

Asia C-54/21

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

Jättämispäivä:

29.1.2021

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Krajowa Izba Odwoławcza (kansallinen muutoksenhakulautakunta,
Puola)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

22.12.2020

Valittajat:

ANTEA POLSKA S.A.

Pectore-Eco sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy

Vastapuoli:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Muut osapuolet:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

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

Kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian kohde

Valitus hankintaviranomaisena olevan Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskien (Puolan vesivaroja hallinnoiva valtionlaitos) toteuttamista tai toteuttamatta jättämistä toimista hankintamenettelyssä, jonka otsikko on ”Vesialueiden hoitosuunnitelmien toiseen päivittämiseen [II aktualizacji planów gospodarowania wodami] (IIaPGW) liittyvien hankkeiden valmistelu, mukaan lukien metodologia”.

Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeudellinen perusta

Ennakkoratkaisupyynnössä esitetyt kysymykset voidaan jakaa kahteen ryhmään, joista ensimmäinen koskee sitä, että talouden toimijat salaavat tietoja liikesalaisuuksina, ja toinen hankintaviranomaisen asettamia tarjousten arviointiperusteita, jotka liittyvät muihin tekijöihin kuin hintaan, sekä tarjousten arviointitapaa.

Ennakkoratkaisupyynnön esitetään SEUT 267 artiklan perusteella.

Ennakkoratkaisukysymykset

1. Sallivatko julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU (jäljempänä direktiivi 2014/24) 18 artiklan 1 kohdassa ilmaistut talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäntäkiellon periaatteet sekä avoimuusperiaate direktiivin 2014/24 21 artiklan 1 kohdan ja julkistamattoman taitotiedon ja liiketoimintatiedon (liikesalaisuuksien) suojaamisesta laittomalta hankinnalta, käytöltä ja ilmaisemiselta 8.6.2016 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (EU) 2016/943 (jäljempänä direktiivi 2016/943) 2 artiklan 1 alakohdan, erityisesti niiden sisältämien ilmaisujen ”ei ole kokonaisuudessaan tai osiensa täsmällisenä kokoonpanona ja yhdistelmänä – – yleisesti tiedossa tai helposti saatavissa” ja ”sillä on kaupallista arvoa, koska se on salaista” sekä maininnan ”hankintaviranomainen ei saa paljastaa talouden toimijoiden sille toimittamia tietoja, jotka nämä ovat määritelleet luottamuksellisiksi”, sellaisen tulkinnan, jonka seurauksena talouden toimija voi salata liikesalaisuutena minkä tahansa tiedon sillä perusteella, ettei halua paljastaa sitä kanssaan kilpaileville talouden toimijoille?

2. Sallivatko direktiivin 2014/24 18 artiklan 1 kohdassa ilmaistut talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäntäkiellon periaatteet sekä avoimuusperiaate direktiivin 2014/24 21 artiklan 1 kohdan ja direktiivin 2016/943 2 artiklan 1 alakohdan sellaisen tulkinnan, jonka seurauksena julkista hankintaa koskevaa sopimusta tavoittelevat talouden toimijat voivat osittain tai kokonaan salata liikesalaisuutena direktiivin 2014/24 59 ja 60 artiklassa ja saman direktiivin liitteessä XII tarkoitettut asiakirjat, erityisesti siltä osin kuin kyseessä ovat luettelo kokemuksesta, suositukset, luettelo henkilöistä, joita ehdotetaan sopimuksen

toteuttamista varten, ja heidän ammatillisesta pätevydestään, niiden yksiköiden, joiden potentiaaliin talouden toimija vetoaa, nimet ja potentiaali, tai alihankkijat, jos näitä asiakirjoja edellytetään osoituksena menettelyyn osallistumisen edellytysten täyttymisestä tai tarjousten arviointiperusteiden mukaista arviointia varten taikka sen toteamiseksi, että tarjous vastaa hankintaviranomaisen menettelyä koskevissa asiakirjoissa (hankintailmoituksessa, tarjouspyyntöasiakirjoissa) esittämiä muita vaatimuksia?

3. Sallivatko direktiivin 2014/24 18 artiklan 1 kohdassa ilmaistut talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäntäkiellon periaatteet sekä avoimuusperiaate, luettuina yhdessä direktiivin 2014/24 58 artiklan 1 kohdan, 63 artiklan 1 kohdan ja 67 artiklan 2 kohdan b alakohdan kanssa, sen, että hankintaviranomainen voi samanaikaisesti hyväksyä talouden toimijan ilmoituksen siitä, että sillä on käytettävissään hankintaviranomaisen edellyttämät tai talouden toimijan itsensä ilmoittamat henkilöresurssit, yksiköt, joiden resursseja se haluaa käyttää, tai alihankkijat, mikä sen on säännösten mukaan todistettava hankintaviranomaiselle, sekä ilmoituksen, että jo pelkästään näiden henkilöiden tai yksiköiden tietojen (etu- ja sukunimien, kokemuksen, pätevyuden) paljastaminen sen kanssa kilpaileville talouden toimijoille voi johtaa siihen, että nämä talouden toimijat ”lahjovat” kyseiset henkilöt tai yksiköt, minkä vuoksi mainitut tiedot on luettava liikesalaisuuksiin? Edellä esitettyyn liittyen kysytään, voidaanko tällaista talouden toimijan ja näiden henkilöiden ja yksiköiden välistä kestäväntä yhteyttä pitää todisteena siitä, että nämä resurssit ovat talouden toimijan käytössä, ja erityisesti voidaanko talouden toimijalle antaa lisäpisteitä tarjousten arviointiperusteiden puitteissa?

4. Sallivatko direktiivin 2014/24 18 artiklan 1 kohdassa ilmaistut talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäntäkiellon periaatteet sekä avoimuusperiaate direktiivin 2014/24 21 artiklan 1 kohdan ja direktiivin 2016/943 2 artiklan 1 alakohdan sellaisen tulkinnan, jonka seurauksena julkista hankintaa koskevaa sopimusta tavoittelevat talouden toimijat voivat salata liikesalaisuutena asiakirjat, joita edellytetään sen tutkimiseksi, että tarjous vastaa hankintaviranomaisen tarjouspyyntöasiakirjoissa (mukaan lukien hankintasopimuksen kohteen kuvaus) esittämiä edellytyksiä, tai tarjouksen arvioimiseksi tarjousten arviointiperusteiden mukaan, erityisesti silloin, kun nämä asiakirjat liittyvät hankintaviranomaisen tarjouspyyntöasiakirjoissa, lainsäädännössä tai muissa julkisesti tai asianomaisille saatavilla olevissa asiakirjoissa esitettyjen edellytysten täyttämiseen, erityisesti silloin, kun tämä arviointi ei perustu objektiivisiin vertailukelpoisiin kaavoihin eikä mitattavissa oleviin ja matemaattisesti tai fyysisesti vertailukelpoisiin tekijöihin vaan hankintaviranomaisen yksilölliseen arvioon? Voidaanko tämän seurauksena direktiivin 2014/24 21 artiklan 1 kohtaa ja direktiivin 2016/943 2 artiklan 1 alakohdtaa tulkita siten, että talouden toimijan liikesalaisuutena voidaan pitää tämän toimijan tarjouksen yhteydessä antamaa ilmoitusta hankintasopimuksen kohteen toteuttamisesta siten, että noudatetaan hankintaviranomaisen tarjouspyyntöasiakirjoissa esittämiä määräyksiä, joita hankintaviranomainen valvoo ja joiden noudattamista se arvioi ottaen huomioon niiden

yhdenmukaisuuden kyseisten edellytysten kanssa, vaikka hankintaviranomaisen edellyttämän vaikutuksen saavuttamiseksi (hankintasopimuksen kohteen toteuttamiseksi) käytettävien menetelmien valinta kuuluukin talouden toimijalle?

5. Sallivatko direktiivin 2014/24 18 artiklan 1 kohdassa ilmaistut talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteet sekä avoimuusperiaate, luettuina yhdessä direktiivin 2014/24 67 artiklan 4 kohdan kanssa, jossa todetaan, että hankintasopimuksen tekoperusteilla ei saa olla sellaista vaikutusta, että hankintaviranomaisella on rajoittamaton valinnanvapaus, ja että niillä on varmistettava todellisen kilpailun mahdollisuus ja mahdollistettava tarjoajien antamien tietojen tosiasiallisen tarkistamisen sen arvioimiseksi, miten hyvin tarjoukset täyttävät hankintasopimuksen tekoperusteet, sen, että hankintaviranomainen voi asettaa tietyn tarjousten arviointiperusteen, erityisesti sellaisen, jota arvioidaan hankintaviranomaisen yksilöllisen arvion pohjalta, vaikka tämän perusteen asettamishetkenä on tiedossa, että talouden toimijat pitävät tätä perustetta koskevaa osaa tarjouksestaan liikesalaisuutena, mitä hankintaviranomainen ei vastusta, jolloin kilpaileville talouden toimijoille, jotka eivät voi tarkastaa kilpailijoiden tarjouksia ja verrata niitä omiinsa, voi syntyä vaikutelma, että hankintaviranomainen tarkastaa ja arvioi tarjoukset täysin mielivaltaisesti?

6. Voidaanko direktiivin 2014/24 18 artiklan 1 kohdassa ilmaistuja talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteita sekä avoimuusperiaatetta, luettuina yhdessä direktiivin 2014/24 67 artiklan 4 kohdan kanssa, jossa todetaan, että hankintasopimuksen tekoperusteilla ei saa olla sellaista vaikutusta, että hankintaviranomaisella on rajoittamaton valinnanvapaus, ja että niillä on varmistettava todellisen kilpailun mahdollisuus ja mahdollistettava tarjoajien antamien tietojen tosiasiallisen tarkistamisen sen arvioimiseksi, miten hyvin tarjoukset täyttävät hankintasopimuksen tekoperusteet, tulkita siten, että ne sallivat hankintaviranomaisen asettaa käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan ”Kehityssuunnitelman” ja ”Hankintasopimuksen toteuttamistavan kuvauksen” kaltaisia tarjousten arviointiperusteita?

