JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

ELEANOR SHARPSTON

7 päivänä kesäkuuta 2007 [1]

1. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Saksa) on ennakkoratkaisupyynnössään tiedustellut yhteisöjen tuomioistuimelta, estääkö yhteisön oikeus sen, että tarjoajalta yleisesti evätään direktiivin 89/665 [2] mukainen oikeus hakea muutosta hankintamenettelyissä tehtyihin päätöksiin, koska tämä ei ole kansallisen lainsäädännön mukaisessa määräajassa hakenut muutosta päätökseen, jonka vuoksi hankintamenettely on virheellisesti jäänyt mainitun direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

2. Pääasian valittaja ei saanut tavoittelemaansa ohjelmistoja koskevaa hankintasopimusta, josta oli järjestetty kansallisen menettelyn mukainen tarjouskilpailu. Ensinnäkin se väitti, että olisi pitänyt järjestää yhteisön laajuinen hankintamenettely, koska hankinta ylitti asiaa koskevan kynnysarvon, ja toiseksi se katsoi, että hankintaviranomaisen tekemä päätös oli lainvastainen. Valittajan väitteitä ei otettu tutkittavaksi, koska määräaika muutoksen hakemiseksi menettelyn valintaan oli umpeutunut, minkä johdosta yhteisön oikeuden soveltamisalaan kuuluvia julkisia hankintasopimuksia koskevaa muutoksenhakumenettelyä ei voitu soveltaa.

3. Ennakkoratkaisupyynnössä yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään lisäksi tarkastelemaan olosuhteita, joissa julkisissa hankintamenettelyissä tehtyjä päätöksiä koskevan muutoksenhaun määräaikojen asettaminen voi vaikuttaa direktiivin 89/665 taustalla olevaan tehokkuusperiaatteeseen.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Direktiivi 89/665

4. Direktiivillä 89/665 pyritään varmistamaan, että asiaa koskevissa yhteisön direktii-

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1).

veissä säädettyjä julkisia rakennusurakoita, tavarahankintoja tai palveluhankintoja koskevia sopimuksentekomenettelyjä sovelletaan tehokkaasti. Tämä varmistetaan muutoksenhakumenettelyjen ja -keinojen järjestelmällä.

5. Asian kannalta merkityksellisiä ovat seuraavat direktiivin 89/665 johdanto-osan perustelukappaleet:

"[1] julkisia hankintoja koskevissa yhteisön direktiiveissä, erityisesti – – julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1976 annetussa neuvoston direktiivissä 77/62/ETY [3] – – ei ole erityissäännöksiä, jotka varmistaisivat niiden tehokkaan soveltamisen,

[2] niiden soveltamisen varmistamiseksi tarkoitetuilla, niin kansallisilla kuin yhteisön tasolla suoritetuilla järjestelyillä ei aina voida varmistaa asiaa koskevien yhteisön säännösten noudattamista, varsinkaan siinä vaiheessa, jolloin virheellisiä menettelyjä voidaan oikaista,

[3] julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle yhteisössä edellyttää, että takeita avoimuuden toteuttamisesta ja syrjinnän estämisestä lisätään merkittävästi; tämän toteuttamiseksi on julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden tai sen täytäntöön panemiseksi annettujen kansallisten säännösten vastaisten virheellisten menettelyjen varalta oltava käytettävissä tehokkaita ja nopeita muutoksenhakukeinoja,

[4] – –

[5] – – menettelyjen viemän lyhyen ajan vuoksi edellä tarkoitetut virheelliset menettelyt on käsiteltävä kiireellisesti,

– –"

6. Direktiivin 89/665 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direk-

3 – (EYVL L 13, s. 1.) Tämä direktiivi kumottiin ja korvattiin julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetulla neuvoston direktiivillä 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna 13.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY (EYVL L 328, s. 1) ja 13.9.2001 annetulla komission direktiivillä 2001/78/EY (EYVL L 285, s. 1). Direktiivi 93/36 puolestaan oli yksi direktiiveistä, jotka kumottiin ja korvattiin julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114).

tiivien – – 77/62/ETY ja 92/50/ETY [4] soveltamisalaan kuuluviin sopimusten tekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista seuraavien artikloiden ja erityisesti 2 artiklan 7 kohdan mukaisesti, kun edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia säännöksi.

2. – –

3. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että käytettävissä on muutoksenhakumenettelyt, jotka ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkisia tavaranhankintoja – – koskevaa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata. Jäsenvaltiot voivat edellyttää erityisesti, että ennen muutoksenhakumenettelyn käynnistämistä hakijan on täytynyt ilmoittaa hankintaviranomaiselle väitetystä virheellisestä menettelystä sekä aikomuksestaan hakea muutosta."

7. Direktiivin 89/665 2 artikla koskee keinoja, joita pitäisi olla käytettävissä muutoksenhakumenettelyihin liittyen. Kyseisen 2 artiklan 7 kohdan mukaan "jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelystä vastaavien elinten päätökset voidaan panna täytäntöön tehokkaasti".

Direktiivi 93/36 [5]

8. Direktiivin 93/36 10 artiklassa säädetään muun muassa avoimissa menettelyissä sovellettavista vähimmäismääräajoista kynnysarvon ylittävien tarjousten vastaanottamiselle sovellettaessa yhteisön sääntöjä. Kyseisen 10 artiklan 1 kohdan mukaan tällaisissa menettelyissä tarjousten vastaanottamiselle on asetettava vähintään 52 päivän pituinen määräaika hankintailmoituksen lähetyspäivästä. Vähimmäismääräaika tarjousten vastaanottamiselle voidaan yleensä lyhentää 36

4 – Ks. alaviite 2. Direktiiviä 92/50 muutettiin direktiiveillä 93/36, 97/52 ja 2001/78, ja se kumottiin – lukuun ottamatta 41 artiklaa (jolla muutettiin direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohtaa) – direktiivillä 2004/18 (ks. alaviite 3 edellä). Direktiivin 92/50 2 artiklan (ja sittemmin direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan d alakohdan toisen alakohdan) mukaan sekä tavaroita että palveluja koskevaa sopimusta pidetään palveluhankintaa koskevana sopimuksena, jos palvelujen arvo on toimitettujen tuotteiden arvoa suurempi. Tarkasteltavaan asiaan kuuluvaan sopimukseen sisältyy sekä tuotteita (ohjelmistolisenssejä) että palveluja (koulutusta ja kunnossapitoa), joiden suhteelliset arvot eivät käy ilmi asiakirja-aineistosta. Näin ollen on epävarmaa, onko sopimusta pidettävä tavara- vai palveluhankintaa koskevana sopimuksena. Kynnysarvo, jonka perusteella sopimus kuuluu direktiivin 89/665 soveltamisalaan, on kuitenkin kummassakin tapauksessa sama.

5 – Ks. alaviite 3. Direktiivin 93/36 10 artiklan 1 ja 1 a kohdan kaltaisia säännöksiä sisältyy julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten osalta direktiivin 92/50 18 artiklan 1 ja 2 kohtaan. Molemmat säännöstöt korvattiin sittemmin direktiivin 2004/18 38 artiklan 2 ja 4 kohdalla.

päivään mutta ei missään tapauksessa alle 22 päivään, jos ennakkotietoilmoitus on julkaistu 10 artiklan 1 a kohdan mukaisella tavalla.

