



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PAOLO MENGOZZI
25 päivänä marraskuuta 2015¹

Asia C-396/14

**MT Højgaard A/S ja
Züblin A/S
vastaan
Banedanmark**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta, Tanska))

Ennakkoratkaisupyyntö — SEUT 267 artikla — Unionin tuomioistuimen toimivalta — Se, onko ennakkoratkaisupyynnön esittänyt elin tuomioistuin — Riippumattomuus — Direktiivi 2004/17/EY — Julkiset hankinnat — Neuvottelumenettely — Yhdenvertaisen kohtelun periaate — Talouden toimijoiden ryhmittymän muuttaminen hankintasopimuksen tekomenettelyn aikana — Yhtiön valinta hankintasopimuksen sopimuspuoleksi ilman esivalintaa

1. Kun talouden toimijoiden ryhmittymä on valittu esivalinnassa ja se on esittänyt tarjouksen julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyssä ja kun se sitten hajoaa ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa toisen sen jäsenistä jouduttua konkurssiin, voiko hankintaviranomainen sallia yhdenvertaisen kohtelun periaatteen valossa jäljellä olevan jäsenen, joka ei ole ilmoittautunut ehdokkaaksi omana itsenään ja jota ei siis ole valittu esivalinnassa, jatkaa menettelyä ja voiko kyseinen viranomainen valita sen lopuksi hankintasopimuksen sopimuspuoleksi?
2. Tämä on pääasiallisesti se aivan uudenlainen kysymys, jonka Klagenævnet for Udbud (Tanskan julkisten hankintojen valituslautakunta) esittää unionin tuomioistuimelle asiassa, jossa asianosaisina ovat MT Højgaard A/S ja Züblin A/S (jäljempänä yhteisesti MTHZ), hankintamenettelyyn osallistunut talouden toimijoiden ryhmittymä sekä Banedanmark, joka on Tanskan rataverkon haltija ja mainitun menettelyn hankintaviranomainen. MTHZ väittää ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle, että Banedanmark on loukannut direktiivin 2004/17/EY² 10 artiklassa asetettua yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, kun se on sallinut menettelyn aikana hajonneen ryhmittymän jäljellä olevan jäsenen, Per Aarsleff A/S -yhtiön (jäljempänä Aarsleff) osallistua tarjouspyyntöön ryhmittymän sijasta, vaikka Aarsleffiä ei ollut valittu esivalinnassa.
3. Tanskan hallitus pyytää nyt käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuinta ensinnäkin esittämään tarkasti ne syyt, joiden vuoksi Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) on SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin. Siltä osin kuin kyse on aineellisesta vastauksesta ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymykseen, unionin tuomioistuinta pyydetään saattamaan oikeaan tasapainoon yhtäältä hankintaviranomaisten julkinen intressi siitä, että julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyt avataan mahdollisimman laajasti kilpailulle, jotta

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

2 — Vesi- ja energihuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 134, s. 1).

varmistetaan mahdollisimman monen tarjoajan osallistuminen tarjouspyyntömenettelyyn, ja toisaalta kaikkien tarjouspyyntömenettelyyn osallistuneiden tarjoajien intressi – tai pikemminkin oikeus – siihen, että niiden osallistuessa menettelyyn siinä noudatetaan tiukasti tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin lainsäädäntö

4. Pääasiassa kyseessä oleva julkista hankintaa koskeva sopimus koskee rautateiden rakentamista, joten siihen sovelletaan direktiivin 2004/17 eli niin sanotun alakohtaisen direktiivin säännöksiä.

5. Direktiivin 2004/17 johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa todetaan, että ”liikenteen – – alalla toimivien yksiköiden tekemien julkisten hankintasopimusten avaamiseksi kilpailulle on syytä laatia säännökset, jotka koskevat tietyn arvon ylittävien sopimusten yhteensovittamista yhteisön tasolla. Tämä yhteensovittaminen perustuu Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 14, 28 ja 49 artiklasta ja Euratomin perustamissopimuksen 97 artiklasta johdettavissa oleviin vaatimukseen eli yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen, joista syrjimättömyyden periaate on vain yksi ilmaisu – –. Kun otetaan huomioon, millaisiin aloihin tällainen yhteensovittaminen vaikuttaa, sen avulla olisi luotava puitteet hyvälle kauppatavalle ja sallittava mahdollisimman suuri joustavuus samalla, kun turvataan mainittujen periaatteiden soveltaminen”.

6. Direktiivin 2004/17 10 artiklassa, jonka otsikkona on ”Hankintasopimusten teossa noudatettavat periaatteet”, säädetään, että ”hankintayksiköiden on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti”.

7. Saman direktiivin 11 artiklan 2 kohdassa säädetään, että ”taloudelliset toimijat saavat tehdä tarjouksia tai ilmoittautua ehdokkaiksi ryhmittyminä. Hankintayksiköt eivät voi edellyttää taloudellisten toimijoiden ryhmittymiltä tiettyä oikeudellista muotoa tarjouksen tai osallistumishakemuksen tekemistä varten. Sopimuspuoleksi valitulta ryhmittymältä voidaan kuitenkin edellyttää tiettyä oikeudellista muotoa sopimuksen teon jälkeen, sikäli kuin tämä on tarpeen hankintasopimuksen asianmukaiseksi toteuttamiseksi”.

8. Direktiivin 2004/17 VII lukuun ”Menettelyjen kulku” kuuluvassa 51 artiklassa, jonka otsikkona on ”Yleiset säännökset”, säädetään seuraavaa:

”1. Valittaessa osallistujia sopimusten tekomenettelyihin:

- a) hankintayksiköiden, jotka ovat ilmoittaneet 54 artiklan 1, 2 tai 4 kohdan mukaisesti tarjoajien tai ehdokkaiden pois sulkemista koskevat säännöt ja perusteet, on suljettava pois ne taloudelliset toimijat, joiden kohdalla nämä säännöt ja perusteet täyttyvät;
- b) hankintayksiköiden on valittava tarjoajat ja ehdokkaat 54 artiklan nojalla vahvistettujen puolueettomien sääntöjen ja perusteiden mukaisesti;
- c) rajoitetussa menettelyssä ja neuvottelumenettelyssä, joita on edeltänyt tarjouskilpailu, hankintayksiköiden on 54 artiklan 3 kohdan mukaisesti tarvittaessa vähennettävä valittujen ehdokkaiden määrää edellä a ja b alakohdan mukaisesti.

– –”

3. Hankintayksiköiden on tarkistettava, että näin valittujen tarjoajien esittämät tarjoukset ovat tarjouksiin sovellettavien sääntöjen ja vaatimusten mukaisia, ja tehtävä hankintasopimus 55 ja 57 artiklassa säädettyjen perusteiden mukaisesti.”

9. Direktiivin 2004/17 54 artiklan mukaan hankintayksiköiden on vahvistettava laadulliset valintaperusteet, ja kyseisen artiklan 3 kohdan viimeisessä virkkeessä säädetään, että rajoitetuissa menettelyissä tai neuvottelumenettelyissä ”valittujen ehdokkaiden määrän on – – varmistettava riittävä kilpailu”.

10. Direktiivi 2004/17 on kumottu direktiivillä 2014/25/EU³ siten, että kumoaminen tulee voimaan 18.4.2016.

B Tanskan oikeus

11. Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) perustettiin julkisten hankintojen valituslautakunnasta 6.6.1991 annetulla lailla nro 344 (lov nr. 344 af 6. juni 1991 om Klagenævnet for Udbud). Sen organisaatiota ja toimintaa säännellään hankintasääntöjen täytäntöönpanosta 12.5.2010 annetulla lailla nro 492 (lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer), sellaisena kuin se on muutettuna (jäljempänä julkisista hankinnoista annettu laki), sekä julkisten hankintojen valituslautakunnasta 11.8.2011 annetulla asetuksella nro 887 (bekendtgørelse nr. 887 af 8 novembre 2011 om Klagenævnet for Udbud), sellaisena kuin se on muutettuna (jäljempänä asetus nro 887).

