JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JÁN MAZÁK

22 päivänä syyskuuta 2009 [1]

1. Esillä olevalla EY 226 artiklan nojalla nostetulla kanteellaan komissio vaatii yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan, että Ranskan tasavalta ei ole noudattanut direktiivin 2004/18/EY [2] 2, 28 ja 31 artiklan mukaisia velvoitteitaan, koska se on antanut ja pitänyt voimassa Code des marchés publicsin [3] 73 §:n ja 74 §:n IV momentin (jäljempänä riidanalaiset säännökset) niiltä osin kuin näissä säännöksissä säädetään niin sanottuja määrittelysopimuksia (marchés de définition) [4] koskevasta menettelystä, jonka avulla hankintaviranomainen voi tehdä (palveluja, hankintoja tai rakennusurakoita koskevan) täytäntöönpanosopimuksen (marché d'exécution) jonkin alkuperäisen määrittelysopimuksen sopimuspuolen kanssa ilman uutta kilpailuttamista tai ainoastaan kyseisiin sopimuspuoliin rajatun kilpailuttamisen perusteella.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeus*

2. Direktiivin 2 artiklassa säädetään otsikon "Julkisissa hankintasopimuksissa noudatettavat periaatteet" alla, että "hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti".

3. Direktiivin 28 artiklassa säädetään otsikon "Avointen menettelyjen, rajoitettujen menettelyjen ja neuvottelumenettelyjen sekä kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttö" alla seuraavaa:

"Hankintaviranomaiset soveltavat julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekoon kansallisia menettelyjä, jotka on mukautettu tämän direktiivin tarkoituksiin.

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114; jäljempänä direktiivi tai direktiivi 2004/18).

3 – Julkisia hankintoja koskeva säännöstö, sellaisena kuin se on hyväksytty 1.8.2006 annetulla asetuksella nro 2006–975 (Journal Officiel de la République française nro 179, 4.8.2006, s. 11627), joka tuli voimaan 1.9.2006 (jäljempänä vuoden 2006 CMP).

4 – Nämä ovat julkisia hankintasopimuksia, joissa vahvistetaan julkista rakennusurakkaa, tavara- tai palveluhankintaa koskevan sopimuksen edellytykset niiden tarkoitus mukaan lukien, ja niistä käytetään myös nimityksiä "räätälöidyt tarjoukset" ja "hankkeen määrittelyä koskevat sopimukset". Nyt kyseessä on ainoastaan useita määrittelysopimuksia koskeva menettely – jota noudatetaan vuoden 2006 CMP:n 73 §:n 3 momentin edellytysten täyttyessä – eikä tilanne, jossa tehdään vain yksi määrittelysopimus.

Hankintaviranomaiset tekevät kyseiset hankintasopimukset noudattaen avointa menettelyä tai rajoitettua menettelyä. Jäljempänä 29 artiklassa nimenomaisesti säädetyissä erityisolosuhteissa hankintaviranomaiset voivat tehdä julkiset hankintasopimuksensa noudattaen kilpailullista neuvottelumenettelyä. Jäljempänä 30 ja 31 artiklassa nimenomaisesti säädetyissä erityistapauksissa ja -olosuhteissa hankintaviranomaiset voivat noudattaa neuvottelumenettelyä, joko julkaisemalla samalla hankintailmoituksen tai jättämällä sen julkaisematta.”

4. Jäsenvaltioiden oli saatettava direktiivin noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset voimaan viimeistään 31.1.2006.

B *Kansallinen lainsäädäntö*

5. Vuoden 2006 CMP:ssä, joka tuli voimaan 1.9.2006, säädetään muun muassa seuraavaa:

”73 artikla

Jos julkinen viranomainen ei kykene täsmentämään sopimuksen tavoitteita ja täytäntöönpanoa, käytettäviä tekniikoita ja vaadittavia henkilö- ja materiaaliresursseja, se voi turvautua määrittelysopimuksiin.

Tällaisten sopimusten tarkoituksena on selvittää mahdollisuuksia tehdä myöhemmin sopimus ja tämän sopimuksen edellytyksiä, tarvittaessa mallin tai esittelyn avulla. Niiden perusteella on lisäksi voitava arvioida ja laskea hankintojen hintataso sekä arvioida täytäntöönpanoaikataulun eri vaiheet.

Yhdessä menettelyssä useita samaa asiaa koskevia ja samanaikaisesti tehtyjä määrittelysopimuksia seuraava sopimus tehdään alkuperäisten määrittelysopimusten sopimuspuoliin rajatun kilpailuttamisen perusteella seuraavien säännösten mukaisesti:

1. Julkisessa hankintailmoituksessa määritellään samanaikaisesti tehtävien määrittelysopimusten kohde ja myöhemmin tehtävän täytäntöönpanosopimuksen kohde.