7. Onko neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi 11.12.2007 annetun direktiivin 2007/66/EY, jäljempänä muutoksenhakudirektiivi, 1 artiklan 1 ja 3 kohtaa, joissa jäsenvaltiot velvoitetaan varmistamaan, että talouden toimijoilla on mahdollisuus hakea tehokkaasti muutosta hankintaviranomaisten päätöksiin ja että muutoksenhakumenettelyt ovat niiden käytettävissä, jotka ovat tavoittelemassa tiettyä sopimusta ja joiden etua väitetty rikkomus on loukannut tai saattaa loukata, tulkittava siten, että jos päättävä viranomainen toteaa, että talouden toimijoiden kyseessä olevassa menettelyssä salaamat asiakirjat eivät muodosta liikesalaisuutta, minkä seurauksena hankintaviranomainen määrätään – mikäli tämä seuraus ei suoraan ilmene lainsäädännöstä – paljastamaan ne ja asettamaan ne kilpailevien talouden toimijoiden saataville, päättävän viranomaisen on annettava päätös, joka antaa talouden toimijalle mahdollisuuden hakea uudelleen muutosta mainittujen

asiakirjojen sen sisällön osalta, jota se ei aiemmin tuntenut eikä näin ollen voinut tehokkaasti käyttää oikeussuojakeinoja, toimeen, johon se ei muuten olisi voinut hakea muutosta muutoksenhakuajan päättymisen vuoksi, esimerkiksi niin, että päättävä viranomaisen kumoaa tarkastamisessa ja arvioinnissa tehdyt toimet niiden tarjousten osalta, joihin mainitut liikesalaisuutena salatut asiakirjat liittyvät?

Unionin oikeussäännöt, joihin viitataan

Direktiivin 2014/24/EU 18 artiklan 1 kohta, 21 artiklan 1 kohta, 55 artiklan 2 ja 3 kohta, 56 artiklan 1 ja 2 kohta, 58 artiklan 4 kohta, 59 artikla, 60 artiklan 1 kohta, 63 artiklan 1 kohta, 67 artikla, 71 artiklan 2 kohta

Direktiivin 2016/943/EU 2 artiklan 1 alakohta

Direktiivin 2007/66/EY 1 artiklan 1 ja 3 kohta

Kansalliset oikeussäännöt, joihin viitataan

Julkisista hankinnoista 29.1.2004 annettu laki (ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, Dz. U. 2004, nro 19, järjestysnumero 177)

7 §

Hankintaviranomaisen on valmisteltava ja toteutettava hankintamenettely siten, että varmistetaan vilpittömän kilpailu ja talouden toimijoiden yhdenvertainen kohtelu, sekä suhteellisuus- ja avoimuusperiaatetta noudattaen.

8 §

1. Hankintamenettely on julkinen.

2. Hankintaviranomainen voi rajoittaa pääsyn hankintamenettelyyn liittyviin tietoihin ainoastaan laissa säädetyissä tapauksissa.

2 a. Hankintaviranomainen voi tarjouspyyntöasiakirjoissa määritellä talouden toimijalle menettelyn kuluessa toimitettavien tietojen luottamuksellista käsittelyä koskevat vaatimukset.

3. Tietoja, jotka muodostavat vilpillisen kilpailun estämistä koskevissa säännöksissä tarkoitettua liikesalaisuutta, ei saa paljastaa, jos talouden toimija on viimeistään tarjoustensa tai osallistumishakemustensa jättämisen määräpäivään mennessä esittänyt, ettei niitä voida asettaa saataville, ja osoittanut, että salatut tiedot muodostavat liikesalaisuutta. Talouden toimija ei voi salata 86 §:n 4 momentissa tarkoitettuja tietoja. Säännöstä sovelletaan soveltuvin osin kilpailuihin.

36 §:n 1 momentti

Hankintaviranomainen pyytää talouden toimijaa ilmoittamaan, minkä osan hankintasopimuksesta tämä aikoo antaa alihankkijoiden suoritettavaksi, sekä nämä alihankkijayritykset.

91 §

1. Hankintaviranomaisen on valittava edullisin tarjous tarjouspyyntöasiakirjoissa määriteltyjen tarjousten arviointiperusteiden mukaan.

2. Tarjousten arviointiperusteita ovat hinta tai kustannukset taikka hinta tai kustannukset sekä muut hankintasopimuksen kohteeseen liittyvät perusteet, erityisesti:

- 1) laatu, mukaan lukien tekniset, esteettiset ja toiminnalliset ominaisuudet,
- 2) yhteiskunnalliset näkökohdat, mukaan lukien 22 §:n 2 momentissa tarkoitettujen henkilöiden integroituminen työelämään ja yhteiskuntaan, esteettömyys vammaisille henkilöille tai käyttäjien tarpeiden huomioon ottaminen,
- 3) ympäristönäkökohdat, mukaan lukien hankintasopimuksen kohteen energiatehokkuus,
- 4) innovatiiviset näkökohdat,
- 5) hankintasopimuksen toteuttamiseen osoitettujen henkilöiden toiminnan organisointi, ammattipätevyudet ja kokemus, jos niillä voi olla merkittävä vaikutus hankintasopimuksen toteuttamisen laatuun,
- 6) huolto, tekninen tuki ja toimitusehdot, kuten toimituspäivä ja -tapa sekä toimitus- tai toteutusaika.

--

2 d. Hankintaviranomaisen on määriteltävä tarjousten arviointiperusteet yksiselitteisesti ja ymmärrettävästi niin, että talouden toimijoiden toimittamat tiedot voidaan tarkistaa. [--].

96 §

1. Hankintamenettelyn kuluessa hankintaviranomaisen on laadittava pöytäkirja, josta on ilmentävä ainakin: --

5) sen talouden toimijan etu- ja sukunimi tai nimi, jonka tarjous on valittu edullisimpana, tarjouksen valinnan perustelut ja, jos tiedossa, se osuus sopimuksesta tai puitejärjestelystä, jonka kyseinen talouden toimija mahdollisesti aikoo antaa alihankintana kolmansille, sekä mahdollisten alihankkijoiden etu- ja sukunimet tai nimet, jos ne ovat kyseisenä ajankohtana tiedossa; --

7) tapauksen mukaan poissulkemisperusteiden tarkistamisen, osallistumisedellytysten tai valintaperusteiden täyttymisen arvioinnin tulokset, mukaan lukien:

a) niiden talouden toimijoiden etu- ja sukunimet tai nimet, joita ei ole suljettu pois ja jotka ovat osoittaneet täyttävänsä menettelyyn osallistumisen edellytykset tai valintaperusteet, sekä näiden talouden toimijoiden valinnan perustelut,

b) niiden talouden toimijoiden etu- ja sukunimet tai nimet, jotka on suljettu pois ja jotka eivät ole osoittaneet täyttävänsä menettelyyn osallistumisen edellytyksiä tai valintaperusteita, sekä syyt, joiden vuoksi näit' talouden toimijoita ei ole kutsuttu osallistumaan menettelyyn;

8) tarjousten hylkäämisen perusteet; – –

2. Tarjoukset, asiantuntija- ja muut lausunnot, 38 §:n 3 momentissa tarkoitettuun kokoukseen liittyvät tiedot, hankintaviranomaisen ja talouden toimijoiden toimittamat ilmoitukset, hakemukset, muut asiakirjat ja tiedot sekä hankintasopimus ovat pöytäkirjan liitteitä.

3. Pöytäkirja ja sen liitteet ovat julkisia. Pöytäkirjan liitteet asetetaan saataville joko edullisimman tarjouksen valinnan tai hankintamenettelyn peruuttamisen jälkeen, kun taas tarjoukset asetetaan saataville niiden avaamisen jälkeen, alustavat tarjoukset tarjouspyyntöpäivästä alkaen ja osallistumishakemukset siitä päivästä alkaen, jona menettelyyn osallistumisen edellytysten täyttymisen arvioinnin tulokset on ilmoitettu.

Vilpillisen kilpailun estämisestä 16.4.1993 annettu laki (ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. 2020, järjestysnumero 1913; jäljempänä vilpillisen kilpailun estämisestä annettu laki)

11 §:n 2 momentti

Liikesalaisuudella tarkoitetaan yrityksen teknisiä, teknologisia tai organisaatiota koskevia tietoja taikka muuta tietoa, jolla on taloudellista arvoa ja joka ei ole kokonaisuutena tai osiensa täsmällisenä kokoonpanona ja yhdistelmänä tällaisia tietoja tavanomaisesti käsitteleville henkilöille yleisesti tiedossa tai helposti selville saatavissa, edellyttäen, että henkilö, jolla on oikeus tiedon käyttöön tai siitä määrittämiseen, on ryhtynyt tarvittavaa huolellisuutta noudattaen toimenpiteisiin sen pitämiseksi luottamuksellisena.

Kehitysministerin 26.7.2016 antama asetus asiakirjatyypeistä, joita hankintaviranomainen voi pyytää talouden toimijalta hankintamenettelyssä (rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Dz. U. 2020, järjestysnumero. 1282)

2 §:n 4 momentti

Todetakseen, että talouden toimija täyttää menettelyyn osallistumista koskevat edellytykset tai teknistä taikka ammatillista pätevyyttä koskevat valintaperusteet, hankintaviranomainen voi pyytää seuraavia asiakirjoja:

- 1) – –
- 2) luettelo suoritetuista tai kausiluonteisten tai jatkuvien suoritusten osalta suoritettavista tavarantoimituksista tai palvelujen suorituksista viimeisten kolmen vuoden ajalta ennen tarjousten tai menettelyyn osallistumista koskevien hakemusten jättämisen määräajan päättymistä, ja jos toiminnan harjoittamisaika on lyhyempi – kyseisenä ajanjaksona, tiedot niiden arvosta, kohteesta, suoritusajankohdasta sekä yksiköistä, joille tavarat on toimitettu tai palvelut on suoritettu, sekä liitteeksi todisteet siitä, onko ne toimitettu tai suoritettu tai toimitetaanko tai suoritetaanko ne asianmukaisesti, ja mainittuja todisteita ovat suositukset tai muut asiakirjat, joita ovat laatineet yksiköt, joille on suoritettu tavarantoimituksia tai palvelujen suorituksia ja jos kyse on kausiluonteisista tai jatkuvista suorituksista, joille niitä suoritetaan, ja jos talouden toimija ei hyväksyttävästä ja objektiivisesta syystä kykene esittämään mainittuja asiakirjoja – talouden toimijan oma lausunto; edelleen suoritettavien kausiluonteisten tai jatkuvien suoritusten osalta suositusten tai muiden asiakirjojen, jotka todistavat suoritusten asianmukaisen toteuttamisen, on oltava myönnetty aikaisintaan kolme kuukautta ennen tarjousten tai menettelyyn osallistumista koskevien hakemusten jättämisen määräajan päättymistä,
- 3) luettelo työvälineistä, kalustosta tai teknisistä laitteista, jotka ovat talouden toimijan käytettävissä hankintasopimuksen toteuttamiseksi, sekä tiedot näiden resurssien käyttöoikeuden perusteesta,
- 4) kuvaus teknisistä välineistä ja hallinnollisista ja teknisistä toimenpiteistä, joita talouden toimija käyttää laadunvarmistukseen, sekä tutkimus- ja kehitysjärjestelmistä, jotka talouden toimijalla on tai jotka tulevan olemaan sen käytettävissä,
- 5) luettelo tavaroiden toimitusketjun hallinnointi- ja seurantajärjestelmistä, joita talouden toimija voi soveltaa hankintasopimuksen toteuttamiseksi, – –
- 10) luettelo henkilöistä, jotka talouden toimija on osoittanut hankintasopimuksen toteuttamiseen ja jotka vastaavat erityisesti palvelujen suorittamisesta, laadunvalvonnasta tai rakennustöiden johtamisesta, mukaan lukien tiedot heidän ammatillisesta pätevyydestään, valtuuksistaan, kokemuksestaan ja koulutuksestaan, joita hankintasopimuksen toteuttaminen edellyttää, sekä heidän harjoittamansa toiminnan laajuudesta, ja tiedot näiden henkilöiden käytettävyyden perusteesta.

Yhteenveto tosiseikoista ja menettelystä

- 1 Riidan kohteena nyt käsiteltävässä asiassa on Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskien julkaisema julkinen hankintamenettely, jonka otsikko on ”Vesialueiden hoitosuunnitelmien toiseen päivittämiseen (II aktualizacji planów gospodarowania wodami, IIaPGW) liittyvien hankkeiden valmistelu, mukaan lukien metodologia” ja joka suoritetaan avoimena menettelynä. Tarjouskilpailu on julkaistu Euroopan unionin virallisessa lehdessä numerolla 2019/S 245-603343.
- 2 Vesialueiden hoitosuunnitelmat kuuluvat keskeisiin suunnitteluasiakirjoihin, joiden laatimista ja päivittämistä edellytetään yhteisön vesipolitiikan puitteista 23.10.2000 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2000/60/EY (EYVL L 327, 22.12.2000, s. 1) ja vesioikeudesta 20.7.2017 annetun lain (ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Dz. U. 2018, järjestysnumero 2268; sellaisena kuin se on muutettuna) säännöksissä. Nämä asiakirjat muodostavat perustan päätöksille, joilla muotoillaan vesivarojen tilaa ja käyttöperiaatteita tulevaisuudessa. Niillä koordinoidaan toimenpiteitä, jotka koskevat vesien tilaa ja ekosysteemejä, vesivaroja, vedenkäyttöä, vesiin tai maaperään siirtyviä aineita, jotka voivat vahingoittaa vesiä, tulvasuojelua ja kuivuuden seurausten torjumista. Hankintasopimuksen kohteena oli näiden suunnitelmien määräajoin tapahtuva päivittäminen, ja sopimus oli tarkoitus toteuttaa neljässä vaiheessa. Vaihe I: II aPGW-hankkeiden valmistelu, mukaan lukien metodologia; vaihe II: II aPGW-hankkeita koskeva julkinen kuuleminen ja ympäristövaikutusten strateginen arviointi; vaihe III: II aPGW-hankkeisiin liittyvien asetusehdotusten laatiminen; vaihe IV: raportin laatiminen Euroopan komissiolle ja II aPGW-hankkeiden tietokantojen toteuttaminen.
- 3 Hankintaviranomainen ilmoitti tarjouspyyntöasiakirjoissa, minkä vähimmäiskokemuksen hankintasopimusta tavoittelevan talouden toimijan on näytettävä toteen, sekä määrittä hankintasopimuksen toteuttamiseksi tarvittavan työryhmän ja tämän ryhmän jäseniltä edellytettävän vähimmäiskokemuksen, koulutuksen ja ammatillisen pätevyyden. Hankintaviranomainen muistutti myös, että muun yksikön resursseja käyttävän talouden toimijan on osoitettava, että toteuttaessaan hankintasopimusta muun yksikön tarvittavat resurssit tulevat olemaan sen käytettävissä, esittämällä esimerkiksi tämän yksikön sitoumus antaa hankintasopimuksen toteuttamiseen tarvittavat henkilöt talouden toimijan käyttöön. Talouden toimijat veloitettiin toimittamaan seuraavat hankintamenettelyissä esitettävät vakioasiakirjat: Yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja ja luettelot toteutetuista hankintasopimuksista suosituksineen, hankintasopimuksen toteuttamiseen osoitetuista henkilöistä sekä yksiköistä, jotka antavat resurssinsa talouden toimijan käyttöön. Julkisista hankinnoista annetun lain 36 b §:n 1 momentissa säädetyn vaatimuksen mukaisesti hankintaviranomainen pyysi talouden toimijoita mainitsemaan, käyttävätkö ne hankintasopimuksen toteuttamiseen alihankkijoita, sekä ilmoittamaan alihankkijan yrityksen (nimen) ja sen, mikä osa sopimuksesta annetaan alihankkijan toteutettavaksi. Tarjouslomakkeessa oli mainittava asiakirjat, jotka ovat saatavissa ilmaisista ja julkisista tietokannoista (asiakirjan nimi ja verkkosivun osoite).

- 4 Menettelyssä jättivät tarjouksen: 1. hankintasopimusta yhteisesti tavoittelevat talouden toimijat ANTEA POLSKA spółka akcyjna, kotipaikka Katowice, ”Pectore-Eco” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, kotipaikka Gliwice, sekä Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy, kotipaikka Varsova (jäljempänä valittaja); 2. ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, kotipaikka Varsova (jäljempänä Arup); 3. CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, kotipaikka Varsova (jäljempänä CDM); 4. hankintasopimusta yhteisesti tavoittelevat talouden toimijat Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, kotipaikka Varsova, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, kotipaikka Varsova, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych, kotipaikka Varsova (jäljempänä Multiconsult).
- 5 Tarjoukset arvioitiin hankintasopimuksen tekoperusteiden mukaisesti (kaksi laatuperustetta – ”Kehityssuunnitelma”, painoarvo 42, sekä ”Hankintasopimuksen toteuttamistavan kuvaus”, painoarvo 18; hintaa koskeva peruste, painoarvo 40).
- 6 Kehityssuunnitelmaa koskevan perusteen mukaan tarjouksessa oli selostettava lähestymistapoja hankintasopimuksen toteuttamiseen, mukaan lukien:
1. metodinen lähestymistapa toimenpidesarjan selvittämiseksi (kunkin toimenpiteen osalta tavat, joilla: arvioidaan tehokkuutta ja toteutettavuutta yhtenäisiä vesimuodostumia koskevien ympäristötavoitteiden saavuttamisen kannalta, arvioidaan kustannustehokkuus, määritetään, miten toimenpiteet vaikuttavat alapuolella/yläpuolella sijaitseviin yhtenäisiin vesimuodostumiin, määritetään toteuttamiskustannusten ja rahoituksen lähteet ottaen huomioon kansalliset ja EU-varat, testataan ohjelmien ilmastokestävyys, määritetään toteuttamisen yhteiskunnallis-taloudelliset vaikutukset, toteutetaan toimenpiteiden priorisointi, määritetään muihin olemassa oleviin suunnitteluasiakirjoihin liittyvät mahdolliset synergiaedut, arvioidaan, mahdollistaako tietylle yhtenäiselle vesimuodostumalle ehdotettu toimenpidesarja ympäristötavoitteiden saavuttamisen ottaen huomioon viereisille yhtenäisille vesimuodostumille suunniteltujen toimenpiteiden toteuttaminen),
 2. metodinen lähestymistapa morfologisen jatkuvuuden varmistamiseen tähtäävien toimenpiteiden yksilöimiseksi yhtenäiselle pintavesimuodostumalle asetettujen ympäristötavoitteiden yhteydessä, mukaan lukien kalojen vaelluksessa nykyisin käytettävien laitteiden toiminnan analysoinnin/arvioinnin suorittamistapa (mukaan lukien metodinen lähestyminen vaeltamista estävien rakenteiden yksilöimiseksi, sen määrittämiseksi, onko yksilöityihin rakenteisiin asennettu kalojen vaeltamisen mahdollistavia laitteita, käytössä olevien laitteiden toiminnan arvioimiseksi ympäristötavoitteiden saavuttamisen yhteydessä, tätä koskevien toimenpiteiden määrittämiseksi),
 3. suunnitelma ympäristötavoitteiden saavuttamista koskevien poikkeusten yksilöimiseksi perusteluineen,