12. Tietyistä elinkeinotoimintaa harjoittavista yrityksistä annetun lain nro 1295 (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), sellaisena kuin se on julkaistu 15.11.2013 annetussa konsolidointiasetuksessa nro 1295, 2 §:n 1 momentissa määritellyn käsitteen mukaan avoin yhtiö (interessentskab, jäljempänä IS) on ”yritys, jonka kaikki yhtiömiehet vastaavat yrityksen velvoitteista henkilökohtaisesti, rajoituksetta ja yhteisvastuullisesti”. IS on itsenäinen oikeushenkilö ja oikeustoimikelpoinen oikeussubjekti.

II Pääasian tosiseikat, asian kansallisen käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymys

13. Banedanmark julkaisi tammikuussa 2013 direktiivin 2004/17 mukaisesti ilmoituksen neuvottelumenettelyssä tehtävästä julkista hankintaa koskevasta sopimuksesta, joka koskee hankkeen nimeltä ”TP 4 Urban Tunnels” toteuttamista osana Kööpenhaminan (Tanska) ja Ringstedin (Tanska) välisen uuden rautatieyhteyden rakentamista.

14. Kyseistä hankintaa koskevaa sopimusta koskevasta tarjouspyyntöasiakirjasta käy ilmi, että menettelyssä jätettäisiin kolme tarjousta ja että kahden ensimmäisen tarjouksen jälkeen käytäisiin neuvottelu, ja hankintasopimuksen sopimuspuoli oli määrä valita kolmannen ja viimeisen tarjouksen jälkeen. Hankintailmoituksessa todetaan myös, että Banedanmark aikoo pyytää 4–6:tta ehdokasta esittämään tarjouksen ja että jos ehdokkaita olisi enemmän kuin kuusi, Banedanmark suorittaisi alustavan valinnan vastaavia urakoita koskevien referenssien perusteella. Esivalintaa varten ei asetettu vähimmäisvaatimuksia.

15. Viisi talouden toimijaa ilmoittautui ehdokkaaksi, ja Banedanmark valitsi ne kaikki esivalinnassa. Kesäkuussa 2013 yksi yrityksistä kuitenkin vetäytyi menettelystä, joten jäljelle jäi vain neljä esivalinnassa valittua tarjoajaa.

3 — Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17 kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 94, s. 243).

16. Niiden joukossa oli E. Pihl & Søn A/S:n (jäljempänä Pihl) ja Aarsleffin muodostama ryhmittymä, joka ilmoittautui esivalintaan IS:n muodossa toimivana konsortiona nimeltä ”JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S”. Pihl ja Aarsleff kuuluivat Tanskan suurimpiin talon- ja yhdyskuntarakentamisen alan yrityksiin. Pihl ja Aarsleff tekivät IS:n perustamissopimuksen 26.8.2013.

17. Samana päivänä eli 26.8.2013 tehtiin kuitenkin päätös Pihlin asettamisesta konkurssiin. Banedanmark sai tiedon konkurssiin asettamisesta samana päivänä iltapäivällä ja tiedusteli välittömästi Aarsleffiltä konkurssin vaikutusta meneillään olevaan hankintasopimuksen tekomenettelyyn.

18. Edellisenä päivänä tapahtuneesta konkurssiin asettamisesta huolimatta IS teki 27.8.2013 ensimmäisen tarjouksen, jonka olivat allekirjoittaneet Aarsleff ja Pihl mutta ei tämän konkurssipesän pesänhoitaja.

19. Käytyään Aarsleffin kanssa pitkään kirjeenvaihtoa Pihlin konkurssin seurauksien hoitamisesta Banedanmark ilmoitti 15.10.2013 kaikille tarjoajille päättäneensä sallia Aarsleffin jatkaa yksin osallistumistaan hankintasopimuksen tekomenettelyyn Pihlin konkurssista huolimatta.

20. Tiedotteessaan Banedanmark perusteli päätöstään sillä, että Aarsleff täytti tarjouspyynnön osallistumisedellytykset ilman Pihlin teknisiä ja taloudellisia voimavaroja ja että Pihlin kuuluminen ryhmittymään ei ollut ollut ratkaiseva seikka päätöksessä sallia ryhmittymän osallistuminen tarjouspyyntömenettelyyn. Banedanmark korosti tiedotteessaan myös, ettei Pihliä korvattaisi ryhmittymässä uudella tarjoajalla ja että jo valitut tarjoajat pysyisivät siis samoina, koska yhdenkään uuden toimijan ei sallita osallistua tarjouspyyntömenettelyyn. Banedanmark huomautti myös, että Aarsleff oli ottanut kollektiivimenettelyn aloittamisen jälkeen palvelukseensa yli viisikymmentä Pihlin työntekijää, joihin kuuluu tarjouspyynnön kohteena olevan hankkeen toteuttamisen kannalta keskeisiä henkilöitä.

21. Tämän jälkeen Aarsleff esitti omissa nimissään toisen tarjouksen, ilmoitti esittävänsä sen Pihlin kanssa muodostamansa ryhmittymän toiminnan jatkajana ja totesi, ettei konkurssipesän pesänhoitaja ollut ilmoittanut, aikooko se jatkaa ryhmittymän perustamissopimusta, minkä vuoksi Aarsleff oli purkanut kyseisen sopimuksen. Toiset tarjoukset arvioituaan Banedanmark valitsi hankintailmoituksen ehtojen mukaisesti kolme kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi katsomaansa tarjousta ja pyysi kolmelta valitulta tarjoajalta kolmannen ja viimeisen tarjouksen. Näihin tarjoajiin kuuluivat muun muassa Aarsleff ja MTHZ. Viimeinen tarjous jätettiin 12.12.2013.

22. Banedanmark ilmoitti kolmelle valitulle tarjoajalle 20.12.2013 päättäneensä valita hankintasopimuksen sopimuspuoleksi Aarsleffin, jonka tarjous oli kokonaisuutena arvioiden laadun ja hinnan kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin.

23. Tämän päätöksen jälkeen MTHZ valitti asiasta ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle ja vaati sitä yhtäältä toteamaan, että Banedanmark oli loukannut direktiivin 2004/17 10 artiklassa tarkoitettuja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusperiaatetta sallimalla Aarsleffin osallistua tarjouspyyntömenettelyyn Pihlin kanssa muodostamansa ryhmittymän sijasta, vaikka Aarsleffiä ei ollut valittu esivalinnassa. MTHZ vaati toisaalta kumoamaan päätöksen, jolla Aarsleff oli valittu hankintasopimuksen sopimuspuoleksi.

24. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä käy ilmi, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kieltäytyi 28.1.2014 antamallaan päätöksellä katsomasta, että MTHZ:n tekemällä valituksella on lykkäävä vaikutus, sillä kiireellisyysedellytys ei täytynyt. Kyseisessä päätöksessä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoi kuitenkin *fumus boni juris* -edellytyksen täyttyneen, koska valitusta arvioitaessa voidaan sen mukaan ensi näkemältä pitää todennäköisenä, että MTHZ:n esittämä kumoamisvaatimus hyväksytään lopullisessa päätöksessä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoi tältä osin ensinnäkin, että on erotettava toisistaan tilanne, jossa ryhmittymän muutos tapahtuu ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa, ja tilanne, jossa tällainen

muutos tapahtuu kyseisen valinnan jälkeen. Sen jälkeen kyseinen tuomioistuin katsoi, että se, että hankintayksikkö on valinnut esivalinnassa tietyn ryhmittymän, ei merkitse, että kukin ryhmittymän jäsen olisi valittu esivalinnassa erikseen, ja tähän ei vaikuta se, pystyykö hankintayksikkö ehdokkaaksi ilmoittautumisen perusteella toteamaan ryhmittymän jokaisen jäsenen täyttävän vaaditut edellytykset.

25. *Klagenævnet for Udbud* (julkisten hankintojen valituslautakunta) huomauttaa ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessään ensinnäkin, ettei Tanskan oikeudessa ole säännöstä, joka kieltäisi muuttamasta julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn osallistuvan yritysryhmittymän kokoonpanoa sen jälkeen, kun tarjoukset on jätetty. Sen jälkeen se huomauttaa, ettei *Banedanmark* asettanut hankintailmoituksessa tarjoajien teknisiä voimavaroja koskevia laadullisia vähimmäisvaatimuksia ja että sen oli määrä suorittaa hakemusten laadullinen arviointi vain, jos hakemuksia olisi ollut enemmän kuin kuusi. Näin ollen *Aarsleff*istä annettujen tietojen perusteella tulisi sen mielestä katsoa näytetyksi, että *Aarsleff* olisi valittu myös esivalinnassa, jos se olisi ilmoittautunut ehdokkaaksi suoraan itse eikä *Pihlin* kanssa muodostamansa ryhmittymän välityksellä.