2. Julkisessa hankintailmoituksessa määritellään hakemusten valintaperusteet. Näissä valintaperusteissa otetaan

huomioon hakijoilta edellytetty kapasiteetti ja pätevyys sekä määrittelysopimusten että myöhemmin tehtävän täytäntöönpanosopimuksen osalta.

3. Julkisessa hankintailmoituksessa määritellään samanaikaisesti tehtäviä määrittelysopimuksia koskevien tarjousten valintaperusteet ja myöhemmin tehtävää täytäntöönpanosopimusta koskevien tarjousten valintaperusteet.

4. Hankintojen määrässä, jota verrataan vähimmäismääriin, otetaan huomioon määrittelyn kustannukset ja täytäntöönpanosopimusten arvioitu määrä.

5. Tässä menettelyssä samanaikaisesti tehtävien määrittelysopimusten lukumäärä ei voi olla pienempi kuin kolme edellyttäen, että hakijoita on riittävä määrä.

Sopimus tai puitesopimus tehdään paikallisviranomaisten tarjouslautakunnan päätöksellä tai valtion tarjouslautakunnan, julkisten terveysviranomaisten ja julkisten sosiaalialan elinten tai sosiaali- ja terveydenhoitoalan elinten lausunnon jälkeen.

74 artikla

IV. Yhdessä menettelyssä useita samaa asiaa koskevia ja samanaikaisesti tehtyjä määrittelysopimuksia seuraava hankkeen johtoa koskeva sopimus tai puitesopimus voidaan tehdä alkuperäisten määrittelysopimusten sopimuspuoliin rajatun kilpailuttamisen perusteella 73 §:n 3 momentissa asetetuin edellytyksin.”

II Asian käsittelyn vaiheet

6. Komissio lähetti 18.10.2004 Ranskan tasavallalle ensimmäisen virallisen huomautuksen ja 12.12.2006 uuden virallisen huomautuksen. Koska komissio ei ollut tyytyväinen Ranskan tasavallan vastauksiin, se antoi 27.6.2007 perustellun lausunnon. Komissio katsoi, että jäsenyysvelvoitteita ei ollut vieläkään noudatettu, eikä se ollut tyytyväinen saamiinsa vastauksiin, joten se päätti nostaa esillä olevan kanteen. Molemmat asianosaiset esittivät suulliset huomautuksensa 10.6.2009 pidetyssä istunnossa.

III Asian tarkastelu

A *Asianosaiset pääasialliset lausumat*

7. Komissio väittää, että Ranska sallii sopimusten tekemisen keskinäisen yhteisymmärryksen perusteella tai rajoitetun kilpailuttamisen perusteella tilanteissa, joista ei ole säädetty direktiivissä. Komission mielestä julkisten hankintasopimusten kohdetta ja niiden tekemisen perusteita on jo määritelmän vuoksi mahdotonta tietää täsmälleen ajankohtana, jona hanketta ei ole vielä määritelty eikä määrittelysopimuksia ole pantu täytäntöön. Määrittelysopimus ja täytäntöönpanosopimus ovat kaksi täysin erillistä julkisen hankintasopimuksen lajia eikä niitä voida tehdä yhdessä menettelyssä. Komission mukaan määrittelysopimuksia ei tehdä direktiivin 29 artiklassa tarkoitetussa kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä eikä myöskään 32 artiklassa tarkoitetun puitejärjestelyn perusteella, eikä niitä koskevaa menettelyä voida arvioida kilpailullisesta neuvottelumenettelystä johdettuna menettelynä.

8. Ranskan hallitus väittää, että riidanalaiset säännökset eivät ole vastoin direktiiviä, joka on ainoastaan menettelyjen yhteensovittamista koskeva direktiivi. Sen mielestä myöhemmän täytäntöönpanosopimuksen kohde ja sen tekemisen perusteet on mahdollista vahvistaa määrittelysopimusten perusteella. Lisäksi Ranskan hallitus väittää, että direktiivissä on ajateltu kahta menettelyä, joilla on vastaavat ominaisuudet kuin Ranskassa määrittelysopimusten tekomenettelyllä, eli puitejärjestelyä ja kilpailullista neuvottelumenettelyä. Yhteisön lainsäätäjä on näin ollen itse ottanut käyttöön monimutkaiset menettelyt, joissa sopimukset kilpailutetaan kahdessa vaiheessa, ilman että säännökset olisivat kuitenkaan tyhjentäviä.

