YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (ensimmäinen jaosto)
21 päivänä helmikuuta 1995 *

Asiassa T-29/92,

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Amersfoort (Alankomaat),

Amsterdamse Aannemers Vereniging, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Amsterdam,

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Utrecht (Alankomaat),

Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Soest (Alankomaat),

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Velsen (Alankomaat),

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Heemstede (Alankomaat),

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke Ijsselmeerpolders, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Apeldoorn (Alankomaat),

* Oikeudenkäyntikieli: hollanti.

Combinatie van Aannemers in het Noorden, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Leeuwarden (Alankomaat),

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Leeuwarden,

Delftse Aannemers Vereniging, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Rotterdam (Alankomaat),

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Utrecht,

Aannemersvereniging "Gouda en Omstreken", hollantilainen yhdistys, kotipaikka Rotterdam,

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Arnhem (Alankomaat),

Gooise Aannemers Vereniging, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Huizen (Alankomaat),

's-Gravenhaagse Aannemers Vereniging, hollantilainen yhdistys, kotipaikka 's-Gravenhage (Alankomaat),

Leidse Aannemersvereniging, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Leiden (Alankomaat),

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Tilburg (Alankomaat),

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Dordrecht (Alankomaat),

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Amsterdam,

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestendigs-Regeling, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Delden (Alankomaat),

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Groningen (Alankomaat),

Rotterdamse Aannemersvereniging, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Rotterdam,

Aannemersvereniging "de Rijnstreek", hollantilainen yhdistys, kotipaikka Rotterdam,

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Leeuwarden,

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Nijmegen (Alankomaat),

Samenwerkende Patroons Vereniging in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Alkmaar (Alankomaat),

Utrechtse Aannemers Vereniging, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Utrecht,

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Zeist (Alankomaat), ja

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, hollantilainen yhdistys, kotipaikka Heeze (Alankomaat),

edustajinaan asianajaja Louis H. van Lennep, Haag ja asianajaja Erik H. Pijnacker Hordijk, Amsterdam, prosessiosoite Luxemburgissa, Luc Friedenin toimisto, 6, avenue Guillaume,

kantajina,

vastaan

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään oikeudellisen osaston jäsen, Berend J. Drijber, avustajanaan asianajaja Paul Glazener, Rotterdam, prosessiosoite Luxemburgissa oikeudellisen osaston jäsenen Georgios Kremlisin osoitteessa Centre Wagner, Kirchberg,

vastaajana

jossa vaaditaan ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamisesta 5 päivänä helmikuuta 1992 tehdyn komission päätöksen N:o 92/204/ETY (IV/31.572 ja IV/32.571 — Alankomaiden rakennusteollisuus, EYVL L 92, s. 1) mitättömäksi julistamista ja toissijaisesti sen kumoamista,

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (ensimmäinen jaosto),

toimien kokoonpanossa jaoston puheenjohtaja R. Schintgen, tuomarit H. Kirschner, B. Vesterdorf, K. Lenaerts ja C. W. Bellamy,

kirjaaja: H. Jung,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 11.7.1994 pidetyssä suullisessa käsittelyssä esitetyn

on antanut seuraavan

tuomion

Kanteen taustalla olevat tosiseikat

1 Vuodesta 1952 alkaen Alankomaiden rakennusmarkkinoilla on esiintynyt erilaisia yrittäjien yhteenliittymiä, joiden jäsenyys on määräytynyt toimialakohtaisten ja alueellisten olosuhteiden perusteella. Nämä yhteenliittymät ovat asettaneet jäsentensä noudatettaviksi sääntöjä, joiden tarkoituksena on kilpailuolosuhteiden järjestäminen.

2 Vuonna 1963 mainitut yhteenliittymät perustivat Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid -nimisen yhteenliittymän (tämän jälkeen SPO), jonka sääntöjen 3 artiklan mukainen tarkoitus on "edistää ja ohjata

hallittua kilpailua, ehkäistä ja vastustaa epäasianmukaista käyttäytymistä hintatarjousten yhteydessä ja edistää taloudellisesti perusteltujen hintojen muodostumista". Tätä tarkoitusta varten SPO antaa niin sanottuja "hintojen ja kilpailun toimialakohtaista sääntelyä" koskevia sääntöjä sekä määrää seuraamuksia sen jäsenyhdistyksiin kuuluville yrityksille tällaisissa säännöissä asetettujen velvollisuuksien laiminlyöntien yhteydessä. Sääntöjen täytäntöönpano on uskottu kahdeksalle täytäntöönpanotoimistolle, joiden toimintaa SPO valvoo. SPO:lla on nykyisin 28 jäsenyhdistystä, joihin kuuluu yhteensä yli neljä tuhatta Alankomaissa toimivaa rakennusyritystä.

3 Vuonna 1969 suurin osa alakohtaisista tai alueellisista yhteenliittymistä liittyi SPO:on.

4 Vuosien 1973 ja 1979 välisenä aikana eri yhdistykset yhdenmukaistivat sääntönsä (tämän jälkeen vanhat säännöt) SPO:n valvonnassa.

5 SPO:n yleiskokous hyväksyi 3.6.1980 Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijfin (rakennusurakoitsijoiden kunniasäännöt, tämän jälkeen kunniasäännöt), joka sitoo kaikkia SPO:n jäsenyhdistyksiin kuuluvia yrityksiä. Kunniasäännöissä määrätään yhtenäinen seuraamusjärjestelmä vuosien 1973 ja 1979 välisenä aikana yhdenmukaistettujen sääntöjen rikkomisen varalta, sekä tiettyjä näiden sääntöjen soveltamisen kannalta välttämättömiä aineellisia sääntöjä. Kunniasäännöt tulivat voimaan 1.10.1980.

6 Komissio lähetti 16.8.1985 SPO:lle tietojensaantipyynnön perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamisesta 6 päivänä helmikuuta 1962 annetun ensimmäisen neuvoston asetuksen N:o 17 (EYVL 1962, L 13, s. 204; tämän jälkeen asetus N:o 17) 11 artiklan mukaisesti, saadakseen tietoja ulkomaalaisten yritysten osallistumisesta SPO:n toimintaan.

7 Alankomaiden viranomaiset hyväksyivät 2.6.1986 annetulla asetuksella Uniform Aanbestedingsreglementin (tarjouskilpailuja koskevat yhtenäistetyt säännöt, tämän jälkeen UAR), jossa määritellään julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyä koskevat säännökset, ja joka tuli voimaan 1.11.1986.

8 SPO:n yleiskokous hyväksyi 9.10.1986 kaksi Uniforme Prijsregelende Reglementenia (yhdenmukaista hintojen sääntelyä koskevaa säännöstöä, tämän jälkeen UPR), joiden tarkoituksena on määritellä ne menettelytavat, joiden puitteissa rakennusurakoita koskeviin tarjouskilpailuihin osallistuvat yritykset kilpailevat. Ensimmäinen UPR koskee rajoitetun menettelyn mukaisia tarjouskilpailuja (tämän jälkeen UPRR) ja toinen avoimen menettelyn mukaisia tarjouskilpailuja (tämän jälkeen UPRO). Nämä kaksi säännöstöä ovat rakenteeltaan yhdenmukaiset ja ne sisältävät tarkkoja ja yksityiskohtaisia määräyksiä yhteenliittymän toimintaehdoista ja siihen kuuluvien yritysten velvollisuuksista. Itse UPR:iä on täydennetty neljällä säännöllä ja kolmella liitteellä. Kaikki edellä mainitut säännöt tulivat voimaan 1.4.1987.

9 Alankomaiden hallituksen 29.12.1986 antamalla kuninkaallisella asetuksella määrättiin, etteivät mainitut säännöt ole sitovia, lukuun ottamatta tietyt edellytykset täyttäviä sääntöjä. Tämä kuninkaallinen asetus tuli voimaan 1.4.1987. UPR:t täyttivät kuninkaallisen asetuksen mukaiset edellytykset.

10 Komissio suoritti 15.6.1987 SPO:ssa asetuksen N:o 17 14 artiklan mukaisen tutkimuksen. Saman vuoden heinä- ja marraskuussa se suoritti samanlaisen tutkimuksen Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging -nimisessä yhdistyksessä (tämän jälkeen ZNAV). Näiden tutkimusten tarkoituksena oli selvittää, vaikuttivatko SPO:n säännöt jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

11 SPO teki 13.1.1988 komissiolle UPR:iä sekä kunniasääntöjä koskevan ilmoituksen ja pyysi ensisijaisesti puuttumattomuustodistusta ja toissijaisesti poikkeuslupaa ETY:n perustamissopimuksen (tämän jälkeen perustamissopimus) 85 artiklan 3 kohdan nojalla.

12 UPR:iä muutettiin 23.6.1988. Kyseiset muutokset tulivat voimaan 1.7.1988.

13 13.7.1989 SPO täydensi 13.1.1988 päivättyä ilmoitustaan.

14 Rotterdamin kaupunki (Alankomaat) teki 26.6.1989 komissiolle valituksen tiettyjä sääntöjen sitomia yhdistyksiä vastaan.

15 Komissio teki 7.11.1989 päätöksen menettelyn aloittamisesta SPO:ta vastaan ja osoitti sille valitusilmoituksen 5.12.1989.

16 SPO antoi vastineensa valitusilmoitukseen 5.4.1990.

17 Asetuksen N:o 17 19 artiklassa tarkoitettu kuuleminen pidettiin 12.6.1990.

18 SPO aloitti 15.3.1991 neuvottelut komission kanssa sen selvittämiseksi, voitaisiinko ilmoitetuille säännöille myöntää poikkeuslupa, jos niitä muutettaisiin. SPO ja komissio vaihtoivat asiaa koskevia kirjelmiä 12.4.1991 ja 15.1.1992 välisenä aikana.

19 Komissio teki 5.2.1992 päätöksen, josta esillä olevassa asiassa on valitettu.

20 12.2.1992 kantajille lähetettiin 5.2.1992 tehty päätös N:o C (92) 66 def. Päätös annettiin tiedoksi 17.2.1992. Tästä päätöksestä puuttui yksi kappale ja useiden päätöksen määräysosassa mainittujen yritysten yhteenliittymien osoitteet olivat virheellisiä.

21 26.2.1992 kantajille lähetettiin 5.2.1992 tehty päätös N:o C (92) 66 def. rev. (joka saapui SPO:on 2.3.1992). Tämä teksti sisälsi 17.2.1992 tiedoksiannetusta päätöksestä puuttuneen kappaleen, joka täten lisättiin edelliseen. Eri yritysten yhteenliittymien osoitteissa olevat virheet oli myös korjattu.

22 Päätöksen 1 artiklassa komissio on todennut, että SPO:n 10.12.1963 hyväksymät säännöt myöhempine muutoksineen, 9.10.1986 tehdyt kaksi UPR:ää niihin liittyvine sääntöineen sekä liitteineen, vanhat UPR:t ja muut niiden korvaamat samankaltaiset säännöt sekä kunniasäännöt lukuun ottamatta niiden 10 artiklaa, ovat perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan vastaisia.

23 Päätöksensä 2 artiklassa komissio on hylännyt 13.1.1988 tehdyn perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan mukaisen poikkeuslupahakemuksen, joka koski kahta 9.10.1986 tehtyä UPR:ää sekä kunniasääntöjä.

24 Päätöksen 3 artiklan 1 ja 2 kohdassa komissio on määrännyt SPO:n ja sen jäsenyhdistykset välittömästi lopettamaan todettu rikkominen sekä ilmoittamaan kirjallisesti asianomaisille yrityksille päätöksen sisällöstä sekä siitä, että rikkominen on määrätty lopetettavaksi, täsmentämällä siitä johtuvat käytännölliset seuraukset, kuten sen, että kullakin yrityksellä on vapaus kaikissa olosuhteissa kieltäytyä noudattamasta sääntöjä. SPO:n ja sen jäsenyhdistysten tuli lisäksi ilmoittaa komissiolle kahden kuukauden kuluessa päätöksen vastaanottamisesta asianomaisen säännöksen 2 kohdan mukaisesti yrityksille annetut ohjeet.

25 Päätöksen 4 artiklassa komissio on velvoittanut 28 asianomaista yhdistystä maksamaan sakkona yhteensä 22 498 000 ecua.

Oikeudenkäyntimenettely

26 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 13.4.1992 jättämällään kanteella SPO sekä sen 28 jäsenyhdistystä ovat vaatineet perustamissopimuksen 173 artiklan 2 kappaleen nojalla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta julistamaan mitättömäksi perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamisesta 5 päivänä helmikuuta 1992 tehdyn komission päätöksen (IV/31.572 ja IV/32.571 — Alankomaiden rakennusteollisuus, EYVL L 92, s. 1) tai toissijaisesti kumoamaan sen.

27 Erillisellä samana päivänä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamossa kirjatulla hakemuksella kantajat ovat niin ikään esittäneet perustamissopimuksen 185 ja 186 artiklan sekä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 105 artiklan 2 kohdan nojalla välitoimia koskevan hakemuksen, jonka tarkoituksena on kanteen kohteena olevan päätöksen täytäntöönpanon lykkääminen.

28 Asianosaisten suulliset huomautukset on kuultu 18.6.1992.

29 Heinäkuun 16 päivänä 1992 ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentti on antanut seuraavan määräyksen:

"1. Perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelyssä tehdyn komission päätöksen (IV/31.572 ja IV/32.571 — Alankomaiden rakennusteollisuus) 3 artiklan täytäntöönpanoa on lykättävä siltä osin, kuin se koskee riidanalaisten säännöstöjen sellaisia tekijöitä, jotka eivät liity urakoitsijoiden väliseen yhteisjärjestelyyn tai tietojenvaihtoon, etusijan myöntämiseen taikka siihen

välittömään vaikutukseen, joka laskentakulukorvausten määrällä ja ammatillisille etujärjestöille suoritettujen maksujen määrällä on tarjouskilpailun pitäjille.

2. Kantajien on ilmoitettava komissiolle ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle viimeistään 1.10.1992 ne toimenpiteet, joihin kantajat ovat ryhtyneet järjestelyn saattamiseksi tämän päätöksen mukaiseksi.

3. Täytäntöönpanon lykkäyspyyntö hylätään muilta osin.

4. Oikeudenkäyntikuluista määrätään asian pääkäsittelyn yhteydessä."

30 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 14.8.1992 jättämällään kirjeellä kantajat ovat toimittaneet tuomioistuimen presidentille väliaikaiset 20.7.1992 alkaen sovellettavat toimintaohjeet, jotka ensimmäinen kantaja on lähettänyt muille kantajille 16.7.1992 tehdyn ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentin määräyksen mukaisesti.

31 27.8.1992 hollantilainen yhtiö Dennendael BV on esittänyt väliintulopyynnön vastaajan väitteiden tukemiseksi tuomioistuimen perussäännön (ETY) 37 artiklan mukaisesti.

32 12.1.1993 tehdyllä päätöksellä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on hyväksynyt tämän väliintulon vastaajan väitteiden tukemiseksi.

33 21.1.1993 väliintulija on jättänyt väliintulokirjelmän.

34 17.11.1993 päivätyllä kirjeellään väliintulija on ilmoittanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle peruvansa väliintulonsa, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut 4.5.1994 tekemässään päätöksessä.

35 Esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin (ensimmäinen jaosto) on päättänyt aloittaa suullisen käsittelyn asian selvittämistoimiin ryhtymättä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on kuitenkin kehottanut osapuolia vastaamaan tiettyihin kysymyksiin kirjallisesti ennen suullista käsittelyä.

36 Yhteisöjen tuomioistuimen 15.6.1994 antaman tuomion asiassa komissio vastaan BASF ym. (C-137/92 P, Kok. 1994, s. I-2555) seurauksena ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on määrännyt 27.6.1994 tekemällään päätöksellä komission "esittämään komission 5.2.1992 pidetyssä istunnossa tekemän ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelyä koskevan päätöksen (IV/31.572 ja IV/32.571 — Alankomaiden rakennusteollisuus) sen todistusvoimaisella kielellä, puheenjohtajan ja pääsihteerin allekirjoituksilla oikeaksi todistettuna, tuona aikana voimassa olleen työjärjestyksen 12 artiklan 1 kappaleen mukaisesti" ja toimittamaan tämän asiakirjan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle "viimeistään 6.7.1994".

37 Tämän päätöksen seurauksena komissio on jättänyt 4.7.1994 päivätyllä kirjeellään yhden kappaleen 5.2.1992 tehdystä komission päätöksestä C (92) 66 def. rev., jossa komission presidentin sekä pääsihteerin allekirjoituksia edeltää maininta "tämä päätös on tehty komission 1 092: nnessa 5.2.1992 Brysselissä pidetyssä kokouksessa. Se sisältää 92 sivua ja liitteet". Lisäksi se on jättänyt tiettyjä muita asiakirjoja.

38 Ensimmäinen näistä asiakirjoista on erään kantajien asianajajan komission kilpailuosastolle (pääosasto IV) 19.2.1992 osoittama kirje, jossa ilmoitetaan, että hänelle tiedoksiannetusta päätöksestä puuttui jotakin sivujen 86 ja 87 välistä. Hän on

pyytänyt asianomaista virkamiestä suorittamaan tarvittavat tarkastukset sekä ryhtymään tarpeellisiin toimenpiteisiin tarvittavien korjausten tekemiseksi.

39 Toinen asiakirja on myös 19.2.1992 päivätty telefaksi, jonka asianomainen virkamies on lähettänyt komission sihteeristön virkamiehelle, jotta tämä tarkastaisi "vastaako komission hyväksymä ja vastaanottajille tiedoksiannettu päätösversio täydellisesti sen luonnosta ja tarvittaessa toteuttaisi vaadittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että päätöksen vastaanottajille annetaan muodollisesti tiedoksi sen täydellinen versio".

40 Kolmas asiakirja on erään kantajien asianajajan 21.2.1992 pääosasto IV:n toimivaltaiselle virkamiehelle osoittama kirje, jossa asianajaja pyytää komissiota antamaan päätöksen korjatun version alkuperäiskappaleet tiedoksi yksinomaan SPO:lle, koska tiettyjen jäsenyhdistysten osoitteet olivat virheellisiä.

41 Neljäs asiakirja on pääosasto IV:n toimivaltaisen virkamiehen kantajien asianajajille osoittama, myös 21.2.1992 päivätty kirje, jossa ilmoitetaan, että asianajajan kanssa käydyn puhelinkeskustelun seurauksena sihteeristö suunnitteli erilaisia menetelmiä päätöksen uudeksi tiedoksiantamiseksi kaikille päätöksen vastaanottajina oleville yhdistyksille (tarvittaessa niiden korjattuihin osoitteisiin).

42 Asianosaisten perustelut ja niiden vastaukset ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin on kuultu 11.7.1994 pidetyssä suullisessa käsittelyssä. Sen kuluessa on kantajien pyynnöstä esitetty asianomaisiin sääntöihin liittyvä kuvanauha sekä kuultu kantajien asiantuntijaa.

Asianosaisten vaatimukset

43 Kantajat ovat vaatineet ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta:

1) ensisijaisesti julistamaan mitättömäksi "ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamisesta 5 päivänä helmikuuta 1992 tehdyn komission päätöksen" (IV/31.572 ja IV/32.571 — Alankomaiden rakennusteollisuus);

2) toissijaisesti kumoamaan ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamisesta 5 päivänä helmikuuta 1992 tehdyn komission päätöksen (IV/31.572 ja IV/32.571 — Alankomaiden rakennusteollisuus);

3) ryhtymään muihin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tarpeellisiksi katsomiin toimenpiteisiin;

4) velvoittamaan komissio korvaamaan oikeudenkäyntikulut perustamissopimuksen 185 ja 186 artiklan nojalla esitettyyn välitoimimenettelyyn liittyvät kulut mukaan lukien.

Komissio puolestaan vaatii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta:

1) hylkäämään kantajien vaatimukset;

2) velvoittamaan kantajat korvaamaan oikeudenkäyntikulut välitoimimenettelyyn liittyvät kulut mukaan lukien.

Asianosaisten perustelut ja oikeudelliset perusteet

44 Kantajat ovat esittäneet kanteessaan kaksi vaatimusta: ensimmäisellä päävaatimuksella vaaditaan kanteen kohteena olevan päätöksen julistamista mitättömäksi olennaisten menettelyvirheiden vuoksi; toisella toissijaisesti esitetyllä vaatimuksella vaaditaan saman päätöksen kumoamista.