26. *Klagenævnet for Udbud* (julkisten hankintojen valituslautakunta) on kuitenkin epävarma siitä, sopiiko noudatettu menettely yhteen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa. Näin ollen se on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko – – direktiivin 2004/17 – – 10 artiklassa, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin 51 artiklan kanssa, tarkoitettua yhdenvertaisen kohtelun periaatetta tulkittava siten, että se estää pääasiassa käsiteltävän tilanteen kaltaisessa tilanteessa hankintayksikköä valitsemasta hankintasopimuksen sopimuspuoleksi tarjoajaa, joka ei ole ilmoittautunut ehdokkaaksi esivalinnassa ja jota ei siten ole valittu esivalinnassa?”

III Oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa

27. Ennakkoratkaisupyynnö saapui unionin tuomioistuimeen 20.8.2014. Huomautuksia ovat esittäneet MTHZ, Tanskan hallitus ja Euroopan komissio, jotka olivat edustettuina 8.9.2015 pidetyssä istunnossa.

IV Oikeudellinen arviointi

28. Ennen kansallisen tuomioistuimen esittämään ennakkoratkaisukysymykseen vastaamista on käsiteltävä Tanskan hallituksen esittämä kysymys unionin tuomioistuimen toimivallasta.

A Unionin tuomioistuimen toimivalta

29. Tanskan hallitus katsoo, että vaikka tuomiossa *Unitron Scandinavia* ja *3-S*⁴ on todettu, että ennakkoratkaisupyynnön nyt käsiteltävässä asiassa esittänyt elin eli *Klagenævnet for Udbud* (julkisten hankintojen valituslautakunta) on SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, hiljattain annettussa tuomiossa *TDC*,⁵ jossa selvitettiin, voidaanko Tanskan oikeuden mukaista toista valituslautakuntaa eli *Teleklagenævnetiä* (televiestinnän valituslautakunta) pitää tuomioistuimena, unionin tuomioistuimen huomioon ottamien seikkojen valossa olisi tarkennettava, voidaanko *Klagenævnet for Udbud* (julkisten hankintojen valituslautakunta) pitää tuomioistuimena ja jos voidaan, mistä syistä.

4 – C-275/98, EU:C:1999:567, ks. erityisesti 15 kohta, jossa viitataan samassa asiassa esitetyn julkisasiamies Alberin ratkaisuehdotuksen 17 ja 18 kohtaan (C-275/98, EU:C:1999:384).

5 – C-222/13, EU:C:2014:2265.

30. Tästä on muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on niin, että arvioitaessa sitä, onko ennakkoratkaisua pyytävä elin SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, mikä on pelkästään unionin oikeuden perusteella ratkaistava kysymys, unionin tuomioistuin ottaa huomioon useita seikkoja, joita ovat muun muassa elimen lakisääteisyys, pysyvyys, tuomiovallan pakottavuus, menettelyn kontradiktorisuus, toimiminen oikeussääntöjen soveltajana ja riippumattomuus.⁶

31. Kriteereistä, jotka koskevat ennakkoratkaisupyynnön esittäneen elimen lakisääteisyttä ja pysyvyyttä, menettelyn kontradiktorisuutta ja kyseisen elimen toimimista oikeussääntöjen soveltajana, on todettava, että asiakirja-aineistossa ei ole yhtäkään seikkaa, joka olisi omiaan asettamaan kyseenalaiseksi sen, että Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) on SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, kuten tuomiossa Unitron Scandinavia ja 3-S (C-175/98, EU:C:1999:567) katsottiin. Unionin tuomioistuimelle tämän käsittelyn yhteydessä toimitettujen tietojen perusteella on sitä vastoin arvioitava yksityiskohtaisemmin kriteerejä, jotka koskevat kyseisen elimen tuomiovallan pakottavuutta ja riippumattomuutta, sillä viimeksi mainittu on kriteeri, jonka perusteella unionin tuomioistuin ei pitänyt Teleklagenævnetiä (televiestinnän valituslautakunta) tuomioistuimena tuomiossa TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265).

32. Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) tuomiovallan pakottavuudesta huomautan ensinnäkin vain, että se, että kyseisellä elimellä on yksinomainen toimivalta vain niin sanotun standstill-vaiheen⁷ aikana, jonka lopussa sen toimivallasta tulee vaihtoehtoista tuomioistuimille, ei näytä olevan omiaan kyseenalaistamaan sitä, että kyseinen elin on tuomioistuin.

33. Oikeuskäytännön perusteella nimittäin se, että oikeussuojakeinolle on olemassa vaihtoehtoinen oikeussuojakeino, ei välttämättä estä sitä, että elintä, jossa vaihtoehtoiseen oikeussuojakeinoon turvaututaan, voitaisiin pitää SEUT 267 artiklassa tarkoitettuna jäsenvaltion tuomioistuimena, mikäli ennakkoratkaisua pyytäneen elimen päätökset ovat sitovia – mistä tässä tapauksessa ei ole epäilystä⁸ – ja kyseinen elin on sellainen, josta on säädetty lailla ja jonka toimivalta ei riipu asianosaisten tahdosta.⁹ Pääasiassa kyseessä oleva valitus tehtiin lisäksi standstill-vaiheen aikana, jolloin Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) tuomiovalta oli pakottavaa.

34. Riippumattomuutta koskevan kriteerin osalta on toiseksi todettava, että riippumattomuuden käsite, joka kuuluu erottamattomasti tuomioistuinten tehtävään, merkitsee ennen kaikkea, että kyseinen elin on ulkopuolinen siihen viranomaiseen nähden, joka on tehnyt päätöksen, johon on haettu muutosta. Oikeuskäytännöstä käy ilmi, että tähän käsitteeseen kuuluu ulkoinen osatekijä, joka edellyttää, että elin on suojattu sellaisilta ulkoisilta toimenpiteiltä tai painostuksilta, jotka voivat vaarantaa sen jäsenten päätöksenteon riippumattomuuden heidän ratkaistavakseen saatettujen asioiden osalta, sekä sisäinen osatekijä, joka liittyy puolueettomuuden käsitteeseen ja merkitsee sitä, että elin ylläpitää yhtäläistä etäisyyttä asian asianosaisiin ja siihen, mitkä ovat heidän intressinsä asian kohteeseen. Nämä riippumattomuuden ja puolueettomuuden takeet edellyttävät sellaisten sääntöjen olemassaoloa, jotka koskevat muun muassa elimen kokoonpanoa sekä sen jäsenten nimitystä ja toimikauden kestoa sekä perusteita, jotka koskevat jäsenten pidättymistä päätöksenteosta, jääviyttä ja erottamista, ja joiden perusteella yksityisten perustellut epäilyt siltä osin, onko kyseinen elin täysin ulkopuolisen vaikutusvallan ulottumattomissa, ja siltä osin, onko se täysin puolueeton vastakkain oleviin intresseihin nähden, voidaan sivuuttaa.¹⁰

6 — Ks. mm. tuomio Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, 21 kohta) ja tuomio TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, 27 kohta).

7 — Ks. julkisista hankinnoista annetun lain 3 §:n 1 momentti ja 5 §:n 1 momentti.

8 — Julkisista hankinnoista annetun lain 13 §:n, 14 §:n ja 16–18 §:n mukaan Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) voi muun muassa kumota lainvastaiset päätökset tai hankinnat, antaa määräyksiä, määrätä taloudellisia seuraamuksia, myöntää korvauksia ja julistaa pätemättömäksi sopimuksia.