B *Asian arviointi*

1. Yleiset toteamukset

9. Komissio väittää, että tekemällä eron määrittelysopimusten ja täytäntöönpanosopimusten välillä ja sallimalla tietyin edellytyksin viimeksi mainittujen sopimusten tekemisen jonkin alkuperäisen määrittelysopimuksen sopimuspuolen kanssa kilpailuttamatta sopimuksia tai ainakin näihin sopimuspuoliin rajatun kilpailuttamisen perusteella Ranskan lainsäätäjä jättää huomiotta direktiiviin erottamattomasti liittyvät perustavanlaatuiset yhdenvertaisuus- ja avoimuusperiaatteet. Tässä yhteydessä on huomattava, että väite määrittelysopimusten kilpailuttamatta jättämisestä näyttää koskevan vuoden 2004 CMP:n [5] säännösten sanamuotoa. Arvioin näin ollen komission väitettä siltä osin kuin se koskee riidanalaisia säännöksiä – eli vuoden 2006 CMP:tä, jolla direktiivi on ollut tarkoitus saattaa osaksi kansallista oikeusjärjestystä – joiden mukaan täytäntöönpanosopimukset tehdään alkuperäisten määrittelysopimusten sopimuspuoliin rajatun kilpailuttamisen perusteella tilanteissa, joista ei ole säädetty direktiivissä.

5 – Julkisista hankinnoista annettu säännöstö, sellaisena kuin se on hyväksytty 7.1.2004 annetulla asetuksella nro 2004-15 (Journal Officiel de la République française nro 6, 8.1.2004, s. 703) (jäljempänä vuoden 2004 CMP), joka on sittemmin korvattu vuoden 2006 CMP:llä.

2. Direktiivin 28 artiklan tyhjentävä luonne

10. Asianosaiset ovat huomautuksissaan käsitelleet laajasti kysymystä siitä, onko direktiivin 28 artiklaan sisältyvä luettelo julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyistä tyhjentävä vai ei, sillä siinä ei selvästikään säädetä määrittelysopimuksista.

11. Ranskan hallitus väittää, että direktiivin kolmannen perustelukappaleen ja 28 artiklan valossa direktiivillä ei ole ollut tarkoitus poistaa kaikkia erityisiä kansallisia menettelyjä. Ranskan hallitus viittaa yhteisöjen tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa CEI ja Bellini antamaan tuomioon, [6] joka koskee direktiiviä 71/305/ETY, [7] ja väittää, että ”jäsenvaltioilla on edelleen oikeus pitää voimassa tai antaa julkisia – – hankintoja koskevia aineellisoikeudellisia säännöksiä tai menettelysäännöksiä sillä edellytyksellä, että kaikkia asian kannalta merkityksellisiä yhteisön oikeuden säännöksiä ja erityisesti perustamissopimuksessa vahvistettuihin periaatteisiin perustuvia sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia kieltoja noudatetaan”. [8]

12. Direktiivin nimen sekä sen toisen ja kolmannen perustelukappaleen perusteella on varsin selvää, että direktiivin tarkoituksena on sovittaa yhteen kansalliset menettelyt, jotka koskevat julkisten hankintasopimusten tekemistä. Sen vuoksi siinä ei vahvisteta yhdenmukaista ja tyhjentävää yhteisön sääntöstöä tällä alalla. Sen sisältämien yhteisten säännösten puitteissa jäsenvaltiot voivat siten edelleen pitää voimassa tai antaa julkisia hankintoja koskevia aineellisoikeudellisia säännöksiä tai menettelysäännöksiä sillä edellytyksellä, että kaikkia asian kannalta merkityksellisiä yhteisön oikeuden säännöksiä noudatetaan. Se, että direktiivillä ei ole yhdenmukaistettu täysin julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin sovellettavia säännöksiä, ei kuitenkaan merkitse sitä, etteikö joillakin sen säännöksillä voitaisi katsoa säännellyn tyhjentävästi tiettyjä kysymyksiä.

13. Ensinnäkin on riittävää todeta, ettei Ranskan hallitus voi vedota yhdistetyissä asioissa CEI ja Bellini annetun tuomion mukaiseen oikeuskäytäntöön, koska direktiivin 2004/18 28 artikla poikkeaa olennaisesti direktiivin 71/305 2 artiklasta – yhteisön lainsäätäjä on täydentänyt direktiivin 28 artiklaa täysin uudella toisella kohdalla, jolla on ratkaiseva asema esillä olevaa asiaa tarkasteltaessa.