Saksan lainsäädäntö [6]

9. Saksan Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen -lain (laki kielletyistä kilpailunrajoituksista, jäljempänä GWB) neljäs osa koskee julkisten hankintasopimusten tekemistä. [7] GWB:n 100 §:n 1 momentin mukaan kyseistä osaa sovelletaan ainoastaan sopimuksiin, joiden arvo on vähintään 127 §:ssä tarkoitetussa asetuksessa vahvistetun arvon (kynnysarvon) suuruinen tai tätä suurempi. [8]

10. GWB:n 107 § koskee hankinta-asioita käsittelevälle jaostolle jätettyjä muutoksenhakuhakemuksia. GWB:n 107 §:n 3 momentissa säädetään määräajoista, joiden kuluessa muutoksenhakuhakemukset väitetyistä julkisia hankintoja koskevien sääntöjen rikkomisista on jätettävä jaostolle, ja siinä todetaan seuraavaa:

"Hakemusta ei oteta tutkittavaksi, mikäli hakija oli tietoinen väitetystä hankintasääntöjen rikkomisesta jo hankintamenettelyn aikana eikä tehnyt välittömästi valitusta hankintaviranomaiselle. Hakemusta ei oteta tutkittavaksi myöskään silloin, kun hankintailmoituksen perusteella tunnistettavissa [9] olevasta julkisia hankintoja koskevien sääntöjen rikkomisesta ei tehdä valitusta hankintaviranomaiselle viimeistään hankintailmoituksessa mainitun tarjousten tai hankintamenettelyyn liittyvien osallistumishakemusten jättämistä koskevan määräajan päättyessä."

11. Vergabeverordnung (julkisia hankintoja koskeva asetus, jäljempänä VgV) [10] sisältää muun muassa GWB:n 127 §:n 1 momentissa tarkoitetut kynnysarvot. [11] Tosiseikkojen tapahtumahetkellä VgV:n 2 §:ssä säädettiin seuraavaa:

"Kynnysarvo on:

— —

6 – [Ei koske suomenkielistä käännöstä.]

7 – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 26.8.1998, BGBl. I 1998, s. 2521. Neljännessä osassa ovat lain 97–129 §. Osa on jaettu kolmeen jaksoon, joista toinen (102–124 §) koskee muutoksenhakumenettelyjä.

8 – GWB:n 127 §:n 1 momentissa annetaan liittohallitukselle valtuudet Bundesratin suostumuksella saattaa asetuksella osaksi Saksan lainsäädäntöä kynnysarvot, joista säädetään julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetuissa yhteisön direktiiveissä.

9 – Saksankielinen alkuperäisteksti: erkennbar.

10 – Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, 9.1.2001, BGBl. I 2001, s. 110.

11 – Ks. edellä oleva alaviite 8.

3. kaikkien muiden tavara- tai palveluhankintasopimusten tapauksessa: 200 000 euroa."

12. Verdingungsordnung für Leistungen -nimisen säännöstön (säännöt julkisten tavara- ja palveluhankintasopimusten tekemisestä tarjouskilpailun perusteella, jäljempänä VOL/A) [12] A osa sisältää yksityiskohtaiset säännöt tavara- ja palveluhankintasopimusten tekemisestä tarjouskilpailun perusteella. VOL/A:n 17 § koskee muun muassa hankintailmoituksen sisältöä. Kyseisen 17 §:n 1 momentin 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Hankintailmoitukseen on sisällytettävä ainakin seuraavat tiedot:

– –

c) toimitettavien tavaroiden tai palvelujen luonne ja laajuus – –" [13]

12 – Vuoden 2002 toisinto, 17.9.2002, Bundesanzeiger nro 216a. Osa 1 koskee yhteisön kynnysarvon alittavia ja osa 2 yhteisön kynnysarvon ylittäviä sopimuksia. Kummankin osan toisiaan vastaavilla pykälillä on sama numero. Kummassakin osassa 17 §:n 1 momentin 2 kohdan c alakohdan sanamuoto on sama.

13 – Saksankielinen alkuperäisteksti: "Diese Bekanntmachung soll mindestens folgende Angaben enthalten: – – Art und Umfang der Leistung".

Pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisupyyntö

13. Pääasian vastapuoli Freie Hansestadt Bremen (jäljempänä Bremen) julkaisi 21.3.2005 tai tätä aiemmin VOL/A:n mukaisen kansallisen tarjouspyynnön ohjelmistoja koskevan hankintasopimuksen tekemiseksi. [14] Tarjoukset oli jätettävä viimeistään 12.4.2005. Hankintailmoituksessa ei määritetty hankinnan laajuutta tai arvoa. Otsikon "Menge und Umfang" (määrä ja laajuus) alla todettiin seuraavaa:

"Bremenin työ-, nais-, terveys-, nuoriso- ja sosiaaliasioiden ministeriölle etsitään SGB XII:n (aikuisten sosiaalipalvelut ja taloudelliset tuet) alaan kuuluvaa tietokonepohjaiseen käsittelyyn tarkoitettua vakio-ohjelmaa, joka vastaa tarjousasiakirjoissa mainittuja vaatimuksia. Tarjousasiakirjat ovat saatavilla maksutta osoitteesta www.vergabe.bremen.de. – –"

14 – [Ei koske suomenkielistä käännöstä.]

14. Pääasian valittaja Lämmerzahl GmbH (jäljempänä Lämmerzahl) on osakeyhtiö, joka on erikoistunut toimittamaan ohjelmistoja viranomaisille. Sille toimitettiin asianmukaisesti tarjousasiakirjat, joihin sisältyivät seuraavat kolme asiakirjaa:

15. Ensinnäkin "hintalomakkeeksi/hintaerittelyksi" nimetyssä asiakirjassa (jäljempänä hinta-asiakirja) tarjoajia pyydettiin ilmoittamaan kohdassa "lisenssisopimus" täyslisenssien yksikköhinnat toimitettavien lisenssien lukumäärän perusteella (11–50, 51–100, 101–200, 201–500 lisenssiä). Vaihtoehtoisesti pyydettiin ilmoittamaan vain lukuoikeudet sisältävien lisenssien yksikköhinnat (1–5, 6–10, 11–50, 51–100 lisenssiä). Toisena vaihtoehtona pyydettiin ilmoittamaan niin sanotun osavaltiolisenssin (Landeslizenz) hinta. [15] Kohdassa "palveluhankintasopimus" tarjoajia pyydettiin ilmoittamaan noin 300 työntekijän ja 10 ylläpitäjän koulutuksen hinta. Asiakirjan missään kohdassa ei mainittu tarvittavien lisenssien tosiasiallista lukumäärää.

15 – Bremen totesi 6.4.2005 päivätyssä kirjeessään (ks. jäljempänä 20 kohta), että osavaltiolisenssi oikeuttaisi käyttämään rajoittamatonta määrää lisenssejä Bremenissä ja Bremerhavenissa.

16. Toiseksi asiakirjassa, jossa määritellään tarjouspyynnön kohde (jäljempänä kohdeasiakirja), todettiin, että ohjelmistoa käyttäisi työssään noin 200 työntekijää taloudellisten tukien yksiköstä, 45 työntekijää sosiaalipalvelujen yksiköstä ja 65 työntekijää keskusyksiköistä.

17. Kolmanneksi tavaroita ja palveluja koskevassa taulukossa esitettiin yhden yksikön vähimmäismäärä tai arvioitu määrä. Siinäkään ei mainittu tarvittavien lisenssien kokonaismäärää.

18. Lämmerzahl esitti tarjousasiakirjoista neljä kysymystä, joihin Bremen vastasi 24.3.2005 päivätyllä kirjeellä. Tässä vaiheessa Lämmerzahl ei kysynyt lisenssien lukumäärästä eikä hankinnan laajuudesta tai arvosta.