Päävaatimus

Asianosaisten perustelut

45 Kantajat väittävät ensisijaisesti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön vedoten (asiat T-79/89, T-84/89 — T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 ja T-104/89, BASF ym. v. komissio, tuomio 27.2.1992, Kok. 1992, s. II-315), että kanteenalainen päätös on mitätön päätöksen koskemattomuuden loukkaamisen ja toimivallan ylityksen takia — sillä päätökseen oli lisätty sivu ilman komission kokouksen hyväksymistä — sekä kielisääntöjen rikkomisen takia, sillä komission kokous ei ole hyväksynyt päätöstä ainoastaan yhdellä todistusvoimaisella kielellä. Itse asiassa 5.2.1992 tehdystä päätöksestä N:o C (92) 66 def., joka on lähetetty kantajille 12.2.1992 ja jonka kantajat ovat vastaanottaneet 17.2.1992, puuttui kappale ja päätöksen määräysosassa mainittujen eri yritysten yhteenliittymien osoitteet olivat virheellisiä.

46 Helmikuun 5 päivänä 1992 tehty päätös N:o C (92) 66 def. rev. on lähetetty kantajille 26.2.1992, (ja se on saapunut SPO:on 2.3.1992). Tämä asiakirja sisälsi 17.2.1992 tiedoksiannetusta päätöksestä puuttuneen kappaleen, joka täten lisättiin jälkimmäiseen. Eri yritysten yhteenliittymien osoitteissa olevat virheet oli myös korjattu.

47 Kantajat huomauttavat niin ikään, että asiakirja N:o C (92) 66 def. on ensin lähetetty kullekin kantajalle 12.2.1992 päivätyllä kirjeellä, jonka komission pääsihteeri on allekirjoittanut ja joka oli annettu tiedoksi vasta 17.2.1992. Se, ettei päätösteksti ollut saatavilla 5.2.1992 seuraavana päivänä todistaa, ettei kantajille tiedoksiannettu päätösteksti ollut sama kuin se, joka oli saatettu komission kokouksen käsiteltäväksi. Muutetun asiakirjan uusi viitenumero (eli C (92) 66 def. rev.) tukee samaa johtopäätöstä. Sitä paitsi komissio ei voi väittää, että asiakirja C (92) def. rev. olisi sellaisenaan saatettu komission kokouksen käsiteltäväksi.

48 Tämän seurauksena kantajat ovat pyytäneet komissiota näyttämään oikeaksi todistetulla pöytäkirjanotteella komission 5.2.1992 pidetystä kokouksesta, että komissio on kokouksessaan todellisuudessa tutkinut hollanninkielisen version kanteenalaisesta päätöksestä, ja että se on hyväksynyt nimenomaan tämän päätöstekstin.

49 Komissio vastaa, etteivät kantajat ole esittäneet näyttöä päätöksen koskemattomuuden loukkaamisesta sen hyväksymisen jälkeen. Tämän suuntaisen näytön puuttuessa päätöstä on pidettävä laillisena (ks. ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin asia T-10/89, Hoechst v. komissio, tuomio 10.3.1992, Kok. 1992, s. II-629, 375 kohta).

50 Komission mukaan päätös lähetettiin kantajille kahdesti, koska 12.2.1992 lähetetystä päätöstekstistä puuttui sivu ja se oli lähetetty joidenkin kantajien virheellisiin osoitteisiin. Sivun puuttuminen johtui komission sisäisessä sähköpostijärjestelmässä olevasta teknisestä häiriöstä, joka ilmeni päätöksen hyväksymisen jälkeen.

51 Toisaalta komissio väittää, että 5.2.1992 pidetyssä komission kokouksessa komissaareilla oli käytettävissään kaikilla yhteisön kielillä oleva päätösluonnos, hollanti mukaan lukien. Tämä luonnos on hyväksytty mainitussa kokouksessa.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

52 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa ensinnäkin, että edellä mainitusta 15.6.1994 annetusta yhteisöjen tuomioistuimen tuomiosta asiassa komissio vastaan BASF ym. (ks. 52 kohta) seuraa, että kantajien osoittamat komission päätöksentekomenettelyyn liittyvät virheet eivät ole tässä tapauksessa siinä määrin vakavia, että päätöstä olisi pidettävä oikeudellisesti mitättömänä.

53 Tästä johtuen kantajien päävaatimus on hylättävä siltä osin, kuin siinä vaaditaan kanteen kohteena olevan päätöksen julistamista mitättömäksi.

54 Toiseksi on kuitenkin syytä tutkia, onko kantajien toissijaisesti esittämän vaatimuksen mukaisesti niiden osoittamien virheiden seurauksena aihetta kumota kanteenalainen päätös sen koskemattomuuden loukkaamisen sekä kielisääntöjen rikkomisen perusteella.

55 Päätöksen koskemattomuudesta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että edellä mainitun 15.6.1994 annetun yhteisöjen tuomioistuimen asiassa komissio vastaan BASF ym. (ks. 59 kohta) antaman tuomion mukaisesti ainoastaan silloin, kun päätöksen koskemattomuuden loukkaamisesta on esitetty vakavia ja uskottavia perusteita, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi määrätä päätöksen esitettäväksi sen todistusvoimaisella kielellä tai todistusvoimaisilla kielillä, presidentin ja pääsihteerin allekirjoituksilla oikeaksi todistettuna, jotta tiedoksiannettujen asiakirjojen ja komission kokouksessa hyväksytyn päätöstekstin yhdenmukaisuus voidaan varmistaa.

56 Esillä olevassa tapauksessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut sen sillä hetkellä käytettävissä olleen aineiston perusteella, että se, ettei 17.2.1992 tiedoksiannettu päätösteksti vastannut 26.2.1992 tiedoksiannettua päätöstekstiä, vaikutti ensi katsomalta vakavalta ja uskottavalta osoitukselta siitä, ettei komission kokous ollut hyväksynyt ensimmäiseen päätöstekstiin tehtyjä muutoksia. Tämän vuoksi se on 27.6.1994 määrännyt komission esittämään 5.2.1992 pidetyssä istunnossa hyväksytyn päätöksen sen todistusvoimaisella kielellä, puheenjohtajan ja pääsihteerin allekirjoituksillaan silloin virallisesti oikeaksi todistettuna, komission tuolloin voimassa olleen työjärjestyksen 12 artiklan 1 kappaleen mukaisesti.

57 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kuitenkin toteaa, että sen 27.6.1994 antaman määräyksen mukaisesti toimitetuista komission asiakirjoista ilmenee, että ensimmäisen tiedoksiannetun päätöstekstin ja toisen päätöstekstin välinen eroavaisuus johtui sähköpostijärjestelmän teknisestä toimintahäiriöstä, jonka seurauksena yksi sivu oli kadonnut, ja täten 26.6.1992 tiedoksiannettu päätösteksti vastaa täydellisesti komission 5.2.1992 pidetyssä kokouksessa hyväksyttyä päätöstekstiä. Itse asiassa kantajien asianajajat ovat huomauttaneet komissiolle 19.2.1992 että "SPO:ta koskevasta päätöksestä puuttuu jotakin sivujen 86 ja 87 välistä. Pyydän tarkastamaan asian ja ryhtymään tarvittaviin toimenpiteisiin sen korjaamiseksi. Jos ilmenee, että asiakirjaan on lipsahtanut virhe, pyydän lähettämään korjauksen kaikille vastaanottajille". Tämän kirjeen vastaanottajana ollut pääosasto IV:n toimivaltainen virkamies on lähettänyt samana päivänä muistion komission pääsihteeristölle, jotta tämä ryhtyisi tarvittaviin tarkastuksiin. Tässä muistiossa todetaan: "Olen saanut osastoltanne edellä mainitun päätöksen tekstin hollanninkielisenä. Tästä asiakirjasta puuttuu kappale, joka oli komission käsittelyyn saatetussa luonnoksessa. Voisitteko ystävällisesti tarkastaa, vastaavatko komission hyväksymä teksti ja vastaanottajille tiedoksiannettu teksti täydellisesti luonnosta, ja tarvittaessa pitää huolta siitä, että päätöksen täydellinen teksti saatetaan vastaanottajien tietoon? Oheinen liite I sisältää asiakirjan C (92) 66 def. kansilehden ... ja sivut 86 ja 87. Oheinen liite II sisältää kyseisen päätösluonnoksen sivut 85, 86 ja 87 (hollanninkielinen versio, sellaisena kuin se on saatettu komission käsiteltäväksi) asiakirjasta C (92) 66 def. puuttuva kappale on selvästi osoitettu".

58 Ottaen huomioon nämä seikat, joita koskevaa komission tulkintaa kantajat eivät ole kiistäneet, kantajien esittämiä perusteita ei voida pitää vakavina ja uskottavina.

59 Tällä perusteella on näytetty, että kantajille 26.2.1992 tiedoksiannettu päätösteksti vastaa täydellisesti komission 5.2.1992 pidetyssä kokouksessa hyväksyttyä päätöstä.

60 Kielisääntöjen noudattamisesta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että pääosasto IV:n virkamiehen pääsihteeristölle lähettämä kirje osoittaa, että päätösluonnos on saatettu komission käsiteltäväksi hollanninkielisenä, minkä vahvistaa myös se, että 5.2.1992 jälkeen päätöksen määräysosa on toimitettu kantajille telefaksilla hollanninkielisenä.

61 Tästä syystä tässä tapauksessa ei ole kysymys kielisääntöjen rikkomisesta.

62 Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että vastauksena sen 27.6.1994 antamaan määräykseen komissio on toimittanut 5.2.1992 tehdyn komission päätöksen C (92) 66 def. rev. lopullisen tekstin, jossa komission puheenjohtajan sekä pääsihteerin allekirjoituksia edeltää maininta "tämä päätös on tehty komission 1 092:nnessa 5.2.1992 Brysselissä pidetyssä kokouksessa. Se sisältää 92 sivua ja liitteet". Suullisessa käsittelyssä kantajat ovat arvostelleet sitä, että tässä asiakirjassa ei täsmennetä puheenjohtajan ja pääsihteerin allekirjoitusten päivämäärää. Heinäkuun 4 päivänä 1994 päivätyssä saatekirjeessään sekä suullisessa käsittelyssä komission virkamies on vahvistanut, että tämä asiakirja on 5.2.1992 pidetyssä komission kokouksessa hyväksytty ja oikeaksi todistettu päätösteksti. Vastauksena ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymykseen komission virkamies on täsmentänyt, että hänen kantaansa tukee se, että päätöksen hyväksymisen aikana komissiota oli jo varoitettu mahdollisista ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen määräämistä seurauksista, ellei komission päätöstä ole asianmukaisesti

todistettu oikeaksi, koska sillä hetkellä asiaa BASF vastaan komissio ym. koskeva suullinen käsittely oli jo pidetty ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, joka oli jo määrännyt esittämään kyseisen päätöstekstin puheenjohtajan ja pääsihteerin allekirjoituksilla oikeaksi todistettuna, komission sillä hetkellä voimassa olleen työjärjestyksen 12 artiklan 1 kohdan mukaisesti. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, etteivät kantajat ole esittäneet minkäänlaista vastalausetta komission virkamiehen selitystä vastaan.

63 Komission virkamiehen toimittamien asiakirjojen ja tietojen perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että komission esittämä asiakirja C (92) 66 def. rev. on komission 5.2.1992 pidetyssä kokouksessa hyväksytty päätösteksti.

64 Edellä olevan perusteella on kantajien päävaatimus hylättävä.

Toissijainen vaatimus

65 Kantajat ovat esittäneet yhdeksän väitettä toissijaisen vaatimuksensa tueksi. Ne voidaan tiivistää viiteen kanneperusteeseen. Ensimmäinen koskee perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan rikkomista sillä perusteella, että komissio on määritellyt relevantit markkinat virheellisellä tavalla ja jättänyt huomioon ottamatta riidanalaisten sääntöjen merkityksen, sekä erehtynyt niiden vaikutuksesta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Toinen peruste koskee perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan rikkomista sillä perusteella, että komissio on ensinnäkin jättänyt ottamatta huomioon Alankomaiden rakennusteollisuuden erityispiirteet sekä kääntänyt todistustaakan, ja toiseksi, että se on arvioinut virheellisesti riidanalaisten sääntöjen merkityksen poikkeusluvan neljän edellytyksen kannalta, erityisesti sen vuoksi, että se kieltäytyi ottamasta huomioon kantajien esittämät muutosehdotukset "tiedoksiannon yhteydessä", ja kolmanneksi, että se on loukannut suhteellisuus- ja toissijaisuusperiaatetta hylkäämällä poikkeuslupahakemuksen.

Kolmas peruste koskee asetuksen N:o 17 4 artiklan 2 kohdan 1 alakohdan ja 15 artiklan 2 kohdan rikkomista sillä perusteella, että komissio on määrännyt sakon toteennäyttämättä rikkomista, joka kuitenkin olisi vapautettu rangaistuksesta, ja että se on virheellisesti arvioinut, että rikkominen on aiheutettu tahallisesti tai laiminlyönnillä ja määrännyt kohtuuttoman sakon. Neljäs peruste koskee perustamissopimuksen 190 artiklan rikkomista sillä perusteella, ettei komissio ole esittänyt riittäviä oikeudellisia perusteita perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan rikkomisesta eikä perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa tarkoitetun poikkeuslupahakemuksen hylkäämiseksi. Viides peruste koskee kantajien puolustaumisoikeuden rikkomista.

Ensimmäinen kanneperuste: perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan rikkominen

Ensimmäisen osa: relevanttien markkinoiden virheellinen määrittely

Asianosaisten perustelut

66 Kantajat muistuttavat, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeuskäytännön (asiat T-68/89, 77/89 ja 78/89, SIV ym. v. komissio, tuomio 10.3.1992, Kok. 1992, s. II-1403) mukaan markkinoiden asianmukainen määrittely on oletettua kilpailunvastaista menettelyä koskevan arvioinnin välttämätön ennakkoedellytys. Esillä olevassa tapauksessa komissio on jättänyt määrittelemättä sekä relevantit tuotemarkkinat että relevantit maantieteelliset markkinat.

67 Tuotemarkkinoista kantajat esittävät, etteivät sääntöjen käsittämät kahdeksan rakennusteollisuuden haaraa kuulu yksille tuotemarkkinoille, vaan muodostavat ainakin yhtä monet — elleivät useammatkin — erilliset tuotemarkkinat, koska niiden käsittämät toimialat eivät ole toisensa korvaavia kysynnän eikä tarjonnan osalta.

68 Kantajat lisäävät, että ne olivat ilmoituksessaan pitäneet Alankomaiden rakennusmarkkinoita yksinä ainoina tuotemarkkinoina ainoastaan vuonna 1987 annettuihin UPR:iin liittyvän puuttumattomuustodistushakemuksen/ poikkeuslupahakemuksen näkökulmasta; UPR:iä sovellettiin aluksi kiinnittämättä huomiota siihen, että asianomaisia tuotemarkkinoita oli kahdeksan. Kiistanalaisen päätöksen näkökulma on täysin toinen, koska se koskee vuonna 1987 tehtyjen UPR:ien lisäksi myös niitä edeltäneitä, kunkin rakennusteollisuuden haaran erilaisia sääntöjä. Tällä perusteella komission on pitänyt tehdä ero eri tuotemarkkinoiden välillä, ainakin siltä osin, kuin se on tuominnut ennen 1.4.1987 voimassa olleet säännöt.

69 Maantieteellisten markkinoiden osalta kantajat huomauttavat, että komissio on päätöksensä 23 kohdassa todennut, että sääntöjen käsittämillä urakkamarkkinoilla oli erillisiä relevantteja maantieteellisiä markkinoita. Täten se on myöntänyt, että kyseisten maantieteellisten markkinoiden laajuus voi vaihdella asianomaisen toimialan ja toiminnan laadun mukaan. Koska merkitykseltään vähäisten hankkeiden maantieteelliset markkinat ovat rajoitetummat, komission olisi pitänyt todeta, ettei mikään säännöistä kuulu perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamisalaan, siltä osin kuin ne koskevat vähäisiä hankkeita, koska ne eivät voi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (ks. jäljempänä, perusteen kolmas osa).

70 Tuotemarkkinoiden osalta komissio vastaa ensiksi, ettei relevantteja markkinoita voida määritellä kyseisten tuotteiden korvaavuuden perusteella, vaan ne on määriteltävä urakoitsijoiden harjoittaman toiminnan sekä sääntöjen soveltamisalan perusteella. UPR:ia ja kunniasääntöjä sovelletaan tosiasiassa kantajien mainitsemista eri toimialoista riippumatta, tekemättä eroa urakan laadun, merkittävyyden tai sijainnin mukaan. Tämä lähestymistapa vastaa täysin kantajien hallinnollisen menettelyn aikana puolustamaa näkökantaa.

71 Komissio väittää lisäksi, ettei asianomaisia tuotemarkkinoita määritettäessä ole aihetta tehdä eroa ennen vuotta 1987 annettujen sääntöjen ja UPR:ien välillä, sillä

SPO oli yhtenäistänyt vanhat eri toimialoilla sovellettavat säännöt vuosien 1973 ja 1979 välisenä aikana.

72 Maantieteellisten markkinoiden osalta komissio vastaa, että kysynnän säännöllinen vaihtelu, suurten ja keskisuurten yrityksien toimintasäde ja se, että jopa eräät pienet yritykset tekevät tarjouksia sen toimipaikan ulkopuolella olevista urakoista, osoittaa, ettei tuomittujen sääntöjen käsittämien urakkamarkkinoiden sisällä ole erillisiä maantieteellisiä markkinoita. Lisäksi komissio toteaa, etteivät kantajat ole viitanneet erillisten maantieteellisten markkinoiden olemassaoloon hallinnollisen menettelyn aikana, eivätkä esittäneet perustaa, jonka avulla markkinat voitaisiin rajata.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

73 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että aluksi on syytä selvittää, mikä merkitys on komission velvollisuudella määritellä relevantit markkinat ennen kuin komissio toteaa, että perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklaa on rikottu.

74 On syytä huomata, ettei markkinoiden määrittelyllä ole samaa merkitystä perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamisessa. Perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamisen yhteydessä markkinoiden asianmukainen määrittely on välttämätön ennakkoedellytys oletetun kilpailunvastaisen toiminnan arvioinnissa (edellä mainittu asia SIV ym. v. komissio, 159 kohta), sillä ennen määräävän markkina-aseman väärinkäytön osoittamista on näytettävä toteen määräävän aseman olemassaolo tietyillä markkinoilla, mikä edellyttää näiden markkinoiden ennalta rajaamista. Perustamissopimuksen 85 artiklaa sovellettaessa markkinat on määriteltävä sen ratkaisemiseksi, onko sopimus, yritysten yhteenliittymän päätös tai yritysten

yhdenmukaistettu menettelytapa omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, ja onko sen tarkoituksena estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla.

75 Tämän vuoksi 85 artiklan soveltamisen yhteydessä kantajien esittämiä väitteitä komission markkinamääritelmää vastaan ei voida käsitellä erillään jäsenvaltioiden väliselle kaupalle aiheutuvia vaikutuksia ja kilpailun rajoittamista koskevista väitteistä. Tätä lähestymistapaa tukee se, että kantajat ovat puuttumattomuustodistushakemuksessaan ja poikkeuslupahakemuksessaan käsitelleet markkinoiden määrittelyyn liittyvää kysymystä yksinomaan jäsenvaltioiden väliselle kaupalle aiheutuvia vaikutuksia koskevassa osassa.

76 On tärkeää huomata, että pitäessään Alankomaiden rakennusmarkkinoita kokonaisuudessaan relevantteina markkinoina, komissio on ainoastaan noudattanut sitä määritelmää, jonka kantajat olivat omaksuneet UPR:ia koskevassa ilmoituksessaan puuttumattomuustodistuksen tai poikkeusluvan saamiseksi sekä valitusilmoitukseen antamassaan vastineessa. Hallinnollisessa menettelyssä kantajat eivät ole väittäneet, että rakennusteollisuuden kahdeksaa haaraa olisi pidettävä erillisinä tuotemarkkinoina yhteisön kilpailusääntöjä sovellettaessa, tai että näillä markkinoilla pitäisi erottaa erillisiä maantieteellisiä markkinoita. Sitä vastoin kantajat ovat ilmoituksessaan todenneet seuraavaa (s. 19, kohta 2.2.1):

"Naar het oordeel van de SPO dient als de relevante produktmarkt vanuit een macro-perspectief te worden aangemerkt de markt voor het aannemen van bouwwerken. Slechts die produktmarkt lijkt vanuit kartelrechtelijk oogpunt relevant. Dit is een omvangrijke markt. Weliswaar is het in beginsel (wellicht) mogelijk binnen deze markt talloze marktsegmenten te onderscheiden naar gelang de aard en de omvang van de aan te nemen bouwwerken, doch het is twijfelachtig of dergelijke segmenten zouden kunnen worden aangemerkt als afzonderlijke produktmarkten in het licht van het Europees mededingingsrecht. Zowel de aanbodzijde als de vraagzijde van de betrokken markt heeft een dermate diverse samenstelling, dat het in beginsel onmogelijk lijkt bepaalde submarkten te isoleren, waarop bepaalde

categorieën aanbesteders en aannemers bij uitsluiting opereren. Een — noodgedwongen — kunstmatige indeling van de bouwmarkt in submarkten is bovendien niet dienstig voor de beoordeling van de onderhavige mededingingsregelingen, aangezien enerzijds de Erecode van toepassing is op bouwwerken van alle categorieën, terwijl het UPR betrekking heeft op alle werken van de categorieën, genoemd onder nr. 2.1.1."