9 — Ks. tuomio Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, 22 ja 23 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. myös tätä kysymystä koskevan oikeuskäytännön kattava arviointi, joka sisältyy samassa asiassa esitettyyn julkisasiamies Jääskisen ratkaisuehdotukseen (EU:C:2015:445, 40 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

10 — Ks. mm. tuomio Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, 49–53 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

35. Tuomiossa TDC, johon Tanskan hallitus vetoaa, unionin tuomioistuin päätyi katsomaan, ettei Teleklagenævnet (televiestinnän valituslautakunta) ole SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, koska kyseinen elin ei sen mielestä täyttänyt riippumattomuuskriteeriä. Unionin tuomioistuin esitti toteamuksensa kahden seikan perusteella. Riippumattomuuden ulkoisesta osatekijästä unionin tuomioistuin huomautti yhtäältä, että Tanskan lainsäädännössä säädettiin yleisten tuomioistuinten tuomareiden erottamisen osalta erityisistä takeista, kun taas Teleklagenævnetin (televiestinnän valituslautakunta) jäsenten erottamisedellytyksistä ei säädetä erityisellä säännöstöllä, sillä heidän väärinkäytöstä merkitsevän erottamisensa tapauksessa sovelletaan ainoastaan hallinto-oikeuden ja työoikeuden yleisiä sääntöjä.¹¹ Riippumattomuuden sisäisen osatekijän osalta unionin tuomioistuin ei pitänyt Teleklagenævnetiä (televiestinnän valituslautakunta) käsiteltäviin intresseihin nähden ulkopuolisena vaan totesi, että jos jostakin sen päätöksestä nostetaan kanne yleisessä tuomioistuimessa, se osallistuu oikeudenkäyntiin vastaajan asemassa.¹²

36. Unionin tuomioistuimen käytettävissä olevien tietojen mukaan Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) osalta ei kuitenkaan toteudu kumpikaan niistä kahdesta seikasta, jotka unionin tuomioistuin otti huomioon tuomiossa TDC.

37. Tanskan hallitus on väittänyt niin kirjelmässään kuin istunnossa nimenomaisesti ensinnäkin riippumattomuuden sisäisestä osatekijästä, että toisin kuin Teleklagenævnet (televiestinnän valituslautakunta), Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) ei ole asianosaisena sen päätöksistä vireille pannuissa asioissa, jotka saatetaan yleisten tuomioistuinten käsiteltäviksi. Ei siis ole mitään syytä epäillä, ettei se olisi kyseessä oleviin intresseihin nähden ulkopuolinen.

38. Riippumattomuuden ulkoisesta osatekijästä on puolestaan huomautettava unionin tuomioistuimen käytettävissä olevasta asiakirja-aineistosta käyvän ilmi, että Teleklagenævnet (televiestinnän valituslautakunta) ja Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) eroavat kokoonpanonsa, jäsentensä erottamista vastaan annettujen takeiden ja toimintansa osalta huomattavasti toisistaan.

39. Julkisista hankinnoista annetun lain säännöksistä käykin ilmi, että Klagenævnet for Udbudiin (julkisten hankintojen valituslautakunta) – joka on perustettu muun muassa direktiivin 89/665/ETY¹³ täytäntöön panemiseksi – kuuluu puheenjohtaja ja tietty määrä varapuheenjohtajia (jotka muodostavat puheenjohtajiston) sekä tietty määrä asiantuntijajäseniä, jotka kaikki valitsee tehtävään Erhvervs- og vækstminister (elinkeino- ja kasvuministeri) enintään neljän vuoden toimikaudeksi.¹⁴

40. Teleklagenævnetistä (televiestinnän valituslautakunta) poiketen Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) puheenjohtajiston on muodostuttava kuitenkin alioikeuksien ja ylempien oikeuksien tuomareista.¹⁵ Näillä tuomareilla on erityinen suoja erottamista vastaan, kuten unionin tuomioistuin sitä paitsi korostaa tuomiossa TDC.¹⁶ Tämä suoja, joka perustuu Tanskan perustuslain 64 §:ään, on ilmeisesti laajennettu koskemaan myös valituslautakuntien puheenjohtajistoa, kuten istunnossa todettiin.

11 — Tuomio TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, 34–36 kohta).

12 — Ibidem (tuomion 37 kohta).

13 — Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna.

14 — Ks. julkisista hankinnoista annetun lain 9 §:n 1 momentti ja 2 momentin ensimmäinen virke.

15 — Ks. julkisista hankinnoista annetun lain 9 §:n 2 momentin toinen virke.

16 — Tuomio TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, 35 kohta).

41. Lain säännösten arvioinnin perusteella vaikuttaa lisäksi siltä, että puheenjohtajiston jäsenillä on huomattavasti tärkeämpi asema kuin asiantuntijajäsenillä Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) päätöksenteossa. Tavanomaisessa kokoonpanossaan kyseisessä elimessä on yksi puheenjohtajiston jäsen, joka toimii puheenjohtajana, ja yksi asiantuntijajäsen. Jos äänet menevät päätöksenteossa tasan, puheenjohtajan ääni ratkaisee.¹⁷ Puheenjohtajiston jäsenet voivat lisäksi tehdä joitakin päätöksiä ilman asiantuntijajäsenten osallistumista,¹⁸ ja heillä on suurempi painoarvo tehtäessä päätöksiä monimutkaisemmissa asioissa tai asioissa, joihin sisältyy periaatteellisia kysymyksiä.¹⁹

42. Tosin Tanskan lainsäädännössä ei ilmeisesti ole erityisiä sääntöjä, joita sovellettaisiin osaan Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) jäsenistä eli asiantuntijajäseniin tai Teleklagenævnetin (televiestinnän valituslautakunta) jäseniin ja jotka koskisivat heidän erottamistaan, sillä heidän väärinkäytöstä merkitsevän erottamisensa tapauksessa sovelletaan ainoastaan hallinto-oikeuden ja työoikeuden yleisiä sääntöjä.

43. Huomautan tästä kuitenkin, että vaikka unionin tuomioistuin on vahvistanut joissakin ratkaisuisissa, että jotta ennakkoratkaisupyynnön esittäneen elimen riippumattomuutta koskevan edellytyksen voidaan katsoa täyttyneen, oikeuskäytännössä edellytetään muun muassa, että tapaukset, joissa tämän elimen jäsenet voidaan erottaa, määritetään nimenomaisissa lainsäädännön säännöksissä,²⁰ on kuitenkin todettava, että se, että näissä asioissa todettiin kyseisten sääntöjen puuttuvan, oli yksi arvioinnissa huomioon otettu seikka, joka tosin oli tärkeä mutta joka oli osa ennakkoratkaisupyynnön esittäneen elimen ominaispiirteiden kokonaisarviointia.²¹ Se, että unionin tuomioistuin ei pitänyt näissä asioissa kyseessä olevia elimiä tuomioistuimina, perustui juuri kaikkien seikkojen kokonaisarviointiin.²² Joissain tapauksissa, jotka koskevat erityisesti direktiivin 89/665 mukaisista julkisista hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvistä muutoksenhauista vastaavia kansallisia tahoja, unionin tuomioistuin on lisäksi pitänyt tiettyä ennakkoratkaisupyynnön esittänyt elintä tuomioistuimena tarkastelematta kysymystä tällaisten sääntöjen olemassaolosta.²³

44. Nyt käsiteltävässä tapauksessa korostettakoon, että sen lisäksi, että merkittävä osa Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) jäsenistä ja erityisesti ne jäsenet, joilla on tärkeä asema päätöksenteossa, kuuluvat erottamista vastaan annetun erityisen takeen eli perustuslaillisen takeen piiriin, asiakirja-aineistosta käy ilmi, että kyseisen elimen riippumattomuutta suhteessa mahdollisiin ulkopuolelta tuleviin epäasiallisiin painostuksiin ja toimenpiteisiin vahvistetaan myös muilla seikoilla. Näin ollen Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) on ulkopuolinen siihen viranomaiseen nähden, joka on tehnyt pääasiassa muutoksenhaun kohteena olevan päätöksen.²⁴ Sillä ei etenkään ole mitään toiminnallista yhteyttä Erhvervsstyrelseniin (Tanskan

17 — Ks. julkisista hankinnoista annetun lain 10 §:n 4 momentin ensimmäinen virke ja 5 momentti. Ensimmäisen säännöksen mukaan puheenjohtajiston jäsen ja asiantuntijajäsen osallistuvat yksittäisen asian käsittelyyn lukuun ottamatta kyseisen pykälän 6 momentissa kuvattua tilannetta. Toisen säännöksen mukaan Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) päätökset tehdään yksinkertaisella ääntenenemmistöllä, ja äänten mennessä tasan puheenjohtajan ääni ratkaisee.

18 — Ks. julkisista hankinnoista annetun lain 10 §:n 6 momentti.