19. Lämmerzahl lähetti Bremenille 4.4.2005 sähköpostiviestin, jossa se pyysi lisäselvennystä tarjousasiakirjoihin. Ensimmäinen kysymys koski sitä, tarkoittivatko tarjousasiakirjassa sekä tavaroita ja palveluja koskevassa taulukossa pyydetyt kokonaishinnat "yhteenlaskettua hintaa 310:een lisenssiin perustuvaa lisenssisopimusta koskevassa hintalomakkeessa ([kohdeasiakirjassa] määritel-

lyt 310:een työntekijää)" vai olisiko siihen sisällytettävä muitakin kustannuksia (esimerkiksi kunnossapito- ja huoltokustannukset). Lämmerzahlin sähköpostiviestiin sisältyneet kolme muuta kysymystä koskivat "edellä mainittuja 310:tä lisenssiä".

20. Bremen vastasi 6.4.2005 päivätyllä kirjeellä. Se vastasi ensimmäiseen kysymykseen, että tarjousasiakirjaan on merkittävä kokonaishinta (lisenssi-, kunnossapito- ja huoltokustannukset käsittävä hinta). Yhdessäkään Bremenin antamista vastauksista ei mainittu tai nimenomaisesti kommentoitu Lämmerzahlin kysymyksiin sisältynyttä 310 lisenssin lukumäärää.

21. Tämän jälkeen Lämmerzahl jätti 310 lisenssiin perustuvan tarjouksen, joka käsitti myös koulutuksen ja kunnossapidon ja jonka nettohinta oli 603 500 euroa. Se valittiin testausvaiheeseen yhden kilpailevan tarjoajan eli PROSOZ Herten GmbH:n (jäljempänä PROSOZ) kanssa.

22. Bremen ilmoitti Lämmerzahlille 6.7.2005 päivätyllä kirjeellään, että tämän tarjousta ei voitu hyväksyä, koska se ei ollut taloudellisesti edullisin.

23. Lämmerzahl lähetti Bremenille 14.7.2005 kirjallisen valituksen, ja se jätti 21.7.2005 julkista hankintaa koskevan muutoksenhakuhakemuksen. Se totesi saaneensa 14.7.2005 oikeudellisia neuvoja, joiden perusteella se katsoi, että Bremenin olisi pitänyt järjestää kansallisen asemesta yhteisön laajuinen tarjouskilpailu, koska hankinnan arvo ylitti 200 000 euron kynnysarvon. Lisäksi se katsoi, että ohjelmistoa ei ollut testattu asianmukaisella tavalla.

24. Freie Hansestadt Bremenin 3. Vergabekammer (hankinta-asioita käsittelevä jaosto, jäljempänä Vergabekammer) jätti 2.8.2005 tekemällään päätöksellä hakemuksen tutkimatta. Se katsoi, että vaikka kynnysarvo oli ylitetty ja virheellistä hankintamenettelyä sen vuoksi käytetty, säännöstenvastaisuus oli tunnistettavissa tarjouspyynnön perusteella. Näin ollen Lämmerzahlin valitukset oli tehty GWB:n 107 §:n 3 momentin toisessa virkkeessä säädetyn määräajan umpeuduttua.

25. Lämmerzahl haki muutosta ennakkoratkaisua pyytäneeltä tuomioistuimelta. Ensinnäkin se väitti, että säännöstenvastaisuus menettelyn valinnassa ei ollut tunnistettavissa hankintailmoituksen perusteella. Toiseksi se toisti testaus- ja valintamenettelyä koskevat väitteensä ja väitti, että PROSOZin tarjous oli ilmeisen epätäydellinen ja siinä esitetty kustannuslaskelma oli säännöstenvastainen, minkä vuoksi tämä tarjous olisi pitänyt hylätä (aineelliset väitteet).

26. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kieltäytyi 7.11.2005 tekemällään välipäätöksellä pidentämästä muutoksenhaun lykkäävää vaikutusta katsoen, että valitus ei tulisi menestymään. Se yhtyi Vergabekammerin näkemykseen, jonka mukaan Lämmerzahlilla ei GWB:n 107 §:n 3 momentin toisessa virkkeessä säädetyn määräajan umpeuduttua ollut oikeutta hakea muutosta kansallisen menettelyn valintaan ja Bremenin arvioon hankinnan arvosta. Näin ollen yhtiö ei voinut turvautua GWB:n mukaiseen muutoksenhakumenettelyyn, jota voitiin soveltaa ainoastaan kynnysarvon ylittäviin hankintamenettelyihin.

27. Tämän jälkeen Bremen teki sopimuksen PROSOZin kanssa.

28. Ennakkoratkaisupyynnössä kansallinen tuomioistuin näyttää myöntävän, että hankinnan arvo ylitti 200 000 euron kynnysarvon.[16] Se katsoo kuitenkin, että Lämmerzahlin oikeus turvautua GWB:n mukaiseen muutoksenhakumenettelyyn on vanhentunut GWB:n 107 §:n 3 momentin toisen virkkeen nojalla.

29. Tehdessään tämän päätelmän kansallinen tuomioistuin ei ratkaise lopullisesti kysymystä siitä, tarkoittaako ilmaus "tunnistettavissa hankintailmoituksen perusteella" kansallisen lainsäädännön mukaan sitä, että säännöstenvastaisuuden on oltava tunnistettavissa pelkästään hankintailmoituksesta. Se katsoo, että jos mainittu ilmaus voi käsittää muitakin asiakirjoja, Lämmerzahlin olisi täytynyt havaita kynnysarvon ylittyminen tarjousasiakirjoista. Joka tapauksessa sen olisi täytynyt havaita tämä omien laskelmiensa perusteella. Jos säännöstenvastaisuuden on toisaalta oltava tunnistettavissa pelkästään hankintailmoituksesta, sopimuksen laajuutta koskevan maininnan puuttuminen sinänsä olisi tunnistettavissa oleva säännöstenvastaisuus, koska tällaisen tiedon puuttuminen rikkoisi VOL/A:n 17 §:n 1 momentin 2 kohdan c alakohtaa.[17] Sen vuoksi tarjoajan olisi entistä hankalampi tarkistaa menettelyn valinta ja tarvittaessa hakea siihen muutosta.

30. Kansallinen tuomioistuin on kuitenkin ilmaissut epäilevänsä, evätäänkö sen 7.11.2005 tekemällä päätöksellä tarjoajilta oikeus hakea tehokkaasti muutosta väitettyyn yhteisön oikeuden rikkomiseen vastoin direktiivin 89/665 1 artiklaa. Se katsoo, että GWB:n 107 §:n 3 momentin toisessa virkkeessä säädetty määräaika on lähtökohtai-

16 – Vaikuttaa siltä, että Bremen käytti kansallista hankintamenettelyä arvioituaan (vuonna 2004) hankinnan arvoksi 150 000 euroa 150 lisenssin perusteella 310 lisenssin asemesta.

17 – Lämmerzahl kutsuu tätä VOL/A:n säännöstä "ei-sitovaksi". Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa kuitenkin, että ilmaisu "soll" ("tulee") sisältää yleisen velvoitteen säännöksen noudattamiseen, ellei pakottavien syiden vuoksi ole syytä toimia toisin. Ks. edellä oleva 12 kohta ja sitä koskeva alaviite. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin perustaa ilmaisua "soll" koskevan tulkintansa VOL/A:n lopussa oleviin yleisiin toteamuksiin.

sesti direktiivin mukainen yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella.[18] Kun hankinnan arvo on kuitenkin virheellisesti arvioitu kynnysarvoa pienemmäksi, valitukselle asetetun määräajan laiminlyöneellä tarjoajalla ei ole oikeutta hakea muutosta mainittuun säännöstenvastaisuuteen eikä myöskään esittää aineellisia väitteitä. Jos hankintaviranomainen voi tunnistettavissa olevalla säännöstenvastaisuudella evätä epätarkkaavaiselta tarjoajalta aineellisen suojan, väärinkäytösten mahdollisuus on olemassa.