14. Toiseksi, on tiettyjä tekijöitä, jotka viittaavat vahvasti siihen, että direktiivin 28 artiklassa tarkoitettuja menettelyjä on pidettävä tyhjentävinä. Yleisesti ottaen kyseisen kohdan sanamuodosta ei ilmene yhtäkään avoimena luettelona tunnetun luettelon piirrettä. Päinvastoin, kyseisessä kohdassa luetellaan paitsi kaksi yleisesti sovellettavaa menettelyä, myös kaksi poikkeusmenettelyä, eikä siinä näin ollen jätetä tilaa menettelyjä koskevan luet-

6 – Yhdistetyt asiat 27/86–29/86, tuomio 9.7.1987 (Kok., s. 3347).

7 – Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26.7.1971 annettu neuvoston direktiivi 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5; jäljempänä direktiivi 71/305).

8 – Alaviitteessä 6 mainituissa yhdistetyissä asioissa CEI ja Bellini annettu tuomio, 15 kohta. Ks. myös asia 31/87, Beentjes, tuomio 20.9.1988 (Kok., s. 4635, 20 kohta). Ranskan hallitus väittää, että kyseistä oikeuskäytäntöä voidaan soveltaa direktiiviin 2004/18 erityisesti sen vuoksi, että direktiivin 71/305 toisesta perustelukappaleesta on tullut direktiivin 2004/18 kolmas perustelukappale ja direktiivin 71/305 2 artiklasta direktiivin 2004/18 28 artikla.

telon täydentämiselle toisenlaisen tulkinnan avulla. Direktiiviin ei myöskään kokonaisuutena tarkasteltuna sisälly yhtäkään säännöstä, jonka perusteella tällainen täydentäminen olisi mahdollista.

15. Kuten selitän jäljempänä, määrittelysopimusten tekomenettely poikkeaa selvästi direktiivissä säädetyistä menettelyistä, eikä sen voida katsoa vastaavan yhtäkään direktiivin säännöstä. Ranskan hallitus on nimenomaisesti myöntänyt vastineessaan ja vastaajan vastauksessaan, että määrittelysopimuksista ei ole säädetty direktiivissä.

16. Direktiivissä säädetyt menettelyt ovat seuraavat. Kuten direktiivin 28 artiklan toisesta kohdasta ilmenee, yhteisön lainsäätäjä on vahvistanut kaksi menettelyä, joita hankintaviranomaisten pitäisi yleensä noudattaa. Näitä ovat avoin menettely ja rajoitettu menettely, ja niihin voidaan viitata yleisesti sovellettavina tai tavanomaisina menettelyinä. Kilpailullista neuvottelumenettelyä voidaan pitää erityisenä menettelynä tai poikkeusmenettelynä, jota koskevat soveltamissäännöt ja edellytykset täsmennetään direktiivin 29 artiklassa. [9] Vastaavasti neuvottelumenettelyä, jossa joko julkaistaan hankintailmoitus tai ei julkaista hankintailmoitusta, voidaan pitää erityisenä tai poikkeuksellisena menettelynä, jonka noudattamisen edellytykset täsmennetään direktiivin 30 ja 31 artiklassa. [10]

17. Ranskan hallitus väittää kuitenkin, että todellisuudessa on olemassa tiettyjä erityisiä sopimusten tekomenettelyjä, joista säädetään direktiivin V luvussa ja joita ei ole mainittu direktiivin 28 artiklassa. Ranskan hallitus viittaa puitejärjestelyihin, dynaamisiin hankintajärjestelmiin ja julkisia rakennusurakoita koskeviin hankintasopimuksiin: yhteiskunnan tukemia asuntohankkeita koskeviin erityissääntöihin. Näistä säädetään direktiivin 32, 33 ja 34 artiklassa.

18. Tältä osin puitejärjestelyt ja dynaamiset hankintajärjestelmät ovat ensinnäkin erityisiä sopimusmuotoja tai olemassa olevien menettelyjen muunnelmia. Ne eivät ole erillisiä uusia julkisten hankintasopimusten tekomenettelyjä, joista sellaisinaan säädetään direktiivin 28 artiklassa. Lisäksi direktiivin 32 artiklan 2 kohdan ja 33 artiklan 2 kohdan sanamuodosta ilmenee, että hankintaviranomaisten on noudatettava direktiivin 28 artiklassa tarkoitettuja menettelysääntöjä. Toiseksi, yhteiskunnan tukemia asuntohankkeita koskevia sääntöjä käsittelevän 34 artiklan otsikko osoittaa selvästi sen koskevan ”erityis-

9 – Ks. Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2. painos, Oxford 2007, s. 427, alaviite 187.

