöön itsenäisesti ja sillä on alakriteerinä tarkoitus selventää unionin oikeuden käsitettä ”poikkeuksellisen alhainen tarjous”. Tällä tavalla kansallinen lainsäätäjät on ottanut käyttöön erityisesti implisiittisesti edellytyksen siitä, että tarjouksia on esitetty ainakin kolme.
- 25 Direktiivin 2014/24 56 artiklassa ja direktiivin 2009/81 38 artiklassa säädetään puolestaan oikeusperiaate, jonka osalta on lisäksi täsmennettävä, miten kyseistä periaatetta on sovellettava ja millaisten edellytysten on täytyttävä, jotta kyseisestä periaatteesta on sallittua poiketa tai jotta sitä ei tarvitse soveltaa.
- 26 Direktiivin 2014/24 69 artiklassa ja direktiivin 2009/81 49 artiklassa käytetään poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen käsitettä, mikä viittaa harkintavaltaan valittaessa sovellettavia arviointikriteerejä, oli kyse sitten lainsäädännön tasolla tehdystä tai kyseisen hankintaviranomaisen tekemästä valinnasta, kunhan kriteeri on objektiivinen ja siitä ilmoitetaan ennakolta. Kansallisessa julkisista hankinnoista annetussa laissa puolestaan säädetään sidotusta harkintavallasta, koska siinä poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen käsite yhdistetään tarjousten

keskiarvoa koskevaan kriteeriin ja siten implisiittisesti myös edellytykseen siitä, että on esitetty ainakin kolme tarjousta; tällöin esiin tulee kysymys siitä, eikö laissa rajoiteta tai merkittävästi vaikeuteta mahdollisuutta täyttää direktiivillä säädetty ja saavuttaa direktiivin tavoite.

- 27 Vaikka direktiivin 2014/24 56 artiklassa ja direktiivin 2009/81 38 artiklassa säädettyä on pidettävä oikeusperiaatteena, tämän lisäksi direktiivin 2014/24 69 artiklan ja direktiivin 2009/81 49 artiklan sanamuodosta ilmenee, että sitä, onko esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous, on arvioitava, jos tarjoukset vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta. Kun sanamuoto on muotoiltu näin, on tarpeen tulkitsemalla ratkaista, onko kyseinen arviointi subjektiivinen mahdollisuus vai onko arviointi aina objektiivinen ja periaatteena asia, josta on aina esitettävä perustelut hankintaviranomaisen tarjoajien paremmuusjärjestykseen asettamista koskevassa päätöksessä.
- 28 Siten tulkitsemalla on selvennettävä, sovelletaanko tätä edellytystä ainoastaan tilanteissa, joissa hankintaviranomaisen tarkoituksena on hylätä poikkeuksellisen alhainen tarjous, vai onko sen arvioimisella, onko esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous, merkitystä menettelyn kulun laillisuuden kannalta ja onko arviointi siten aina suoritettava. Näin on erityisesti, kun otetaan huomioon käsiteltävänä oleva asia, jossa on esitetty vain kaksi tarjousta ja toiseksi paremmuusjärjestyksessä sijoittuneen tarjoajan pääväite on, että sopimuspuoleksi valittu on tehnyt poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen.
- 29 Onko hankintaviranomaisen päinvastoin silloin, kun se ei ole arvioinut kysymystä siitä, onko esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous, mikä edellyttää olettaa siitä, että poikkeuksellisen alhaista tarjousta ei ole syytä epäillä, perusteltava ehdokkaiden paremmuusjärjestykseen asettamista koskevassa päätöksessään sitä, miksi ensimmäiseksi sijoittunutta tarjousta ei epäillä poikkeuksellisen alhaiseksi? Toisin sanoen sitä, miksi se pitää esitettyjä tarjouksia direktiivin 2014/24 69 artiklassa ja direktiivin 2009/81 49 artiklassa säädetyn nojalla vartenotettavina, jotta olettaa siitä, että syytä epäillä poikkeuksellisen alhaista tarjousta ei ole, voidaan tutkia tuomioistuimessa muutoksenhaun yhteydessä?
- 30 Se, että asiaa koskee laissa säädetty mutta käytännössä soveltumaton kriteeri, ja se, että asiassa ei ole esitetty muuta, ennalta ilmoitettua kriteeriä poikkeuksellisten alhaisten tarjouksien tunnistamiseksi, tuo esiin kysymyksen siitä, vapautuuko hankintaviranomainen edellytyksestä siitä, että sen on arvioitava, onko esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous, vaikka unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään nimenomaisesti katsonut, että hankintaviranomaisen on varmistuttava siitä, että esitetyt tarjoukset ovat vartenotettavia.
- 31 Näin ollen on kysyttävä, onko hankintaviranomaisella aina velvollisuus esittää perusteluja siitä, onko esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous, vai voiko viranomainen puolustaa päätöstään ehdokkaiden asettamisesta paremmuusjärjestykseen vasta menettelyssä, jossa päätös riitautetaan tuomioistuimessa, sisällöllisillä perusteluilla, joita tuomioistuimen on arvioitava?