4. lähestymistapa yhtenäisten pinta- ja pohjavesimuodostumien merkitsemiseksi kartta-aineistoihin tavalla, joka mahdollistaa vesien paikallisen käytön paikantamisen suhteessa vähintäänkin maastoon ja jota tarkoitetaan hankintasopimuksen kohteen kuvauksen IV vaiheen 28 r kohdassa.
- 7 Hankintasopimuksen toteuttamistavan kuvausta koskevan perusteen mukaan tarjoukseen oli puolestaan sisällytettävä:
1. kuvaus mahdollisista riskeistä eri tehtävien asianmukaiselle toteuttamiselle kussakin hankintasopimuksen vaiheessa ja näiden riskien estämis- ja ehkäisytoivoista riskirekisterin muodossa sekä arviointi riskien toteutumisen mahdollisesta todennäköisyydestä ja uhan tasosta,
 2. työryhmän organisaatorakenne: asemat, vastuualueet ja niiden yhteys ilmoitettuun aineelliseen pätevyYTEEN, tiedonkulku,
 3. lisäarvoa koskevat ehdotukset, joita ei ole sisällytetty hankintasopimuksen kohteen yksityiskohtaiseen kuvaukseen ja jotka vaikuttavat hankintasopimuksen kohteen laatuun ja toteuttamiseen.
- 8 Perusteiden osaperusteet arvioitiin tiettyä pistemäärää vastaavia kuvaavia arvioita sisältävien taulukoiden mukaan. Kuvaavat arviot ilmaisivat, täytyivätkö tarjouspyyntöasiakirjoissa asetetut edellytykset, ilmenikö asiavirheitä, selostettiin kaikki osaperusteet, kuinka moni osaperuste oli selostettu selkeästi ja täydellisesti, kuinka moni kutakin osaperustetta varten ehdotetuista ratkaisuksista on optimaalinen ja korkealaatuiset ja luotettavat työtulokset takaava sekä kuinka paljon kuvauksessa oli lisäarvoa, jota ei ole sisällytetty hankintasopimuksen kohteen yksityiskohtaiseen kuvaukseen ja joka vaikuttaa hankintasopimuksen kohteen laatuun ja toteuttamiseen.
- 9 Tarjoukset saivat seuraavat pisteet:
1. CDM – hinta (21.517.620 Puolan zlotya (PLN)): 33,61 pistettä, kehityssuunnitelma: 29 pistettä, kuvaus hankintasopimuksen toteuttamistavasta: 12 pistettä, yhteensä: 74,61 pistettä (edullisin tarjous),
 2. Valittaja – hinta (18.081.000 PLN): 40 pistettä, kehityssuunnitelma: 7 pistettä, kuvaus hankintasopimuksen toteuttamistavasta: 15 pistettä, yhteensä: 62 pistettä,
 3. Multiconsult – hinta (20.662.770 PLN): 35 pistettä, kehityssuunnitelma: 14 pistettä, kuvaus hankintasopimuksen toteuttamistavasta: 9 pistettä, yhteensä: 58 pistettä,
 4. Arup – hinta (18.240.900 PLN): 39,65 pistettä, kehityssuunnitelma: 9 pistettä, kuvaus hankintasopimuksen toteuttamistavasta: 6 pistettä, yhteensä: 54,65 pistettä.

- 10 Valittaja jätti Krajowa Izba Odwoławczan (kansallinen muutoksenhakulautakunta, Puola) puheenjohtajalle valituksen, jossa se vaati talouden toimija CDM:n tarjouksen valinnan kumoamista, tarjousten uudelleentarkastelua ja uudelleenarviointia, seuraavien liikesalaisuutena salattujen asiakirjojen ja tietojen salauksen poistamista ja asettamista saataville: CDM, Multiconsult ja Arup – kehityssuunnitelma ja hankintasopimuksen toteuttamistavan kuvaus, CDM:n liikesalaisuutena salaamat asiakirjat ja tiedot (luettelo palveluista, luettelo henkilöistä, suositukset, tarjouslomakkeen 5 ja 13 kohta), sekä pisteytyksen muuttamista valittajan hyväksi ja CDM:n vahingoksi, CDM:lle, Multiconsultille ja Arupille annettuja pisteitä koskevien aineellisten perustelujen asettamista saataville sekä valittajan esittämän tarjouksen valitsemista edullisimpana tarjouksena.
- 11 Arup, CDM ja Multiconsult osallistuivat muutoksenhakumenettelyyn hankintaviranomaisen puolella.
- 12 Valittaja esitti valituksensa tueksi seuraavat perusteet:
- salauksen poistamatta jättäminen niiden tietojen osalta, joiden perusteella pisteet laatua koskevista arviointiperusteista on annettu, sekä muiden sellaisten tietojen osalta, joita CDM ei ole tehokkaasti salannut liikesalaisuutena, mikä on julkisista hankinnoista annetun lain 7 §:n 1 ja 3 momentin, luettuna yhdessä saman lain 8 §:n 1, 2 ja 3 momentin, luettuna yhdessä vilpillisen kilpailun estämisestä annetun lain 11 §:n 2 momentin kanssa, vastaista;
 - laatu- ja arviointiperusteiden arviointia koskevien asianmukaisten perustelujen esittämättä jättäminen, mikä on julkisista hankinnoista annetun lain 92 §:n 1 momentin, luettuna yhdessä saman lain 7 §:n 1 momentin kanssa, vastaista;
 - valittajan ja CDM:n tekemien tarjousten jättäminen arvioimatta tarjousten arviointiperusteiden mukaisesti ja CDM:n tekemän tarjouksen valitseminen edullisimpana tarjouksena, vaikka tarjousten arviointiperusteiden mukaan edullisimpana tarjouksena olisi valittava valittajan tarjous, mikä on julkisista hankinnoista annetun lain 92 §:n 1 momentin, luettuna yhdessä saman lain 7 §:n 1 momentin kanssa, vastaista.

Pääasian asianosaisten keskeiset perustelut

- 13 Perusteluissaan valittaja totesi väitteestään, joka koski sellaisten tietojen paljastamatta jättämistä, joita CDM, Multiconsult ja Arup eivät olleet tehokkaasti salanneet liikesalaisuutena, että julkisen tiedon avoimuuden periaate, sellaisena kuin se ilmenee Puolan tasavallan perustuslain 54 ja 61 §:stä sekä julkisen tiedon saatavuudesta 6.9.2001 annetun lain (ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, Dz. U. nro 112, järjestysnumero 1198) säännöksistä, on yksi Puolan tasavallan oikeusjärjestyksen peruseriaatteista. Mahdollisuutta sulkea pois hankintamenettelyn julkisuus ei saa nimittäin väärinkäyttää tai tulkita laajasti, sillä menettelyn julkisuuden periaate on yleisperiaate, josta tehtyjä

poikkeuksia ei voida tulkita siten, että ne johtaisivat tämän periaatteen rajoittamiseen. Kyseistä oikeutta ei voida käyttää ainoastaan talouden toimijoiden välisessä kilpailussa, vaan sitä voidaan soveltaa ainoastaan tiukasti vilpillisen kilpailun estämisestä annetun lain 11 §:n 2 momentissa esitetyn määritelmän rajoissa. Julkisista hankinnoista annetun lain 96 §:n 3 momentin nojalla pöytäkirja ja sen liitteet ovat julkisia, ja ne on asetettava kaikkien asianomaisten henkilöiden saataville riippumatta heidän oikeudellisista tai tosiasiallisista intresseistään. Hankintasopimusta tavoittelevien talouden toimijoiden on varauduttava siihen, että niiden tarjoukset ovat lähtökohtaisesti julkisia, ja oltava tietoisia seurauksista, joita voi koitua osallistumisesta julkisia hankintoja koskevissa säännöksissä säädettyihin menettelyihin.

- 14 CDM:n, Multiconsultin ja Arupin esittämät perustelut liikesalaisuutena salaamiselle ovat lyhytsanaisia ja rajoittuvat lähinnä oikeuskäytännön siteeraamiseen. Julkisista hankinnoista annetun lain 8 §:n 3 momentista ilmenee yksiselitteisesti, että liikesalaisuutena voidaan salata ainoastaan salainen tieto, ei siis asiakirjaa, johon tällainen tieto voi osittain sisältyä. Talouden toimijat CDM, Multiconsult ja Arup ovat kuitenkin salanneet liikesalaisuutena kokonaisia asiakirjasarjoja ilman, että tällaista menettelytapaa olisi asianmukaisella tavalla osoitettu lailliseksi. Hankintaviranomaisen on tarkistettava yksityiskohtaisesti, onko liikesalaisuutena salaaminen ollut tehokasta ja miltä osin, jo senkin vuoksi, että nämä asiakirjat suoraan vaikuttavat tarjousten arviointiin muodostaen yhteensä jopa 60 prosenttia tarjousten arviointiperusteista. Sen sijaan hankintaviranomainen on kriittikittömästi hyväksynyt talouden toimijoiden selitykset, minkä seurauksena valittajan on vaikea ottaa kantaa siihen, onko näille talouden toimijoille annettu tietty pistemäärä perusteltu. Tällainen menettelytapa on selvästi hankintamenettelyn julkisuusperiaatteen vastainen.
- 15 Kilpailijoiden salaamien asiakirjojen ja tietojen osalta valittaja totesi, että kyseinen kilpailija oli aikaisemmin paljastanut tämäntyyppisiä tietoja menettelyissä, joissa se tavoitteli hankintasopimusta, että oli salattuja asiakirjoja, jotka oli julkaistu internetsivuilla, että salattuihin luetteloihin sisältyvissä hankintasopimuksissa oli kyse palveluista, jotka oli suoritettu hankintaviranomaisille, joiden on noudatettava julkisista hankinnoista annettua lakia, joten tiedot ovat julkisia, ja että kyseinen talouden toimija ei ole toteuttanut asianmukaisia toimenpiteitä luottamuksellisuuden säilyttämiseksi, toisin kuin se hankintaviranomaiselle antamassaan ilmoituksessa väitti.
- 16 Liittyen väitteeseen, jonka mukaan CDM:lle, Multiconsultille ja Arupille annettuja pisteitä koskevat perustelut eivät olleet riittävän kattavia, valittaja on todennut, että koska päätöstä ei ole aineellisesti perusteltu talouden toimijoille annetun pistemäärän osalta, valittajalla ei ole ollut mahdollisuutta ottaa tarkkaa kantaa hankintaviranomaisen arvioon. Hankintaviranomaisen talouden toimijoille toimittamien päätöksen perustelujen lyhytsanaisuus vaikeuttaa hankintaviranomaisen toiminnan säännönmukaisuuden valvontaa ja oikeussuojakeinojen käyttämistä.