31. Kansallinen tuomioistuin pohtii myös sitä, onko vanhenemisen ankarien seurausten toteuduttava vain silloin, jos tarjoaja voi hankintailmoituksen perusteella yksiselitteisesti todeta, että hankintaviranomainen olettaa hankinnan arvon jäävän kynnysarvoa pienemmäksi.

32. Näiden seikkojen perusteella kansallinen tuomioistuin on lykännyt pääasian käsittelyä ja pyytänyt yhteisöjen tuomioistuinta vastaamaan seuraaviin kahteen kysymykseen:

"1) Onko yhteensopivaa direktiivin 89/665/ETY ja erityisesti sen 1 artiklan 1 ja 3 kohdan kanssa, jos tarjoajalta evätään yleisesti mahdollisuus hakea muutosta julkisia hankintoja koskevaan hankintaviranomaisen päätökseen, koska tarjoaja on tuottamuksellisesti jättänyt vetoamatta kansallisessa lainsäädännössä säädetyssä muutoksenhakuajassa säännöstenvastaisuuteen, joka koskee

a) tarjouspyynnön valittua muotoa

tai

b) hankinnan arvon oikeaa vahvistamista (selvästi virheellinen arviointi tai vahvistamisen riittämätön avoimuus),

ja oikein vahvistetun tai oikein vahvistettavan hankinnan arvon mukaan olisi mahdollista tutkia muita säännöstenvastaisuuksia, jotka eivät erikseen tarkasteltuina ole prekludoituneita?

2) Onko mahdollisesti esitettävä muita erityisiä vaatimuksia hankinnan arvon määrittelyn kannalta keskeisille tiedoille hankintailmoituksessa, jotta hankinnan arvon arvioimista koskevista säännös-

18 – Yhteisöjen tuomioistuin katsoi asiassa C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002, että kohtuullisten määräaikojen asettaminen sopii yhteen direktiivin 89/665 1 artiklan kanssa (Kok. 2002, s. I-11617, 75–79 kohta).

tenvastaisuuksista voitaisiin johtaa primaarilainsäädännössä myönnetyn suojan yleinen poissulkeminen silloinkin, kun oikein arvioitu hankinnan arvo ylittää merkityksellisen kynnysarvon?"

33. Lämmerzahl, Bremen, Itävalta, Liettua ja komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia. Lisäksi Lämmerzahl, Bremen ja komissio esittivät lisähuomautuksia 28.3.2007 pidetyssä suullisessa käsittelyssä.

Tutkittavaksi ottaminen

34. Bremen katsoo, että EY 234 artiklan mukaisen ennakkoratkaisun edellytykset eivät täyty. Sen mukaan asia koskee sellaisen kansallisen säännöksen nimenomaista soveltamista, jonka yhteensopivuus yhteisön oikeuden kanssa ei ole kyseenalainen.

35. En hyväksy tätä väitettä. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäinen kysymys koskee pohjimmiltaan sitä, estetäänkö direktiivin 89/665 1 artiklalla muutoksenhakumahdollisuuden yleinen epääminen pääasian kaltaisissa olosuhteissa.

36. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toisesta kysymyksestä on todettava, että yhteisöjen tuomioistuin ei tosiaankaan voi esittää täsmällistä luetteloa hankintailmoituksissa esitettävistä seikoista.[19] Se on kuitenkin toimivaltainen tulkitsemaan asiaa koskevia yhteisön oikeuden periaatteita ja säännöksiä auttaakseen kansallista tuomioistuinta selvittämään, onko niitä rikottu jossakin nimenomaisessa asiassa.

37. Näin ollen ennakkoratkaisupyyntö voidaan ottaa tutkittavaksi.

Ennakkoratkaisukysymykset

Ennakkoratkaisupyyntö

38. Kansallisen tuomioistuimen esittämät kaksi kysymystä voidaan muotoilla uudelleen seuraavasti:

1. Jos tarjoaja ei ole kansallisen lainsäädännön mukaisessamääräajassa hakenut

19 – Yhteisön lainsäätäjä on asettanut tiettyjä yhdenmukaistettuja vaatimuksia hankinnoille, joiden arvo ylittää asiaa koskevan kynnysarvon: ks. edellä alaviite 3.

muutosta päätökseen, jonka vuoksi julkinen hankinta virheellisesti jää yhteisön suojan ulkopuolelle, estääkö direktiivi 89/665 sen, että tarjoajalta evätään mainitussa direktiivissä myönnetty oikeus hakea muutosta myöhemmin tehtäviin päätöksiin hankintamenettelyn aikana?

2. Mitä tietoja hankintailmoituksessa on esitettävä, jotta voidaan päätellä virheelliseksi arvio, jonka mukaan hankinnan arvo olisi direktiivissä 89/665 myönnetyn suojan edellyttämää kynnysarvoa pienempi?

39. Kansallisen tuomioistuimen toinen kysymys koskee sitä, voidaanko kyseinen säännöstenvastaisuus havaita. Tämä on keskeinen seikka, jonka avulla selvitetään, onko säännöstenvastaisuutta koskevan muutoksenhaun määräaika yhteensopiva yhteisön oikeuden kanssa. Tämän vuoksi tarkastelen kahta esitettyä kysymystä yhdessä. Useimmat huomautuksia esittäneet osapuolet ovatkin yleisesti ottaen omaksuneet tämän lähestymistavan.

Osapuolten esittämät huomautukset

40. Lämmerzahl katsoo, että vaikka GWB:n 107 §:n 3 momentin toisessa virkkeessä säädetyn määräajan kaltainen määräaika periaatteessa sopii yhteen direktiivin 89/665 kanssa, sitä on pidettävä poikkeuksena muutoksenhakuoikeudesta. Näin ollen ilmausta "tunnistettavissa hankintailmoituksen perusteella" on tulkittava suppeasti. Sitä ei voida ulottaa tiedon puuttumisen tunnistamiseen; muutoksen hakeminen tiedon puuttumiseen voi puolestaan johtaa hankinnan arvon arvioinnissa tapahtuneen Bremenin virheen tunnistamiseen. Tätä virhettä – ja siten virheellistä menettelyn valintaa – ei voitu tunnistaa hankintailmoituksesta. Näin ollen Lämmerzahlin oli mahdotonta tai kohtuuttoman vaikeaa käyttää yhteisön oikeusjärjestyksen mukaisia oikeuksiaan.

41. Liettua katsoo, että jos määräajan laskeminen aloitetaan hankintailmoituksen julkaisemisesta, yhteisön oikeusjärjestyksen mukaiset tarjoajien oikeudet on suojattu tehokkaasti vain, mikäli he tällöin saavat kattavat ja objektiiviset tiedot tarjouskilpailun laajuudesta. Mikäli he eivät saa näitä tietoja, määräajan laskeminen tulee Liettuan mukaan aloittaa vasta siitä, kun he tietävät tai voivat todeta kyseisen menettelyä koskevan virheen.