10 – Direktiivin valmisteluasiakirjat vahvistavat tämän tulkinnan. Direktiiviä koskevassa ehdotuksessa esitettiin direktiivin 28 artiklan sanamuodon perusteluina seuraavaa: ”Lisätään uusi 2 kohta, jossa selvennetään periaatetta, jonka mukaan yleisten oikeussääntöjen mukaiset menettelyt ovat avoin menettely ja rajoitettu menettely. Uudessa 3 kohdassa [joka lopulta yhdistettiin 2 kohtaan] täsmennetään poikkeus, eli että hankintaviranomaiset voivat käyttää neuvottelumenettelyä ainoastaan 29, 30 ja 31 artiklassa luetelluissa erikoistilanteissa ja -oloissa.”

sääntöjä" eikä menettelysääntöjä sinänsä. Kysymys on pikemminkin poikkeuksesta yleistä menettelyä koskeviin säännöksiin. Direktiivin 34 artiklan ja siinä vahvistettujen erityissääntöjen olemassaolo sinänsä puoltaisi näkemystä, jonka mukaan direktiivin V luvun luetteloa sopimusten tekomenettelyistä olisi pidettävä tyhjentävänä.

19. Tässä yhteydessä voidaan sivumennen mainita, että Ranskan hallitus vetosi huomautuksissaan myös määrittelysopimusten tekomenettelyn etuihin ja olemassaolon oikeutukseen erityisesti, kun kysymys on monitahoisista sopimuksista, joiden osalta hankintaviranomaiset eivät "kykene täsmentämään sopimuksen tavoitteita ja täytäntöönpanoa, käytettäviä tekniikoita ja vaadittavia – – resursseja". [11] Direktiivin valmisteluasiakirjojen perusteella on selvää, että yhteisön lainsäätäjä oli tietoinen tällaisista huolenaiheista. [12] Tämän seurauksena yhteisön lainsäätäjä sisällytti julkisten hankintasopimusten tekomenettelyihin uuden menettelyn, joka koskee kilpailullista neuvottelumenettelyä, mutta ei päättänyt sisällyttää niihin määrittelysopimusten tekomenettelyä. [13]

20. Lisäksi Ranskan hallitus yrittää puolustautua väittämällä, että määrittelysopimusten pitäisi katsoa vastaavan kahta menettelyä, joista on säädetty direktiivissä, eli puitejärjestelyä ja kilpailullista neuvottelumenettelyä. Puitejärjestelyjen osalta kilpailuttaminen voidaan jakaa kahteen vaiheeseen, ja jälkimmäisessä vaiheessa kilpailu rajataan ensimmäisen sopimuksen sopimuspuoliin, jolloin voidaan edelleen tarkentaa toisen sopimuksen ehtoja. Kilpailullista neuvottelumenettelyä arvioitaessa määrittelysopimusten tekomenettely mahdollistaa sen, että hankintaviranomaiset voivat laatia ehdot sopimukselle, jonka valintaperusteet on vahvistettu. Ranskan hallituksen mukaan yhteisön lainsäätäjä on siten ottanut käyttöön monitahoiset menettelyt, joissa sopimukset kilpailutetaan kahdessa vaiheessa, ilman että nämä menettelyt olisivat tyhjentäviä.

21. Tämä väite ei voi menestyä. Riittää kun todetaan, ettei Ranskan hallitus ole kiistänyt, että määrittelysopimusten tekomenettelyssä ei ole kysymys direktiivin 29 artiklassa tarkoitetusta kilpailullisesta neuvottelumenettelystä saati 32 artiklassa tarkoitetusta puitejärjestelystä. Kilpailullinen neuvottelumenettely ja puitejärjestelyt ovat sopimusmuotoja, joihin sovelletaan erityisiä säännöksiä. Niiden erityisyyden tunnustaessaan yhteisön lainsäätäjä on antanut säännöt, joilla varmistetaan direktiivin 2 artiklassa vahvistettujen periaatteiden noudattaminen.

22. Siltä varalta, että direktiivin 28 artiklan luetteloa olisi pidettävä tyhjentävänä, Ranskan hallitus väittää toissijaisesti, että määrittelysopimusten tekomenettelyä pitäisi arvioida kilpailullisesta neuvottelumenette-

11 – Ks. vuoden 2006 CMP:n 73 §.