19 — Ks. julkisista hankinnoista annetun lain 10 §:n 4 momentti, jonka mukaan Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) puheenjohtaja voi erityistapauksissa päättää suurentaa tietyn asian käsittelyyn osallistuvien puheenjohtajiston jäsenten ja asiantuntijajäsenten lukumäärää. Tällaisessa tapauksessa puheenjohtajiston jäsenten lukumäärän on vastattava asiantuntijajäsenten lukumäärää. Tätä säännöstä käytetään monimutkaisemmissa asioissa tai asioissa, joihin sisältyy periaatteellisia kysymyksiä, ja siitä käy ilmi, että myös tällaisissa erityisen tärkeissä asioissa Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) puheenjohtajiston jäsenillä ja asiantuntijajäsenillä on yhtä suuri edustus, mikä tarkoittaa, että koska puheenjohtajan ääni ratkaisee, puheenjohtajiston jäsenillä on päätöksenteossa suurempi painoarvo.

20 — Määräys Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, 24 kohdan loppuosa) ja tuomio TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, 32 kohta).

21 — Ks. tuomio Syfait ym. (C-53/03, EU:C:2005:333, 37 kohta).

22 — Ks. yhteisöjen tuomioistuimen suorittama arviointi tuomiossa Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, 37–43 kohta); tuomiossa Syfait ym. (C-53/03, EU:C:2005:333, 30–37 kohta) ja määräyksessä Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, 25–30 kohta). Ks. myös tuomio TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), jossa unionin tuomioistuimen arviointi perustui kahteen seikkaan, joista toinen liittyi sisäiseen osatekijään ja toinen ulkoiseen osatekijään ja joiden vuoksi se katsoi, ettei Teleklagenævnet (televiestintäalan valituslautakunta) ole riippumaton (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 35 kohta).

23 — Ks. mm. tuomio HI (C-92/00, EU:C:2002:379, 24–28 kohta).

24 — Ks. tuomio Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, 19 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

elinkeinovirasto), joka antaa sihteeristön sen käyttöön, eikä hankintaviranomaisiin, joiden toimiin siltä haetaan muutosta.²⁵ Lisäksi Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) huolehtii tehtävistään itsenäisesti olematta missään hierarkkisessa tai alisteisessa suhteessa mihinkään tahoon ja ottamatta vastaan määräyksiä tai ohjeita miltään taholta.²⁶ Kaikkien sen jäsenten on hoidettava tehtävänsä itsenäisesti.²⁷ Koska Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) voi muun muassa todeta päätöksiä tai hankintasopimusten tekemisiä lainvastaisiksi sekä antaa hankintasopimusten tekemisten yhteydessä määräyksiä, se hoitaa lisäksi pohjimmiltaan lainkäyttötehtäviä.²⁸

45. Lopuksi on muistutettava, että arvioidessaan direktiivissä 89/665 mainittujen kansallisten elinten, jotka ovat vastuussa julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevista muutoksenhakumenettelyistä, oikeudellista asemaa unionin tuomioistuin on jo vahvistanut useiden muiden sellaisten kansallisten elinten osalta, jotka ovat olennaisilta osin verrattavissa käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytävään elimeen, että ne ovat SEUT 267 artiklassa tarkoitettuja tuomioistuimia.²⁹

46. Kaikki nämä näkökohdat huomioon ottaen ei ole mielestäni syytä kyseenalaistaa tuomiossa Unitron Scandinavia ja 3-S tehtyä päätelmää, jonka mukaan Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) on SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin.

B Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu

47. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee ennakkoratkaisukysymyksellään, onko direktiivin 2004/17 10 artiklassa, luettuna yhdessä saman direktiivin 51 artiklan kanssa, tarkoitettua yhdenvertaisen kohtelun periaatetta tulkittava siten, että se estää pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa hankintayksikköä valitsemasta hankintasopimuksen sopimuspuoleksi tarjoajaa, joka ei ole ilmoittautunut ehdokkaaksi esivalinnassa ja jota ei siten ole valittu esivalinnassa.

48. Ennakkoratkaisukysymys on esitetty tosiasia yhteydessä, jossa kaupallisen yhtiön muotoon perustettu ja hankintasopimuksen tekomenettelyn esivalinnassa valittu kahden yrityksen ryhmittymä hajoaa toisen sen jäsenistä jouduttua konkurssiin ja jossa hankintaviranomainen sallii jäljellä olevan jäsenen jatkaa osallistumisestaan menettelyyn ryhmittymän sijasta ja valitsee sen lopulta hankintasopimuksen sopimuspuoleksi huolimatta siitä, ettei kyseistä jäsentä itseään ole valittu esivalinnassa. Tämä on se pääasiassa käsiteltävän tilanteen kaltainen tilanne, johon ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa ennakkoratkaisukysymyksessään.

49. Ennakkoratkaisukysymys koskee siis pääasiallisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen valossa tarkasteltavaa hankintaviranomaisen mahdollisuutta sallia talouden toimijoiden ryhmittymän jäsenen, jota ei ole valittu erikseen esivalinnassa, tulla ryhmittymän tilalle hankintasopimuksen tekomenettelyssä.

1. Asiaan sovellettavan säännösten tarkastelu

50. Aluksi on huomautettava, ettei direktiivissä 2004/17 ole erityistä säännöstä, joka koskee talouden toimijoiden ryhmittymän kokoonpanon muutoksia.

25 — Ks. a contrario, tuomio Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, 37–40 kohta).

26 — Ks. tuomio Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, 19 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

27 — Ks. julkisten hankintojen valituslautakunnasta 11.8.2011 annetun asetuksen nro 887 1 §:n 4 momentti. Tämä seikan merkityksestä ks. tuomio Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, 35 kohta).

28 — Ks. tuomio Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, 37 kohta).

29 — Ks. tuomio Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, 26 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

51. Ainoa talouden toimijoiden ryhmittymiin liittyvä direktiivin säännös on sen 11 artiklan 2 kohta,³⁰ joka ei kuitenkaan koske niiden muuttamista hankintasopimuksen tekomenettelyn aikana. Koska siis direktiivissä ei ole yhtään säännöstä, jossa säädettäisiin tällaisista muutoksista, niistä säätämisen on katsottava kuuluvan jäsenvaltioiden toimivaltaan.³¹ Näin ollen niitä koskevien sääntöjen vahvistaminen kuuluu tarvittaessa yleisesti kansalliselle lainsäätäjälle tai erityistapauksessa hankintaviranomaiselle.³²

52. Tältä osin on vielä korostettava tuomiossa Makedoniko Metro ja Michaniki³³ katsotun, ettei julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyitä koskeva direktiivi 93/37³⁴ ollut esteenä sellaiselle kansalliselle säännöstölle, jossa kielletään julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn osallistuvan yritysrhmittymän kokoonpanon muuttaminen sen jälkeen, kun tarjoukset on jätetty.

53. Nyt käsiteltävässä tapauksessa esitetystä ennakkoratkaisupyyntöstä käy kuitenkin ilmi yhtäältä, ettei Tanskan säännöstössä aseteta erityisiä sääntöjä talouden toimijoiden ryhmittymien kokoonpanon muutoksista, ja toisaalta, ettei myöskään hankintaviranomainen ole laatinut niitä koskevia erityisiä sääntöjä hankintailmoitukseen.

54. Talouden toimijoiden ryhmittymien kokoonpanoon hankintasopimuksen tekomenettelyn aikana tehtyjen muutosten hyväksyttävyyden arvioinnissa on näin ollen sovellettava unionin oikeusjärjestykseen kuuluvia yleisiä oikeusperiaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuuden periaatetta, joista direktiivissä 2004/17 säädetään sen 10 artiklassa, ja tarve noudattaa kyseisiä periaatteita asettaa hyväksyttävyyden rajat.

2. Yhdenvertaisen kohtelun periaate julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyissä

55. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tapauksia ei kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällaista kohtelua voida objektiivisesti perustella.³⁵

56. Unionin tuomioistuin on monta kertaa todennut, että tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate ja hankintaviranomaisten velvollisuus varmistaa sen noudattaminen vastaavat julkisia hankintoja koskevien unionin oikeuden sääntöjen ydinsisältöä.³⁶

30 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 7 kohta. Kyseinen artikla toistetaan pääosin direktiivin 2014/25 37 artiklan 2 ja 3 kohdassa.