42. Bremen katsoo, että GWB:n 107 §:n 3 momentin toinen virke sopii yhteen direktiivin 89/665 kanssa. Tunnistettavuuden vaatimuksella varmistetaan, että tarjoajan ei ole mahdotonta tai kohtuuttoman vaikeaa käyttää yhteisön oikeusjärjestyksen mukaisia oikeuksiaan. Arvioidun arvon ilmoittaminen

hankintailmoituksessa voisi vääristää kilpailua. Bremen pitää riittävänä sitä, että kokeneisuudeltaan keskitasoinen markkinaosapuoli pystyy laskemaan hankinnan arvon annettujen tietojen perusteella. Suullisessa käsittelyssä Bremen huomautti, että vaikka oikeutta muutoksenhakuun ei olisi ollut direktiivin 89/665 nojalla, käytettävissä oli kansallisen lainsäädännön mukaisia yleisiä muutoksenhakukeinoja. Se myönsi kuitenkin, että nämä keinot olivat vähemmän tehokkaita kuin GWB:n mukainen menettely.

43. Itävallan mielestä se, että säännöstenvastaisuutta koskevan muutoksenhaun määräajan laiminlyönti johtaa yleiseen sulkemiseen yhteisön oikeuden mukaisen muutoksenhakumenettelyn ulkopuolelle, sopii yhteen direktiivin 89/665 kanssa, mikäli kyseessä oleva määräajan soveltaminen ei riko tehokkaan suojelun periaatetta.

44. Komission kanta on samankaltainen. Se toteaa, että prekluusioseuraamuksella varmistetaan muutoksen hakeminen säännöstenvastaisuuksiin mahdollisimman pian. Tämä on suotavaa, kun otetaan huomioon hankintamenettelyn uudelleenaloittamisen mahdolliset seuraukset. Suullisessa käsittelyssä komissio totesi, että säännöstenvastaisuutta koskevan muutoksenhaun määräajan laiminlyönnin tulee johtaa prekluusioon vain, mikäli tarjoaja on voinut tunnistaa säännöstenvastaisuuden tai mikäli sen olisi täytynyt tunnistaa se toimiessaan kokeneen ja huolellisen toimijan tavoin.

45. Komissio katsoo lisäksi, että yhdenvertaisuuden ja avoimuuden kaltaisia EY:n perustamissopimuksen perusperiaatteita on sovellettava myös yhteisön kynnysarvon alittaviin tarjouksiin. [20]

Arviointi

46. Yhteisön tehokkuusperiaate on direktiivissä 89/665 myönnetyn suojan keskeinen osatekijä. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on jo kauan katsonut, tämä periaate edellyttää, että yhteisön oikeudessa myönnettyjen oikeuksien käyttämisestä ei saa tulla käytännössä mahdotonta tai kohtuuttoman vaikeaa. [21]

47. Direktiivin 89/665 johdanto-osan kolmessa ensimmäisessä perustelukappaleessa korostetaan sitä, että direktiivin tarkoituk-

20 – Tarkastelin tätä väitettä yksityiskohtaisesti asiassa C-195/04, komissio v. Suomi, esittämässäni ratkaisuehdotuksessa (tuomio 26.4.2007, Kok. 2007, s. I-3351).

21 – Ks. esim. asia C-312/93, Peterbroeck, tuomio 14.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4599, 12 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja asia C-432/05, Unibet, tuomio 13.3.2007 (Kok. 2007, s. I-2271, 43 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

sena on varmistaa julkisia hankintoja yhdenmukaistavien yhteisön direktiivien tehokas soveltaminen luomalla muutoksenhakukeinojen järjestelmä "julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden tai sen täytäntöön panemiseksi annettujen kansallisten säännösten vastaisten virheellisten menettelyjen varalta". Kyseisen direktiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan hankintaviranomaisten päätöksiin on voitava hakea muutosta tehokkaasti. Sen 2 artiklan 7 kohdassa säädetään, että muutoksenhakumenettelystä vastaavien elinten päätökset on voitava panna täytäntöön tehokkaasti.

48. Johdanto-osan toisessa ja viidennessä perustelukappaleessa kuitenkin tähdennetään sitä, että julkisia hankintoja koskeville menettelyille on ominaista toteuttamisajan lyhyys. Virheelliset menettelyt on tämän vuoksi käsiteltävä kiireellisesti sellaisessa vaiheessa, jolloin ne voidaan oikaista. Muutoksenhaun nopeutta pidetään siis yhtenä tehokkuuden osatekijänä, ja se mainitaan nimenomaisesti johdanto-osan kolmannessa perustelukappaleessa ja 1 artiklan 1 kohdassa.

49. Näin ollen direktiivissä 89/665 säädetään mahdollisuudesta hakea muutosta päätökseen jo ennen kuin siitä on aiheutunut tosiasiallista haittaa. Tämä mahdollisuus on 1 artiklan 3 kohdan mukaan "niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkisia tavaranhankintoja – – koskevaa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut *tai saattaa* loukata" (kursivointi tässä). Jäsenvaltiot voivat 1 artiklan 3 kohdan nojalla myös edellyttää, että ennen muutoksenhakumenettelyn käynnistämistä asianosaisen on täytynyt ilmoittaa hankintaviranomaiselle aikomuksestaan hakea muutosta, mikä korostaa tarvetta pyrkiä mahdollisimman nopeaan ongelmanratkaisuun.

50. Direktiivissä ei nimenomaisesti anneta valtuuksia käyttää määräaikoja, joita sovellettaisiin hankintaviranomaisten päätöksiä koskevaan muutoksenhakuun. Määräaikojen asettaminen kansallisessa täytäntöönpanolainsäädännössä sopii kuitenkin periaatteessa yhteen nopeaa muutoksenhakua koskevan vaatimuksen kanssa, koska tällaisten päätösten kumoamisesta tulee nopeasti epätarkoituksenmukaista. Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin on jo kauan tunnustanut, että kohtuullisissa määräajoissa on kyse oikeusvarmuuden perusperiaatteen soveltamisesta. [22]

51. Asiassa Universale-Bau antamassaan tuomiossa [23] yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että direktiivi 89/665 ei estä sitä, että kansallisen lainsäädännön mukaan hankintaviranomaisten päätöksiin on haettava muutosta kohtuullisessa määräajassa. Määräaika

22 – Ks. asia C-78/98, Preston ym., tuomio 16.5.2000 (Kok. 2000, s. I-3201, 33 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

23 – Mainittu edellä alaviitteessä 18.

on kohtuullinen, jos se on sekä direktiivissä tarkoitetun tehokkuusperiaatteen että oikeusvarmuuden periaatteen mukainen. [24]

52. Tarve löytää tasapaino näiden kahden periaatteen välille erottaa toisistaan määräajat ja poikkeussäännökset, jotka Lämmerzahl pyrkii yhdistämään toisiinsa. Yhteisön oikeudessa on monenlaisia poikkeuksia, joille on erilaisia perusteita. Nämä poikkeukset ovat usein poikkeuksia EY:n perustamissopimuksessa määritellyistä oikeuksista tai muista yleisistä periaatteista. Yleensä ne ovat sallittuja, kun niitä tarvitaan tiettyjen etujen suojelemiseksi. Pakottavien periaatteiden soveltamiseksi poikkeuksia yleensä tulkitaan suppeasti. Toisaalta määräajoilla luodaan tasapaino yksilön oikeuksien ja laajemman yleisen edun välille. Koska niillä kuitenkin rajoitetaan oikeuksia, ne on tutkittava tarkoin sen selvittämiseksi, heikentääkö niiden soveltaminen tosiasiallisesti tehokkaan suojelun periaatetta.