- 17 Hankintaviranomainen on korostanut, että talouden toimijan oikeudelle salata tarjouksen jokin osa on annettava sama arvo kuin menettelyn julkisuuden periaatteelle. Tiedot salaavan yksikön on pyrittävä uskottavalla tavalla selittämään, miksi salatut tiedot ansaitsevat liikesalaisuudelle kuuluvaa suojaa, tähän liittyvät väitteet on pystyttävä näyttämään toteen ja perustelujen on oltava vakuuttavia, johdonmukaisia ja loogisia, minkä lisäksi niissä on otettava huomioon menettelyn ja salattujen tietojen erityispiirteet. Kaikki talouden toimijat ovat noudattaneet tätä.
- 18 Eräs muutoksenhakumenettelyyn hankintaviranomaisen puolella osallistuneista talouden toimijoista väitti, että direktiivi 2016/943 on annettu sellaisten tietojen suojaamiseksi, jotka ovat osaamistalouden valuuttaa ja takaavat kilpailuedun. Yritykset kohtelevat näitä tietoja samalla tavoin kuin patenteja ja muita teollis- ja tekijänoikeuksien lajeja. Mainitun direktiivin johdanto-osan 18 perustelukappaleesta ilmenee selvästi, että direktiivillä ei vapauteta viranomaisia liikesalaisuuksien salassapitovelvoitteista myöskään hankintamenettelyjen puitteissa. Talouden toimijan liikesalaisuuksiksi määrittelemien tietojen salassapitovelvollisuus perustuu direktiivin 2014/24 21 artiklan 1 kohtaan. Poikkeuksen hankintamenettelyn julkisuuden yleisestä periaatteesta (julkisista hankinnoista annetun lain 8 §:n 1 momentti) muodostaa liikesalaisuuden muodostavien tietojen suojaamisen periaate vilpillisen kilpailun estämistä koskevissa säännöksissä tarkoitettulla tavalla (julkisista hankinnoista annetun lain 8 §:n 3 momentti). Liikesalaisuuden määritelmä on sisällytetty vilpillisen kilpailun estämisestä annetun lain 11 §:n 2 momenttiin. Hankintamenettelyn julkisuuden periaate ei ole ehdoton. Hankintaviranomainen arvioi, mikä on ja mikä ei ole lakisääteisesti suojattua tietoa, ja toteuttaa suojelutoimenpiteet tämän päätöksen perusteella. Hankintaviranomaisen toimet eivät saisi aiheuttaa talouden toimijoille sitä vaaraa, että niille aiheutuu vahinkoa tietojen salauksen poistamisesta.
- 19 Kun tarkastellaan liikesalaisuuden olennaisena tunnusmerkkinä vaatimusta, jonka mukaan tiedoilla on oltava kaupallista arvoa, TRIPS-sopimuksen (Maailman kauppajärjestön perustamissopimuksen liitteenä oleva 15.4.1994 tehty teollis- ja tekijänoikeuksien kaupan liittyviä näkökohtia koskeva sopimus) 39 artiklan mukaan suojattua on sellainen tieto, jolla on kaupallista arvoa, koska se on luottamuksellista. Tämä merkitsee, että tällä tiedolla on oltava talouden toimijalle tiettyä taloudellista arvoa nimenomaan siksi, että kyseistä tietoa pidetään luottamuksellisena.
- 20 Laatu koskevien arviointiperusteiden mukaan arvioitavien asiakirjojen salaukseen liittyen hankintaviranomainen ja sen puolella muutoksenhakumenettelyyn osallistuneet talouden toimijat väittävät, että nämä asiakirjat ovat laatijoidensa luomuksia, yksittäisten talouden toimijoiden eräänlaista aineetonta omaisuuttaan, heidän *taitotietoaan*. Ne ovat tekijänoikeudesta ja lähioikeuksista 4.2.1994 annetussa laissa (ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. 1994, nro 24, järjestysnumero 83) tarkoitettuja teoksia, joiden osalta tekijällä/talouden toimijalla on yksinoikeus hyödyntää niitä ja määrätä niiden käyttämisestä kaikilla kentillä,

mukaan lukien oikeus valvoa teoksen hyödyntämistä ja oikeus päättää teoksen ensimmäisestä asettamisesta saataville. Näiden asiakirjojen paljastaminen voisi vakavasti vahingoittaa talouden toimijoiden etuja, koska niillä on taloudellista arvoa, ja talouden toimijat ovat toteuttaneet tarvittavat toimenpiteet, jotta niitä ei paljastettaisi yleisön tietoon; näitä ovat esimerkiksi asianmukaiset sisäiset menettelyt, luottamuksellisuuslausekkeet, työjärjestelyt, kiinteistöön pääsyn valvonta sekä sähköisten asiakirjojen (käyttäjätunnus ja salasana) ja fyysisten asiakirjojen (kaappi) suojaaminen.

- 21 Hankintaviranomainen on täsmentänyt, että kaikki talouden toimijoiden esittämät suunnitelmat on laadittu nimenomaan kyseistä hankintamenettelyä varten ja sisältävät ainutkertaisia ratkaisuja. Sen sijaan niihin sisältyvät ideat eivät ole innovatiivisia, koska hankintaviranomainen ei odota innovointia vaan tarjouspyyntöasiakirjassa esitettyjen edellytysten täyttämistä siten, että ratkaisuilla pyrittäisiin saavuttamaan parhaat tulokset ja ne olisivat oikeita. Suunnitelman paljastaminen voi vahingoittaa sen tekijän etuja, koska toinen talouden toimija voi tarjota lyhyemmän suoritusajan tai edullisemman suoritushinnan, suunnitelmaa voidaan käyttää hyväksi, sillä se ei ole kertaluonteinen toimi, koska kyseinen hankintasopimus liittyy muihin hankintasopimuksiin ja asiantuntijat tai yritykset voivat esiintyä muiden hankintasopimusten yhteydessä, ja kilpailija voi suunnitelman perusteella arvioida, kuka sopimuksen toteutukseen osallistuu, ja tämä henkilö voidaan lahjoa.
- 22 Suoritetuista palveluista esitettyjen luetteloiden ja suositusten salaamisesta on todettava, että palveluista esitetyissä luetteloissa olevien tietojen avulla kilpailijat voivat saada tietoonsa useita talouden toimijan toimintaan liittyviä seikkoja (toiminnallinen profiili tietyinä ajankohtana, toteutettujen sopimusten lajit, palvelujen vastaanottajat). Lisäksi palveluista esitetyistä luetteloista ilmenee palvelujen suorituksesta saatu liikevaihto, mikä on myös liikesalaisuus.
- 23 Henkilöistä esitettyjen luetteloiden salaamisesta on todettava, että luetteloissa on henkilöiden tunnistetietoja, mikä voi aiheuttaa talouden toimijalle tappiota, jos kilpailijat yrittävät palkata nämä henkilöt itselleen. Samoin tarjouslomakkeissa on kolmansista osapuolista, jotka antavat käyttöön resursseja, erityisiä tietoja, joilla on kaupallista arvoa. Talouden toimijoiden toiminta muodostuu lähinnä konsulttipalvelujen tarjoamisesta, eikä niillä ole muuta omaisuutta kuin henkilöstön luoma aineeton omaisuus. Kyseessä olevia palveluja koskevissa tarjouspyyntöasiakirjoissa edellytetään erittäin ammattitaitoista henkilökuntaa ja hankintasopimuksen toteuttamiseen ehdotettujen henkilöiden tietojen suojaamista. Henkilöstöresursseja koskevilla tiedoilla on talouden toimijoille taloudellista merkitystä ja ne liittyvät talouden toimijan yrityksen toimintaperiaatteisiin, sisäiseen rakenteeseen ja toiminnan järjestämiseen.
- 24 Hankintaviranomaisen oikeudenkäynnissä esittämästä näkemyksestä ilmeni lisäksi, että tämältyyppinen selvitysten salaaminen on hankintamenettelyissä yleinen käytäntö. Talouden toimijat käyttävät kaavamaisia perusteluja tietojen

salaamiseksi liikesalaisuutena. Hankintaviranomaisen pyytämät asiakirjat liittyvät toisiinsa eikä niitä voida erottaa toisistaan.

- 25 Liittyn väitteeseen, jonka mukaan annettuja pisteitä ei perusteltu riittävän kattavasti, hankintaviranomainen väittää, että se on arvioinut kaikki teemat, osaperusteet ja perusteet noudattaen tarjouspyyntöasiakirjoissa esitettyjä menettelyjä ja periaatteita. Jokainen tarjous on käyty seikkaperäisesti läpi ja arvioon on liitetty yksityiskohtainen perustelu, joka toimitettiin talouden toimijoille 12.3.2020. Kaikille talouden toimijoille toimitetut pisteytyksen perustelut on laadittu sellaisella tarkkuudella, että niistä voidaan vaikeuksitta tarkistaa annetun pistemäärän oikeellisuus ja laskea, kuinka monessa tapauksessa tietty teema arvioitiin selkeäksi ja kattavaksi sekä kuinka paljon ehdotettua lisäarvoa hankintaviranomainen on sellaiseksi hyväksynyt. Tämä tarkistaminen edellytti seikkaperäistä tutustumista tarjousten arviointiperiaatteisiin ja näiden periaatteiden perinpohjaista ymmärtämistä, mitä valittaja ei väitteistään ja tarjousten arviointiperustelujen yksittäisten osien virheellisestä tulkinnasta päätellen tehnyt. Valittajan esittämät perustelut osoittavat, että se ei ymmärrä perusteiden ja osaperusteiden arvion rakennetta ja esittää siksi valituksessaan virheellisiä väitteitä ja päätelmiä hankintaviranomaisen väitettyjen sääntöjenvastaisuuksien tai puolueellisuuden tueksi. Osaperusteiden pisteytys riippui niiden teemojen määrästä, jotka täyttivät määritellyt edellytykset, joita olivat ratkaisujen optimaalisuus ja korkealaatuisten ja luotettavien työtulosten takaaminen, sekä niiden hankintasopimuksen kohteen kuvausta laajemmalle ulottuvien tekijöiden määrästä, joiden on katsottu vaikuttavan myönteisesti hankintasopimuksen toteuttamisen laatuun. Lisäksi hankintaviranomainen oli pisteytyssääntö sisältävän taulukon alla täsmentänyt tarkoittavansa ilmauksella ”ratkaisut, jotka ovat optimaalisia ja takaavat korkealaatuiset ja luotettavat työtulokset” sitä, että ”talouden toimija esittää riittävän tarkat analyysit ja/tai soveltaa asianmukaisia työkaluja ja/tai suorittaa lähdetietojen tehokkaan ja aineellisen tarkistuksen ja/tai toteuttaa tehokkaat toimenpiteet tietojen ja analyysien tyhjentävyyden varmistamiseksi”. Hankintalautakunta on soveltanut näitä periaatteita johdonmukaisesti kutakin tarjousta arvioidessaan, eivätkä ne herättäneet valittajan tai muiden talouden toimijoiden epäilyksiä hankintamenettelyn vaiheessa. Hankintaviranomaisen valitsemaan tarjousten arviointitapaan ei liittynyt epäselvyyksiä, sillä tarjouspyyntöasiakirjoista ei esitetty mitään kysymyksiä tai muutospyyntöjä. Näin ollen hankintaviranomainen katsoo, että ne on laadittu sääntöjenmukaisesti.