("SPO:n mukaan relevantit tuotemarkkinat makrotalouden kannalta ovat ne markkinat, joilla rakennushanke toteutetaan. Ainoastaan tällaiset tuotemarkkinat näyttävät relevanteilta kilpailuoikeuden kannalta. Ne ovat laajat markkinat. Vaikka on varmasti periaatteessa mahdollista erottaa näiden markkinoiden sisällä lukuisia toimialoja niiden luonteen ja rakennushankkeen merkittävyyden perusteella, on kuitenkin kyseenalaista, voidaanko näitä toimialoja pitää erillisinä tuotemarkkinoina yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. Sekä tarjonnalla että kysynnällä on tässä kohden erilainen rakenne näillä markkinoilla, joilla näyttää periaatteessa mahdottomalta erottaa sellaisia alamarkkinoita, joilla toimisi ainoastaan tietynlaisia rakennuttajia. Rakennusmarkkinoiden keinotekoinen jakaminen alamarkkinoihin on hyödytöntä näiden kilpailusääntöjen arvioinnissa, ottaen huomioon ensinnäkin, että kunniasääntöjä sovelletaan kaikkiin rakennushankkeisiin ja toiseksi, että UPR liittyy kaikkiin kohdassa nro 2.1.1 mainittuihin hankkeisiin."(Toisin sanoen kaikkiin niihin, joihin komissio väittää UPR:iä sovellettavan.)

77 Komissio on oikeassa noudattaessaan tätä markkinamääritelmää siltä osin, kuin vuonna 1987 annettuja sääntöjä sovelletaan erottelematta kaikilla kysymyksessä olevalla kahdeksalla toimialalla. Vastineensa antamisajankohtana kantajat ovat lisäksi ryhtyneet noudattamaan tätä lähestymistapaa vuonna 1987 annettujen UPR:ien osalta.

78 Kantajat kuitenkin jatkavat vanhoja sääntöjä koskevan markkinamääritelmän arvostelua väittäen, että niiden hallinnollisessa menettelyssä esittämänsä näkökanta johtui siitä, että puuttumattomuustodistushakemus tai poikkeuslupahakemus koski

vuonna 1987 annettuja sääntöjä, kun taas päätöksessä tuomitaan myös niitä edeltäneet säännöt, jotka olivat erillisiä kullakin toimialalla.

79 Tässä yhteydessä on tärkeää todeta, että vaikka ilmoituksen sisältämät toteamukset liittyivät ainoastaan vuonna 1987 annettuihin sääntöihin, valitusilmoituksessa esitettiin väitteitä myös vanhoja sääntöjä vastaan. Tämän seurauksena kantajien vastine mainittuun ilmoitukseen (ks. sivut 23 ja 71 ja erityisesti 3 osa nimeltään "De relevante markt: de bouwmarkt in Nederland", "Relevantit markkinat: Alankomaiden rakennusmarkkinat"), jossa kantajat toistavat saman markkinoiden määrittelyä koskevan kantansa, koskee myös vanhoja sääntöjä.

80 Tämän seurauksena kantajat eivät ole hallinnollisen menettelyn kuluessa vaatineet, että vanhoja sääntöjä koskevia markkinoita määriteltäessä pitäisi noudattaa erilaista lähestymistapaa.

81 Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että komissio on perustellusti soveltanut tätä markkinamääritelmää myös vanhoihin sääntöihin. Itse asiassa kantajat eivät ensinnäkään ole voineet osoittaa aineellisia eroja vanhojen ja vuonna 1987 annettujen sääntöjen välillä tai vanhojen sääntöjen välillä keskenään. Tästä on pääteltävä, että erilaisia vanhoja sääntöjä sovellettiin samalla tavalla kullakin toimialalla sekä kullakin niiden kattamalla maatieteellisellä alueella. Toisaalta kantajat ovat suullisessa käsittelyssä huomauttaneet, että kaikki rakennushankkeet koko Alankomaiden alueella kuuluivat erilaisten vanhojen sääntöjen alaan, jotka koskivat joko eri hankkeita tietyllä alueella tai tiettyjä hankkeita erityisesti, mutta joita sovellettiin koko Alankomaiden alueella.

82 Edellä olevan perusteella komissio on perustellusti määritellyt Alankomaiden rakennusmarkkinat relevanteiksi markkinoiksi sekä vanhojen sääntöjen että vuonna 1987 annettujen sääntöjen osalta arvioidessaan niiden vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan tai niiden mahdollisesti aiheuttamia kilpailunrajoituksia.

83 Perusteen tämä osa on täten hylättävä siltä osin, kuin se ei sulaudu saman kanneperusteen kahteen muuhun osaan ja tutkittava muilta osin jälkimmäisten yhteydessä.

Toinen osa: riidanalaisten sääntöjen sisällön ja merkityksen virheellinen arviointi

I — Yleisesitys

Asianosaisten perustelut

84 Kantajien mukaan on olennaista pitää mielessä riidanalaisten sääntöjen tarkoitus, silloin kun niitä arvioidaan yhteisön kilpailuoikeuden kannalta: tämä tarkoitus on estää hintojen polkeminen perustamalla sitova järjestelmä, jossa kilpailua esiintyy vain yhtenä ainoana ajankohtana sekä parantaa markkinoiden sopimusrakennetta laskemalla jokaisen urakan osalle sen aiheuttamat kulut.

85 Kantajat väittävät, että komissio on soveltanut virheellisesti perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa katsoessaan, että säännöt rikkovat olennaisesti tätä säännöstä. Tämä väärinkäsitys johtuu komission puhtaasti teoreettisesta ja abstraktista säännöksen suojelemasta kilpailukäsitteestä; tämä käsite a priori vastustaa kaikenlaista markkinoiden sääntelyä.

86 Komissio vastaa, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa sovellettaessa ainoa merkittävä seikka on sen ratkaiseminen, onko kilpailua rajoitettu vai ei, eikä se, onko kilpailunrajoitus hyväksyttävä vai ei. Vastatakseen tähän kysymykseen komissio on tutkinut rikkomisen taloudellisen ja oikeudellisen yhteyden. Täten se on tehnyt arviointinsa nimenomaan rakennusmarkkinoilla eikä "ihanteellisesti toimivilla tyyppimarkkinoilla". Sitä vastoin se on kieltäytynyt myöntämästä, ettei yritysten yhteisjärjestelyjä rakennusmarkkinoilla voitaisi välttää ja katsoo, että vääristymätön kilpailu on konkreettinen väline perustamissopimuksen tavoitteiden saavuttamiseksi.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

87 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomauttaa, että päätöksen mukaan vuonna 1987 annetuilla säännöillä perustettu järjestelmä voidaan esitellä seuraavalla tavalla. Näiden sääntöjen tarkoituksena on toimeenpanna menettely, jota kantajayhdistysten jäsenten on noudatettava silloin, kun ne aikovat tehdä hintatarjouksen tiettyä urakkaa varten. Tällä menettelyllä pyritään kahteen tavoitteeseen: torjumaan hintojen polkeminen, johon tarjouskilpailujen pitäjät ovat taipuvaisia sekä korjaamaan sellaiset tarjonnan ja kysynnän väliset vääristymät, jotka johtuvat tarjonnan osalta markkinoiden avoimuuden puuttumisesta sekä tarjonnan kustannettavina olevista korkeista sopimuskuluista.

88 Tätä varten kantajat ovat perustaneet aineelliset ja inhimilliset perusrakenteet, joiden avulla säännöissä vahvistettua voidaan soveltaa. Tämä menettely, joka vaihtelee jonkin verran sen mukaan, ovatko tarjouskilpailut avoimia vai rajoitettuja, tai samanaikaisia vai peräkkäisiä, käsittää useita vaiheita, jotka sijoittuvat SPO:n toimivaltaiselle toimistolle tehdyn, tiettyä hanketta koskevan hintatarjousaikomuksen sisältävän ilmoituksen sekä tarjouskilpailun pitäjän ja tarjouskilpailun voittajan välisen sopimuksen teon välille.

89 Nämä vaiheet voidaan lyhyesti selostettuna esittää seuraavasti: kantajayhdistyksen jäsenenä olevan urakoitsijan, joka aikoo tehdä tiettyä urakkaa koskevan hintatar-

jouksen, on ilmoitettava siitä SPO:n toimivaltaiselle toimistolle sääntöjen täytäntöönpanoa varten (päätöksen 24 kohta).

90 Jos ilmoituksia on useita, toimisto kutsuu ilmoituksen tehneet yritykset kokoukseen. Yritysten on oltava läsnä seuraamusten uhalla. Tällaisen toimiston virkamiehen johtaman kokouksen aikana tehdään useita päätöksiä joko määräenemmistöllä tai yksimielisellä päätöksellä (päätöksen 25 kohta). Ensimmäinen näistä päätöksistä koskee sitä, nimitetäänkö yksi kokoukseen osallistuvista urakoitsijoista oikeudenhaltijaksi, jolla on yksinoikeus neuvotella tarjouskilpailun pitäjän kanssa tarjouksen sisällöstä ja hinnasta (päätöksen 26 ja 39—41 kohta). Jos oikeudenhaltija nimitetään, kokousta jatketaan sen ratkaisemiseksi, millä perusteella erilaisia hintatarjouksia vertaillaan. Täten kantajien mukaan kokouksessa päätetään siitä, ovatko hintatarjouspyynnöt vertailukelpoisia tai voidaanko ne muuttaa vertailukelpoisiksi, ja komission mielestä siitä, ovatko eri urakoitsijoiden tekemät hintatarjoukset vertailukelpoisia tai voidaanko ne muuttaa vertailukelpoisiksi (päätöksen 27 kohta). Jos vastaus on myönteinen, kokous voi nimittää oikeudenhaltijan. Ennen oikeudenhaltijan nimittämistä kokous päättää hinnankorotusten määrittämisperusteet. Nämä tarjouskilpailun pitäjän kustantamat hinnankorotukset koostuvat pääasiassa kahdenlaisista maksuista: laskentakulukorvauksista sekä SPO:n ja sen toimistojen ammatillisten etujärjestöjen toimintakulujen peittämiseksi suoritetuista maksuista (päätöksen 31—33 kohta). Sen jälkeen, kun tämä päätös on tehty, jokainen urakoitsija määrittelee oman tarjoushintansa (jota kutsutaan valkoiseksi hinnaksi "chiffre blanc"), jonka se antaa puheenjohtajalle (päätöksen 28 kohta). Tämä luku ei vielä sisällä hinnankorotuksia. Tässä yhteydessä urakoitsija voi pyytää kokousta myöntämään sille etusijan, toisin sanoen myöntämään sille oikeudenhaltijan ominaisuuden edellyttäen, että se tekee alhaisimman valkoisen hinnan suuruisen hintatarjouksen (päätöksen 30 kohta). Tämän jälkeen puheenjohtaja tutustuu näihin lukuihin ja ilmoittaa ne kokouksen niin päättäessä osanottajille (päätöksen 28 kohta). Tutustuttuaan muiden esittämiin lukuihin, kukin urakoitsija voi perua tarjouksensa, jonka seurauksena se menettää tiettyjä oikeuksia (päätöksen 29 kohta). Periaatteessa alhaisimman valkoisen hinnan tarjonnut urakoitsija nimitetään oikeudenhaltijaksi (päätöksen 39 kohta). Sen jälkeen kukin urakoitsija korottaa valkoista lukuaan hinnankorotuksilla, jotka on laskettu kokouksen etukäteen päättämää menettelyä noudattaen. Nämä korotukset ovat samansuuruisia kaikille urakoitsijoille ja niiden tarkoituksena on nimenomaan kattaa kaikkien kokouksen osanottajien laskentakulut kokonaisuudessaan. Jos tarjouskilpailun pitäjä antaa urakkasopimuksen yhdelle SPO:n jäsenistä, tarjouskilpailun pitäjä kustantaa nämä korotukset (päätöksen 31—33 kohta). Tarjouskilpailun voittajan on

luovutettava sille maksetut korotukset toimistolle, joka jakaa olennaisen osan niistä urakoitsijoille niiden laskentakulujen peittämiseksi sekä ammatillisille etujärjestöille maksettavien maksujen peittämiseksi (päätöksen 42—46 kohta). Lopuksi kokous voi joko lisätä tai vähentää tarjoushintojen välisiä eroja (päätöksen 38 kohta).

91 Jos toimisto saa ainoastaan yhden ainoan urakkasopimusta koskevan ilmoituksen, sopimusta pidetään vapaassa menettelyssä tehtynä ja ainoan ilmoituksen tehnyt yritys saa oikeudenhaltijan ominaisuuden, toisin sanoen kantajien muut jäsenyritykset, joihin otetaan yhteys myöhemmin, voivat tehdä tarjouksen vain ilmoituksen tehneen yrityksen suostumuksella tai kiistanalaisessa tapauksessa välimiesmenettelypalkkion tallettamalla (päätöksen 41, 52 ja 53 kohta). On kuitenkin mahdollista, että ensimmäisen urakoitsijan ilmoituksen ja kilpailun ratkaisemisen välisenä aikana tarjouskilpailun pitäjä neuvottelee muiden sellaisten kantajien jäsenyritysten kanssa, jotka ovat tehneet ilmoituksen sopimuksentekomenettelyn jälkeen. Tällaisessa tapauksessa tarjouskilpailun voittajan on suoritettava toimistolle hinnankorotuksia vastaava hinnasta laskettava 3 %:n suuruinen maksu (päätöksen 60 kohta).

92 Alihankkijayritysten tekemien tarjousten yhteydessä sovellettavaa menettelyä varten on myös säännöstö, jossa toistetaan aineellisesti samat säännöt kuin muissa hintatarjouksissa, mutta sopeutettuna alihankinnan erityispiirteisiin (päätöksen 55—59 kohta).

93 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että päätöksessä on esitetty neljänlaisia väitteitä kantajayhdistysten vahvistamia sääntöjä vastaan. Ensimmäiset koskevat sitä, että säännöillä toimeenpannaan yritysten välinen yhteisjärjestely, jonka aikana vaihdetaan hankkeen kustannuksiin, tarjousten laatuun ja kunkin ehdottamiin hintoihin liittyviä tietoja. Toisessa väitetyypissä moititaan sitä, että tämän yhteistoiminnan aikana hintojen osia vahvistetaan, ehdotettuja hintoja toisinaan muutetaan sekä myös urakan osien hintoja vahvistetaan. Kolmas väitetyyppi koskee sitä, että tämän yhteisjärjestelyn seurauksena yksi urakoitsijoista — oikeudenhaltija — nauttii suojelusta muita yhteisjärjestelyyn osallistuvia yrityksiä vastaan, koska jälkimmäiset menettävät oikeuden neuvotella tarjouksestaan rakennuttajan kanssa. Oikeudenhaltija nauttii suojelusta myös muita kantajayhdistysten jäsenura-

koitsijoita vastaan, silloin kun jälkimmäisten kanssa neuvotellaan jälkikäteen, eivätkä ne voi tehdä tarjousta kuin oikeudenhaltijan tai urakoitsijoista koostuvan komission suostumuksella, ja tämä sillä edellytyksellä, että kyseinen tarjous on tietyn prosenttimäärän oikeudenhaltijan tekemää tarjousta alhaisempi. Neljäs väitetyyppi koskee sitä, että säännöissä myönnetään kantajien jäsenille kilpailuetuja kolmansiin nähden.

94 Kantajat vastaavat näihin moitteisiin eri näkökulmista: joko ne korostavat sääntöjen edullista vaikutusta kilpailulle ja täten myös kuluttajille, tai sitten ne kiistävät tosiseikkoja koskevien väitteiden totuudenmukaisuuden taikka tosiseikkojen oikeudellisen luonnehdinnan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan kannalta.

95 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa ensinnäkin, että komissio on oikeassa tarkastellessaan kantajien sääntöjä yhtenä kokonaisuutena, jonka eri osia ei voida keinotekoisesti eritellä.

96 Tämän jälkeen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomauttaa, että niitä sääntöjen edullisia vaikutuksia, joihin kantaja vetoaa, ei voida ottaa huomioon perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa sovellettaessa, vaan ne tulee ottaa huomioon ainoastaan perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa määrättyjä edellytyksiä sovellettaessa. Tästä johtuen tätä koskevat erilaiset perustelut on tutkittava toisen kanneperusteen yhteydessä.

97 Edellä olevan perusteella esillä olevan kanneperusteen yhteydessä on syytä tutkia yksinomaan ne kantajien väitteet, jotka koskevat tosiseikkojen totuudenmukaisuutta sekä niiden arvioimista perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan kannalta. Tätä tarkoitusta varten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii peräkkäin hintatarjouksen tekemistä aikovien urakoitsijoiden väliseen yhteisjärjestelyyn liittyvät perusteet, hinnan tai sen osien vahvistamiseen liittyvät perusteet, urakoitsijoiden neuvotteluvapauden rajoittamiseen liittyvät perusteet ja perusteet, jotka liittyvät SPO:n käyttäytymiseen sitoutumattomia urakoitsijoita kohtaan.

II — Hintatarjouksen tekemistä aikovien urakoitsijoiden välinen yhteisjärjestely

Asianosaisten perustelut

1) Hintatarjousaikomuksen ilmoitusvelvollisuus (päätöksen 24—79 kohta)

98 Kantajat väittävät, kiistämättä päätöksen 24 kohdassa esitettyä selostusta sääntöjen tästä piirteestä, että tarjousaikomuksen ilmoitusvelvollisuudella ja itse ilmoituksella ei ole minkäänlaista merkitystä kilpailuoikeuden kannalta. Kantajat katsovat erityisesti, että päätöksen 79 kohdan kolmas kappale ei ole perusteltu siltä osin, kuin siinä moititaan sitä, että toimisto voi pyynnöstä ilmoittaa ilmoituksen tehneiden yritysten lukumäärän toiselle tällaiselle yritykselle.

99 Komissio vastaa, että ilmoitusvelvollisuutta ei pidä harkita yksinään, vaan sääntöjen erottamattomana osana. Lisäksi se huomauttaa, että ilmoituksista saatujen tietojen perusteella ilmoituksen tekevät yritykset voivat ennalta arvioida kilpailun voimakkuuden ja näin ollen epäsuorasti myös arvioida lopullisen tarjouksen ennalta arvattavan tason.

2) UPR:n mukaisesti pidetyt kokoukset (päätöksen 25—58 ja 80—92 kohta)

a) Oikeudenhaltijan nimitysperiaatetta koskeva sopimus (päätöksen 26 ja 80 kohta)

100 Kantajat kiistävät päätöksen 80 kohdassa olevan väitteen, jonka mukaan kokous luopuu harvoin oikeudenhaltijan nimittämisestä ja väittävät, että niiden tekemän

selvityksen perusteella oikeudenhaltija on nimitetty ainoastaan 39 %:ssa tapauksia.

101 Komissio vastaa, että 80 kohdassa viitataan sellaisten tapausten lukumäärään, joissa kokous on luopunut oikeudenhaltijan nimittämisestä etukäteen, toisin sanoen ennen kun se ottaa kantaa tarjouskilpailuun liittyvien tekijöiden vertailukelpoisuuteen, eikä sellaisten tapausten lukumäärään, joissa nimityksestä etukäteen luopumatta kokous ei nimitä oikeudenhaltijaa, useimmiten sen vuoksi, että se on todennut etteivät tarjouskilpailuun liittyvät tekijät ole vertailukelpoisia.

b) Hankkeen kustannuksiin liittyvien tekijöiden vertailu (päätöksen 27 ja 81 kohta)

102 Kantajat väittävät, että päätöksessä on käsitetty väärin kokouksen aikana vaihdettujen tietojen luonne. Nämä tiedot liittyvät yksinomaan tarjouskilpailun pitäjän määräämiin tekijöihin. Niiden vaihtaminen on välttämätöntä sen varmistamiseksi, että kokouksen osanottajien vastaamat tarjouspyynnöt ovat vertailukelpoisia sekä sen välttämiseksi, että eri tarjouspyyntöjä koskevia valkoisia hintoja verrataan keskenään. Lisäksi tällainen tiedonvaihto edistää kilpailun laatua tarjouskilpailujen pitäjien suuremmaksi tyydytykseksi.