53. Yhteisöjen tuomioistuin teki tällaisen tutkimuksen asiassa Santex. [25] Siinä se täsmensi asiassa Universale-Bau esittämäänsä kantaa ja sovelsi aiemmassa oikeuskäytännössä [26] luotuja kriteereitä määräaikojen kohtuullisuuden tarkasteluun direktiivin 89/665 yhteydessä. Se katsoi, että määräaikaa koskevaa sääntöä on tarkasteltava "ottaen huomioon tämän säännön merkitys koko oikeudenkäynnin, sen kulun sekä sen erityispiirteiden kannalta". Vaikka määräaika ei sinänsä olekaan vastoin tehokkuusperiaatetta, näin ollen on mahdollista, että jonkin asian olosuhteissa sen soveltaminen saattaa loukata kyseistä periaatetta. [27]

54. Asiassa Grossmann Air Service yhteisöjen tuomioistuin totesi, että direktiivin 89/665 nopeutta ja tehokkuutta koskevat tavoitteet edellyttävät asianosaista, joka on tietoinen säännöstenvastaisuudesta, hakemaan siihen muutosta, [28] ja se tunsi hieman myötätuntoa kantajaa kohtaan, joka oli odottanut hankintaviranomaisen tekemää päätöstä, ennen kuin se haki muutosta tarjouskilpailun väitettyyn säännöstenvastaisuuteen. [29]

55. Vaatimus, jonka mukaan tarjoajan on tiedettävä tai oltava tietoinen säännöstenvas-

24 – Asia Universale-Bau, tuomion 76 ja 77 kohta.

25 – Asia C-327/00, Santex, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1877, 49–66 kohta).

26 – Edellä alaviitteessä 21 mainittu asia Peterbroeck, tuomion 14 kohta.

27 – Idem, tuomion 56 ja 57 kohta.

28 – Asia C-230/02, Grossmann Air Service, tuomio 12.2.2004 (Kok. 2004, s. I-1829, 37 kohta).

29 – Kyseisessä asiassa kantaja piti tarjouspyyntöön sisältyneitä eritelmiä itseään syrjivinä. Ennen hankintaviranomaisen tekemää päätöstä se ei ollut hakenut muutosta eritelmiin eikä jättänyt tarjousta. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tässä tilanteessa sen toteaminen, ettei kantaja ole ollut tavoittelemassa kyseistä hankintaa, ei vaaranna direktiivin 89/665 tehokasta vaikutusta.

taisuudesta, ei ole lähtökohtana ainoastaan asiassa Grossmann vaan myös muissa asioissa. Jos säännöstenvastaisuutta koskevan muutoksenhaun määräaika alkaa ennen kuin tarjoaja tietää asiasta tai jos tarjoajaa muulla tavoin rangaistaan muutoksenhaun laiminlyönnistä tilanteessa, jossa se ei tiennyt eikä olisi voinut tietää säännöstenvastaisuudesta, tehokkuusperiaate menettää merkitystään. Asiassa Santex tarjoaja tuli tietoiseksi riidanalaista ehtoa koskevasta hankintaviranomaisen tulkinnasta vasta asiaa koskevan määräajan umpeuduttua,[30] eikä sitä sen vuoksi voitu sulkea muutoksenhaulle asetetun määräajan ulkopuolelle. Asiassa GAT, joka ei koskenut määräaikaa, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kantajalta ei voida evätä oikeutta vaatia vahingonkorvausta tietyllä päätöksellä aiheutettujen vahinkojen johdosta sillä perusteella, että edellinen päätös oli lainvastainen. Kyseisessä asiassa edelliseen päätökseen ei ollut haettu muutosta, minkä vuoksi kantaja ei välttämättä ollut tietoinen sen säännöstenvastaisuudesta.[31]

56. Edellä mainitusta yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä seuraa, että se, että kansallisessa lainsäädännössä asetetaan määräaika oikeudelle hakea muutosta direktiivin 89/665 perusteella, sopii yhteen yhteisön oikeuden kanssa, mikäli määräaika ei tee mainitun oikeuden käyttämisestä käytännössä mahdotonta tai kohtuuttoman vaikeaa. Pyrittäessä selvittämään, onko asianlaita näin, on tarkasteltava paitsi määräajan kestoa myös eri tekijöitä muutoksenhakumenettelyssä, johon määräaika sisältyy. Tietoisuus on keskeinen tekijä. Vaikka nopeutta ja tehokkuutta koskevat direktiivin tavoitteet edellyttävät asianosaista, joka on tietoinen säännöstenvastaisuudesta, hakemaan siihen muutosta, tältä asianosaiselta ei voida evätä oikeutta muutoksenhakuun noudattaen määräaikaa, jonka perusteesta sen ei olisi kohtuullisesti voitu olettaa olleen tietoinen.

57. Voiko määräaika olla yhteisön oikeuden mukainen silloinkin, jos säännöstenvastaisuutta koskevan muutoksenhaun määräajan laiminlyönti aiheuttaa myös sen, että tarjoajalla ei ole mahdollisuutta hakea muutosta muihin, myöhemmin havaittaviin säännöstenvastaisuuksiin hankintamenettelyn aikana? Tämä on kiistatta tuntuva seuraamus. Onko se sallittu seuraamus?

58. On selvää, että kansallisen menettelyn valintaa koskevan muutoksenhaun määräajan laiminlyönnistä seuraa yleisen oikeus-

30 – Asia Santex, tuomion 60 kohta.

31 – Asia C-315/01, GAT, tuomio 19.6.2003 (Kok. 2003, s. I-6351, tuomion 53 ja 54 kohta); ks. myös julkisasiamies Geelhoedin esittämän ratkaisuehdotuksen 46 kohta.

periaatteen mukaisesti, että menettely pysyy voimassa ja hankintamenettely on sen jälkeen direktiivin soveltamisalan ulkopuolella. Tämä on erotettava tilanteesta, josta oli kyse asiassa GAT, jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että koska kaikkiin hankintaviranomaisen julkisessa hankintamenettelyssä tekemiin päätöksiin voidaan hakea muutosta direktiivin 89/665 nojalla, tarjoajalta ei voida evätä oikeutta vaatia vahingonkorvausta säännöstenvastaiseksi väitetyllä päätöksellä aiheutettujen vahinkojen johdosta sillä perusteella, että menettely oli edellisen päätöksen vuoksi virheellinen (muttei kuitenkaan jäänyt sen vuoksi direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle). [32]

59. Yksi mahdollisuus olisi luoda poikkeus asiassa Universale-Bau luotuun sääntöön ja katsoa, että mahdollisuudelle hakea muutosta päätökseen, jonka seurauksena nimenomainen hankintamenettely näyttää jäävän yhteisön suojan ulkopuolelle, ei voida asettaa määräaikaa. En pidä tätä ratkaisua mielekkäänä. Ensinnäkin se järkyttäisi tehokkuuden ja oikeusvarmuuden välistä tasapainoa, johon direktiivillä 89/665 pyritään. Toiseksi se saattaisi houkutella tarjoajan olemaan hakematta muutosta menettelyyn (joka loppujen lopuksi voisi vaikuttaa sen edun mukaiselta rajoittaessaan kilpailua) ellei se havaitse tai kunnes se havaitsee hankintaviranomaisen tekemästä päätöksestä, että oikeus hakea muutosta direktiivin 89/665 nojalla on tosiasiallisesti sen kannalta merkityksellinen.

60. Minusta vaikuttaa siltä, että ehdotus, jonka mukaan määräajan olisi oltava pidempi silloin, kun määräajan laiminlyönnin seuraukset ovat ankaria, antaa kyllä vastauksia kysymyksiin mutta herättää yhtä monta uutta kysymystä.

61. Tämän vuoksi päättelen, että hankintamenettelyssä tehtyjä päätöksiä koskeva muutoksenhaun määräaika on yhteensopiva tehokkuusperiaatteen kanssa – kun otetaan samalla huomioon tarvittava nopeus ja oikeusvarmuus – silloinkin, kun säännöstenvastaisuutta koskevan muutoksenhaun määräajan laiminlyönti vie tarjoajalta direktiivissä 89/665 myönnetyn muutoksenhakumenettelyä koskevan suojan.