12 – Kyseistä direktiiviä koskevassa ehdotuksessa sivulla 6 todettiin, että "poikkeuksellisen monitahoisilla – – markkinoilla – – toimivat ostajat tuntevat tarpeensa, mutta eivät etukäteen tiedä, mikä on heille paras tekninen ratkaisu. Sen vuoksi kyseisissä tapauksissa on tarpeen keskustella sopimuksesta ja neuvotella ostajien ja tavarantoimittajien kesken. Mutta 'perinteisissä' direktiiveissä – – säädetyt yleisesti sovellettavat menettelytavat jättävät vain hyvin pienen mahdollisuuden vuoropuhelulle tarjouskilpailun aikana, minkä vuoksi niitä pidetään liian jäykkinä tämänlaisissa tilanteissa".

13 – Yksi syy tälle voisi olla se, että määrittelysopimusten sisällyttämistä pidettiin tarpeettomana, koska menettely on luonteeltaan samankaltainen kuin uusi kilpailullinen neuvottelumenettely, joka on saatettu osaksi Ranskan lainsäädäntöä vuoden 2006 CMP:n 67 §:llä täysin itsenäisenä menettelynä ja jolla on tarkoitus ratkaista samoja ongelmia.

lystä johdettuna menettelynä. Ensinnäkin Ranskan hallitus näyttää esittäneen tämän toissijaisen väitteen ensimmäisen kerran vastineessaan yhteisöjen tuomioistuimessa. Sitä ennen kyseinen hallitus on huomautuksissaan kautta linjan puolustanut vastakkaista kantaa, jonka mukaan määrittelysopimuksia ei tehdä kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä eikä niistä säädetä direktiivissä. Juuri näissä huomautuksissa on tuotu esille lukuisia eroja kummankin menettelyn välillä. Joka tapauksessa katson, ettei tämä perustelu edistä Ranskan hallituksen asiaa. On riittävää todeta, että molemmat menettelyt eroavat merkittäviltä osin, eikä vähiten sen vuoksi, että kilpailullinen neuvottelumenettely on yksittäisen sopimuksen tekomenettely, kun taas määrittelysopimusten tekomenettelyn tarkoituksena on kahden sopimuksen tekeminen rajaamalla kilpailu jälkimmäisen osalta alkuperäisen sopimuksen sopimuspuoliin.

3. Taloudellisten toimijoiden kohteleminen yhdenvertaisesti, syrjimättä ja avoimesti

23. Vaikka katsottaisiin, että direktiivin 28 artiklassa lueteltuja menettelyjä voitaisiin tietyin edellytyksin mukauttaa, kun otetaan huomioon määrittelysopimusten tekomenettelyjen luonne ja toiminta, tätä menettelyä ei voida luokitella direktiivin 28 artiklan mukaisesti, minkä lisäksi se on direktiivin johdantoosan toisessa perustelukappaleessa ja 2 artiklassa mainittujen periaatteiden vastainen. [14]

24. Toisin kuin Ranskan hallitus väittää, mielestäni komissio on oikeassa katsoessaan, että käytännössä on jo määritelmän vuoksi mahdotonta tuntea tarkasti julkisen hankintasopimuksen (täytäntöönpanosopimuksen) kohdetta ja sen tekemisen perusteita silloin kun hanketta ei ole vielä määritelty eikä määrittelysopimuksia ole vielä pantu täytäntöön. Määrittelysopimukset ja täytäntöönpanosopimus ovat kaksi täysin erillistä julkisen hankintasopimuksen lajia, mitä Ranskan hallitus ei näytä missään vaiheessa kiistäneen. Kummallakin on oma kohteensa ja omat tekemisen perusteensa, ja niiden perusteella molempien sopimusten on täytettävä direktiivin säännökset, eikä niitä voida tehdä yhden ainoan menettelyn perusteella. Toisin sanoen, koska täytäntöönpanosopimuksella on oma kohteensa ja omat tekemisen perusteensa, se olisi kilpailutettava eikä sitä pitäisi rajata pelkästään alkuperäisten määrittelysopimusten sopimuspuoliin.

14 – Ranskan oikeusoppineet tuntuvat olevan kanssani samaa mieltä. Ks. viimeksi esim. P.-Y. Monjal, "Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude", *Revue du Droit de l'Union européenne*, nro 4, 2008, s. 729–738. Ks. määrittelysopimusten osalta myös esim. Ranskan Conseil d'État'n 3.3.2004 antama tuomio nro 258272 asiassa Société Mak System.

25. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi asiassa komissio vastaan Ranska (Le Mans) antamassaan tuomiossa, [15] että ”Ranskan hallitus – – väittää, että – – ilmoituksen mukainen mahdollisuus tehdä toiseen vaiheeseen kuulunut sopimus suunnittelukilpailun voittajan kanssa vapautti hankintaviranomaisen velvollisuudesta julkaista ennakolta uusi ilmoitus kyseisen sopimuksen tekemisestä”. Tämän jälkeen yhteisöjen tuomioistuin totesi, että ”tällaista väitettä ei voida hyväksyä. Palvelujen tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate – – ja siitä johtuva avoimuuden periaate – – nimittäin *edellyttävät, että kunkin sopimuksen kohde ja sen tekemisen perusteet määritetään selvästi*”. [16]

26. Samassa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin jatkoi seuraavasti: ”Tällaisen vaatimuksen on täytyttävä silloin, kun sopimuksen kohdetta ja sen tekemisen perusteita on pidettävä ratkaisevina tekijöinä määritettäessä, mitä direktiivin mukaista menettelyä on sovellettava, ja arvioitaessa näin valitun menettelyn mukaisten edellytysten täyttymistä.” Yhteisöjen tuomioistuin päätteli siten, että ”käsiteltävänä olevassa asiassa – – pelkästään se, että toista vaihetta koskenut sopimus oli mahdollista tehdä sellaisten perusteiden mukaan, jotka oli vahvistettu toisen sopimuksen eli ensimmäistä vaihetta koskeneen sopimuksen tekemistä varten, ei merkitse sitä, että kyseinen sopimus olisi tehty jonkin direktiivissä säädetyn menettelyn mukaisesti”.

15 – Asia C-340/02, tuomio 14.10.2004 (Kok., s. I-9845; ns. La Chauvinière -tapaus, 33–36 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

16 – Kursivointi tässä.

27. Nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa Ranskan hallitus on yhteisöjen tuomioistuimessa esittämässään puolustuksessa itse myöntänyt, että edellä mainitussa tuomiossa ”yhteisöjen tuomioistuin antoi [määrittelysopimuksia] vastaavalle menettelylle kielteisen tuomion”. Mielestäni on selvää, että pääsääntöisesti määrittelysopimusten perusteella ei voida vahvistaa seuraavaksi tehtävän sopimuksen (eli täytäntöönpanosopimuksen) kohdetta, valintaperusteita ja tekemisen perusteita alun perin niin täsmällisesti, että edellä mainitussa tuomiossa asetetut vaatimukset täyttyisivät. Syynä tälle on se, että alkuperäisten määrittelysopimusten tarkoituksena on todellisuudessa juuri määrittää myöhemmän täytäntöönpanosopimuksen kohde ja tarjouskilpailun ehdot.

28. Tämän vuoksi riidanalaisten säännösten mukainen määrittelysopimusten tekomenettely on direktiivin 2 artiklassa vahvistetun avoimuusperiaatteen vastainen. Kyseinen menettely aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta sekä hankintaviranomaisille että taloudellisille toimijoille sille ominaisen oikeudenkäyntiriskin vuoksi.

29. Ranskan hallitus kiistää edellä 27 kohdassa esitetyn väitteen ja katsoo, että määrittelysopimusten tarkoituksena on ainoastaan määrittää kaikki myöhemmän sopimuksen tekniset eritelmät eikä sen kohdetta. Riittää kuitenkin, kun todetaan, että vuoden 2006 CMP:n 73 §:n sanamuoto itsessään ei tue tätä: sen toisessa momentissa

säädetään, että ”tällaisten sopimusten tarkoituksena on selvittää mahdollisuuksia tehdä myöhemmin sopimus ja tämän sopimuksen edellytyksiä, tarvittaessa mallin tai esittelyn avulla”. Lisäksi, vaikka joissakin tapauksissa määrittelysopimuksissa saatetaan ainoastaan määritellä tekniset eritelmät, todellisuudessa kysymyksessä olevassa menettelyssä voidaan varmasti täydentää täytäntöönpanosopimusta koskevan tarjouskilpailun ehtoja tai jopa laatia ne kokonaan.

30. Lisäksi Ranskan hallitus väittää, että myöhemmän täytäntöönpanosopimuksen kohde ja tekemisen perusteet on mahdollista vahvistaa määrittelysopimusten perusteella. Väitteen mukaan monissa tapauksissa täytäntöönpanosopimuksen ehdokkaiden valintaperusteet ovat niin riippumattomia määrittelysopimuksista, että ensin mainitut voidaan määritellä jo määrittelysopimusten vaiheessa. Yhteisöjen tuomioistuimelle esittämissään huomautuksissa Ranskan hallitus on esittänyt kolme esimerkkiä tällaisista tapauksista.