Yhteenveto ennakkoratkaisupyynnön perusteista

- 26 Ennakkoratkaisupyyntöön sisältyvä ensimmäinen kysymysryhmä koskee talouden toimijoiden tietojen salaamista liikesalaisuutena.
- 27 Unionin tuomioistuimen 29.3.2012 antaman tuomion SAG ELV Slovensko a.s, C-599/10, mukaan hankintaviranomaisen on kohdeltava ehdokkaita yhdenvertaisesti ja lojaalisti, jotta tarjousten valintamenettelyn päätyttyä ja sen lopputuloksen

valossa talouden toimijat eivät voisi saada sellaista vaikutelmaa, että hankintaviranomainen on perusteettomasti suosinut tai syrjinyt ehdokkaita. Tämän tuloksen saavuttaminen liittyy suoraan hankintasopimusten tekemisen läpinäkyvyyteen, mikä taas on yhteydessä niiden avoimuuteen menettelyn osapuolille. Menettelyn julkisuutta voidaan rajoittaa, mutta kansallisessa oikeudessa ei ole otettu käyttöön tällaisia rajoituksia julkisista hankinnoista annetun lain 7 §:n 1 momentissa ilmaistuihin vilpittömän kilpailun, yhdenvertaisen kohtelun ja menettelyn avoimuuden periaatteiden suhteen. Myöskään direktiivin 2014/24 21 artiklan 1 kohdan ja direktiivin 2016/943 2 artiklan 1 alakohdan säännösten vaikutuksena ei saa olla se, että direktiivin 2014/24 18 artiklan 1 kohdassa mainittuja periaatteita ei noudateta.

- 28 Puolan oikeusjärjestyksen nojalla talouden toimijoilla on lähtökohtaisesti rajoittamaton oikeus tutustua hankintamenettelyä koskeviin asiakirjoihin (julkisista hankinnoista annetun lain 96 §). Tämän oikeuden puuttuminen tai rajoittaminen johtaa siihen, että talouden toimijoiden luottamus hankintaviranomaisten päätöksiin ja siten koko julkisten hankintojen järjestelmään heikentyy seurauksena julkisuuden puuttumisesta ja siitä, ettei hankintaviranomaisen ja kilpailijoiden toimintaa voida tarkastaa. Lisäksi se tekee talouden toimijoille vaikeammaksi tai jopa mahdottomaksi käyttää tehokkaasti oikeussuojakeinoja.
- 29 Se, että talouden toimijat seuraavat menettelyjen kulkua, tutustuvat kilpailijoiden tarjouksiin ja tarkistavat nämä tarjoukset sekä hankintaviranomaiselle toimitetut tiedot, on kansallisissa hankinnoissa yleinen käytäntö, minkä osoittavat Krajowa Izba Odwoławczalle tehdyt valitukset, joista suurin osa koskee sääntöjenvastaisesti tehtyjen tarjousten hylkäämättä jättämistä ja sitä, että talouden toimijoita, jotka eivät ole osoittaneet täyttävänsä menettelyyn osallistumisen edellytyksiä tai ovat toimittaneet hankintaviranomaiselle väärää tietoa, ei ole suljettu pois. Talouden toimijoilla on usein paljon parempi ammatillinen tietämys hankintasopimuksen kohteesta ja alan tilanteesta kuin hankintaviranomaisilla, ja ne käyttävät mielellään saatavilla olevaa julkista tietoa kilpailijoiden toimittamien tietojen tarkistamiseksi, minkä ansiosta ne pystyvätkin usein muuttamaan menettelyn lopputulosta.
- 30 Yhä useammin tulee vastaan käytäntö, jossa tämä pyritään torjumaan salaamalla menettelyssä esitetyt asiakirjat tai niiden osat liikesalaisuutena. Tämä koskee hankintaviranomaisten pyytämiä asiakirjoja, jotka liittyvät talouden toimijoiden poissulkemisperusteisiin, menettelyyn osallistumisen edellytysten ja tarjouspyyntöasiakirjoissa esitettyjen vaatimusten täyttämiseen sekä tarjousten arviointiperusteisiin. Kun tällaiset asiakirjat salataan, syntyy vaikutelma, että niiden sisältö halutaan suojata kilpailijoilta, jotta nämä eivät huomaisi perusteita talouden toimijan poissulkemiselle tai tarjouksen hylkäämiselle, joita hankintaviranomainen ei huomaa itsekään, eivätkä kyseenalaistaisi tapaa, jolla tarjous on arviointiperusteiden mukaan arvioitu.

- 31 Sąd Najwyższy (ylin tuomioistuin, Puola) vuonna 2005 antaman päätöksen mukaan tietojen salaaminen liikesalaisuutena, vaikka tiedot eivät luonteeltaan ole liikesalaisuuksia, ei johda tarjouksen hylkäämiseen lain vastaisena vaan ainoastaan asettaa hankintaviranomaiselle velvollisuuden tarkistaa salatut tiedot ja paljastaa ne. Tästä johtuen talouden toimijat ovat asteittain alkaneet salata yhä laajempia tietokokonaisuuksia, koska tästä ei aiheudu niille mitään kielteisiä seurauksia. Tiedot salataan tilanteen mukaan, eli talouden toimijat saattavat salata tai paljastaa samat tiedot sen mukaan, mikä on niille edullista. Talouden toimijat salaavat usein kokonaisia asiakirjoja, ja kun niitä oikeudenkäynnissä pyydetään osoittamaan, mitkä kohdat sisältävät liikesalaisuuden ja miksi, ne eivät kykene vastaamaan tai osoittavat ainoastaan yksittäisiä tietoja tai lyhyitä otteita.
- 32 Hankintaviranomaiset varovat yhtäältä paljastamasta salattuja asiakirjoja, vaikka arvioisivatkin, etteivät ne ole liikesalaisuuksia, koska pelkäävät mahdollisia ongelmia ja korvausvaateita. Toisaalta se on niille kätevää, koska tämän johdosta muut talouden toimijat eivät voi tutustua näihin asiakirjoihin, mikä estää niitä riitauttamasta tehokkaasti hankintaviranomaisten päätöksiä ja rajoittaa näihin päätöksiin kohdistuvia valituksia.
- 33 Edellä kuvattua ongelmaa yritettiin korjata vuonna 2014 muuttamalla julkisista hankinnoista annetun lain 8 §:n 3 momenttia siten, että talouden toimijoille asetettiin velvollisuus osoittaa, että salatut tiedot ovat liikesalaisuuksia.
- 34 Viime vuosina sekä direktiiviin 2014/24 että direktiiviin 2016/943 on lisätty säännöksiä, jotka ovat omiaan vain lisäämään entisestään hankintaviranomaisten ja päättävien viranomaisten epävarmuutta siitä, mitä tosiasiallisia mahdollisuuksia talouden toimijoilla on tietojen salaamiseksi hankintamenettelyssä. Nämä epäilyt liittyvät pääosin mainituissa direktiiveissä käytettyihin määritelmiin.
- 35 Direktiivin 2014/24 21 artiklan 1 kohdassa nimittäin todetaan, että hankintaviranomainen ei saa paljastaa talouden toimijoiden sille toimittamia tietoja, jotka nämä ovat määritelleet luottamuksellisiksi, mukaan lukien muttei yksinomaan tekniset tai liikesalaisuudet ja tarjouksiin liittyvät luottamukselliset näkökohdat. Direktiivin 2016/943 2 artiklan 1 alakohdassa liikesalaisuus määritellään tiedoksi, joka ”on salaista siinä mielessä, että se ei ole kokonaisuudessaan tai osiensa täsmällisenä kokoonpanona ja yhdistelmänä – yleisesti tiedossa tai helposti saatavissa” ja jolla ”on kaupallista arvoa, koska se on salaista”. Näissä säännöksissä korostetaan siis sitä, että yrittäjä pitää jotakin tietoa salaisena, eikä näiden tietojen luonnetta. Direktiivien säännöksissä ei myöskään painoteta talouden toimijan velvollisuutta osoittaa, että kyseinen tieto tai asiakirja muodostaa liikesalaisuuden, eikä myöskään hankintaviranomaisen velvollisuutta tarkistaa, onko sen salaaminen ollut perusteltua.
- 36 Talouden toimijat pyrkivät käyttämään hyväksi direktiivien säännösten hyvin yleistä muotoilua ja tulkitsemaan niitä – erityisesti direktiivin 2016/943 2 artiklan 1 alakohtaa – niin, että ne antavat mahdollisuuden salata mitkä tahansa tiedot tai asiakirjat, joita talouden toimijat eivät halua paljastaa menettelyssä muille

talouden toimijoille. Kyseessä voi olla mikä tahansa yksinomaan hankintamenettelyä varten laadittu asiakirja tai tarjouksen olennainen osa. Talouden toimijoille näiden tietojen kaupallinen arvo perustuu nimenomaan siihen, että ne ovat salaisia, sillä jos ne eivät olisi salaisia, kilpailijat voisivat löytää tarjouksista puutteita. Tämä ei kuitenkaan ole se tavoite, johon pyritään direktiivin 2014/24 21 artiklan 1 kohdassa ja direktiivissä 2016/943 tarkoitetulla mahdollisuudella turvata talouden toimijoille tietojen suojaaminen. Lisäksi tämä ei vastaa yleistä käsitystä siitä, miten vilpittömän kilpailun olosuhteissa toimitaan.