62. Seuraavaksi tarkastelen määräaikaa ja sen erityispiirteitä tarkasteltavana olevassa asiassa.

63. GWB:n 107 §:n 3 momentin toisessa virkkeessä määritelty määräaika alkaa han-

32 – Edellä alaviitteessä 31 mainittu asia GAT, tuomion 51–54 kohta.

kintailmoituksen julkaisemisesta ja päättyy tarjousten jättämisajan päättyessä. Tarkasteltavana olevassa asiassa määräaika näyttää olleen ainakin 23 päivän pituinen. [33] Kun otetaan huomioon, että yhteisön lainsäätäjä pitää vähintään 22 päivän pituista ajanjaksoa riittävänä tarjouksen valmistelemiseksi ja jättämiseksi, [34] on vaikea väittää, että 23 päivää olisi riittämätön aika hakea muutosta väitettyyn säännöstenvastaisuuteen. Tällainen muutoksenhakua koskeva määräaika ei periaatteessa näytä loukkaavan direktiivin 89/665 perustana olevaa tehokkuusperiaatetta, varsinkin kun otetaan huomioon mainitussa direktiivissä tähdennetty muutoksenhakumenettelyn nopeuden välttämättömyys. [35]

64. GWB:n 107 §:n 3 momentin toisessa virkkeessä määritellyn määräajan erityispiirre on kuitenkin se, että se alkaa, mikäli kyseinen väitetty säännöstenvastaisuus on tunnistettavissa hankintailmoituksen perusteella.

65. Minkäasteinen tai -luonteinen voi siis olla tarjoajan tietoisuus säännöstenvastaisuudesta, jottei direktiivin 89/665 perustana olevaa tehokkuusperiaatetta loukata?

66. Minusta vaikuttaa siltä, että vaatimus tarjoajan tosiasiallisesta tai subjektiivisesta tietoisuudesta olisi ristiriidassa oikeusvarmuuden kanssa. Lisäksi tarkasteltavana olevan asian kaltaisissa olosuhteissa olisi vaikea osoittaa, että tarjoaja tosiasiallisesti tiesi säännöstenvastaisuudesta, ja vaatimus tämän osoittamisesta tuskin edistäisi tarvittavaa muutoksenhakumenettelyn nopeutta.

67. Näin ollen vaatimuksia muotoiltaessa vaikuttaa suotavalta käyttää arvioitua tai objektiivista tietoa koskevaa kriteeriä. Yhteisöjen tuomioistuin soveltaa jo nyt objektiivista kriteeriä arvioidessaan tarjoajien kykyä tulkita ratkaisuperusteita suhteessa yhdenvertaiseen kohteluun julkisten hankintojen alalla; se kutsuu tätä "kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen tarjoajan" tulkintakyvyksi. [36] Sama toimintamalli vaikuttaa tarkoituksenmukaiselta arvioitaessa, millaiset

33 – Ks. edellä 13 kohta.

34 – Ks. edellä 8 kohta.

35 – Yhteisöjen tuomioistuimen yksikköjen tekemä tutkimus osoittaa, että tällaiset tarjouspyyntöjä koskevat muutoksenhaun määräajat vastaavat muiden jäsenvaltioiden hyväksymiä määräaikoja. Seuraavanlaisia määräaikoja sovelletaan tutkituissa maissa, joissa julkista tarjouspyyntöä pidetään toimena, johon voidaan hakea muutosta tuomioistuimessa ja joissa tällaista tarjouspyyntöä koskevaa muutoksenhakua säännellään joko erikseen tai osana yleistä muutoksenhakujärjestelmää: menettelystä riippuen 7 tai 14 päivää (Itävalta, Puola), 14 päivää (Suomi), 15 päivää (Unkari), yksi kuukausi (Portugali), tarjousten jättämisaika (Slovenia), kaksi kuukautta (Kreikka, Espanja), kolme kuukautta (Irlanti, Yhdistynyt kuningaskunta). Ranskassa ja Luxemburgissa ei ole määritelty määräaikaa. Tanskassa, Alankomaissa ja Ruotsissa tarjouspyyntöön voidaan hakea muutosta senkin jälkeen, kun hankintasopimus on allekirjoitettu.

36 – Asia C-19/00, SIAC, tuomio 18.10.2001 (Kok. 2001, s. I-7725, 42 kohta). Luottamuksensuojan periaatteeseen perustuu vaihtoehtoinen sanamuoto "huolellinen ja järkevä taloudellinen toimija": ks. esim. yhdistetyt asiat C-182/03 ja C-217/03, Belgia ja Forum 187 ASBL v. komissio, tuomio 22.6.2006 (Kok. 2006, s. I-5479). Bremen ja komissio ovat ehdottaneet myös muita mahdollisia sanamuotoja (42 ja 44 kohta edellä).

tiedot hankintamenettelyn säännöstenvastaisuudesta tarjoajalla voidaan kohtuullisesti olettaa olevan.

68. "Kohtuullisen tarkkaavaisella ja huolellisella tarjoajalla" voidaan olettaa olevan kokemusta tarjousten jättämisestä omalla alallaan. Sen voidaan myös olettaa yleisesti tietävän ja ymmärtävän keskeiset oikeudelliset näkökohdat, jotka vaikuttavat markkinoihin, joilla se toimii. Tarkasteltavana olevassa asiassa tämä tarkoittaisi, että tarjoajalla on yleiset tiedot kansallisesta hankintamenettelystä ja yhteisön hankintamenettelystä sekä niihin liittyvistä kynnysarvoista, myös mahdollisuuksista hakea muutosta päätöksiin kummassakin menettelyssä, ja aikarajoista muutoksenhaun jättämiselle.

69. Mitä tietoja tarvitaan, jotta tarjoaja voi tarkasteltavana olevan asian kaltaisissa olosuhteissa todeta, että menettely on valittu virheellisesti?

70. En yhdy Bremenin näkemykseen, jonka mukaan hankinnan arvioidun arvon julkaiseminen vääristäisi kilpailua. Loppujen lopuksi julkisia hankintoja koskevassa yhteisön lainsäädännössä, jonka yhtenä tärkeänä tavoitteena on edistää kilpailua, vaaditaan hankinnan arvioidun arvon julkaisemista joissakin tapauksissa. [37]

71. Koska menettelyn valinta riippuu arvioidusta hankinnan kokonaisarvosta, tarjoajan on voitava annettujen tietojen perusteella laskea tämä arvo. Siihen eivät sisälly ainoastaan toimitettavat tavarat vaan myös kaikki hankinnan piiriin kuuluvat tuki-, koulutus- ja kunnossapitokustannukset. Tältä osin hyväksyn Liettuan esityksen, jonka mukaan ainoastaan saadessaan selkeät ja täydelliset tiedot hankkeen laajuudesta tai määrästä tarjoaja voi laskea arvioidun kokonaisarvon oman kokemuksensa ja markkinahintoja koskevan tietämyksensä perusteella.