103 Sitä paitsi kantajat väittävät, että on tarpeen vaihtaa myös tiettyjä tarjouskilpailun mahdollisesti kohtuuttomia ehtoja koskevia tietoja sen välttämiseksi, että tarjouskilpailun pitäjät siirtäisivät urakoitsijoiden kannettavaksi ennalta arvaamattomia riskejä. Ilman tätä yhteistoimintaa urakoitsijat joutuisivat yksitellen kohtaamaan seuraavan ongelman: joko hyväksyä kohtuuttomat ehdot — ja täten sopimuksen täytäntöönpanon yhteydessä esiintyvät vaikeudet — tai liittää hintatarjoukseensa muita ehtoja — ja täten antaa kilpailijalle etusija. Näin ollen toteuttamismääräaikoja koskeva yhteisjärjestely voisi tulla kysymykseen ainoastaan silloin, kun tarjouskilpailun pitäjän osoittamat määräajat ovat epärealistisia.

104 Lisäksi kantajat huomauttavat, että tiedonvaihto johtaa urakoitsijat tekemään tarkemmin laskettuja hintatarjouksia, koska sen vuoksi riskit ovat paremmin ennakoitavissa, minkä seurauksena tarjouskilpailun pitäjä on lopulta hyötyvä osapuoli.

105 Kantajat katsovat, että tarjouskilpailun pitäjän pyyntöä koskevan tiedonvaihdon tuomitseminen ei perustu ainoastaan näiden tietojen sisältöä koskevaan erehdykseen, vaan myös tarjouskilpailun ja oligopoli-tilanteen sekoittamiseen, jonka seurauksena komissio on pitänyt kaikkea tarjouskilpailuun liittyvää tiedonvaihtoa perustamissopimuksen vastaisena.

106 Lisäksi kantajat moittivat komissiota siitä, että se katsoo kaiken kilpailijoiden välisen tiedonvaihdon, joka on omiaan vähentämään täysin suljettujen markkinoiden epävarmuustekijöitä, olevan sellaisenaan kilpailunrajoitus.

107 Komissio vastaa, että kantajat antavat virheellisen käsityksen vaihdettujen tietojen sisällöstä. Itse asiassa on mahdotonta varmistaa, ovatko pyydetyt tarjoukset vertailukelpoisia tai voidaanko ne muuttaa vertailukelpoisiksi, tietämättä, miten kokouksen osanottajat aikovat vastata tarjouspyyntöihin. Täten tietojen vaihto koskee ainoastaan jonkin osanottajan tiedossa olevia hankkeen erityispiirteitä, joka siten menettää kilpailuetunsa. Tämä ei tehosta kilpailua, vaan pikemminkin supistaa sitä. Väitteidensä tueksi komissio esittää eri urakoitsijoiden kokousten pöytäkirjoja.

108 Lisäksi se huomauttaa, ettei ole urakoitsijoiden tehtävänä yhdessä päättää, ovatko tietyt tarjouspyynnön ehdot, kuten toteuttamismääräajat tai rahastojen suuruus, kohtuuttomia eikä tällöin myöskään asettaa ehtonsa yhdenmukaistettua menettelytapaa noudattaen.

109 Komissio esittää, että kokouksen kuluessa suoritettu tietojen vaihto on yhtä vahingollista kilpailulle kuin oligopolistisilla markkinoilla kilpailijoiden kesken tapahtuva tiedonvaihto.

c) Valkoisten hintojen luovuttaminen (päätöksen 28 ja 82 kohta)

110 Kantajat esittävät, ettei koskemattomien valkoisten hintojen luovuttaminen toimiston puheenjohtajalle rajoita kilpailua, vaan ainoastaan siirtää aiemmaksi kilpailun ajankohtaa. Hintatarjousten luovuttaminen tarjouskilpailun pitäjälle korvataan valkoisten hintojen luovuttamisella SPO:n asianomaisen toimiston puheenjohtajalle. Valkoisten hintojen koskemattomuus niiden luovuttamisen jälkeen takaa, ettei kilpailua vääristetä, vaan se voidaan ainoastaan ennakoida "hintojen polkemisen" välttämiseksi.

111 Komission mielestä rikkominen ei johdu itse koskemattomien valkoisten hintojen luovuttamisesta, vaan siitä, että ne on vahvistettu kokouksen aikana vaihdettujen tietojen perusteella. Lisäksi se huomauttaa, että valkoisten hintojen luovuttaminen on erottamaton osa sitä järjestelyä, joka korvaa kilpailuriskit urakoitsijoiden välisellä käytännön tasolla tapahtuvalla yhteisjärjestelyllä; valkoisten hintojen luovuttamista on pidettävä tällaisena yhteisjärjestelynä.

d) Mahdollisuus vetäytyä kilpailusta hintavertailun jälkeen (päätöksen 29, 83 ja 84 kohta)

112 Kantajat väittävät, ettei vetäytymismahdollisuus hintavertailun jälkeen rajoita kilpailua, vaan pikemminkin vahvistaa sitä, koska sen avulla urakoitsijat voivat laskea tarjouksensa tarkemmin, koska mahdollisesti taloudellisesti perusteettomien hintojen muodostumiseen johtavan laskuvirheen sattuessa ne tietävät voivansa perua tarjouksensa. Tätä mahdollisuutta ei sitä paitsi käytetä kuin silloin, kun jokin valkoisen hinnan luovuttaneista urakoitsijoista on tehnyt tarjousta koskevan laskuvirheen.

113 Toisaalta kantajat esittävät, että valkoisten hintojen luovuttamisen jälkeen tehdyllä hintavertailulla ei voi olla kilpailua rajoittavaa vaikutusta, koska valkoisia hintoja ei enää voida muuttaa. Oikeudenhaltija ei myöskään voi käyttää tästä vertailusta saatuja tietoja, esimerkiksi oikeudenhaltijan hintatarjouksen ja kilpailijoiden tarjousten välisiä eroja, neuvotteluissaan tarjouskilpailun pitäjän kanssa, sillä valkoiset hinnat ovat lopullisia.

114 Komissio vastaa, että vaikka vetäytymistä oletettavasti — quod non — käytettäisiin ainoastaan mahdollisesti taloudellisesti perusteettomien hintojen muodostumiseen johtavan laskuvirheen yhteydessä, urakoitsijoiden tehtävänä ei ole yksipuolisesti arvioida hinnan taloudellista perusteltavuutta ja estää tarjouskilpailun pitäjää hyötymästä edullisesta hintatarjouksesta, ennen kaikkea silloin, kun nämä kilpailevat urakoitsijat tarkastelevat hinnan perusteltavuutta vaihdettuaan sitä koskevia tietoja.

115 Komissio toteaa lisäksi, että oikeudenhaltija saattaa käyttää muiden tarjouksentekijöiden hinnoista saamiaan tietoja neuvotteluissaan tarjouskilpailun pitäjän kanssa, sillä oikeudenhaltijan hinnan ja muiden hintojen välinen erotus on oikeudenhaltijan suojamarginaali, koska muut osanottajat eivät voi tehdä tarjousta alhaisemmalla hinnalla (ks. jäljempänä, oikeudenhaltijan suojelua koskevat kohdat). Myös tästä näkökulmasta hintavertailu rajoittaa kilpailua.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

116 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että yhteisjärjestely alkaa kantajien jäsenille asetetusta velvollisuudesta ilmoittaa SPO:n toimivaltaiselle toimistolle aikeestaan tehdä hintatarjous. On todettava samansuuntaisesti komission kanssa, että se, että toimivaltainen toimisto voi pyynnöstä ilmoittaa ilmoituksen tehneille yrityksille muiden ilmoituksen tehneiden yritysten lukumäärän, voi rajoittaa kilpailua siten, että tällaiset yritykset voivat ennalta arvioida niiden välisen kilpailun voimakkuuden ja sopeuttaa toimintansa sen mukaisesti; lisäksi ne voivat saada tietoja, joita SPO:n ulkopuolisilla yrityksillä ei vielä tässä vaiheessa ole käytössään.

117 Seuraavaksi on aihetta todeta, että urakoitsijoiden välinen päätöksessä moitittu yhteisjärjestely toteutuu ainoastaan silloin, kun kokous ei etukäteen luovu oikeudenhaltijan nimittämisestä. Ellei kokous luovu tästä nimittämisestä, osanottajat vaihtavat tietoja. Tämä merkitsee siten yhteisjärjestelyä, vaikka sen seurauksena todettaisiin, etteivät hintatarjoukset ole vertailukelpoisia eikä niitä voida muuttaa vertailukelpoisiksi, minkä vuoksi oikeudenhaltijaa ei voida nimittää. Tätä koskevasta kantajien väitteestä, jonka mukaan oikeudenhaltija nimitetään ainoastaan 39 prosentissa tapauksia, on aihetta todeta ensinnäkin, että ainakin tällaisissa tapauksissa päätöksessä moitittu urakoitsijoiden välinen yhteisjärjestely voidaan panna täytäntöön täysipainoisesti; toiseksi on todettava, että muissa tapauksissa kantajat eivät ole väittäneet eivätkä näyttäneet toteen, että kokous luopuisi etukäteen nimittämästä oikeudenhaltijan, minkä seurauksena myöhempää yhteisjärjestelyä ei enää tarvita. Täten kantajat eivät ole pystyneet osoittamaan vääräksi päätöksen 80 kohdassa esitettyä väitettä, jonka mukaan "sellaisten tapausten lukumäärä on vähäinen, joissa urakoitsijoiden kokous päättää luopua tästä nimittämisestä, jolloin vääristymätön kilpailu voi toteutua". Itse asiassa tämä väite koskee niiden tapausten lukumäärää, joissa kokous päättää etukäteen luopua oikeudenhaltijan nimittämisestä, kun taas kantajien väite koskee sellaisten tapausten lukumäärää, joissa oikeudenhaltijaa ei voida nimittää, joko sen vuoksi, että siitä on etukäteen luovuttu tai sen vuoksi, että hintatarjoukset eivät ole vertailukelpoisia eikä niitä voida muuttaa vertailukelpoisiksi.

118 Silloin, kun kokous ei etukäteen luovu oikeudenhaltijan nimittämisestä, osanottajien on päätettävä niistä teknisistä ja taloudellisista perusteista, joiden avulla ne vertailevat hintoja, koska oikeudenhaltija voidaan nimittää ainoastaan vertailukelpoisten hintatarjousten perusteella. Tässä kohden osapuolten mielipiteet eriävät hintatarjousten vertailukelpoisuuden selvittämiseksi vaihdettujen tietojen osalta: kantajat väittävät, että nämä tiedot liittyvät yksinomaan tarjouskilpailun pitäjän tarjouspyyntöön, ja niiden ainoa tarkoitus on varmistaa, että kaikki osanottajat käyttävät samoja perusteita. Kantajat kuitenkin myöntävät, että vaihdetut tiedot voivat koskea myös sitä, miten pitäisi asennoitua tiettyjä tarjouskilpailun pitäjän asettamia ehtoja kohtaan, silloin kun viimeksi mainitut ovat kohtuuttomia. Komissio väittää, että tiedonvaihto ulottuu paljon pidemmälle ja koskee sitä, miten eri urakoitsijat aikovat vastata tarjouspyyntöön.

119 Näiltä osin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa aluksi, että urakoitsijoiden yhteisjärjestely tarjouspyyntöön vastaamista koskevan menettelyn osalta rik-

koo perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa myös silloin kun tarjouspyynnöt sisältävät kohtuuttomia ehtoja. Itse asiassa jokaisen urakoitsijan tehtävä on itsenäisesti ratkaista, mitä se pitää kohtuullisena ja mitä kohtuuttomana, sekä päättää omasta käyttäytymisestään sen mukaisesti.

120 Tämän jälkeen on todettava, toisin kuin kantajat väittävät, että vaihdetut tiedot eivät liity yksinomaan tarjouspyyntöön. Ensinnäkin UPRO:n 1 artiklan b alakohdan ja 6 artiklan 2 kohdan ja UPRR:n 6 artiklan 3 kohdan samanaikainen tarkastelu osoittaa, että nämä tiedot koskevat myös muita tekijöitä kuin tarjouspyyntöä. Itse asiassa UPR:n 6 artiklan 2 ja 3 kohdassa määrätään seuraavaa:

"Ennen ehdotetut arviot urakan toteuttamiseksi sisältävän lomakkeen täyttämistä, yleiskokous vahvistaa rakennuttajan toimittamien *tarjouskilpailua koskevien tietojen* sekä *kaikkien muiden objektiivisen hintavertailun kannalta hyödyllisten tietojen* perusteella ne tekijät, jotka on hyväksyttävä ehdotettujen arvioiden kirjaamiseksi tätä tarkoitusta varten laaditulle lomakkeelle. Se vahvistaa myös ehdotetut arviot sisältävään lomakkeeseen välttämättömästi kirjatut luvut ja yksityiskohdat tämän artiklan mukaista menettelyä noudattaen."

UPR:n 1 artiklan b alakohdassa puolestaan säädetään, että "tarjouskilpailua koskeviin tietoihin" kuuluu "kaikki asiakirjat, jotka sisältävät urakkaehdot, piirustukset, tarjouspyynnön, tarjouksentekoaikomuksen ilmoittamista varten olevan lomakkeen, kaikki vastaavat asiakirjat sekä kaikki tarjouksen esittämisen kannalta hyödylliset ohjeet tai ilmoitukset".

Tämä osoittaa, että "muiden objektiivisen hintavertailun kannalta hyödyllisten tietojen joukossa" on tekijöitä, jotka eivät ilmene tarjouskilpailua koskevista tiedoista. Toisaalta tietyistä urakoitsijoiden kokousten pöytäkirjoista ilmenee selvästi, että niissä keskustellaan siitä, miten urakoitsijat aikovat muodostaa tarjouksensa vertaamalla aikomiaan urakan ominaisuuksia koskevia ehdotuksia ja täten hinnan muodostamiseen vaikuttavia tekijöitä. Näin ollen eräässä 14.3.1988 pidetyssä kokouksessa osanottajat päättivät, etteivät tarjoukset olleet vertailukelpoisia, koska yksi

urakoitsijoista ehdotti pyöreätä säiliötä ja toinen neliömäistä säiliötä (vastaajan vastauksen liite 1). Tarjouksissaan ehdottamiensa teknisten ominaisuuksien lisäksi urakoitsijat vertailevat toisinaan hintatarjousten eri tekijöitä. Näin ollen Tillburgissa (Alankomaat) sijaitsevaan urakkaan liittyvän kokouksen nro 040388 pöytäkirjasta ilmenee, että yksi kokouksen osanottajista "wil blanken maar geen inzicht geven in samenstelling prijsaanbieding. Prijsvergelijkning daarom niet mogelijk. VH stapt kwaad op. Verliest rechten" ("haluaa luovuttaa valkoisen hinnan, mutta kieltäytyy ilmoittamasta hintatarjouksensa koostumusta. Hintojen vertailu ei täten ole mahdollista. VH poistuu paikalta raivostuneena. Menettää oikeutensa"). Ilmaus "hintojen vertailu ei tämän vuoksi ole mahdollista" osoittaa, että kantajien mainitsema tarjouskilpailuun liittyvien tietojen vertailukelpoisuuden selvittäminen edellyttää todellisuudessa, että kokouksen osanottajat voivat ilmoittaa toisilleen hintatarjoustensa erittelyn.

121 Tällä perusteella komissio on riittävällä tavalla näyttänyt toteen, että sääntöjen täytäntöönpanoa varten pidettyjen kokousten kuluessa urakoitsijat vaihtavat muun muassa tarjotun hankkeen kustannuksiin, sen erityispiirteisiin sekä hintatarjousten erittelyyn liittyviä sellaisia tietoja, jotka itsenäinen urakoitsija tavallisesti pitää ankarasti liikesalaisuuksina (asia T-7/89, Hercules Chemicals v. komissio, tuomio 17.12.1991, Kok. 1991, s. II-1711, 217 kohta).

122 Sitä paitsi on aihetta todeta, että näiden kokousten aikana osanottajat vaihtavat hintoja koskevia tietoja. Itse asiassa UPR:n 6 artiklan 4 kohdassa ja 7 artiklassa säädetään mahdollisuudesta ilmoittaa valkoiset hinnat kaikille kokouksen osanottajille. Vaikka periaatteessa pitää paikkansa, kuten kantajat ovat väittäneet, että tämä tietojenvaihto tapahtuu silloin, kun näitä hintoja ei enää voida muuttaa (ks. kuitenkin jäljempänä 157 kohta), kantajat eivät voi perustella sitä väittämällä, että säännöillä ainoastaan siirretään kilpailuhetkeä tarjousten luovuttamishetkestä tarjouskilpailun pitäjälle siihen asti, kun valkoiset hinnat luovutetaan toimiston puheenjohtajalle, minkä seurauksena hintoja koskeva tietojenvaihto tapahtuu vasta sen jälkeen, kun kilpailu on jo vaikuttanut. Itse asiassa on todettava, kuten kantajat ovat suullisessa käsittelyssä erityisesti huomauttaneet, ettei valkoisten hintojen luovuttaminen keskeytä kilpailua, sillä tarjouskilpailun pitäjän ja oikeudenhaltijan sekä tarjouskilpailun pitäjän ja kokouksesta poissaolleiden urakoitsijoiden välillä on yhä neuvottelumahdollisuuksia. Näiden neuvottelujen yhteydessä oikeudenhaltijan käytössä on kuitenkin muun muassa hankkeen erityispiirteisiin liittyviä tietoja sekä

hintoja koskevia tietoja — hintoja, joilla kokouksen osanottajat saavat tehdä tarjouksen, tai joilla ne eivät ole valmiita tekemään tarjousta, silloin kun ne vetäytyvät kilpailusta UPR:n 10 artiklan mukaisesti — joten tarjouskilpailun pitäjä menettää mielenkiintoisen tarjouksen, jonka täyttämistä se olisi voinut vaatia tuomioistuinteitse, jos se olisi annettu urakoitsijoiden välisen yhteisjärjestelyn ulkopuolella.

123 Edellä olevan perusteella komissio on perustellusti katsonut päätöksessään (81 kohta), että tämän urakoitsijoiden välisen yhteisjärjestelyn avulla kilpailuriskit korvataan tietoisesti urakoitsijoiden välisellä käytännön tasolla tapahtuvalla yhteistyöllä (asiat 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym. v. komissio, tuomio 16.12.1975, Kok. 1975, s. 1663, 173 ja 174 kohta), jota on pidettävä perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan vastaisena rikkomisena, koska järjestelyn tavoitteena tai seurauksena on paljastaa kilpailijoille kunkin urakoitsijan päättämä tai suunnittelema markkinakäyttäytyminen (edellä mainittu asia Suiker Unie ym. v. komissio, 191 kohta; ks. myös edellä mainittu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio asiassa Hercules Chemicals vastaan komissio, 260 kohta), ja koska se voi johtaa liiketoimen tiettyjen ehtojen määräämiseen.

III — Hinnan tai sen osien määrääminen yhteisjärjestelyssä

Asianosaisten perustelut

1) Hinnankorotukset samanaikaisten tarjousten kyseessä ollessa (päätöksen 31—34, 42—46, 86, 87 ja 96 kohta)

124 Kantajat väittävät ensiksi, että laskentakulujen peittämiseksi tehty korvausmenettely ei vaikuta vahingollisesti urakoitsijoiden väliseen kilpailuun, koska valkoisten

hintojen luovuttamishetkellä kukin niistä voi ennalta arvioida saamansa korvauksen määrän, ottaen huomioon, että korvaus lasketaan periaatteessa yritysten esittämien valkoisten hintojen keskiarvon perusteella, ja tämä keskiarvo voidaan ennalta arvioida luovutettujen valkoisten hintojen välisten erojen vähäisyyden vuoksi. Korvaus voidaan ennalta arvioida myös silloin, kun se lasketaan eri perusteilla. UPRR:n yhteydessä kukin tarjouksentekijä voi tehdä tämän soveltamalla voimassa olevia korvaustaulukoita (vähäisissä hankkeissa), ja arvioimalla ennakolta kunkin urakoitsijan tarjouksen, josta korvaus lasketaan prosentteina (silloin, kun yhtään valkoista hintaa ei ole luovutettu), tai olettamalla, että sen oma tarjous on pienin (silloin, kun korvauksen määrän vahvistaa alhaisimman valkoisen hinnan luovuttanut urakoitsija). Kantajat huomauttavat lisäksi, että se, että UPRO:n yhteydessä korvaukset maksetaan kerran vuodessa laskentatoimiston välityksellä, ei estä palautusten määrän ennalta arvioimista, koska kukin urakoitsija voi ennalta arvioida sekä voittamiensa pisteiden määrän, jos se tekee alhaisimman tarjouksen, että vuosittain lähes muuttumattomien pisteiden arvon. Lopuksi toimitusten arvon tai tarjouskilpailun pitäjän tai kolmansien työsuoritusten huomioon ottaminen korvausta laskettaessa ei estäisi ennalta arvioimista, koska tällaiset arvot ovat tunnettuja tai summittaisesti arvioitavissa.

125 Toiseksi kantajat muistuttavat, että laskentakulujen korvausmenettelyn tavoitteena ja seurauksena on markkinoiden sopimusrakenteen parantaminen, koska sen avulla kustakin urakasta aiheutuneet sopimuskulut voidaan kohdistaa kyseiseen urakkaan.