- 37 Nyt käsiteltävässä asiassa riita koskee kahdentyyppisten asiakirjojen salaamista: asiakirjojen, joissa kuvataan hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valitun talouden toimijan subjektiivinen tilanne, joka liittyy sen kokemukseen, yksiköihin ja hankintasopimuksen toteuttamista varten ehdotettuun henkilöstöön, sekä asiakirjojen, joissa kuvataan hankintasopimuksen toteuttamistapaa.
- 38 Kun katsotaan asiakirjoja, joissa kuvataan hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valitun talouden toimijan subjektiivista tilannetta, joka liittyy sen kokemukseen, yksiköihin ja hankintasopimuksen toteuttamista varten ehdotettuun henkilöstöön, hankintaviranomainen vaatii virallisia ja vakiomuotoisia asiakirjoja ja tietoja, jotka on määritelty direktiivin 2014/24 59 ja 60 artiklassa ja liitteessä XII olevassa II osassa sekä julkisista hankinnoista annetussa laissa ja asetuksessa asiakirjatyypeistä, joita hankintaviranomainen voi pyytää talouden toimijalta hankintamenettelyssä.
- 39 Kun otetaan huomioon se, että unionin lainsäätäjä on yksilöinyt hankintaviranomaisille toimitettavat konkreettiset tiedot, voidaan päätellä, että se on lähtenyt siitä, että kyse ei ole liikesalaisuuksina pidettävistä tiedoista. Se, mitä tietoja toimitetaan, määräytyy hankintaviranomaisen vaatimusten mukaan, eikä niissä edellytetty sopimukseen, erityisesti rahoitukseen, liittyvien yksityiskohtien tai muiden arkaluonteisten tietojen esittämistä.
- 40 Kun tarkastellaan tietoja menestyksellisesti toteutetuista hankkeista sekä vastaanottajien suosituksia ja henkilöstön tai tutkijoiden erityispätevyyksiä, niitä mainostetaan ja julkaistaan usein internetsivuilla uusien asiakkaiden hankkimiseksi ja arvostuksen saamiseksi. Ne eivät siis luonteensa vuoksi muodosta liikesalaisuutta.
- 41 Kun talouden toimijat ilmoittavat mainittujen tietojen salaamisen syyksi sen, että hankintasopimuksen toteuttamiseen osoitettavaan työryhmään ehdotetut henkilöt taikka resurssiaan tarjoavat yksiköt tai alihankkijat voidaan houkutellessa pois tai ”lahjoa”, syntyy epäily siitä, onko talouden toimijan ja sen osoittaman henkilön tai yksikön välillä todellista yhteyttä ja ovatko ilmoitetut henkilöt tai yksiköt ja niiden resurssit todella talouden toimijan käytettävissä. Talouden toimijan on päätettävä, voiko se todella vedota siihen, että sen ilmoittamat resurssit, joilla käsiteltävässä asiassa on yhteyttä paitsi hankintaviranomaisen vähimmäisvaatimusten täyttämiseen myös tarjousten arviointiperusteisiin, ovat todella sen käytettävissä. Kyse on henkilöistä, jotka osoitetaan tarkastellun

perusteen yhteydessä ja joiden osallistuminen hankintamenettelyyn johtaa siihen, että tarjoukselle annetaan lisäpisteitä.

- 42 Käytännössä Krajowa Izba Odwoławcza ei ole havainnut, että julkisten hankintojen markkinoilla olisi olemassa henkilöstön tai kolmansien osapuolten/alihankkijoiden ”lahjomiseen” liittyvää aitoa ongelmaa tai muita menettelytapoja, joita ei voitaisi lukea henkilöstön normaalin vaihtuvuuden tai yrittäjien sopimusvapauden ilmiöiden piiriin. Arvostetut alan ammattilaiset – erityisesti ne, joilla on kapeaa erikoisosaamista – ovat useimmiten tunnettuja, ja heidän palkkaamisestaan kiinnostunut yksikkö pystyy ottamaan heihin yhteyttä, minkä lisäksi on olemassa erikoistuneita rekrytointiyrityksiä. Selvitysten laatijat eivät salaa ammatillisia saavutuksiaan ja esittelevät niitä usein julkisesti, erityisesti jos he tekevät tieteellistä työtä. Lisäksi on niin, että jos työtehtävä on ammatillisesta näkökulmasta kiinnostava ja arvostettu tai taloudellisesti tuottava, nämä henkilöt haluavat suorittaa sen riippumatta siitä, minkä yksikön palveluksessa heidän on työskenneltävä. Sama koskee alihankkijoita. Ei ole myöskään kiellettyä, että useampi kuin yksi talouden toimija nimeää saman henkilön, saman alihankkijan tai saman kokemustaan tarjoavan yksikön, kun lopulta kuitenkin vain yksi talouden toimija voi saada hankintasopimuksen. Ratkaisevaa on siis pikemminkin se, mikä talouden toimija saa kyseisen sopimuksen ja mitkä ovat sen tarjoamat yhteistyön ehdot. Kuten direktiivistä 2016/943 ilmenee, direktiiviä ei ole tulkittava siten, että sillä rajoitetaan sijoittautumisvapautta, työntekijöiden vapaata liikkuvuutta tai työvoiman liikkuvuutta (1 artiklan 3 kohta ja johdanto-osan 13 perustelukappale).
- 43 Lisäksi tällaiset tarjoukseen sisältyvät tiedot voivat olla liikesalaisuuksia, mutta ennen tämän tarjouksen jättämistä, kun talouden toimijat etsivät henkilökuntaa, alihankkijoita, resurssejaan tarjoavia yksiköjä ja niin edelleen. Tarjousten jättämisen jälkeen sekä tarjousten sisällön muuttamista koskevan kiellon vuoksi (julkisista hankinnoista annetun lain 87 §:n 1 kohta) tiedot henkilöstöstä tai yksiköistä, joiden kanssa kilpailija aikoo tehdä yhteistyötä, ovat hyödyttömiä. Se, onko tällaisista henkilöistä hyötyä tulevaisuudessa, riippuu puolestaan siitä, tulevatko he täyttämään muiden hankintasopimusten konkreettiset vaatimukset.
- 44 Toinen talouden toimijoiden salaama asiakirjatyyppejä ovat hankintaviranomaisen edellyttämät selvitykset, joiden pohjalta suoritetaan tarjousten arviointi laatuperusteiden mukaan, eli ”Kehityssuunnitelma” ja ”Hankintasopimuksen toteuttamistavan kuvaus”. Hankintaviranomainen ja sen puolella muutoksenhakumenettelyyn osallistuneet talouden toimijat perustelivat näiden asiakirjojen salaamista lähinnä sillä, että nämä selvitykset ovat niiden luomuksia ja aineetonta omaisuutta.
- 45 Krajowa Izba Odwoławcza pohtii, merkitseekö se, että kyseinen tarjouksen osa voidaan katsoa aineettomaksi omaisuudeksi, sitä, että se voi olla liikesalaisuus. Näin voisi toki olla, jos se olisi laadittu talouden toimijan yrityksen omaan käyttöön. Tarjous on kuitenkin laadittu tarjouspyyntöasiakirjassa esitettyjen edellytysten pohjalta, jotta sen perusteella voitaisiin tarkistaa, täyttääkö se

tarjouspyyntöasiakirjoissa (hankintasopimuksen kohteen kuvauksessa) asetetut ehdot ja jotta se voitaisiin arvioida tarjousten arviointiperusteiden mukaan. Ilman tätä tavoitetta on vaikea osoittaa, että näillä selvityksillä on minkäänlaista arvoa. Myöskään se, että selvitystä voidaan pitää talouden toimijan henkisen luomistyön tuloksena syntyneenä teoksena, ei itsessään tee siitä salaista, koska teokset on tapana julkaista tekijän nimellä. Lisäksi hankintaviranomaisen väitettä siitä, että selvitykset eivät sisällä alan kannalta innovatiivisia ratkaisuja, ei ole kiistetty, joten ne sisältävät ammattilaisille saatavissa olevaa tietoa. Näin ollen on epäselvää, voidaanko pelkkää kykyä taitavien selostusten laatimiseen tietystä teemasta pitää liikesalaisuutena.

- 46 Talouden toimijoiden väitteitä kilpailuedusta voidaan soveltaa jokaiseen hankintamenettelyyn. Jos oletetaan, että jo yksistään sellaisten tarjousten laatiminen, jotka sekä täyttävät hankintaviranomaisen edellytykset että saavat tarjousten arviointiperusteista korkeat pisteet, on talouden toimijan liikesalaisuudeksi katsottavaa taitotietoa, tuloksena olisi, että talouden toimijat salaisivat kaikki tarjouksen yksityiskohdat.
- 47 Direktiivin 2016/943 johdanto-osan 14 perustelukappaleen mukaan tiedot voidaan katsoa liikesalaisuudeksi, kun on olemassa sekä oikeutettu intressi pitää ne luottamuksellisina että perusteltu luottamus siihen, että tällainen luottamuksellisuus säilytetään. Tällaisella taitotiedolla tai tiedolla on oltava todellista tai mahdollista kaupallista arvoa. Hankintaviranomaisen ja sen puolella oikeudenkäyntiin osallistuneiden talouden toimijoiden kannanotoissa on sitä vastoin niin paljon oletuksia, jotka ovat ristiriidassa esitettyjen väitteiden kanssa, että herää väistämättä epäilyksiä siitä, voidaanko ilmoitettuja tietojen salauserusteita pitää todellisina ja onko salatuilla asiakirjoilla johdanto-osan 14 perustelukappaleessa tarkoitettua todellista kaupallista arvoa. Toisaalta talouden toimijat ovat kuitenkin yksimielisesti ja voimakkaasti ilmaisseet vastustavansa tietojen paljastamista. Direktiivin 2016/943 säännösten sanamuoto jättää epäselväksi sen, mikä on tältä osin sallittua, eikä tällaisten tietojen salaamisesta liikesalaisuutena ole myöskään olemassa yhtenäistä ja vakiintunutta oikeuskäytäntöä. Näin ollen Krajowa Izba Odwoławczan mukaan on tärkeää, että unionin tuomioistuin vastaa, onko talouden toimijoiden odotus siitä, ettei hankintaviranomainen paljasta kyseisiä asiakirjoja, perusteltu.
- 48 Kun tietyt tiedot salataan liikesalaisuutena, se rajoittaa muiden talouden toimijoiden mahdollisuuden käyttää oikeussuojakeinoja ja usein myös estää sen, kuten käy ilmi nyt käsiteltävässä valituksessa esitetyistä väitteistä ja perusteluista, joissa valittaja toteaa, ettei voi esittää kattavampia perusteluja, koska ei ole pääsyt tutustumaan tietoihin.
- 49 Toinen oikeussuojakeinojen käyttöön liittyvä ongelma on se, että muutoksenhakudirektiivi ja julkisista hankinnoista annettu laki asettavat näiden keinojen käytölle sekä ajallisia että kohteeseen liittyviä rajoituksia.