31 — Ks. analogisesti julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54) osalta tuomio Makedoniko Metro ja Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47, 61 kohta).

32 — Asettaessaan tällaisia sääntöjä lainsäätäjän tai hankintaviranomaisen on aina noudatettava yleisiä oikeusperiaatteita. Ks. tästä direktiivin 2004/17 johdanto-osan yhdeksäs perustelukappale ja vielä selvemmin julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18 (EUVL L 134, s. 114) johdanto-osan toinen perustelukappale. Ks. myös direktiivin 2014/25 johdanto-osan toinen perustelukappale.

33 — Tuomio C-57/01, EU:C:2003:47, 61 ja 63 kohta.

34 — Ks. alaviite 31.

35 — Ks. mm. tuomio Fabricom (C-21/03 ja C-34/03, EU:C:2005:127, 27 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, 30 kohta).

36 — Ks. vastaavasti tuomio Fabricom (C-21/03 ja C-34/03, EU:C:2005:127, 26 kohta) ja tuomio Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

57. Tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate, jonka tavoitteena on julkiseen hankintaan osallistuvien yritysten välisen terveen ja toimivan kilpailun kehittymisen edistämiseen myötävaikuttaminen, edellyttää sitä, että kaikilla tarjoajilla on samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimisessa, ja se tarkoittaa näin ollen sitä, että kaikkien kilpailijoiden tarjouksiin sovelletaan samoja edellytyksiä.³⁷ Tämä periaate tarkoittaa, että tarjoajilla on oltava yhdenvertaiset mahdollisuudet *koko* hankintasopimuksen tekomenettelyn ajan ja erityisesti sekä silloin, kun ne laativat tarjouksiaan, että silloin, kun hankintaviranomainen arvioi niiden tekemiä tarjouksia.³⁸

58. Oikeuskäytännössä on tosin todettu, että yksi julkisia hankintoja koskevien sääntöjen tavoitteista on hankintojen avaaminen mahdollisimman laajasti kilpailulle, että unionin oikeuden intressin mukaista on, että varmistetaan mahdollisimman monen tarjoajan osallistuminen tarjouspyyntömenettelyyn,³⁹ ja että tähän mahdollisimman laajaan kilpailulle avaamiseen ei pyritä ainoastaan tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevan unionin intressin vuoksi vaan myös asianomaisen hankintaviranomaisen oman intressin vuoksi, koska se voi näin valita edullisimman ja kyseisen julkisyhteisön tarpeita parhaiten vastaavan tarjouksen laajemmasta valikoimasta tarjouksia.⁴⁰

59. Julkisten hankintojen alalla on otettava kuitenkin huomioon sekä pyrkimys tehokkaan kilpailun takaamiseen että tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen. Näin ollen on niin, että vaikka unionin tuomioistuimien on vahvistanut, ettei yhdenvertaisen kohtelun periaatteen soveltaminen julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyissä ole päämäärä sinänsä, vaan se on ymmärrettävä niiden tavoitteiden valossa, joiden saavuttamista sillä edistetään,⁴¹ mahdollisimman laajaa kilpailulle avaamista edistävän tavoitteen täytäntöönpanoon ja toteutumiseen voidaan kuitenkin pyrkiä vain, jos julkisia hankintoja koskevaan menettelyyn osallistuvat talouden toimijat voivat tehdä sen yhdenvertaisina ja ilman pelkoa syrjinnästä.⁴² Koska tehokkaan kilpailun edistäminen on osa laajempaa tavoitetta edistää kilpailua, jonka on toki oltava tehokasta mutta ennen kaikkea tervettä, tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen väistämättä rajoittaa kyseiseen tavoitteeseen pyrkimistä.⁴³

60. Tältä osin on vielä korostettava eräiden osapuolien tapaan, että tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate voi olla merkittävässä osassa ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa, kun eri tarjoajia kilpailutetaan keskenään. Hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen huomio keskittyy sitä vastoin sopimuksen täytäntöönpanoon. Kyseisessä asiayhteydessä hankintasopimuksen saaneen ryhmittymän muuttamisen kaltaiset tapahtumat eivät lähtökohtaisesti herätä kysymyksiä tarjoajien yhdenvertaisesta kohtelusta vaan pikemminkin kysymyksiä, jotka koskevat kyseisen hankintasopimuksen olennaisten ehtojen mahdollista muuttamista⁴⁴ tai sen moitteettoman täytäntöönpanon vaarantumista.⁴⁵

37 — Ks. vastaavasti tuomio komissio v. CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, 110 kohta) ja tuomio eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, 33 kohta).

38 — Ks. vastaavasti tuomio SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, 33 ja 34 kohta); tuomio Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja määräys Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi (C-502/11, EU:C:2012:613, 38 kohta). Kursivointi tässä.

39 — Ks. vastaavasti tuomio Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, 26 kohta) ja tuomio CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, 37 kohta).

40 — Tuomio CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, 37 kohta). Neuvottelumenettelyn tapauksissa tämän ratkaisuehdotuksen 9 kohdassa mainitun direktiivin 2004/17 54 artiklan 3 kohdassa korostetaan nimenomaisesti vaatimusta riittävästä kilpailusta.

41 — Ks. vastaavasti tuomio Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, 29 kohta).

42 — Ks. julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa Fabricom (C-21/03 ja C-34/03, EU:C:2004:709, 22 kohta) sekä julkisasiamies Poiars Maduron ratkaisuehdotus asiassa Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:544, 23 kohta).

43 — Ks. vastaavasti julkisasiamies Poiars Maduron ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa La Cascina ym. (C-226/04 ja C-228/04, EU:C:2005:524, 26 kohta).

44 — Ks. tuomio Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, 40 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

45 — Tältä osin on korostettava, että direktiivin 2014/25 89 artiklan 1 kohdan d alakohdan ii alakohdassa säädetään nimenomaisesti tapauksesta, jossa sopimuskumppani muuttuu hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen. Kyseisen säännöksen mukaan uutta hankintasopimuksen tekomenettelyä ei tarvitse järjestää etenkään, jos sopimuskumppani, jonka hankintayksikkö oli alun perin valinnut hankintasopimuksen sopimuspuoleksi, korvataan uudella sopimuskumppanilla siksi, että "alkuperäisen sopimuskumppanin asema siirtyy yhtiön rakenneuudistusjärjestelyjen, yritysostojen, sulautumisten ja määräysvallan muutosten tai maksukyvyttömyyden seurauksena kokonaan tai osittain toiselle talouden toimijalle, joka täyttää alun perin vahvistetut laadulliset valintaperusteet edellyttäen, ettei tästä aiheudu muita merkittäviä muutoksia hankintasopimukseen eikä tällä pyritä kiertämään – – direktiivin soveltamista".

61. Nämä ovat ne periaatteet, joiden valossa on arvioitava, mitkä ovat ne rajat, jotka yhdenvertaisen kohtelun periaate asettaa nyt käsiteltävän tapauksen kaltaisessa tapauksessa hankintaviranomaisen mahdollisuudelle sallia ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa, että talouden toimija, jota ei ollut alun perin valittu esivalinnassa, tulee toisen toimijan seuraajaksi ja erityisesti sellaisen esivalinnassa valitun ryhmittymän seuraajaksi, johon ensin mainittu toimija kuului.

3. Mahdollisuus sallia esivalinnassa valitsemattoman talouden toimijan tuleminen toisen toimijan seuraajaksi hankintasopimuksen tekomenettelyssä

62. Osapuolet vaikuttavat hyväksyvän sen, että esivalinnan käsittävissä tarjouspyyntömenettelyissä lähtökohtaisesti vain esivalitut tarjoajat voivat tehdä tarjouksia ja siten tulla valituiksi hankintasopimuksen sopimuspuoleksi.

63. Yhdyn tällaiseen näkemykseen, jonka nimenomainen normatiivinen perusta on – kuten MTHZ perustellusti korostaa – direktiivin 2004/17 51 artiklan 3 kohta. Kun siinä säädetään, että hankintaviranomaisten ”on tarkistettava, että näin valittujen tarjoajien esittämät tarjoukset ovat – sääntöjen ja vaatimusten mukaisia”, siinä nimittäin edellytetään, että esivalinnassa valitut toimijat ja toimijat, jotka tarjouksia esittävät, ovat samoja.⁴⁶ Periaatteena siis on, että esivalinnassa valittu talouden toimija ja toimija, joka tarjouksen esittää ja joka voidaan mahdollisesti valita hankintasopimuksen sopimuspuoleksi, ovat oikeudellisesti ja asiallisesti samat.