126 Komissio vastaa ensinnäkin, että laskentakulujen korvausmenettely haittaa kilpailua päätöksen perusteluissa mainituin tavoin. Itse asiassa, toisin kuin kantajat väittävät, korvausten määrää ei voida arvioida ennalta riittävän tarkasti menettelyn tasoittamiseksi, koska se riippuu aina sellaisista tekijöistä, joita ei voida tuntea riittävän varmasti valkoisten hintojen luovuttamisen yhteydessä. Tämän seurauksena kaikki urakoitsijat pyrkivät yksinkertaisesti sisällyttämään laskentakulukorvaukset hintatarjoukseensa muuttamatta tarjoustaan. Tämän vuoksi Alankomaiden viranomaiset luonnehtivat korvauksia "korotuksiksi". Joka tapauksessa silloinkin, kun

ennalta arvioiminen tapahtuu säännöllisesti, korvausmenettely merkitsee yhtä selvästi perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua suoraa myyntihinnan vahvistamista.

127 Toiseksi komissio kiistää sen, että laskentakulujen korvausmenettelyllä parannettaisiin markkinoiden tehokkuutta supistamalla sopimuskustannuksia, koska tarjouskilpailujen pitäjillä ei ole minkäänlaista mahdollisuutta vaikuttaa niihin sovellettaviin laskentakulukorvauksiin.

2) Vapaassa menettelyssä tehtävien urakoiden hinnannousut (päätöksen 60, 61 ja 100 kohta)

128 Kantajat kiistävät päätöksen 61 kohdan, jonka mukaan säännöt aiheuttavat yleisen 3 %:n hinnannousun vapailla sopimusmarkkinoilla, koska silloin kun rakennuttaja ottaa yhteyttä muihin urakoitsijoihin saatuaan ensimmäisen tarjouksen, mutta antaa urakan ensimmäiselle tarjouksentekijälle sen jälkeen, kun se on saanut jälkeenpäin muilta pyydetyt tarjoukset, ensimmäisen tarjouksentekijän on maksettava urakan arvosta laskettava enintään 3 %:n suuruinen summa, joka vastaa sääntöjen mukaisia hinnankorotuksia.

129 Kantajat väittävät, että komissio on sekoittanut tässä yhteydessä velvollisuuden luovuttaa 3 % hinnasta SPO:n toimistolle ja velvollisuuden ottaa huomioon nämä 3 % hintatarjouksessa. Lisäksi 3 %:n suuruinen määrä on enimmäismäärä, jota harvoin sovelletaan. Komissio on myös jättänyt huomioon ottamatta sen, että jos urakoitsijoiden mahdollisuutta luopua etukäteen oikeudenhaltijalle kuuluvista oikeuksista käytetään, tätä 3 %:n suuruista määrää ei missään tapauksessa suoriteta ja jos tarjouskilpailun pitäjä todella aikoo tehdä sopimuksen ensimmäisenä yhteyttä ottaneen urakoitsijan kanssa ja neuvotella avoimella budjetilla tai ryhmässä sen kanssa, se voi päätellä, onko riskivaraus sisällytetty hintaan ja pyytää sen peruuttamista, silloin kun tarjouskilpailu pidetään ilman uutta pyyntöä.

130 Kantajat väittävät lisäksi, että ensimmäisenä tarjouksensa jättäneellä urakoitsijalla on kaksi mahdollisuutta sisällyttää mainittu riski hintatarjoukseensa aiheuttamatta kuitenkaan urakan hinnan nousua, jos urakasta sovitaan vapaassa menettelyssä. Ensinnä se voi varata itselleen mahdollisuuden nostaa hintatarjoustaan enintään 3 %:lla siinä tapauksessa, että tarjouskilpailun pitäjä pyytää myöhemmin muita tarjouksia. Toiseksi se voi tarjousta tehdessään osoittaa tarjouskilpailun pitäjälle, että tämä tarjous sisältää riskivarauksen, joka voidaan vähentää hinnasta siinä tapauksessa, ettei tarjouskilpailun pitäjä pyydä myöhemmin muita tarjouksia. Useimmiten urakoitsija ei tee riskivarausta.

131 Lopuksi kantajat esittävät, että urakoitsijoiden välinen vilkas kilpailu ja kysynnän voimakas asema takaavat varmuudella, että 3 %:n suuruinen määrä lopulta korvataan tarjouskilpailun pitäjälle silloin, kun riskivaraus on tehty eikä riski ole sittemmin toteutunut.

132 Komissio vastaa ensinnäkin, että se on havainnut urakoitsijoiden säännöllisesti suorittavan maksuja toimistolle 3 %:n sääntöä soveltaen.

133 Se epäilee, että urakoitsijat käyttävät kantajien edellä esittämiä mahdollisuuksia 3 %:n säännön soveltamisesta aiheutuvan riskin huomioon ottamiseksi, koska urakoitsijat voivat ilman minkäänlaista riskiä sisällyttää hintatarjouksiinsa 3 % kattavan varauksen.

134 Komission mukaan varauksen tarjoukseensa sisällyttävälle urakoitsijalle ei aiheudu minkäänlaista kilpailuhaittaa, sillä muiden myöhemmin neuvottelevien urakoitsijoiden on tehtävä samoin, paitsi jos ulkopuolisia urakoitsijoita (outsiders) on pyydetty mukaan, mikä tapahtuu melko harvoin.

135 Lopuksi komissio toteaa, että merkittävää on se, että ilman 3 %:n sääntöä urakoitsijat eivät ottaisi hintatarjouksissaan huomioon sitä riskiä, että ne joutuisivat lopulta maksamaan mainitut 3 %.

3) Alihankintasopimusten hinnannousut (päätöksen 55—59 kohta ja 100 kohdan 3 kappale)

136 Kantajat esittävät, että se, että pääurakoitsijan voidaan edellyttää maksavan ainoastaan sille hintatarjouksen tehneiden alihankkijoiden tarjouskulut eikä muille pääurakoitsijoille tarjouksen tehneiden alihankkijoiden kuluja, ei ole millään tavalla sen tarjouskulujen sääntelyn taustalla olevan periaatteen vastaista, jonka mukaan kunkin rakennuttajan tarjouspyynnön aiheuttamat sopimuskulut pyritään asettamaan sen maksettaviksi. Itse asiassa pääurakoitsijaa ei voida asettaa vastuuseen tarjouskuluista, joihin se ei ole millään tavalla vaikuttanut. Lisäksi tämän yksilöllisen laskutavan vuoksi voidaan estää eri pääurakoitsijoille saman urakan yhteydessä tarjouksia tehneet alihankkijayritykset hyötymästä kaksinkertaisesta tai jopa kolminkertaisesta korvauksesta.

137 Kantajat huomauttavat lopulta, ettei komissio voi väittää, että alihankintaa koskeva sääntö aiheuttaisi järjestelmällisesti hintatarjousten määrän nostamisen 3 %:lla sellaisessa tapauksessa, jossa pääurakoitsija pyytää hintatarjouksen vapaassa menettelyssä.

138 Komissio väittää, että sellaisena kuin kantajat ovat asian esittäneet, alihankintaa koskevalla säännöllä toimeenpantu järjestely on tarjouskulukorvausmenettelyn taustalla olevan periaatteen vastainen. Itse asiassa alihankinnan yhteydessä urakan aiheuttamia kokonaistarjouskuluja ei voida laskea sen vahingoksi, sillä pääurakoitsijan urakan hävinneet alihankkijat eivät saa minkäänlaista korvausta ja niiden on

siten sisällytettävä tarjouskulunsa yleisiin kuluihinsa. Tämän seurauksena myöhempien tarjouskilpailujen yhteydessä tarjouskilpailun pitäjä ei joutuisi kustantamaan ainoastaan laskentakulukorvausten, vaan myös aikaisempien sopimusten tarjouskulujen korvaamatta jättämisestä johtuvat yleiset kulut.

139 Komissio toteaa lisäksi, että menettely johtaa hintatarjousten 3 %:n nousuun, kuten vapaassa menettelyssä tehtyjen sopimusten tapauksessa.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

140 Aluksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomauttaa, että markkinoiden sopimusrakenteen parantamiseen liittyvät kantajien väitteet ovat merkityksettömiä perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan rikkomista koskevan kanneperusteen kannalta, minkä vuoksi ne käsitellään perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan rikkomista koskevan kanneperusteen yhteydessä.

141 Säännöissä vahvistetaan kahdenlaisia hinnankorotuksia, jotka lisätään yhtenäisesti eri kokoukseen osallistuvien urakoitsijoiden hintatarjouksiin ja jotka tulevat siis tarjouskilpailun pitäjän kustannettaviksi. Tämä koskee ensinnä laskentakulukorvauksia (päätöksen 32—33 kohta ja 86—87 kohta) ja toiseksi ammatillisten etujärjestöjen toimintakuluja varten suoritettuja maksuja (päätöksen 34—37 kohta).

142 Kantajien väitteet koskevat olennaisesti komission tapaa arvioida kantajien kanneperusteita. Eri urakoitsijoiden hintatarjouksia korotetaan määrällä, jonka pitäisi vastata kaikkien kokoukseen osallistuvien urakoitsijoiden laskentakulujen yhteismäärää. Nämä korotukset lasketaan soveltamalla toimialakohtaisten UPR:ien liitteenä olevia taulukoita. Näitä enimmäiskorvaukset vahvistavia taulukoita sovelle-

taan tapauksen mukaan joko valkoisten hintojen keskiarvoon tai urakan arvioituun arvoon (yksityiskohtaisemmin, ks. päätöksen 32 ja 33 kohta, joita kantajat eivät ole kiistäneet). Tämän menettelyn seurauksena kaikki kiinteämääräisesti arvioidut laskentakulut tulevat tarjouspyynnön tehneen tarjouskilpailun pitäjän kustannettaviksi, sisältäen siten kilpailun hävinneiden urakoitsijoiden kulut. Sen tarkoituksena on saada tarjouskilpailun pitäjät harkitsemaan suuremmalle tai pienemmälle urakoitsijajoukolle suunnatun pyynnön hyvät ja huonot puolet. Tarjouskilpailun voittajaurakoitsija perii nämä hintatarjoukseen sisältyvät hinnankorotukset ja suorittaa olennaisen osan niistä toimistolle, joka sitten jakaa ne itsensä ja eri urakoitsijoiden kesken. Tämä jako tapahtuu UPRR:n yhteydessä urakka urakalta ja UPRO:n yhteydessä kalenterivuosittain. Lisäksi vapaassa sopimuksen tekomenettelyssä sekä alihankintamarkkinoilla on käytössä samanlainen järjestely kuin tämä hinnankorotusmenettely. Itse asiassa näiden urakoiden yhteydessä neuvottelevan urakoitsijan on ennalta varauduttava siihen riskiin, että tarjouskilpailun pitäjä tai pääurakoitsija neuvottelee muiden urakoitsijoiden kanssa ja joutuu sellaisessa tapauksessa maksamaan urakan arvosta laskettavan 3 %:n suuruisen maksun toimistolle kattaakseen myöhemmin yhteyttä ottaneiden ja hylättyjen urakoitsijoiden laskentakulut (yksityiskohtaisemmin, ks. päätöksen 55—59 kohta).

143 Kiistämättä päätöksessä mainitun hintojen korotusmekanismin selostusta, kantajat väittävät, ettei se rajoita kilpailua, sillä tarjouskilpailuun osallistuvilla urakoitsijoilla on mahdollisuus ennalta arvioida niiden laskentakuluja varten saamansa korvauksen määrä. Täten kiinteämääräisen ominaisuutensa vuoksi mekanismi on kilpailun kannalta neutraali, sillä tehokkaimmat laskelmat tehneet urakoitsijat voivat vähentää hintatarjouksiaan, koska ne tietävät saavansa aiheutuneita kuluja suuremman korvauksen. Komissio vastaa, että mahdollisuus ennalta arvioida korvauksen määrä ei riitä järjestelyn tasoittamiseksi, eli joka tapauksessa korvausten vahvistaminen yhteisjärjestelyllä merkitsee hinnan osan määräämistä.

144 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomauttaa, että päätöksessä esitetään olennaisesti kolme väitettä hinnankorotusmenettelyä vastaan. Ensisijaisesti on

kysymys hinnan osan vahvistamisesta; toiseksi laskentakulujen osalta on kysymys kilpailukieltolausekkeesta (päätöksen 86 kohta, kolmas kappale); ja kolmanneksi tämä menettely johtaa hintatason nousuun sellaisten tarjouskilpailun pitäjien osalta, jotka pyytävät tarjouksia suurelta urakoitsijajoukolta, samoin kuin vapaata sopimuksentekomenettelyä noudattavien urakoiden ja alihankintasopimusten osalta (päätöksen 57, 87 ja 100 kohta).

145 Ensiksi on todettava, etteivät kantajat ole esittäneet yhtään perustetta sen osoittamiseksi, ettei yksipuolisesti eri urakoitsijoiden hintatarjouksiin lisättyjen hinnankorotusten yhteisjärjestelyssä määrääminen merkitsisi perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettua hinnan osan vahvistamista. Itse asiassa kantajien esittämillä hinnankorotusten määrän ennalta arvioitavuutta koskevilla perusteluilla ei ole tässä yhteydessä merkitystä; ne koskevat yksinomaan sitä, poistaako hinnankorotusmenettely laskentakuluja koskevan kilpailun urakoitsijoiden välillä, mikä on erillinen peruste.

146 Tästä syystä komissio on perustellusti katsonut, että hinnankorotusten yhteisjärjestelyssä vahvistaminen merkitsee perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettua hinnan osan määräämistä.

147 Toiseksi sen ratkaisemiseksi, johtaako tämä hinnan osan määrääminen urakoitsijoiden välisen kilpailun häviämiseen laskentakulujen osalta ja hyödyttääkö se siten tässä suhteessa heikompia urakoitsijoita verrattuna suorituskykyisempiin urakoitsijoihin, on syytä selvittää, voivatko urakoitsijat täydellisesti ennalta arvioida laskentakuluja varten saamansa korvauksen määrän, kuten kantajat väittävät, ja onko menettely myönteisessä tapauksessa täysin neutraali korvauksen kiinteämääräisyyden vuoksi, sillä kukin urakoitsija voi supistaa hintatarjoustaan todellisten laskentakulujen ja saamansa korvauksen välistä erotusta vastaavalla määrällä.

148 Tässä yhteydessä on riittävää todeta, että mahdollisuudet arvioida korvauksen suuruus ennalta eivät ole läheskään täydelliset. Itse asiassa täydellinen ennakkoar-

viointi on mahdotonta, koska hintatarjous on laskettava sillä hetkellä, kun tällaisen ennakkoarvioinnin välttämättömät tekijät ovat vielä tuntemattomia (valkoisten hintojen keskiarvo, urakan arvioitu arvo, alhaisin hintatarjous).

149 UPRO:n yhteydessä ennakkoarviointi on mahdotonta korvausten vuotuisen suorittamisen sekä pisteiden määrän ja arvon määrittämiseen liittyvän vaikeuden takia.

150 UPRR:n yhteydessä ennakkoarviointi näyttää helpoimmalta silloin, kun kokouksessa annetaan alhaisimman valkoisen hinnan esittäneen urakoitsijan tehtäväksi määrätä hinnankorotukset. Tällaisessa tapauksessa itse asiassa kukin urakoitsija olettaa tekevänsä alhaisimman tarjouksen ja voivansa itse määrätä korvauksen. On kuitenkin syytä todeta, että tällöin urakoitsijan on otettava huomioon se riski, ettei sen tarjous ole alhaisin ja että se joutuu sisällyttämään hintatarjoukseensa alhaisimman tarjouksen tehneen urakoitsijan määräämän kulumäärän, joka voi olla joko suurempi tai pienempi kuin sen omien laskentakulujen määrä. Vaikka pitää paikkansa, että kukin urakoitsija on voinut tarkistaa valkoisen hintansa sen itse määräämän korvausmäärän perusteella, sen on kuitenkin, voidakseen oikein laskea valkoiseen hintaansa lopulta määrättävän korvausmäärän, tunnettava sen kilpailijoiden tätä koskevat aikomukset, koska jokainen niistä voi tehdä alhaisimman tarjouksen ja täten määrätä korvausmäärän omien laskentakulujensa perusteella.

151 Lisäksi tämän menettelyn seurauksena tarjouskilpailun pitäjä saattaa menettää tietyn urakoitsijan suuremmasta kulujen laskemistehokkuudesta aiheutuvan hyödyn. Eli silloin kun urakoitsija A, joka on erittäin tehokas kulujen laskemisessa, aikoo ehdottaa niiden määrän vahvistamista 12:ksi siinä tapauksessa, että sen valkoinen hinta 105 on alhaisin, kun taas urakoitsija B, joka on tehottomampi, aikoo ehdottaa niiden määrän 20:ksi siinä tapauksessa, että sen valkoinen hinta 100 on alhaisin, on

vaarassa syntyä seuraavanlainen tilanne: B osoittautuu alhaisimman tarjouksen tekijäksi ja päättää vahvistaa korvauksen määräksi 20. Tämän seurauksena tarjouskilpailun pitäjälle tehtävä hintatarjous on 120, kun taas A:n tarjous on 125. Vapaan kilpailun olosuhteissa A:n hintatarjous olisi ollut 117 ja B:n 120. B kuitenkin esittäytyy A:n asemesta tarjouskilpailun pitäjälle alhaisimman lopullisen tarjouksen tekijänä ja korkeammalla hinnalla kuin minkä tarjouskilpailun pitäjä olisi saanut vääristymättömän kilpailun seurauksena. Jos A olisi tiennyt, että B vahvistaisi korvauksen määräksi 20, se olisi voinut alentaa valkoista hintaansa 105:stä 97:een, koska se olisi silti yhteensä saanut sille välttämättömät 117, joka olisi ollut alhaisin tarjous. A ei kuitenkaan olisi voinut saada tietoonsa B:n päättämää korvauksen määrää ilman kiellettyä yhteisjärjestelyä B:n kanssa, mikä on jo täysin eri asia kuin kantajien väittämä menettelyn objektiivinen avoimuus tai korvausmäärän täydellinen ennakkoarvioimtimahdollisuus.

152 Tästä seuraa, että kaikissa tapauksissa urakoitsijoiden välinen kilpailu kulujen laskemisen tasolla on laskentakulukorvausmenettelyn seurauksena rajoitettua ja tarjouskilpailun pitäjä menettää siten tästä kilpailusta aiheutuvan hyödyn.

153 Kolmanneksi on aihetta selvittää, johtaako laskentakulukorvausmenettely ammatillisten etujärjestöjen toimintakuluja varten tehtyjen maksujen tavoin yleiseen hintojen nousuun. Tässä yhteydessä on tehtävä ero kolmella tasolla: samanaikaiset tarjoukset, vapaa sopimusmenettely ja alihankinta.

154 Ensimmäisellä tasolla ei voida kiistää, että menettelyn seurauksena hinnat nousevat sellaisille tarjouskilpailujen pitäjille, jotka osoittavat tarjouspyynnön suurelle urakoitsijajoukolle, koska niiden on kustannettava kaikkien näiden urakoitsijoiden laskentakulut. Tämän menettelyn seurauksena tarjouskilpailun pitäjät menettävät oikeudenhaltijan tekemää tarjousta edullisemmat tarjoukset joka kerta, kun jonkin urakoitsijan suurempi kulujen laskentatehokkuus suuressa määrin korvaa sen vähäisemmän tehokkuuden muiden tekijöiden osalta ja tämä urakoitsija ei ole voinut heijastaa sitä valkoiseen hintaansa, riippumatta suuremman tehokkuutensa

merkittävyydestä (ks. edellä kohta 151). Lopulta ammatillisten etujärjestöjen toimintakulujen peittämiseksi suoritetut maksut johtavat myös hintojen nousuun.

155 Toisella ja kolmannella tasolla asianosaiset ovat samaa mieltä siitä, että urakoitsijat, jotka tekevät tarjouksensa vapaassa sopimusmenettelyssä tai alihankintasopimuksen yhteydessä saattavat joutua maksamaan SPO:n toimistolle 3 %:a urakan hinnasta vastaavan summan, silloin kun joko tarjouskilpailun pitäjä tai pääurakoitsija neuvottelee muiden kanssa kyseisestä urakasta. Vaikka pitää paikkansa, kuten kantajat ovat todenneet, että tarjouskilpailun pitäjän tai pääurakoitsijan on mahdollista neuvotella urakoitsijoiden kanssa siitä, etteivät ne tekisi varausta tämän riskin varalta, eivätkä sisällyttäisi sitä hintaan, on kuitenkin todettava, että järjestely jo sellaisenaan rohkaisee urakoitsijoita maksattamaan tämän riskin asiakkaillaan ja se pakottaa asiakkaat neuvotteluihin sen välttämiseksi. Tästä seuraa, että myös tällä tasolla menettely saattaa johtaa hintojen nousuun.