- 50 Kun katsotaan aikarajoituksia, julkisista hankinnoista annetun lain 182 §:ssä annetaan määräajat, joiden kuluessa hankintaviranomaisen toimiin voidaan hakea muutosta. Nyt käsiteltävässä asiassa muutosta voidaan hakea vain kymmenen päivän kuluessa siitä, kun hankintaviranomainen on ilmoittanut edullisimman tarjouksen valinnasta sekä vahvistamista tarjousten tarkastelun ja arvioinnin tuloksista, minkä jälkeen talouden toimija menettää muutoksenhakuoikeuden ilman, että menetetty määräaika voidaan palauttaa (missään säännöksessä ei säädetä tällaisesta palauttamisesta).
- 51 Valittaja on jättänyt valituksen sekä kaikkien muiden – myös alemmilla sijoilla olevien – tarjousten tietojen salaamisesta, sillä se ei olisi voinut kyseenalaistaa tätä salaamista myöhemmin vaikka tarjousten sijoittumista olisikin muutettu, että myös CDM:n tarjouksen arvioinnista, vaikka ei tiennytkään tämän arvioinnin perusteita.
- 52 Muutoksenhaun kohteeseen liittyvät rajoitukset perustuvat siihen, että julkisista hankinnoista annetun lain 189 §:n 2 momentin 4 ja 5 kohdan mukaan Krajowa Izba Odwoławcza hylkää valituksen, jos se toteaa, että valittaja vetoaa ainoastaan samoihin tosiseikkoihin, jotka ovat olleet Krajowa Izba Odwoławczan sellaisen päätöksen kohteena, joka on annettu saman valittajan samaa menettelyä koskevasta toisesta valituksesta, tai valitus koskee toimea, jonka hankintaviranomainen on suorittanut Krajowa Izba Odwoławczan tai tuomioistuimen tuomion, tai, jos valitusperusteet on hyväksytty, valituksessa esitettyjen vaatimusten, mukaisesti. Jos talouden toimija esittää valituksessaan useita väitteitä, kuten nyt käsiteltävässä asiassa, ja Krajowa Izba Odwoławcza katsoo, että ainoastaan tietyt niistä, esimerkiksi asiakirjojen paljastamatta jättäminen, voidaan vahvistaa, kun taas tarjousten arviointiin liittyviä väitteitä ei voida vahvistaa, hankintaviranomaisella on ainoastaan velvollisuus paljastaa asiakirjat, kun taas tarjouksen valinta voidaan pitää voimassa, jolloin talouden toimija ei voi enää riitauttaa toisen talouden toimijan tarjousta tutustuttuaan sen sisältöön kokonaisuudessaan.
- 53 Krajowa Izba Odwoławcza pohtii, johtaako sen toteaminen, että salatut asiakirjat eivät ole liikesalaisuuksia, jolloin hankintaviranomaisen on paljastettava ne, siihen, että talouden toimija voi jättää uuden valituksen näiden asiakirjojen siitä sisällöstä, josta sillä ei aiemmin ollut tietoa eikä se näin ollen voinut tehokkaasti käyttää oikeussuojakeinoja. Jos talouden toimijalla ei ole tätä mahdollisuutta suoraan lain säännösten (niiden sisällön tai tulkinnan) nojalla, onko Krajowa Izba Odwoławczan annettava sille tämä mahdollisuus päätöksessään, esimerkiksi määräämällä näiden asiakirjojen paljastamisen lisäksi, että edullisimman tarjouksen valintatoimi kumotaan, mikä mahdollistaisi valituksen jättämisen uudelleen valitusta tarjouksesta? Vaihtoehtoisesti, seuraako tällainen mahdollisuus suoraan muutoksenhakudirektiivin säännöksistä tai niiden oikeasta tulkinnasta?
- 54 Ennakkoratkaisupyyntöön sisältyvä toinen kysymysryhmä koskee hankintaviranomaisen asettamia muita kuin hintaan liittyviä arviointiperusteita ja niiden arviointitapaa. Näihin perusteisiin pohjautuva tarjousten arviointitapa ei

välttämättä herättänyt epäilyksiä siinä vaiheessa, kun talouden toimijat tutustuivat näiden perusteiden tarjouspyyntöasiakirjoissa esitettyyn kuvaukseen, mutta puutteet saattoivat tulla esiin hankintaviranomaisen yrittäessä arvioida tarjouksia näiden perusteiden mukaan.

- 55 Direktiivin 2014/24 67 artiklan 4 kohdasta seuraa, että hankintaviranomaisen vahvistamat tarjousten arviointiperusteet eivät saa antaa hankintaviranomaiselle rajatonta valinnanvapautta ja että niiden tarkoituksena on taata todellinen kilpailu ja mahdollistaa tarjoajien toimittamien tietojen tehokas tarkistaminen sen arvioimiseksi, miten hyvin tarjoukset täyttävät hankintasopimuksen tekoperusteet. Tämä merkitsee siis sitä, että niiden on myös taattava mahdollisuus hankintaviranomaisen suorittaman arvioinnin tarkistamiseen. Hankintaviranomaisen esittämät muut kuin hintaan liittyvät perusteet, jotka koskevat kehityssuunnitelman ja hankintasopimuksen toteuttamistavan kuvauksen arviointia, aiheuttavat tältä osin epäilyksiä useista eri syistä.
- 56 Mainitut perusteet eivät ensinnäkään nojaa helposti toisiinsa verrattavissa oleviin ja objektiivisiin, matemaattisesti tai konkreettisesti mitattavissa oleviin tietoihin, kuten yksittäisiin muuttujiin, tehokkuuteen, kestävyYTEEN, toiminnallisuuteen ja niin edelleen, vaan hankintaviranomaisen yksilölliseen arvioon, jonka kuvaus sisältää epämääräisiä käsitteitä, kuten ”selostettu epäselvästi”, ”selostettu selkeästi ja täydellisesti”, ”osaa seikoista ei selostettu”, ”ehdotetut ratkaisut ovat optimaalisia ja takaavat korkealaatuiset ja luotettavat tulokset” tai ”eivät takaa korkealaatuisia ja luotettavia tuloksia”, ”sisältää lisäarvoa, joka vaikuttaa hankintasopimuksen kohteen laatuun ja toteuttamiseen”.
- 57 Toiseksi nämä perusteet riippuvat hankintaviranomaisen yksilöllisestä näkemyksestä edellä mainituista ominaisuuksista. Asiantuntijan nimittäminen talouden toimijoiden laatimien selvitysten arvioimiseksi ei ole mahdollista, koska niihin ei sisälly tarkistettavissa olevia muuttujia.
- 58 Kolmanneksi tilannetta on tarkasteltava myös sen kannalta, onko talouden toimijoilla ollut todellista mahdollisuutta tarjoutensa asianmukaiseen valmisteluun ennalta määritellyn arviointimenetelmän mukaisesti.
- 59 Neljänneksi talouden toimijoilla ei ollut mahdollisuutta tutustua hankintaviranomaisen arvioimiin materiaaleihin ja niiden kattavaan arvioon tai verrata, arvioitiinko talouden toimijoiden toimittamien selvitysten vertailukelpoiset puutteet ja edut vertailukelpoisella tavalla.
- 60 Viidenneksi syistä, jotka eivät johdu valittajasta, useiden arvioinnissa huomioon otettujen seikkojen osalta on ollut mahdotonta esittää valituksessa konkreettisia väitteitä, joten muutoksenhakudirektiivissä ilmaistuja periaatteita ei ole noudatettu. Kuten julkisista hankinnoista annetun lain 192 §:n 7 momentista ilmenee, Krajowa Izba Odwoławcza toimii esitettyjen väitteiden rajoissa eikä voi tältä osin toimia valittajan sijasta. Valittaja ei tiennyt, mitä konkreettisia arvioon liittyviä väitteitä se olisi voinut esittää oman tarjouksen arvioinnin saati CDM:n

tarjouksen osalta. Hankintaviranomainen on tosin toiminut huolellisesti ja laatinut useita sivuja pitkät arvioinnin perustelut, mutta on selvää, että hankintaviranomainen ei voi esittää kattavia arvioinnin perusteluita, jos itse selvitykset ovat liikesalaisuuksia. Keskeiset tiedot on korvattu merkinnällä [LIIKESALAISUUS].

- 61 Kuudenneksi hankintasopimuksen kohteena on lopputulos eikä talouden toimijan huolellinen toiminta, jonka puitteissa se toteuttaa toimeksiannon. Hankintaviranomainen ei ole kuitenkaan edellyttänyt esimerkiksi selvityksiä, jotka olisivat hankkeiden näytteitä, vaan kuvauksia siitä, miten talouden toimijat aikovat toimia. On siis vaikea todellisuudessa todeta, miten näitä arvioitavia selvityksiä sovelletaan lopullisiin hankkeisiin, ja onkin aihetta epäillä, että arvioinnin kohteena on todellisuudessa kyky laatia hankintaviranomaista miellyttäviä selvityksiä ("Kehityssuunnitelma" ja "Hankintasopimuksen toteuttamistavan kuvaus") eikä tilattavien palvelujen laatu.
- 62 Nyt käsiteltävässä hankintamenettelyssä hankintaviranomainen on siis vahvistanut tarjousten arviointiperusteiksi hinnan, jonka painoarvo on 40 prosenttia, ja muut kuin hintaan liittyvät perusteet, eli selvitykset otsikolla "Kehityssuunnitelma" ja "Hankintasopimuksen toteuttamistavan kuvaus", joiden painoarvo on yhteensä 60 prosenttia. Nämä perusteet nojaavat hankintaviranomaisen avoimeen arviointiin, joka ei perustu matemaattisesti tai konkreettisesti tarkistettavissa oleviin seikkoihin, kuten numeroihin, parametreihin, toiminnallisuuteen ynnä muuhun, mikä vähintäänkin vaikeuttaa hankintaviranomaisen suorittaman tarjousten arvioinnin tarkistamista. Lisäksi kaikki talouden toimijat olivat salanneet mainitut selvitykset liikesalaisuutena, mitä hankintaviranomainen odotti tai saattoi arviointiperusteita määritellään odottaa, koska vastaavat asiakirjat on salattu aiemmin, minkä vuoksi on mahdotonta tarkistaa paitsi se, miten hankintaviranomainen on arvioinut tarjouksia, myös itse tarjoukset. Tämän seurauksena hankintaviranomainen valitsi esitetyistä tarjouksista sen, jolla oli korkein hinta, ja hinta olikin ainoa saatavilla ja todennettavissa oleva peruste, kun taas tarjousten muita sijoittumisperusteita on vaikea tarkistaa.