72. Vaatimus tällaisista tiedoista yhdessä kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen tarjoajan tietämystä ja kokemusta koskevan kriteerin soveltamisen kanssa poistanee ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen huolet mahdollisesta väärinkäytöksestä, joka koskee hankintaviranomaisen mahdolli-

37 – Ks. edellä alaviitteessä 3 mainitun direktiivin 2004/18 liite VII A, joka tuli voimaan tarkasteltavana olevan asian tosiseikkojen tapahtumisen jälkeen. Hankintailmoituksissa on mainittava julkisten rakennusurakoiden, tavarahankintojen tai palveluhankintojen arvioitu kokonaisarvo puitejärjestelyissä. Julkisia tavarahankintoja koskevissa ennakkotietoilmoituksissa on mainittava joko toimitettavien tuotteiden määrä tai arvo.

suutta käyttää epätarkkaavaista tarjoajaa hyväkseen. [38]

73. En ole sitä mieltä, että näiden tietojen olisi välttämättä käytävä ilmi hankintailmoituksesta. Tarjoajan voidaan kohtuullisesti olettaa toimivan ilmoituksessa mainittujen muiden asiakirjojen perusteella, kunhan siinä ilmoitetaan selkeästi, mistä asiakirjat ovat saatavissa. Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin on jo aiemmin katsonut, että ratkaisuperusteet ovat yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukaisia, jos ne mainitaan tarjousasiakirjoissa tai hankintailmoituksessa. [39] Jos hankinnan laajuuden määrittävät välttämättömät tiedot sisältyvät asiakirjoihin, säännöstenvastaisuutta koskevan muutoksenhaun määräaika alkaa kulua vasta silloin, kun tarjoaja on voinut saada nämä tiedot tai olisi voinut saada ne, jos olisi toiminut ripeästi.

74. En kuitenkaan katso, että kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen tarjoaja voisi pelkästään alkuperäisestä hankintailmoituksesta puuttuvan hankinnan laajuuden tai arvioidun määrän perusteella todeta, että hankintaviranomainen on arvioinut hankinnan arvon virheellisesti. Vaikka mainitun tiedon puuttuminen sinänsä on säännösten vastaista, vaatimus, jonka mukaan tarjoajan on haettava siihen muutosta todetakseen, sisältyykö siihen jokin muu tarjoajan oikeuksiin mahdollisesti vaikuttava säännöstenvastaisuus, tekee mielestäni kyseisten oikeuksien käyttämisestä kohtuuttoman vaikeaa varsinkin määräajan osalta. Näin on asianlaita varsinkin silloin, jos on ainakin selvitettävä se, onko VOL/A:n 17 §:n 1 momentin 2 kohdan c alakohdassa säädetty vaatimus hankinnan laajuuden julkaisemisesta sitova. [40]

75. Kansallisen tuomioistuimen on ainoana tosiseikkoja tarkastelevana tuomioistuimena viime kädessä ratkaistava, missä vaiheessa kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen tarjoajan olisi (mahdollisesti) pitänyt todeta virheellisen menettelyn käyttö. Seuraavat huomautukset voivat kuitenkin olla avuksi.

76. Tarkasteltavana olevassa asiassa tarjousasiakirjat olivat ladattavissa Bremenin verkkosivustolta. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että ilmoituksessa ja tarjousasiakirjoissa ei ilmoitettu hankkeen laajuutta tai määrää.

77. On totta, että hinta-asiakirjan palvelu-

38 – Ks. edellä 30 kohta.

39 – Edellä alaviitteessä 36 mainittu asia SIAC, tuomion 40–42 kohta.

40 – Ks. edellä olevan 29 kohdan loppu.

nittiin noin 300 työntekijän ja 10 ylläpitäjän koulutus ja että kohdeasiakirjan mukaan noin 310 työntekijää käyttäisi järjestelmää työssään. Pyynnön ilmoittaa hinta-asiakirjan lisenssisopimusta koskevassa osassa yksikköhinnat erisuuruisten lisenssimäärien perusteella voitiin kuitenkin kohtuullisesti tulkita tarkoittavan, että pienetkin lisenssimäärät voitaisiin ottaa huomioon tai että lisenssien lopullista määrää ei ollut vielä päätetty (puhumattakaan sitä, kuinka monta täyslisenssiä ja kuinka monta vain lukuoikeudet sisältävää lisenssiä tarvitaan). [41]

78. Lämmerzahl otti yhteyttä Bremeniin ainakin kahdesti saadakseen tarkempaa tietoa tarjouspyynnöstä. Toisessa kysymyssarjassaan se ilmaisi selkeästi olettavansa, että tarvittavien lisenssien lukumäärä on 310. Bremen ei kuitenkaan koskaan nimenomaisesti vahvistanut tätä. Voidaan enintään todeta, että koska Bremen ei kiistänyt tätä lukua 6.4.2005 antamassaan vastauksessa, se hyväksyi hiljaa Lämmerzahlin oletuksen tarvittavista noin 310 lisenssistä.

79. Lyhyesti sanottuna vaikuttaa siltä, että hankintailmoituksessa, tarjousasiakirjoissa ja Bremenin sittemmin toimittamissa tiedoissa ei selkeästi ilmoitettu tarvittavien lisenssien lukumäärää. On kuitenkin selvää, että seuraavaksi Lämmerzahl jätti tarjouksen, jonka arvo oli kolme kertaa yhteisön laajuisissa tarjouskilpailuissa sovellettava kynnysarvo.

80. Tätä taustaa vasten on kansallisen tuomioistuimen tehtävänä päättää, annettiinko GWB:n 107 §:n 3 momentin toista virkettä sovellettaessa tehokasta suojaa kaikissa olosuhteissa. Näin on asianlaita, jos kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen tarjoajan oli hankintailmoituksessa tai tarjousasiakirjoissa esitettyjen tietojen perusteella mahdollista todeta virheellisen menettelyn käyttö. Jos tätä säännöstä ei ole mahdollista soveltaa direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan kanssa yhteensopivalla tavalla, on jätettävä edellä mainittu säännös soveltamatta [42] ja sovellettava jälkimmäistä säännöstä, jolla on välitön oikeusvaikutus. [43]

41 – Ristiriitaa erisuuruisten lisenssimäärien ja 310 työntekijän joukon välillä ei voida täysin selittää täyslisenssien ja vain lukuoikeudet sisältävien lisenssien välisen suhteen vaihteluilla. Hinta pyydettiin ilmoittamaan enintään 100:lle vain lukuoikeudet sisältävälle lisenssille, ja kolme ensimmäistä täyslisenssien lukumäärää, joille pyydettiin ilmoittamaan hinnat, ovat pienempiä kuin erotus (210), joka tarvittaisiin saamaan lisenssien kokonaismääräksi 310.

42 – Edellä alaviitteessä 25 mainittu asia Santex, tuomion 63–65 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

43 – Ks. asia C-15/04, Koppensteiner, tuomio (Kok. 2005, s. I-4855, 38 kohta).

Ratkaisuehdotus

81. Ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin yhdistää sille esitetyt kaksi ennakkoratkaisukysymystä ja vastaa niihin seuraavasti:

Jos tarjoaja ei ole kansallisen lainsäädännön mukaisessa määräajassa hakenut muutosta menettelyn valintaan, jonka vuoksi julkinen tarjouspyyntö virheellisesti jää yhteisön suojan ulkopuolelle, julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY ei estä sitä, että tarjoajalta evätään mainitussa direktiivissä säädetty oikeus hakea muutosta myöhemmin tehtäviin päätöksiin hankintamenettelyn aikana, mikäli määräajan soveltaminen ei tosiasiallisesti tee menettelyn valintaa koskevasta muutoksenhausta käytännössä mahdotonta tai kohtuuttoman vaikeaa kulloisissakin olosuhteissa. Näin on asianlaita, jos kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen tarjoajan oli hankintailmoituksesta tai tarjousasiakirjoista saatavien tietojen puutteellisuuden vuoksi mahdotonta todeta virheellisen menettelyn käyttö. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on tarkistaa tämä kulloisessakin asiassa.