64. Tältä osin on täsmennettävä, että toisin kuin komissio istunnossa väitti, nyt käsiteltävässä asiassa ei ole epäilystäkään siitä, että IS:n muotoon perustettu ryhmittymä ja Aarsleff eivät ole oikeudellisesti tai asiallisesti samat. Vaikka Aarsleff olikin yksi IS:n yhtiömiehistä, on nimittäin kiistatonta, että se on asiallisesti ja oikeudellisesti eri oikeushenkilö kuin se ryhmittymä, johon se kuului.

65. Tämän täsmennyksen jälkeen on selvitettävä, voidaanko yhdenvertaisen kohtelun periaatteen, sellaisena kuin sitä on tulkittu tämän ratkaisuehdotuksen 55–59 kohdassa, valossa hyväksyä erityisesti pääasian kaltaisissa olosuhteissa poikkeaminen edellä mainitusta periaatteesta, jonka mukaan esivalinnassa valitun tarjoajan ja tarjouksen esittävän tarjoajan on ehdottomasti vastattava toisiaan.

66. Mainitulla periaatteella ei mielestäni voi olla ehdotonta soveltamisalaa eikä se voi olla ilman poikkeuksia. Mielestäni voi olla – joskin rajoitettu määrä – tapauksia, joissa tarjoajan identiteetin muuttaminen menettelyn aikana olisi sallittava, kun otetaan huomioon erityisesti vaatimus siitä, että hankintasopimuksen tekomenettely säilyy mahdollisimman laajasti avoimena kilpailulle.

67. Koska yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen kuitenkin rajoittaa tällaisen vaatimuksen soveltamista, kuten tämän ratkaisuehdotuksen 59 kohdassa korostin, hankintaviranomainen ei saa syrjiä tarjoajia esittämällä perusteluksi vaatimuksen hankintasopimuksen tekomenettelyn avaamisesta mahdollisimman laajasti kilpailulle. Tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen asettaa siis ehdottoman rajan esivalinnassa valitun tarjoajan ja tarjouksen esittävän tarjoajan vastaavuusperiaatteesta tehtäville mahdollisille poikkeuksille, joita sitä paitsi on yleisesti sovellettavaan periaatteeseen tehtävinä poikkeuksina tulkittava suppeasti.⁴⁷

68. Näiden periaatteiden vahvistamisen jälkeen on pohdittava, minkä konkreettisen menettelytavan avulla voidaan sovittaa parhaiten yhteen – pääasian kaltaisessa tapauksessa keskenään ehkä ristiriitaisetkin – vaatimukset, jotka perustuvat tarjoajien yhtäläisten mahdollisuuksien ja maksimaalisen kilpailulle avaamisen tiukkaan noudattamiseen.

46 – Neuvottelumenettelyjen, joita edeltää tarjouskilpailukutsu, sääntelyn yhteydessä uuden direktiivin 2014/25 47 artiklan 2 kohta on tältä osin vieläkin selkeämpi, koska siinä säädetään, että ”neuvotteluihin voivat osallistua ainoastaan hankintayksikön toimitettujen tietojen arvioinnin perusteella kutsumat talouden toimijat”.

47 – Ks. vastaavasti tuomio Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, 24 kohta) sekä tuomio Pfeiffer ym. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, 52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

69. Osapuolet ehdottavat kaikki eri menettelytapaa.

70. Todettakoon aluksi, että pyrin sulkemaan pois tämän ratkaisuehdotuksen 66 kohdassa esittämistäni syistä sellaisen menettelytavan kaltaisen menettelytavan, joka MTHZ näyttää suosittelevan ja jonka mukaan esivalinnassa valitun toimijan ja tarjouksen esittävän toimijan vastaavuusperiaatteesta ei pitäisi poiketa koskaan.

71. Komissio katsoo puolestaan pääasiallisesti, että jos toimija, jota ei ole valittu esivalinnassa – kuten nyt käsiteltävässä tapauksessa ryhmittymän jäljellä oleva jäsen – on tarjouspyyntöasiakirjan mukainen, yhdenvertaisen kohtelun periaate ei estä hankintaviranomaista sallimasta tämän jatkaa menettelyä. Tällaisella ratkaisulla ei voida kuitenkaan taata, että vaatimus tarjoajien yhdenvertaisista mahdollisuuksista täyttyy tinkimättä.

72. Se, että uusi toimija on tarjouspyyntöasiakirjan mukainen,⁴⁸ on tosin epäilemättä välttämätön edellytys tarjoajien välisen syrjinnän estämiseksi. Sillä ei kuitenkaan yksinään voida sellaisenaan taata sitä, ettei uusi toimija saadessaan muita tarjoajia myöhemmin luvan osallistua tarjouspyyntömenettelyyn saa kilpailuetuja silloin, kun se tulee mukaan menettelyyn. Tällaisia etuja voivat esimerkiksi olla se, että sillä on tietoja, joita muilla tarjoajilla ei ollut,⁴⁹ kun ne päättivät osallistua hankintasopimuksen tekomenettelyyn.⁵⁰

73. Tanskan hallituksen mielestä yhdenvertaisen kohtelun periaate ei estä käsiteltävän tapauksen kaltaisessa tapauksessa sitä, että hankintaviranomainen voisi hyväksyä tarjoajan identiteettiä koskevan muutoksen esivalinnan ja hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnan välisenä aikana, jos kaksi edellytystä täyttyy. Ensinnäkin tarjoajan, jonka identiteettiä on muutettu, jäljellä olevan osan on täytettävä yksinään esivalintaa varten määrätyt soveltuvuusvaatimukset ja toiseksi tarjoajan identiteetin muutos ei saa vaikuttaa esivalinnassa valittuun ehdokasjoukkoon esimerkiksi siten, että vaikka tarjoajan jäljelle jäänyt osa olisi osallistunut esivalintaan heti alussa uudessa muodossa, esivalinnassa valitut ehdokkaat olisivat yhä samat.

74. Tämäkään ratkaisu ei ole mielestäni tyydyttävä. Ensimmäinen edellytys vastaa nimittäin mielestäni pääasiallisesti komission esittämässä ratkaisussa vaadittua edellytystä. Toisen edellytyksen osalta en usko, että tarjoajien yhtäläisten mahdollisuuksien tiukan toteutumisen takaamiseksi riittäisi, ettei ehdokkaan muuttuminen vaikuta esivalinnassa valittuun ehdokasjoukkoon. Katson nimittäin – samoista syistä kuin tämän ratkaisuehdotuksen 72 kohdassa – että se, ettei mitään toimijaa ole suljettu aiheettomasti menettelyn ulkopuolelle eikä aiheettomasti sallittu osallistua siihen, on toki myös välttämätön edellytys syrjinnän estämiseksi, mutta se ei ole riittävä tae tarjoajien yhtäläisten mahdollisuuksien vaatimuksen täyttymisestä.

75. Koska lainsäätäjä tai hankintaviranomainen ei ole antanut asiasta etukäteen nimenomaisia sääntöjä, hankintayksikön on mielestäni hyvä suorittaa konkreettinen ja tapauskohtainen arviointi kaikkien tiedossaan olevien tosiseikkojen perusteella tutkiakseen, johtaako kyseinen ehdokkaan muuttuminen tilanteeseen, jossa tarjoajat eivät ole yhdenvertaisessa asemassa hankintasopimuksen tekomenettelyn aikana eivätkä etenkään, mutta eivät ainoastaan, tarjoustensa laadinnan yhteydessä. Arvioinnilla on pyrittävä erityisesti selvittämään, tuottaako mainittu muutos uudelle tarjoajalle kilpailuetua ja johtaako se siten kilpailuprosessin heikentymiseen.

48 — Ei ole sitä paitsi selvää, olisiko uuden toimijan tämän ehdotuksen mukaan täytettävä tarjouspyyntöasiakirjan vaatimukset silloin, kun muutos tapahtuu, vai olisiko sen täytynyt täyttää ne silloin, kun kaikki muut tarjoajat esivalittiin.