156 Edellä olevan perusteella komissio on oikeutetusti katsonut, että hintojen korotusmenettely merkitsee hinnan osan vahvistamista, rajoittaa urakoitsijoiden välistä kilpailua laskentakuluista sekä johtaa hintojen nousuun, joka UPR:n tapauksessa on entistä olennaisempaa silloin, kun tarjouskilpailun pitäjä aikoo kutsua suuremman urakoitsijajoukon kilpailemaan urakasta.

157 Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, etteivät kantajat ole kiistäneet sitä, että sen jälkeen kun hintojen nousut on lisätty valkoisiin hintoihin, muiden urakoitsijoiden kuin oikeudenhaltijan tarjoushintoja voidaan laskea edellyttäen, ettei valkoisten hintojen keskinäinen järjestys muutu, siten etteivät rakennuttajalle osoitettujen hintatarjousten väliset erot ole liiallisia. Kantajat eivät myöskään kiistä sitä, että tarjottuja hintoja voidaan korottaa oikeudenhaltijalle myönnetyn etusijan varmistamiseksi, ja että osahintoja tai yksikköhintoja voidaan vahvistaa sen välttämiseksi, että tarjouskilpailun pitäjä tarjoaisi osittaisurakoita.

158 Tällainen hintoihin vaikuttaminen on kuitenkin kiistatta perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettu yhdenmukaistettu menettelytapa, jolla vahvistetaan hintoja, koska kuten kantajat ovat toistuvasti vakuuttaneet, tarjouskilpailun pitäjälle jää mahdollisuus antaa urakka jollekin muulle yritykselle kuin alhaisimman tarjouksen tekijälle.

IV — Urakoitsijoiden ja rakennuttajan neuvotteluvapauden rajoittaminen

Asianosaisten perustelut

1) Etusija (päätöksen 30 ja 85 kohta)

159 Kantajat vakuuttavat, ettei etusijamenettely aiheuta markkinoiden jakamista, koska jokaista tarjouskilpailua on pidettävä "ad hoc" markkinoina, joilla tarjouskilpailun pitäjä määrittelee tarjousten tekijät. Urakoitsijat eivät voi jakaa urakoita, koska yhdelläkään niistä ei ole takeita siitä, että hän joutuisi myöhemmin kilpailutilanteeseen sellaisen urakoitsijan kanssa, jolle hän on myöntänyt etusijan, ja täten voisi saada jälkimmäiseltä vastineen.

160 Lisäksi he korostavat, että periaatteessa etusijan myöntämiseksi vaaditaan kaikkien kokouksen osanottajien yksimielinen päätös. Etusija myönnetään siten harvoin (0,3 % tapauksista vuonna 1988).

161 Lopuksi kantajat pyrkivät osoittamaan, että etusijan haltijan on tehtävä alhaisimman tarjouksen kanssa yhtäläinen tarjous, mikä nostaa etusijan haltijan riskejä; tällä voidaan siten mitata sen urakkaa kohtaan osoittamaa kiinnostusta.

162 Komissio vastaa, että urakoitsijan urakkaa kohtaan osoittaman kiinnostuksen pitää heijastua sen tarjoamassa hinnassa eikä etusijan saamisessa sen kilpailijoilta.

163 Komissio korostaa, että etusijan myöntäminen yhdelle tarjouksen tekijöistä merkitsee asianomaisten markkinoiden jakamista, sillä nimenomaan kilpailijat keskenään päättävät, ketä suojellaan toisten taholta tulevaa kilpailua vastaan.

2) Oikeudenhaltijan suojelu (päätöksen 39—41, 52—54 ja 93—95 kohta)

164 Kiistämättä päätöksessä esitetyn järjestelyn teoreettista kuvausta, kantajat väittävät, että siinä ei ole otettu huomioon järjestelyn tavoitetta, eli suojelua "hintojen polkemista" vastaan; samalla siinä on tehty virheellisiä johtopäätöksiä järjestelyn kilpailulle aiheutuvista käytännön seurauksista.

165 Suojelusta rakennuttajan harjoittamaa hintojen polkemista vastaan, joka koostuu eri urakoitsijoilta joko samanaikaisesti tai peräkkäin saatujen tarjousten vastakkain asettamisesta alhaisimman hinnan saavuttamiseksi, kantajat esittävät, että kaikki markkinoiden johtavat vaikuttajat kannattavat tällaista suojelua, joka on välttämätöntä seuraavien riskien torjumiseksi: kysynnän voimakkaasta asemasta tarjontaan verrattuna johtuva taloudellisesti perusteettomien hintojen muodostuminen; hintojen polkemisen ennakoimisesta ensimmäisten hintatarjousten yhteydessä johtuva markkinoiden sopimusrakenteen tehokkuuden menettäminen; ja tarjouskilpailun objektiivisuudelle aiheutuva vahinko siitä, että hintojen polkemisneuvottelujen kuluessa tarjouskilpailun pitäjät voivat korostaa subjektiivisia arvostuksia alhaisimpien hintojen asemesta. Kantajat väittävät, ettei asianomainen järjestely ylitä hintojen polkemisen torjumiseksi välttämätöntä tasoa ja toteavat, ettei järjestely ole yhtä jäykkä kuin kansallisen tai yhteisön lainsäädännön mukainen samaa asiaa koskeva sääntely.

166 Tästä näkökulmasta kantajat korostavat, että oikeudenhaltijan suojelu johtuu objektiivisesta menettelystä, joka johtaa automaattisesti alhaisimman tarjouksen tehneen urakoitsijan nimittämiseen oikeudenhaltijaksi ja joka siten ainoastaan siirtää kilpailuajankohtaa, eikä suinkaan rajoita kilpailua. Kantajat huomauttavat lisäksi, ettei komissio voi väittää sääntöjen estäneen tarjouskilpailun pitäjää arvostamasta muita tekijöitä kuin hintaa neuvotteluissaan urakoitsijoiden kanssa, siltä osin kuin tarjouskilpailun pitäjän vertailukelpoisten tarjousten pyytäminen paljastaa sen aikomuksen keskittää kilpailu hinnasta kilpailemiseksi.

167 Kantajat katsovat, että peräkkäisiä hintatarjouksia sekä osittaishintatarjouksia koskevat säännöt ovat välttämättömiä sen estämiseksi, että samanaikaisia tarjouksia koskevia sääntöjä kierretään vastakohtana peräkkäisille tai osittaisille hintatarjouksille.

168 Järjestelyn käytännöllisten seurausten osalta kantajat kiistävät, että järjestely loisi oikeudenhaltijalle tosiasiassa väliaikaisen monopoliaseman tietyillä markkinoilla. Toisaalta järjestely ei estä sitä, että samanaikaisia tarjouksia esitettäessä tarjouskilpailun pitäjä antaa urakan muulle tarjouksentekijälle kuin oikeudenhaltijalle. Toisaalta peräkkäisten tarjousten yhteydessä järjestely ei estä oikeudenhaltijan jälkeen tarjouksen tekeviä urakoitsijoita esittämästä hintatarjousta, vaan asettaa sen edellytykseksi vertailukelpoisia tarjouksia esitettäessä joko oikeudenhaltijan suostumuksen tai ad hoc muodostetun komission suostumuksen, joka perustetaan sen varmistamiseksi, ettei tarjouksia houkutella hintoja polkemalla. Todellisuudessa tämä suostumus harvoin evätään, eikä sitä voida evätä, jos uusi tarjous on tietyn prosenttimäärän oikeudenhaltijan tarjousta alhaisempi. Tämän prosentin suuruus, joka vaihtelee toimialan mukaan, kertoo uuden tarjouksen tekijälle siitä koituvan edun, kun se on saanut aiemman tarjouksen tietoonsa. Jos uudet tarjoukset tehdään sellaisen tarjouspyynnön perusteella, joka ei ole vertailukelpoinen sellaisten tarjouspyyntöjen kanssa, joiden perusteella on aiemmin tehty tarjouksia, Hartelustin tekemästä kokemusperäisestä tutkimuksesta "Hollantilaisten rakennusmarkkinoiden kysyntä ja tarjonta vuosina 1975—1979" ilmenee, ettei oikeudenhaltijan asema ole koskaan suojattu. Lopuksi järjestely johtaa oikeudenhaltijan aseman turvaamiseen ainoastaan 10,5 %:ssa tapauksista, silloin kuin on esitetty peräkkäisiä tarjouksia.

169 Komissio vastaa, että oikeudenhaltijan suojelumekanismi johtaa siihen, ettei urakoitsijoita suojella ainoastaan hintojen polkemiselta ja siitä johtuvalta haitalliselta kilpailulta, vaan myös kaikenlaiselta kilpailulta, koska se syrjäyttää muut tarjouksentekijät kuin oikeudenhaltijan neuvotteluista tarjouskilpailun pitäjän kanssa, tai ainakin asettaa neuvotteluihin osallistumisen edellytykseksi oikeudenhaltijan tai urakoitsijoista koostuvan komission suostumuksen.

170 Komissio esittää, etteivät kantajat voi verrata oikeudenhaltijan suojelumekanismia muissa jäsenvaltioissa sovellettaviin julkisoikeudellisiin säädöksiin, eikä rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1971 annetulla neuvoston direktiivillä 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5, tämän jälkeen direktiivi 71/305) toimeenpantuihin säädöksiin. Itse asiassa nämä säädökset eivät koske kuin julkisia hankintoja ja niiden tarkoitus on erilainen kuin esillä olevien sääntöjen tarkoitus, koska ensin mainituilla pyritään säilyttämään urakoitsijoiden tasavertaiset mahdollisuudet suhteessa julkishallinnon viranomaisiin. Sitä paitsi kyseisillä säännöillä ei ainoastaan rajoiteta tarjouskilpailun pitäjän neuvotteluvapautta yhteisön säännösten ja kansallisten säännösten tapaan, vaan niissä säädetään myös tietojen vaihdosta ja etukäteen tehtävästä hintatarjousten muuttamisesta yhteistoiminnassa. Lopuksi komissio huomauttaa, että myös Alankomaiden lainsäädännössä sallitaan tietty urakoitsijoiden suojelu hintatarjouksia seuraavissa neuvotteluissa, eikä säännöillä perustettu järjestely siten ole yhtä välttämätön kuin kantajat väittävät.

171 Komissio esittää lisäksi, etteivät kantajat voi väittää, että oikeudenhaltijaa suojellaan vasta sen jälkeen, kun kilpailu on jo vaikuttanut. Samanaikaisten tarjousten osalta oikeudenhaltijan nimittämismenettely ei itse asiassa ole yhtä objektiivinen kuin kantajat väittävät, erityisesti silloin kun on kysymys urakoitsijoiden itsensä arvioimasta tarjousten vertailukelpoisuudesta. Komissio toteaa lisäksi, että kantajien esittämät seikat perustuvat siihen virheelliseen ajatukseen, että useita hintatarjouksia saanut tarjouskilpailun pitäjä on samalla päättänyt tehdä valintansa hinnan perusteella. Itse asiassa tarjouskilpailun pitäjällä voi perustellusti olla tarvetta neuvotella muiden kuin alhaisimman tarjouksen tehneen tarjouksentekijän kanssa, eikä siltä voida millään oikeudella riistää tätä mahdollisuutta urakoitsijoiden yksipuolisella päätöksellä.

172 Tämän jälkeen komissio väittää, että oikeudenhaltijan suojelumekanismi on sitäkin perusteettomampi silloin, kun on esitetty peräkkäisiä hintatarjouksia. Esillä olevassa tapauksessa itse asiassa oikeudenhaltijan suojelu tulee kysymykseen siitä alkaen, kun yhden ainoan hintatarjouksen saanut tarjouskilpailun pitäjä päättää pyytää yhden tai useampia muita tarjouksia; toisin sanoen hetkellä, jolloin kilpailu ei vielä ole mitenkään vaikuttanut. Tällaisen oikeudenhaltijan suojelun seurauksena on kuitenkin se, että sellaiset urakoitsijat, joilta on pyydetty tarjouksia myöhemmin, voivat tehdä tarjouksen ainoastaan silloin, kun se on tietyn prosenttimäärän alhaisempi kuin oikeudenhaltijan tekemä tarjous, olettaen, että tarjouspyyntö on vertailukelpoinen sen tarjouspyynnön kanssa, johon oikeudenhaltija on vastannut. Tämän prosentin suuruus ylittää laajalti sen, mikä on välttämätöntä ensimmäisen tarjouksen tekijän suojelemiseksi sitä vastaan, että myöhemmät tarjouksentekijät käyttävät hyväksi hänen tekemänsä tarjouksen sisältöä.

173 Komissio korostaa vielä, että osittais- tai yksittäishintojen vahvistaminen ei ole millään tavalla tarpeen urakoitsijoiden suojelemiseksi hintojen polkemiselta, sillä toisin kuin kantajat väittävät, urakoitsijoilla on mahdollisuus asettaa osittaisten hintatarjousten edellytykseksi kokonaisen urakan saaminen.

174 Komissio toteaa, että kantajat ovat joka tapauksessa myöntäneet, että 10,5 %:ssa tapauksia oikeudenhaltija säilyttää asemansa peräkkäisiä tarjouksia koskevissa säännöissä säädetyn etuoikeuden vuoksi. Komission mukaan tämä 10,5 % edustaa niitä tapauksia, joissa oikeudenhaltija on voinut asemansa perusteella estää hänen tekemänsä hintatarjousta alhaisempien myöhempien tarjousten tekemisen.

175 Komissio korostaa markkinoiden avoimuuden osalta, että kantajien toimeenpanema järjestely sulkee markkinat kokonaan satunnaisilta tarjouskilpailujen pitäjiltä. Tällaisessa tapauksessa urakoitsijat saavat voimakkaan markkina-aseman eikä päinvastoin.

3) Alihankinta (päätöksen 55—59 kohta ja 100 kohdan 3 kappale)

176 Kantajat vakuuttavat, että alihankintaa koskevan säännön tavoitteena on estää pääurakoitsijoiden harjoittama hintojen polkeminen niiden eri alihankkijoilta saamiensa tarjousten yhteydessä. Tätä tarkoitusta varten yhteenliittymän yleiset säännöt on sopeutettu alihankinnan erityispiirteisiin, vaihtamalla rakennuttaja-tarjouksentekijä suhde pääurakoitsija-alihankkija suhteeksi.

177 Alihankkijoiden suojelun tarpeellisuudesta hintojen polkemisriskiä vastaan komissio viittaa edellä oikeudenhaltijan suojelun yhteydessä esittämäänsä.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

178 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistuttaa alustavasti, että kantajien perustelut sen osoittamiseksi, että oikeudenhaltijan suojelu olisi välttämätöntä taloudellisesti tuhoisaan kilpailuun johtavan hintojen polkemisen estämiseksi, ovat merkityksettömiä perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan rikkomista koskevan kanneperusteen kannalta, minkä vuoksi ne käsitellään perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan rikkomista koskevan kanneperusteen yhteydessä.

179 Silloin kun kokouksen eri osanottajien hintatarjouksia pidetään vertailukelpoisina tai kun ne on kokouksessa muutettu vertailukelpoisiksi, käytössä olevan järjestelyn tarkoituksena on oikeudenhaltijan nimittäminen. Ensinnä on tärkeää muistaa oikeudenhaltijan nauttiman suojelun tarkoitus. Oikeudenhaltijalla on yksinoikeus neuvotella hintatarjouksestaan rakennuttajan kanssa. Itse asiassa muut tarjouksentekijät menettävät oikeuden neuvotella rakennuttajan kanssa työsuoritusten hinnasta tai urakan muista tekijöistä (UPRR:n 28 artikla ja UPRO:n 30 artikla ja kuniasääntöjen 5 artiklan 2 kohta). Täten he voivat saada urakan ainoastaan

hyväksymällä sen tarjoamallaan hinnalla ja urakkaehtojen mukaisesti. Peräkkäisten tarjousten yhteydessä oikeudenhaltijan suojelu ulottuu myös myöhempiin hintatarjouksiin (UPRR:n 28 artikla, UPRO:n 30 artikla ja kunniasääntöjen 5 artiklan 3 kohta sekä peräkkäisiä hintatarjouksia koskevat säännöt). Urakoitsijat, joilta rakennuttaja on pyytänyt tarjousta jälkeen päin, eivät saa tehdä hintatarjousta ilman oikeudenhaltijan suostumusta, tai sen kieltäytyessä, ilman asianomaisen toimiston nimittämän ad hoc komission suostumusta. Tämä voi antaa myönteisen päätöksen vain silloin, kun myöhemmässä tarjouksessa ehdotettu hinta on huomattavasti oikeudenhaltijan tarjoamaa hintaa alhaisempi (2,5 — 10 % kyseisen toimialan mukaan). Tällainen oikeudenhaltijan suojelu kestää kahdesta viiteen vuoteen (kyseisen urakan arvon mukaan).

180 Säännöissä säädetään kolme menettelytapaa oikeudenhaltijan nimittämiseksi. Se on joko kokouksessa alhaisimman tarjouksen tehnyt urakoitsija tai peräkkäisten hintatarjousten osalta urakoitsija, johon ensimmäisenä on oltu yhteydessä, tai kokouksen etusijamekanismia käyttäen etukäteen nimittämä urakoitsija.

181 Silloin, kun yksikään tarjouksentekijä ei ole vetäytynyt kilpailusta eikä yhdelläkään niistä ole etusijaa, on syytä todeta, että samanaikaisissa hintatarjousmenettelyissä oikeudenhaltijaksi tulee alhaisimman valkoisen hinnan tarjonnut urakoitsija. On kuitenkin aihetta pohtia, johtaako tällainen suojelu sellaisenaan myös kilpailun rajoittamiseen.

182 Oikeudenhaltijan suojelumekanismin tarkoituksena on suojella kokouksessa alhaisimman valkoisen hinnan tarjonneen urakoitsijan (toisin sanoen alhaisin hintatarjous, josta hinnankorotukset on vähennetty) tekemän tarjouksen sisältöä sekä hintaa mahdollisilta tarjouskilpailun pitäjän ja, niin kokouksen osallistuneiden kuin siitä poissaolleiden, SPO:n muiden jäsenten välisiltä neuvotteluilta; näistä jäsenistä jotkut eivät saa neuvotella tarjouksistaan, kun taas joidenkin on hankittava oikeudenhaltijan tai välimieskomission suostumus tarjouksen tekemiseen. Tätä tarkoi-

tusta varten kokoukseen osallistuvat urakoitsijat aloittavat kokouksen määrittelemällä keskinäiset kilpailuehtonsa. Täten ne määrittelevät erilaisten tarjousten sisällön, jotta ne voisivat tarjota tarjouskilpailun pitäjälle toisiaan vastaavia vaihtoehtoja, joiden välillä ratkaisu on tehtävä hinnan perusteella.

183 On syytä korostaa, että vaikka kokouksessa tarjousten vertailukelpoisuutta koskeva päätös olisi mahdollisimman objektiivinen, ei silti voida hyväksyä sitä, että urakoitsijat korvaavat yksipuolisesti omallaan päätöksellään tarjouskilpailun pitäjän ratkaisun; tarjouskilpailun pitäjällä pitäisi oikeutetusti olla mahdollisuus subjektiivisten arvostusten tekemiseen, esimerkiksi urakoitsijan maineen, valmiuden ja läheisyyden perusteella, sekä itse tulevana käyttäjänä eri tarjousten vastaavuuden ratkaisemiseen sen omasta näkökulmasta.

184 Peräkkäisten tarjousten tapauksessa on tärkeää huomata kantajien korostavan sitä, että ensimmäisenä yhteyttä ottaneen urakoitsijan nimittäminen oikeudenhaltijaksi on välttämätöntä samanaikaisia hintatarjouksia koskevien sääntöjen kiertämisen estämiseksi, mutta myös se etteivät kantajat kiistä, etteikö tällä tasolla oikeudenhaltijalle myönnettäisi suojelua ilman, että kilpailu pääsisi vaikuttamaan. Tämän vuoksi oikeudenhaltijan nauttiman suojelun kilpailua rajoittavaa vaikutusta peräkkäisten hintatarjousten yhteydessä ei voida kiistää, mutta on syytä tutkia, täyttääkö tämä mekanismi perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan mukaisen poikkeusluvan edellytykset (ks. jäljempänä, toinen kanneperuste).