Tätä kysymystä on arvioitava Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön näkökulmasta, jossa on vakiintuneesti esitetty, että perustelut voidaan esittää toimen kumoamista koskevassa menettelyssä vain poikkeustapauksissa.

- 32 Siten se, että direktiivissä ei ole määritelty poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen käsitettä, yhdessä sen seikan kanssa, että direktiivissä on normatiivisesti käytetty ”vaikuttamisen” käsitettä tarjoajien esittämien tarjousten yhteydessä, muodostavat perustan sille, että Euroopan unionin alueella toimivat hankintaviranomaiset kohtelevat talouden toimijoita eri tavalla.
- 33 Koska epäilyksen olemassaoloon liittyy sisäinen, subjektiivinen elementti, joka on osa hankintaviranomaisen tai hankintamenettelyssä auttavan elimen kognitiivisanalyttistä toimintaa, ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin pohtii, onko hankintaviranomaisen säädetyn nojalla perusteltava se, että epäilystä tarjouksen varteenotettavuudesta ei ole, jotta tätä kysymystä voidaan arvioida tuomioistuimessa muutoksenhaun yhteydessä.
- 34 Kuten säännösten sisällöstä ilmenee, direktiivin 2014/24 69 artikla ja direktiivin 2009/81 49 artikla on osoitettu hankintaviranomaiselle ja niissä hankintaviranomaiselle asetetaan konkreettisia velvollisuuksia tietyissä tilanteissa. Direktiivin 2014/24 56 artiklassa ja direktiivin 2009/81 38 artiklassa on sen sijaan kyse säännöksistä, joilla on suojelutarkoitus, eli kyseisillä säännöksillä on tarkoitus turvata hankintamenettelyn toteutuksen lainmukaisuus. Lähtökohtaisesti ja ensisijaisesti hankintaviranomaisen tehtävänä on nimittäin huolehtia siitä, että menettely suoritetaan direktiivissä tarkoitettulla tavalla laillisesti.
- 35 Tehokasta oikeussuojaa koskeva edellytys edellyttää puolestaan, että asianosaiset voivat asianmukaisesti riitauttaa kaikki menettelyyn liittyvät relevantit seikat ja tuomioistuin voi arvioida niitä ja tutkia ne.
- 36 E contrario olisi katsottava, että se, että tietyn tarjouksen varteenotettavuutta ei ole syytä epäillä, on oletama, jota ei voida kumota ja jota on pidettävä implisiittisenä osana hankintaviranomaisen tekemää päätöstä, jolla se on valinnut hankintasopimuksen osapuolen, eikä tältä osin olisi esitettävä toimen perusteluja ja sen oikeuttamisperusteita eikä kyseistä oletamaa voitaisi kumota myöhemmin tuomioistuimessa muutoksenhaun yhteydessä. Tällainen lopputulos ei kuitenkaan myöskään ilmene kategorisesti direktiivin säännöksistä tai unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä.
- 37 Edellä esitettyihin kysymyksiin annettavat vastaukset eivät ilmene yksiselitteisesti asiassa sovellettavasta unionin oikeudesta. Koska Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ei ole käsitelty vastaavaa tilannetta, ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin esittää unionin tuomioistuimelle edellä esitetyt ennakkoratkaisukysymykset.