31. Joka tapauksessa on huomattava ensinnäkin, että Ranskan hallitus on suullisessa käsittelyssä myöntänyt ongelmia todellisuudessa aiheutuvan – on selvästi tapauksia, joissa määrittelysopimuksia ei käytetä pelkästään teknisten eritelmien määrittelemiseen vaan joissa niitä sitä vastoin käytetään täytäntöönpanosopimusta koskevan tarjouskilpailun ehtojen täydentämiseen tai laatimiseen. Komissio on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle kolme esimerkkiä tällaisista tapauksista. Mielestäni Ranskan hallitus ei ole kyennyt näyttämään, että riidanalaisten säännösten perusteella voitaisiin kaikissa tapauksissa ja kaikkina aikoina varmistaa avoimuus ja riittävä selkeys siten, että ”kunkin [täytäntöönpanosopimuksen] kohde ja sen tekemisen perusteet määritetään selvästi”. [17] Joka tapauksessa pelkkä yleinen määritelmä, kuten ”kaupunkialueen X kaupunkikehitys” – joka näyttää hyvin usein olevan ainoa mahdollinen tarjouskilpailuvaiheessa määrittelysopimuksille annettava määritelmä – ei varmasti täytä yhteisöjen tuomioistuimen asiassa komissio vastaan Ranska (Le Mans) antamassaan tuomiossa asettamaa vähimmäisvaatimusta. [18]

32. Viimeisenä vaan ei vähäisimpänä on tuotava esille, että määrittelysopimusten tekomenettely perustuu ennakkomieltymykseen. Kun koko direktiivin pääajatuksena on turvata taloudellisten toimijoiden välisen kilpailun edistäminen, määrittelysopimukset koskevat vain tietyntyyppisiä taloudellisia toimijoita – niitä ja vain niitä, joilla on sekä suunnittelu- että rakennusmahdollisuudet. Määrittelysopimusten tekomenettely merkitsee luonteeltaan kaikkien potentiaalisten taloudellisten toimijoiden ennakkokarsintaa. Mielestäni tämä on vastoin yhteisön julkisia hankintoja koskevien säännösten

17 – Alaviitteessä 15 mainitun tuomion, 34 kohta.

18 – Ks. alaviitteessä 15 mainittu tuomio sekä Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, Lontoo, 2005, s. 448: ”voimassa olevat direktiivit – – eivät sisällä nimenomaista vaatimusta avoimia tai rajoitettuja menettelyjä koskevista täsmällisistä eritelmistä. Avoimuusperiaate voi kuitenkin merkitä tällaista vaatimusta. Esimerkiksi ’koulua’ koskevassa tarjouskilpailussa ei ole varmastikaan hyväksyttävää asettaa vaatimusta esittämättä selvästi esimerkiksi oppilaiden lukumäärää ja sitä, minkätyyppisiä laitteistoja tai palveluja pääasiassa vaaditaan. Kohtuulliset täsmennykset on esitettävä viimeistään tarjouskilpailussa”.

henkeä. On selvää, että riippumatta siitä, miten määrittelysopimukset tietyssä yksittäistapauksessa tehdään, menettelyyn perustuva ratkaisu johtaa aina luonteeltaan rajoitettuun tarjoukseen.

33. Edellä esitetystä seuraa, että riidanalaisten säännösten perusteella sopimukset voidaan tehdä rajoittamalla kilpailu tilanteisiin, joista ei ole säädetty direktiivissä, eikä niitä voida oikeuttaa minkään direktiivissä säädetyn poikkeuksen perusteella.

IV Oikeudenkäyntikulut

34. Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan asian hävinnyt asianosainen velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska komissio on vaatinut oikeudenkäyntikulujen korvaamista ja Ranskan tasavalta on hävinnyt asian, viimeksi mainittu on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

V Ratkaisuehdotus

35. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

– toteaa, että Ranskan tasavalta ei ole noudattanut julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 2, 28 ja 31 artiklan mukaisia velvoitteitaan, koska se on antanut ja pitänyt voimassa 1.8.2006 annetulla asetuksella nro 2006-975 hyväksytyn Code des marchés publicsin (julkisia hankintoja koskeva säännöstö) 73 §:n ja 74 §:n IV momentin niiltä osin kuin näissä säännöksissä säädetään määrittelysopimuksia (julkisia hankintasopimuksia, joissa vahvistetaan julkista rakennusurakkaa, tavara- tai palveluhankintaa koskevan sopimuksen edellytykset

niiden tarkoitus mukaan lukien) koskevasta menettelystä, jonka avulla hankintaviranomainen voi tehdä palveluja, hankintoja tai rakennusurakoita koskevan sopimuksen jonkin alkuperäisen määrittelysopimuksen sopimuspuolen kanssa ainoastaan kyseisiin sopimuspuoliin rajatun kilpailuttamisen perusteella;

– velvoittaa Ranskan tasavallan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.