49 — Ks. tuomio *Fabricom* (C-21/03 ja C-34/03, EU:C:2005:127, 29 kohta), jossa yhteisöjen tuomioistuin otti huomioon mahdolliset kilpailuedut, joita on voinut syntyä niiden tietojen vuoksi, joita tarjoaja olisi voinut saada kyseessä olevasta julkisesta hankinnasta.

50 — Korostettakoon komission itse myöntävän huomautuksissaan, että sen ehdottaman kriteerin avulla ei kyetä takaamaan, ettei kilpailun vääristymisen vaaraa ilmene missään tapauksessa.

76. Ehdokkaan muuttuminen voi tapahtua teoreettisesti monessa eri tilanteessa, joita ei ole tarpeen arvioida tässä yhteydessä. Totean vain, että silloin, kun ehdokkaan identiteetin muutoksella on yksinomaan muodollinen eikä aineellinen merkitys, koska se tarkoittaa esimerkiksi yksinomaan muodon muutosta tai sisäistä uudelleenjärjestelyä, jolla ei ole olennaisia seurauksia,⁵¹ on epätodennäköistä, että tällainen muutos on omiaan luomaan eriarvoisiin mahdollisuuksiin johtavan tilanteen.

77. Pääasian kaltaisessa tilanteessa, jossa ryhmittymä, jonka siihen kuuluvat talouden toimijat ovat perustaneet niistä erillisen oikeushenkilön oikeudelliseen muotoon, hajoaa, ja sen korvaa menettelyssä ryhmittymän jäljellä oleva jäsen, ei kuitenkaan mielestäni merkitse ehdokkaan identiteetin sellaista muutosta, jolla olisi yksinomaan muodollinen eikä aineellinen merkitys.

78. Näin ollen katson, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asiana on tiedossaan olevien tosiseikkojen perusteella todeta konkreettisesti, onko Banedanmarkin päätös johtanut esillä olevassa tapauksessa menettelyyn osallistuneiden eri tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamiseen ja erityisesti, saiko Aarsleff kilpailuetuja toisiin tarjoajiin nähden silloin, kun sen sallittiin korvata IS menettelyssä.

79. Tyydyn tältä osin esittämään vain seuraavat näkökohdat, jotka perustuvat unionin tuomioistuimen asiassa käytettävissä oleviin tietoihin.

80. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin korostaa ensinnäkin, että on pidettävä näytettynä, että jos Aarsleff olisi ilmoittautunut ehdokkaaksi suoraan itse eikä hajonneen ryhmittymän välityksellä, se olisi joka tapauksessa valittu esivalinnassa. Tämä seikka ei sulje kuitenkaan mielestäni pois yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkausta, joka nyt käsiteltävässä tapauksessa on mahdollisesti tapahtunut. Esillä olevassa asiassa ei ole ratkaisevaa niinkään (tai ainoastaan) se, olisiko Aarsleffin mahdollisesti voitu ajatella tulevan valituksi esivalinnassa yksinään vai ei, vaan se, onko se saanut eri kohtelua, joka on luonut sille kilpailuetua silloin, kun sen sallittiin osallistua yksinään menettelyyn, vaikka sitä ei ollut valittu ensin esivalinnassa.

81. Lisäksi vaikuttaa siltä, että Aarsleff on voinut päättää osallistumisestaan yksinään tähän tarjouspyyntömenettelyyn sellaisten tietojen perusteella, joita muilla tarjoajilla ei ollut käytettävissään, kun ne päättivät osallistua siihen.⁵² Etenkin MTHZ on korostanut, että kun Aarsleffin sallittiin tehdä tällainen päätös Pihlin konkurssin ja siis menettelyyn osallistumiseksi muodostetun ryhmittymän hajoamisen jälkeen, se yhtäältä oli voinut saada tietoonsa menettelyyn osallistuvien ja tarjouksen tehneiden yritysten tarkan lukumäärän, ja toisaalta se tiesi, että sen ryhmittymän tarjous, johon Aarsleff kuului, oli arvioitu toiseksi parhaimmaksi tarjoukseksi. Näihin seikkoihin on lisättävä vielä se, että Aarsleff oli saanut Pihlin konkurssin jälkeen mahdollisuuden ottaa palvelukseensa yli viisikymmentä Pihlin työntekijää, joihin kuului myös tarjouspyynnön kohteena olevan hankkeen toteuttamisen kannalta keskeisiä henkilöitä.⁵³

82. Tilanne, jossa kaksi talouden toimijaa päättää muodostaa ennen hankintasopimuksen tekomenettelyn alkua ryhmittymän, jonka yksinomaisena tarkoituksena on osallistua kyseiseen menettelyyn, edellyttää kuitenkin, että nämä toimijat ovat tehneet hankkeeseen liittyvät mahdollisuudet ja riskit arvioituaan liiketoiminnallisen päätöksen yhteisestä osallistumisesta tarjouspyyntömenettelyyn sekä siihen liittyvien hyötyjen ja riskien jakamisesta. Näin ollen on arvioitava konkreettisesti, johtaako muihin tarjoajiin nähden erilaiseen kohteluun ja tuottaako kilpailuetua se, että menettelyn myöhäisemmässä vaiheessa, jolloin menettelyn kulusta on vähemmän epävarmuustekijöitä,

51 — Ks. analogisesti tuomio Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, 43–45 kohta).

52 — Ks. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 49.

53 — Tältä osin on aiheellista korostaa muille tarjoajille lähetetystä (ja tämän ratkaisuehdotuksen 20 kohdassa mainitusta) Banedanmarkin tiedotteesta käyvän ilmi, että se otti huomioon tämän seikan, kun se päätti sallia Aarsleffin ottaa sittemmin hajonneen ryhmittymän paikan menettelyssä.

on annettu toiselle näistä toimijoista mahdollisuus muuttaa tätä liiketoiminnallista päätöstä sallimalla kyseisen toimijan osallistua menettelyyn yksinään. On tutkittava, perustuuko tällainen myöhempi liiketoiminnallinen päätös todella eri tietoihin kuin niihin, jotka olivat muiden tarjoajien käytettävissä, kun ne tekivät päätöksen osallistumisestaan menettelyyn tietyssä muodossa tai kokoonpanossa ja kun tätä päätöstä ei ollut myöhemmin mahdollista muuttaa.

V Ratkaisuehdotus

83. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Klagenævnet for Udbudin (julkisten hankintojen valituslautakunta) esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

- 1) Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY 51 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että hankintasopimuksen tekomenettelyn esivalinnassa valitun talouden toimijan ja samassa menettelyssä tarjouksen esittävän talouden toimijan on lähtökohtaisesti oltava oikeudellisesti ja asiallisesti samat.
- 2) Pääasian tilanteen kaltaisessa tilanteessa, jossa kaksi talouden toimijaa on muodostanut kaupallisen yhtiön muotoon ryhmittymän osallistuakseen hankintasopimuksen tekomenettelyyn ja jossa toinen niistä on joutunut ryhmittymän tultua valituksi esivalinnassa mutta ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa maksukyvyttömyysmenettelyyn, minkä vuoksi ryhmittymä on hajonnut, direktiivin 2004/17 10 artiklaa on tulkittava siten, että hankintaviranomaisen asiana on konkreettisen, kaikkiin tiedossaan oleviin tosiseikkoihin perustuvan arvioinnin perusteella tutkia, johtaako sellainen mahdollinen lupa jatkaa menettelyyn osallistumista ryhmittymän sijasta, joka on myönnetty ryhmittymän jäljellä olevalle jäsenelle, jota ei ollut alun perin valittu esivalinnassa, tilanteeseen, jossa tarjoajilla ei ole yhtäläisiä mahdollisuuksia menettelyn aikana eikä etenään tarjoustensa laadinnan yhteydessä. Näin on erityisesti tapauksessa, jossa ryhmittymän jäljellä oleva jäsen on voinut tehdä hankintasopimuksen tekomenettelyn yhteydessä päätöksiä sellaisten tietojen perusteella, joita muilla tarjoajilla ei ollut käytettävissään sinä hetkenä, kun niiden täytyi tehdä sama päätös, ja jossa kyseisellä toimijalla oli mahdollisuus hankkia menettelyn aloittamisen jälkeen hankkeen toteuttamisen osalta keskeisiä tietoja, joita sillä ei ollut käytettävissään silloin, kun sen olisi pitänyt tulla valituksi esivalinnassa.