185 Etusijan osalta on syytä todeta, että kokouksen osanottajat voivat nimittää etusijan haltijan oikeudenhaltijaksi sen tarjoaman valkoisen hinnan suuruudesta riippumatta, kuitenkin sillä edellytyksellä, että se ottaa lopulliseksi tarjoushinnakseen korvausten lisäämisen jälkeen alhaisimman valkoisen hinnan. Kuten komissio on huomauttanut (päätöksen 85 kohta), etusijamekanismi merkitsee markkinoiden

jakamista siltä osin, kun kokouksen osanottajat päättävät, kenelle niistä annetaan oikeudenhaltijan asema sellaisena ajankohtana, jolloin kilpailu ei vielä ole vaikuttanut. Tämän tehdessään ne jakavat markkinoita ja haittaavat kuluttajien vapautta valita tavarantoimittajansa (edellä mainittu asia Suiker Unie ym. v. komissio, 180 kohta). Tässä yhteydessä ei ole suurta merkitystä sillä, että kokouksen osanottajat eivät ole pysyvästi ja järjestelmällisesti kilpailutilanteessa keskenään jokaisen urakan erityispiirteiden vuoksi. Itse asiassa ei ole tarvetta pohtia keskenään markkinoita jakavien yritysten syitä ratkaistaessa sitä, kuuluuko tällainen markkinoiden jakaminen perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan säätämän kiellon soveltamisalaan.

186 Pitää varmasti paikkansa, ettei oikeudenhaltijan suojelumekanismi täysin poista tarjouskilpailun pitäjän valinnanmahdollisuuksia; tämä voi yhä antaa urakan muulle kokouksen osanottajalle kuin oikeudenhaltijalle (voimatta kuitenkaan neuvotella tarjouksestaan) tai muulle urakoitsijalle (oikeudenhaltijan tai, jos urakoitsija on SPO:n jäsen, välimieskomitean suostumuksella). On kuitenkin todettava, että valintamahdollisuudet ovat erittäin rajoitetut oikeudenhaltijan suojelun vuoksi, sillä muut kokouksen osanottajat voivat ottaa urakan vastaan ainoastaan sellaisena kuin se on määritelty niiden hintatarjouksissa. Täten tarjouskilpailun pitäjä menettää oikeutensa pitäytyä arvioissaan kunkin tarjouksen sisällön sekä hinnan osalta ja joutuu rajoittamaan valintansa kokonaisvaltaisesti ymmärrettyjen tarjousten välillä. Lisäksi sen mahdollisuus tehdä valinta itse oikeudenhaltijan tarjouksen sisällä on suuresti rajoitettu, sillä oikeudenhaltijaa suojellaan ja se tietää sen suojelun laajuuden, jonka se voi lukea hyväkseen SPO:n jäsenyrittäjiin verrattuna hinnan osalta, koska sillä on tiedossaan muiden kokouksen osanottajien tarjousluvut sekä peräkkäisiin hintatarjouksiin sovellettavat taulukot.

187 Tällä perusteella oikeudenhaltijan nauttima suojelu rajoittaa kilpailua. On kuitenkin syytä tutkia toisen kanneperusteen yhteydessä, täyttääkö tämä suojelu, jonka tarkoituksena on suojella urakoitsijoita hintojen polkemiselta, perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan mukaisen poikkeusluvan edellytykset.

V — SPO:n käyttäytyminen sitoutumattomia urakoitsijoita kohtaan (päätöksen 49—51 kohta, ja 98 ja 99 kohta)

Asianosaisten perustelut

188 Kantajat väittävät, että urakoitsijat ovat täysin vapaita liittymään tai olemaan liittymättä SPO:oon joko pysyvästi tai sitoutumalla sen sääntöihin määrättyä urakkaa varten. Sitoutumattomia urakoitsijoita ei millään tavalla painosteta liittymään siihen. Kantajat katsovat kuitenkin, että on tarpeen säätää seuraamuksia sen välttämiseksi, että tietyt urakoitsijat väärinkäyttävät järjestelmää liittymällä siihen toisinaan ja toisinaan jättäytymällä sen ulkopuolelle. Koska sääntöjärjestelmä itse asiassa muodostaa kokonaisuuden, on estettävä se, että tietyt urakoitsijat käyttäisivät hyväkseen sen tarjoamia etuja täyttämättä kuitenkaan siihen liittyviä velvollisuuksia.

189 Kantajat tunnustavat kuitenkin, että SPO:n toimistoilla on yhteyksiä sen ulkopuolisiin urakoitsijoihin, mutta tämä on satunnaista eikä sitä voida missään tapauksessa pitää painostuksena. Lisäksi tiettyjä ulkopuolisia urakoitsijoita kutsutaan toisinaan osallistumaan kokouksiin.

190 Lisäksi kantajat kiistävät päätöksen 99 kohdan 2 kappaleessa esitetyn väitteen, jonka mukaan ulkomaalaisten yritysten olisi liittouduttava hollantilaisen sääntöjen alaisen yrityksen kanssa voidakseen toimia Alankomaiden markkinoilla. Tämä väite on ristiriidassa kantajien esittämien lukujen kanssa sekä tehtyjen yhteistyösopimusten lukumäärän osalta että sääntöihin sitoutumattomien ulkomaalaisten yritysten saamien urakoiden lukumäärän osalta.

191 Tosin kantajat myöntävät, että kokousten kuluessa pyritään tiedustelemaan, onko osanottajien lisäksi kolmansia yrityksiä kutsuttu tarjouskilpailuun; ne kuitenkin vakuuttavat, ettei tämä tiedonvaihto rajoita kilpailua. Itse asiassa vaihdettujen tietojen arvo on vähäinen, eivätkä osanottajat niiden perusteella voi muuttaa

käyttäytymistään etenkään valkoisia hintoja vahvistaessaan, koska ne riippuvat muista taloudellisesta tekijöistä.

192 Kantajat kiistävät sen, että säännöt tarjoavat SPO:n jäsenille tehokkaan suojan kolmansilta tahoilta tulevaa kilpailua vastaan. Tässä komission johtopäätöksessä ei ole otettu huomioon sitä, että SPO:n jäsenurakoitsijat pysyvät toistensa kilpailijoina, jotka kilpailevat niin keskenään kuin muiden urakoitsijoiden kanssa. Tämän vuoksi ne kiistävät oikeudenhaltijan nimittämisen tai laskentakulukorvauksen laskemisen osalta, että osanottajat käyttäytyisivät eri tavalla sen mukaan, ilmaantuuko ulkopuolisia kilpailijoita vai ei. Komissio ei ole osoittanut minkäänlaista vaikutussuhdetta näiden kahden tekijän välillä ja sen osoittamat luvut eivät ole merkittäviä eikä asiaankuuluvia. Erityisesti päätöksen 51 kohdassa esitetty 80 %:n luku ei osoita, että kokouksen osanottajilla olisi paremmat mahdollisuudet urakan saamiseen kuin sen ulkopuolisilla urakoitsijoilla, eikä myöskään sitä, että nämä paremmat mahdollisuudet johtuisivat yhteisjärjestelystä.

193 Kantajat toteavat lopuksi, että komission ilman tutkintaa tekemät syytökset ovat perusteettomia. Heidän mielestään tästä on osoituksena se, että jos SPO:n ulkopuoliset urakoitsijat kärsisivät vahinkoa SPO:n jäsenten käyttäytymisen takia, ne olisivat joko valittaneet tällaisesta käyttäytymisestä tai liittyneet SPO:n jäseniksi. Lisäksi on pidettävä mielessä, että suurimmassa osassa tapauksia nimenomaan tarjouskilpailun pitäjä päättää turvautumalla rajoitettuun tarjouskilpailuun sellaisten urakoitsijoiden henkilöstä ja lukumäärästä, jotka kutsutaan kilpailemaan tarjouskilpailussa olevasta urakasta.

194 Komissio vastaa, että säännöissä määrätty seuraamusjärjestelmä saattaa rohkaista ulkopuolisia yrityksiä sitoutumaan sääntöihin enemmän tai vähemmän pysyvästi, vaikka tämän järjestelmän tarkoitus olisi sääntöjen väärinkäytön estäminen.

195 Komissio huomauttaa, etteivät kantajat kiellä SPO:n toimistojen yhteydenottoja ulkopuolisiin yrityksiin, ja vakuuttaa, että sen tutkimus on osoittanut, etteivät nämä yhteydenotot rajoittuneet kehotukseen sitoutua sääntöihin.

196 Lisäksi komissio korostaa, että vapaus sitoutua tai jättää sitoutumatta sääntöihin on verrattain suhteellinen ulkomaisten yritysten kannalta, koska niiden on useimmiten toimittava hollantilaisen yrityksen kanssa yhteistyössä päästäkseen markkinoille, mikä ilmenee saksalais-hollantilaisen kauppakamarin eräästä suosituksesta. Suurin osa sellaisista yrityksistä, joiden kanssa yhteistyö on mahdollista, on kuitenkin SPO:n jäseniä. Komissio katsoo, että kantajien esittämät luvut ovat osittaisia, sillä ne liittyvät ainoastaan urakoitsijoiden muodollisiin yhteenliittymiin.

197 Komissio muistuttaa, että kokousten aikana vaihdettujen tietojen luonne antaa osanottajille edun ulkopuolisiin yrityksiin nähden, kuten päätöksessä on osoitettu (49—51, 98 ja 99 kohta).

198 Lopuksi komissio toteaa, että kilpailun rajoitus on olemassa, koska jokainen ulkopuolinen yritys (outsider) joutuu kohtaamaan seuraavan ongelman: joko taistella yksin osanottajien yhtenäistä rintamaa vastaan tai osallistua tähän rintamaan ja rajoittaa siten muiden yritysten kilpailumahdollisuuksia.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

199 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että huolimatta kaikesta satunnaisesta kantajien suorittamasta painostuksesta ulkopuolisten yritysten liittymiseksi SPO:oon, sääntöjärjestelmän olemassaolo jo sinänsä merkitsee ulkopuolisten yritysten painostamista liittymään jäseniksi, koska järjestelmä takaa siihen osallis-

tuville yrityksille huomattavia etuja, jotka liittyvät erityisesti tiedonvaihtoon ja laskentakulujen korvaamiseen (ks. päätöksen 98 kohta).

200 Lisäksi sääntöjärjestelmä on sen luonteinen, että se saavuttaa sitä paremmin tavoitteensa mitä suurempi joukko yrityksiä siihen osallistuu. Itse asiassa sopimuskulujen rajoittaminen ja hintojen polkemisen torjuminen on sitä tehokkaampaa mitä harvemmin urakka annetaan SPO:n ulkopuolisille yrityksille. Tästä näkökulmasta urakkasopimuksen tarjoaminen ulkopuoliselle urakoitsijalle on riski, jota vastaan on varauduttava siirtämällä osa hinnankorotuksista tämän riskin peittämiseksi tarkoitettuun takuurahastoon (päätöksen 43 kohta).

201 Tästä seuraa, että ulkopuolisten urakoitsijoiden painostamisen tunnusmerkit järjestelmään liittymiseksi ovat täyttyneet. Näissä olosuhteissa pelkästään SPO:n toimistojen yhteydenottoa ulkopuolisiin yrityksiin (minkä kantajat myöntävät) voidaan pitää painostuksena.

202 Sitä paitsi asianosaiset ovat johdonmukaisesti yksimielisiä siitä, että säännöissä annetaan kokoukselle mahdollisuus etukäteen luopua oikeudenhaltijan nimittämisestä (ks. edellä kohdat 100, 101 ja 117) sekä hinnankorotusten soveltamisesta. Näiden mahdollisuuksien vuoksi kokouksen osanottajat voivat sopeuttaa markkinakäyttäytymisensä ulkopuolisen kilpailun voimakkuuden mukaisesti. Ne voivat siten osallistua tähän kilpailuun sen edun turvin, jonka ne ovat aikaisemmin saaneet laskentakulukorvausjärjestelmästä, jonka vuoksi ne voivat satunnaisesti jättää ottamatta huomioon sellaiseen urakkaan liittyviä laskentakustannuksia, josta ne kilpailevat kantajien jäsenkuntaan kuulumattomien yritysten kanssa. Samoin luopuminen etukäteen oikeudenhaltijan nimittämisestä mahdollistaa tarvittaessa kokouksen osanottajien osallistumisen hintojen polkemiseen, mihin ulkopuolisilla yrityksillä ei ole mahdollisuutta, lisäten siten yhden jäsenyrityksen mahdollisuuksia saada urakka.

203 On sitä paitsi syytä todeta, että se, että kantajien jäsenten on yhdessä puolustauduttava ulkopuolista kilpailua vastaan, osoittaa niiden intressin lisätä jäsenten lukumäärää ja pienentää sellaisten ulkopuolisten kilpailijoiden lukumäärää, jotka voivat saada ne luopumaan kantajayhdistysten jäsenyyteen liittyvistä eduista.

204 Tällä perusteella komissio on oikeutetusti katsonut, että vuonna 1987 annettu sääntöjärjestelmä tosiasiassa rajoittaa urakoitsijoiden vapautta sitoutua tai jättää sitoutumatta sääntöihin, koska sitoutumattomuuden myötä ne menettävät tiettyjä tähän järjestelmään liittyviä etuja ja ne joutuvat kilpailuasemaan toisistaan riippumattomasti toimivien urakoitsijoiden asemesta sellaisten urakoitsijoiden kanssa, joilla on yhteiset intressit ja tiedot, eli yhdenmukaistettu käyttäytyminen.

205 Tämän vuoksi vuonna 1987 annetut säännöt ovat perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan vastaisia.

206 Vanhojen sääntöjen osalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomauttaa, että komissio on päätöksessään katsonut (62—65 kohta), todettuaan, että ne poikkeavat vuonna 1987 annetuista säännöistä tietyissä olennaisissa kohdissa, kuten vastailmoitusmenettelyn, hintojen parantamis- ja tarkistusmahdollisuuden sekä etusijamekanismin osalta, joka johti kaikkien osanottajien hintojen korottamiseen, että vuonna 1987 annetut säännöt olivat olennaisilta osilta ainoastaan vanhojen sääntöjen jatke, ja tästä johtuen ensiksi mainittuja koskeva oikeudellinen arviointi pätee vastaavasti myös jälkimmäisiin (114 kohta). Lisäksi komissio katsoo (päätöksen 138 kohta), että 1.10.1980 alkaen vanhat säännöt olivat ensinnäkin riittävän yhdenmukaiset, koska SPO oli ne hyväksynyt (15, 62 ja 138 kohta), ja toiseksi ne sisälsivät yhtenäisen seuraamusjärjestelmän, joka oli luotu kunniasäännöillä ja saatettu SPO:n jäseniä sitovaksi sen 1.10.1980 voimaantulleella yleiskokouksen päätöksellä (12, 13 ja 138 kohta).

207 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että vastauksena näihin väitteisiin kantajat vakuuttavat ensinnäkin, että vuonna 1987 annetut säännöt eivät merkitse "aiemmin sovittujen samankaltaisten yhteisjärjestelyjen jatkamista", vaan näiden "täydellistä muutosta" (kanteen 3.14 kohta, oikeudelliset edellytykset); ja toiseksi, ettei SPO ole koskaan antanut Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar -nimistä (avoimen menettelyn mukainen asuin- tai muihin tarkoituksiin suuntautuva rakennushanke) UPR:ää, joka tuli voimaan 1.1.1973, koska eri yhdistykset ovat jatkaneet niiden omien sääntöjen itsenäistä soveltamista vuoteen 1987 asti (kantajan vastaus, s. 24).

208 Ensinnäkin on todettava, kiistämättä päätöksen 62 ja 65 kohtaa, että kantajien päättelytapa itse asiassa myöntää komission esittämien johtopäätösten oikeellisuuden. Näyttääkseen, että vuonna 1987 annetut säännöt ovat aiemmin sovittujen samankaltaisten yhteisjärjestelyjen täydellinen muutos, kantajat vakuuttavat, etteivät nämä säännöt enää sisällä sellaisia mahdollisuuksia kuin "vastailmoitus" tai "hinnan tarkistus", joiden ne myöntävät ensiksi "voivan tarjota asianomaisille urakoitsijoille mahdollisuuden harjoittaa laitonta yhteistoimintaa", ja toiseksi tulleen kielletyksi "koska niitä sovellettiin sen lisäksi, että kilpailutilanne oli tuhoisa, sen vuoksi että tämä järjestelmä sisälsi välttämättä tiettyjä mielivaltaisia tekijöitä, koska sen tarkoituksena oli hintojen supistamisilmiön mittaaminen" (kanteen 3.14 kohta, oikeudelliset edellytykset). Väittäen täten, että vuonna 1987 annetut säännöt rajoittavat vähemmän kilpailua kuin vanhat säännöt ja nimenomaan sen vuoksi merkitsevät näiden täydellistä muutosta, kantajat ovat osoittaneet, että niillä on jatkettu jälkimmäisiä.

209 Tästä johtuen komissio on perustellusti katsonut, että vanhojen ja vuonna 1987 annettujen sääntöjen välillä vallitsi jatkuvuus, ja että tietyssä määrin ensiksi mainitut sisälsivät ainakin yhtä olennaisia kilpailunrajoituksia kuin jälkimmäiset.

210 Toiseksi on todettava, että toisin kuin kantajat näyttävät vastauksessaan katsovan, päätöksessä ei väitetä, että 1.10.1980 alkaen vanhat säännöt olisivat olleet SPO:n

antamia. Päätöksessä väitetään ainoastaan, että tästä päivästä alkaen näihin sääntöihin vaadittiin SPO:n hyväksyminen, mitä kantajat eivät olekaan kiistäneet vaan ne ovat tyytyneet esittämään, että vuoteen 1987 asti eri yhdistykset antoivat tällaisia sääntöjä. Sitä paitsi on syytä todeta samansuuntaisesti komission kanssa, että päätöksessä ainoastaan toistetaan näiltä osin kantajien 19.12.1988 esittämät seikat vastauksena komission esittämään tiedonsaantipyyntöön (vastaajien vastaus, liite 2). Tämän lisäksi on tärkeää huomata, etteivät kantajat ole kiistäneet sitä, että 25.11.1980 alkaen Besluit Algemene Bepalingenin (yleisiä määräyksiä koskeva päätös) 4 artiklassa on edellytetty SPO:n hyväksyntä kantajayhdistysten sääntöjen vahvistamiseksi sekä täytäntöönpanemiseksi.

211 Kolmanneksi on huomattava, että 1.10.1980 alkaen vanhat säännöt kuuluvat yhtenäiseen kunniasäännöillä perustettuun seuraamusjärjestelmään, joka on saatettu SPO:n jäseniä sitovaksi sen yleiskokouksen päätöksellä mainitusta päivästä alkaen.

212 Tästä seuraa, että esillä olevan tapauksen olosuhteissa päätöksessä on perustellusti jätetty erikseen selvittämättä vanhojen sääntöjen sisältö ja katsottu, että ne rajoittivat vähintään yhtä paljon kilpailua kuin vuonna 1987 annetut säännöt, joilla vanhoja sääntöjä on jatkettu. Päätöksessä on myös oikeutetusti katsottu, että 1.10.1980 alkaen säännöt olivat riittävän yhdenmukaiset SPO:n hyväksynnän sekä yhtenäisen seuraamusjärjestelmän vuoksi, jotta ne voitaisiin käsittää yhtenäisenä kokonaisuutena.

213 Edellä olevan perusteella ensimmäisen kanneperusteen toinen osa on hylättävä.

Kolmas osa: vaikutukset jäsenvaltioiden väliseen kauppaan puuttuvat

Asianosaisten perustelut

214 Kantajat väittävät, että yhden jäsenvaltion alueelle rajoittuvien sopimusten on vaikutettava jäsenvaltioiden väliseen kauppaan tuntuvalla tavalla, jotta niihin voitaisiin soveltaa perustamissopimuksen 85 artiklaa. Tämä edellyttää toisaalta, että kyseisillä markkinoilla harjoitetaan jäsenvaltioiden välistä kauppaa (asia 22/78, Hugin v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 31.5.1979, Kok. 1979, s. 1869), ja toisaalta, että näiden sopimusten vaikutus mainittuun kauppaan on kielteinen ja todellinen (asia 320/87, Ottung, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 12.5.1989, Kok. 1989, s. 1177, 19 kohta). Esillä olevassa tapauksessa yksikään näistä edellytyksistä ei täyty, eikä perustamissopimuksen 85 artiklaa siten voida soveltaa.

215 Ensimmäisen edellytyksen osalta kantajat toteavat, että muun muassa Hartelustin tutkimuksen mukaan jäsenvaltioiden välinen kauppa rakennusmarkkinoilla on lähes olematonta, ja että sitä arvioidaan rakennushankkeiden lukumäärän ja arvon perusteella, ja että se on täysin olematonta esimerkiksi purku- tai vartiointitöiden markkinoilla. Vastauksessaan kantajat huomauttavat lisäksi, ettei komissio voi viitata yhteisöjen tuomioistuimen 1.2.1978 antamaan tuomioon Miller vastaan komissio (asia 19/77, Kok. 1978, s. 131) sen perustelemiseksi, että tämänhetkisen kaupan lisäksi on otettava huomioon myös lainsäädäntömuutoksista tai muista tekijöistä johtuva kehitys tulevaisuudessa. Itse asiassa kantajat katsovat, että komission mainitsemia lainsäädäntömuutoksia ei voitu ennakoida sillä hetkellä, kun kantajat ovat laatineet kyseiset säännöt ja soveltaneet niitä.

216 Toisen edellytyksen osalta kantajat esittävät aineelliselta kannalta, ettei säännöillä voi olla kielteisiä ja todellisia vaikutuksia kauppavirtoihin kaupan puuttuessa, ellei komissio osoita, että huomattavien kauppavirtojen puuttuminen johtuu nimenomaan näistä säännöistä. Esillä olevassa tapauksessa komissio ei ole esittänyt sellaista selvitystä yksinkertaisesti siitä syystä, että kaupan puuttuminen johtuu sellaisista rakenteellisista tekijöistä, kuten yritysten rajoitetusta maantieteellisestä toimintasäteestä, korkeista kuljetuskustannuksista, pääurakoitsijan asemasta,

(vakiintuneiden) urakkaehtojen, kulttuurien, makujen, kielten, yms. vaihtelevuuteen liittyvistä ongelmista sekä siitä, että tarjouskilpailun pitäjä määrittelee kilpailuun kutsumiensa urakoitsijoiden lukumäärän ja laadun. Komissio ei myöskään ole osoittanut vanhojen sääntöjen osalta, että kaikilla tuotemarkkinoilla ja näiden sääntöjen erikseen kattamilla maantieteellisillä markkinoilla olisi kansainvälistä kauppavaihtoa. Tämän osalta kantajat katsovat, ettei komissio voi pätevästi vedota kumuloituvan vaikutuksen teoriaan, koska se edellyttää, että eri sopimukset koskevat samoja tuote- ja maantieteellisiä markkinoita. Sitä vastoin kantajat ovat osoittaneet, että kukin toimiala muodostaa omat markkinansa (ks. edellä, kanneperustetta koskeva ensimmäinen osa). Lopuksi on syytä tarkastella sääntöjä yhdessä yhteisön julkisia rakennushankkeita koskevan lainsäädännön kanssa, joka vahvistamalla viiden miljoonan ecun suuruisen kynnyksen (joka on hieman korkeampi kuin julkisia tavaranhankintoja koskevassa direktiivissä vahvistettu 200 000 ecun suuruinen kynnys), osoittaa, että ainoastaan erityisen merkittävät rakennushankkeet saattavat aiheuttaa merkittäviä kansainvälisiä kauppavirtoja.

217 Lisäksi kantajat vakuuttavat, ettei sääntöjen soveltaminen missään tapauksessa johda Alankomaiden markkinoiden eristämiseen, koska niitä sovelletaan syrjimättä sekä ulkomaalaisiin että hollantilaisiin urakoitsijoihin, joilla on vapaus sitoutua tai jättää sitoutumatta niihin.

218 Kantajat kiistävät sen, että säännöt vähentäisivät avoimen tarjouskilpailumenettelyn käyttöä ja syrjisivät siten ulkomaalaisia yrityksiä. Itse asiassa avoimet tarjouskilpailut eivät ole harvinaisempia Alankomaissa kuin muuallakaan, eivätkä ulkomaalaiset osallistu niihin sen enempää kuin rajoitettuihin tarjouskilpailuihinkaan.

219 Sitä paitsi kantajien mielestä sääntöjen väitetyt vaikutukset muissa jäsenvaltioissa toimivien rakennuttajien tarjoamiin työsuorituksiin Alankomaissa eivät kuulu perustamissopimuksen 85 artiklassa tarkoitetun jäsenvaltioiden välistä kauppaa koskevan käsitteen alaan; joka tapauksessa komission päättely perustuu siihen virheelliseen käsitykseen, että säännöt aiheuttaisivat yhtenäisen hintojen nousun Alankomaissa.

220 Lopuksi kantajat toteavat, että oletettu hollantilaisten yritysten sääntöjen sekä erityisesti laskentakulujen jakojärjestelmän vuoksi nauttima "kilpailuetu" niiden toimiessa muiden jäsenvaltioiden markkinoilla heikentyy rakennusyritysten heikon kannattavuuden vuoksi Alankomaissa; tätä näkemystä tukee PRC BV Management Consultants -nimisen yrityksen (tämän jälkeen PRC) tekemä vertailu Alankomaissa laskentakulukorvauksilla korotettujen yleisten kulujen määrän ja neljässä muussa jäsenvaltiossa sovelletun yleiskuluprosentin välillä.

221 Komissio vastaa viitaten päätöksen 103—108 kohtaan. Se huomauttaa lisäksi, että yhteisöjen tuomioistuimen vakiintunut oikeuskäytäntö edellyttää ainoastaan sitä, että säännöt ovat omiaan vaikuttamaan tuntuvasti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, eikä suinkaan sitä, että ne syrjäyttäisivät ulkomaalaiset yritykset hollantilaisilta markkinoilta. Tästä syystä on todellisen jäsenvaltioiden välisen kaupan lisäksi otettava huomioon myös mahdollinen jäsenvaltioiden välinen kauppa (edellä mainittu asia Miller v. komissio).

222 Komission mielestä vetoaminen edellä mainittuun yhteisöjen tuomioistuimen tuomioon asiassa Hugin vastaan komissio on täysin virheellistä, koska mainitussa tapauksessa oli kysymys kilpailunrajoituksista, jotka koskivat ainoastaan erittäin pientä jäsenvaltion osaa eikä suinkaan koko jäsenvaltion aluetta, tai jotka olivat muuten täysin erilaisia kuin esillä olevat säännöt. Sitä vastoin jäsenvaltion koko alueen käsittävät sopimukset, kuten esillä olevassa tapauksessa, myötävaikuttavat jo luonteensa vuoksi kansallisten markkinoiden eristämiseen, mikä on perustamissopimuksen tarkoittaman taloudellisen vuorovaikutuksen vastaista (asia 8/72, Vereniging van Cementhandelaren v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 17.10.1972, Kok. 1972, s. 977). Itse asiassa tällaisten sopimusten seurauksena olisi yhteismarkkinoiden jakaminen useisiin kansallisiin markkinoihin, jotka erottuvat keinotekoisesti erilaisten olosuhteiden perusteella (asia 246/86, Belasco ym. v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 11.7.1989, Kok. 1989, s. 2117). Komission mukaan sen tehtävänä ei ole osoittaa, että säännöt syrjäyttävät ulkomaalaiset urakoitsijat hollantilaisilta rakennusmarkkinoilta, vaan että ne muuttavat olennaisesti kilpailuoloja, joissa ulkomaalaisten urakoitsijoiden on toimittava,

minkä komissio on päätöksessään osoittanut. Komissio huomauttaa lisäksi, että valitusilmoituksessa (98 ja s. kohta) ja päätöksessä (106 ja s. kohta) on käsitelty edellä mainittua tapaa vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

223 Esillä olevassa tapauksessa komissio katsoo, että jäsenvaltioiden välinen kauppa on vähäistä, mutta sitä käydään, ja ettei Hartelustin tutkimus ole asian kannalta merkittävä, koska siinä ei oteta huomioon sääntöjen ulkopuolella käytävää kauppaa tai täsmennetä sitä, kohdistuuko tutkimus kaikkien sääntöjen täytäntöönpanemiseksi pidettyjen kokousten pöytäkirjoihin; tutkimus ei myöskään koske kuin rajoitettua aikaa 1.1.1986 — 1.10.1988.

224 Komissio katsoo sitä paitsi, että laskentakulujen korvausjärjestelmän johdosta säännöt ovat omiaan vähentämään tarjouskilpailun pitäjän halukkuutta turvautua avoimeen menettelyyn. Avoin menettely olisi kuitenkin ulkomaalaisten urakoitsijoiden paras keino päästä hollantilaisille markkinoille, sillä tällaisessa tapauksessa tarjouskilpailun pitäjä ei valitsisi tarjouksentekijöitä. Komissio vetoaa näyttönä tästä Rotterdamin kaupungin tekemään valitukseen.

225 Tästä komissio päättelee, että säännöt ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Lisäksi se toteaa, että kantajien on turha tehdä eroa aikakauden tai säädösten yhtenäisyyden mukaan, koska ennen 1.4.1987 voimassa olleet säännöt olivat sisällöltään vielä rajoittavampia perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan kannalta kuin nykyisin voimassa olevat säännöt. Ne oli laadittu ja yhtenäistetty SPO:n johdolla ja sen valvonnassa, ja vuodesta 1980 alkaen ne kuuluivat yhtenäiseen kunniasäännöissä säädettyyn seuraamusjärjestelmään: tästä syystä on merkityksetöntä tietää, käytiinkö tietyillä aloilla jäsenvaltioiden välistä kauppaa, vaan on tutkittava, ovatko säännöt omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (ks. edellä, perusteen ensimmäinen osa).

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

226 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa komission katsoneen, että säännöt vaikuttavat jäsenvaltioiden väliseen kauppaan kolmella eri tavalla: vaikuttamalla muista jäsenvaltioista peräisin olevaan tarjontaan (päätöksen 103—111 kohta), muista jäsenvaltioista peräisin olevaan kysyntään (112 kohta) ja muissa jäsenvaltioissa osallistuvien yritysten tarjontaan (113 kohta).

227 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistuttaa aluksi, että perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklassa mainitun edellytyksen, jonka mukaan järjestelyn pitää vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, tarkoituksena on määritellä yhteisön oikeuden soveltamisala suhteessa jäsenvaltioiden oikeuden soveltamisalaan (asiat 56/64 ja 58/64, Consten ja Grundig v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 13.7.1966, Kok. 1966, s. 429).

228 Täten riittää, että yksi ainoa kolmesta komission päätöksen 103—113 kohdassa toteamasta vaikutuksesta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan näytetään toteen, jotta perustamissopimuksen 85 artiklaa voidaan soveltaa kantajien antamiin sääntöihin.

229 On myös tärkeää muistaa, että vakiintuneen oikeuskäytännön perusteella koko jäsenvaltion alueen kattava yritysten yhteisjärjestely edistää jo sinänsä kansallista eristymistä, mikä estää perustamissopimuksen tavoitteena olevaa taloudellista vuorovaikutusta (edellä mainittu yhteisöjen tuomioistuimen tuomio, Vereniging van Cementhandelaren v. komissio, 29 kohta, ja asia 42/84, Remia ym. v. komissio, tuomio 11.7.1985, Kok. 1985, s. 2545, 22 kohta).

230 Esillä olevassa tapauksessa ei ole kiistetty, etteikö vuonna 1987 annettuja sääntöjä sovellettaisi Alankomaiden koko alueella. Vanhojen sääntöjen osalta on tärkeää muistaa, että ne ovat keskenään samansisältöisiä ja kokonaisuutena tarkastellen kattavat koko Alankomaiden alueen sekä koko sen rakennusmarkkinat (ks. edellä

81 kohta). Tästä syystä yhtäkään sääntöä ei voida tarkastella erikseen muista samassa joukossa olevista säännöistä, etenkään jos otetaan huomioon, että näihin sääntöihin sovellettiin vuodesta 1980 alkaen yhden yhteenliittymän yhtenäistämää seuraamusjärjestelmää. Vanhat säännöt on siksi samaistettava vuonna 1987 annettuihin sääntöihin (ks. edellä 206—212 kohta). Täten kaikki nämä säännöt ovat jo sinänsä omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, koska ne muuttavat Alankomaiden kilpailuoloja erottamalla ne keinotekoisesti muissa jäsenvaltioissa vallitsevista olosuhteista ja tämän vuoksi ne aiheuttavat yhteismarkkinoiden jakamisen.

231 Joka tapauksessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo komission perustellusti todenneen, että säännöt ovat omiaan vaikuttamaan tuntuvasti muista jäsenvaltioista peräisin olevaan tarjontaan sekä muissa jäsenvaltioissa osallistuvien yritysten tarjontaan.

232 Sääntöjen vaikutuksesta muista jäsenvaltioista peräisin olevaan tarjontaan, on todettava samansuuntaisesti komission kanssa, että kantajat ovat itse osoittaneet, että laskentakulujen korvausjärjestelmän erityisenä tarkoituksena on kannustaa tarjouskilpailun pitäjää harkitsemaan suuremmalle tai pienemmälle tarjouksentekijäjoukolle kohdistetun tarjouspyynnön hyvät ja huonot puolet, koska sopimuskulujen tultua näkyviksi tarjouskilpailun pitäjä tietää joutuvansa kustantamaan ne. Tällainen järjestelmä johtaa yleisellä tasolla alhaisempiin sopimuskuluihin (ks. kanne s. 95 [ranskankielinen versio] ja s. 91 [hollanninkielinen versio]). Tämän tavoitteen saavuttamiseksi järjestelmä kannustaa tarjouskilpailujen pitäjiä paremmin keskittämään tarjouspyyntönsä ja kutsumaan rajoitetumman lukumäärän tarjouksentekijöitä, koska sen seurauksena tarjouskilpailun pitäjä joutuu kustantamaan kaikkien kilpailuun kutsuttujen tarjouksentekijöiden laskentakulut. Koska tarjouskilpailun pitäjän kutsumien tarjouksentekijöiden lukumäärän rajoittaminen on mahdollista ainoastaan rajoitetun menettelyn yhteydessä, järjestelmä suosii rajoitettuja tarjouskilpailuja avoimien tarjouskilpailujen kustannuksella, ja rajoitettujen tarjouskilpailujen joukossa se suosii rajoitetuimpia kilpailuja, kuten Rotterdamin kaupungin tekemästä valituksesta ilmenee (mainitun valituksen 19 ja 34 kohta).

233 Komissio on oikeassa katsoessaan, että avoin menettely on oivallinen ulkomaalaisten yritysten käytettävissä oleva keino hollantilaisille markkinoille pääsemiseksi.

234 Tästä seuraa, että säännöt ovat omiaan vaikuttamaan välittömästi tai välillisesti muista jäsenvaltioista peräisin olevaan tarjontaan.

235 Kuten komissio katsoo, kantajat eivät voi vastustaa tätä päätelmää jäsenvaltioiden välisen kaupan vähäisyyden perusteella, sillä kantajat eivät kiistä komission päätöksessään esittämiä lukuja, jotka osoittavat, että kauppaa todellisuudessa käydään jäsenvaltioiden välillä, vaikka se on vielä vähäistä. Täten kantajat eivät kiistä, että noin seitsemänsataaviisikymmentä muissa jäsenvaltioissa toimivaa yritystä sitoutuu enemmän tai vähemmän pysyvästi UPR:iin. Nämä yritykset sijaitsevat pääasiassa Saksassa ja Belgiassa ja niihin kuuluu kaikki suurimmat saksalaiset ja belgialaiset yritykset; jäljellä olevat yritykset ovat ranskalaisia, luxemburgilaisia tai italialaisia. Sitä paitsi yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, että yritysten yhteisjärjestelyjen kieltämiseksi perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan nojalla yhteisjärjestelyn ei edellytetä vaikuttavan tuntuvasti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, vaan riittää, että sillä saattaa olla mainittu vaikutus (edellä mainittu asia Miller v. komissio, 15 kohta). Koska mahdollinen vaikutus riittää, kaupan tulevaisuuden kehitys voidaan ottaa huomioon yhteisjärjestelyn vaikutusten arvioimiseksi jäsenvaltioiden väliselle kaupalle, oli se sitten ennakoitavissa tai ei. Lopuksi tämän vaikutuksen tuntuvuuden osalta on todettava samansuuntaisesti komission kanssa, että mitä vähäisempää kauppa on, sitä alttiimpi se on yhteisjärjestelyn vaikutuksille.

236 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo myös, etteivät kantajat voi pätevästi vedota direktiivillä 71/305 säädettyyn viiden miljoonan ecun suuruiseen kynnykseen. Itse asiassa, kuten komissio on päätöksessään todennut (105 kohta), perustamissopimuksen 85 artiklassa määrätyt tavoitteet sekä tämän direktiivin tavoitteet ovat liian erilaiset, jotta jälkimmäisen säätämää kynnystä voitaisiin käyttää pohjana ensin mainitun säännöksen soveltamisessa. Tässä yhteydessä on syytä todeta, että tämä direktiivi ei oikeudellisesti perustu perustamissopimuksen 85 artiklaan eikä sen perustelukappaleissa viitata millään tavalla tähän säännökseen.

Täten kenenkään ei pitäisi edellyttää, että mainitussa direktiivissä säädetyn kynnyksen pitäisi ohjata komissiota sen soveltaessa perustamissopimuksen 85 artiklaa.

237 Mitä tulee sääntöjen vaikutukseen muissa jäsenvaltioissa osallistuvien urakoitsijoiden tarjoamiin työsuorituksiin, on kiistatonta, että suhteessa johonkin tiettyyn urakkaan, kantajien jäsenyrityksillä on etu ulkopuolisiin yrityksiin verrattuna, silloin kun jäsenyritykset toimivat sääntöjen soveltamisalan ulkopuolella eli Alankomaiden ulkopuolella.

238 Tässä yhteydessä vertailu, joihin kantajat viittaavat, tarkoittaa kokonaisvaltaista vertailua, kun taas hollantilaisten yritysten etu niiden toimiessa ulkomailla on arvioitava erikseen kussakin urakassa. Sitä paitsi laskentakulujen jakojärjestelmä, takuurahasto mukaan lukien, antaa kantajien jäsenyrityksille mahdollisuuden olla sisällyttämättä niiden yleisiin kuluihin sellaisia laskentakuluja, jotka liittyvät tarjouskilpailuihin, jotka ne ovat hävinneet, kun taas ulkomaalaiset yritykset joutuvat sisällyttämään nämä kulut yleisiin kuluihinsa. Täten tiettyä urakkasopimusta koskevassa, Alankomaiden ulkopuolella pidettävässä tarjouskilpailussa kantajien jäsenet voivat laskea tarjoukseensa ainoastaan asianomaisesta urakasta aiheutuvat laskentakulut, kun taas muiden urakoitsijoiden on sisällytettävä osa kaikkien niiden tarjouskilpailujen yhteenlasketuista laskentakustannuksista, joihin ne ovat osallistuneet menestyksettä. Kantajien jäsenyrityksillä on siten keinotekoinen kilpailuetu suhteessa muissa jäsenvaltioissa toimiviin kilpaileviin urakoitsijoihin. Täten mainittu yhteisjärjestely vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

239 Kantajat eivät voi osoittaa vääräksi näiden tekijöiden painoarvoa vetoamalla hollantilaisten rakennusyritysten heikkoihin voittomarginaaleihin, mikä voidaan osoittaa vertaamalla Alankomaissa aiheutuneiden yleisten kulujen, joihin sisältyy laskentakulukorvaukset, neljässä muussa jäsenvaltiossa käytettyyn yleiskuluprosenttiin. Itse asiassa hollantilaisten yritysten heikko kannattavuus johtuu useista muista tekijöistä kuin laskentakulujen jakojärjestelmästä.

240 Tästä syystä säännöt ovat omiaan vaikuttamaan tuntuvasti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja kanneperusteen tämä osa on siten hylättävä.

241 Edellä olevasta johtuen ensimmäistä perustetta ei voida hyväksyä.

Toinen kanneperuste: perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan rikkominen

Ensimmäinen osa: markkinoiden erityispiirteiden ja todistustaakkasääntöjen virheellinen arviointi

1) Markkinoiden erityispiirteet

Asianosaisten perustelut

242 Kantajat väittävät, että yhteisöjen tuomioistuimen 27.1.1987 antamasta tuomiosta Verband der Sachversicherer vastaan komissio (asia 45/85, Kok. 1987, s. 405, 14 ja 15 kohta) seuraa, että vaikka yhteisön kilpailusäännöstöä sovelletaan täysipainoisesti hollantilaisella rakennusalalla, se ei millään tavalla merkitse sitä, ettei yhteisön kilpailuoikeus sallisi tiettyjen taloudellisten toiminta-alojen erityispiirteiden huomioon ottamista. Komission tehtävänä on sen toimivallan rajoissa, jonka nojalla se voi myöntää perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan mukaisesti perustamissopimuksen 85 artiklassa määrättyä kieltoa koskevia poikkeuksia, ottaa huomioon talouden eri alojen erityispiirteet sekä niille ominaiset vaikeudet. Esillä olevassa tapauksessa komissio ei kuitenkaan ole ottanut huomioon rakennusalan erityispiirteitä, kuten esimerkiksi sitä, että tällä alalla toimii yleisesti pieniä ja keskisuuria yrityksiä; se ei myöskään ole ottanut huomioon kyseiselle alalle ominaisia vaikeuksia, joiden perusteella ilmoitetut, tyypillisesti alakohtaiset säännöt ovat oikeutettuja.

243 Näistä erityispiirteistä kantajat korostavat erityisesti seuraavia: sitä, että jokainen tarjouskilpailun pitäjä määrittelee hankkeensa, jota koskevia tarjousasiakirjoja ei siis voida käyttää kuin yhden kerran; rakennusyritysten luonnetta (jota luonnehtii yrityksen koon ja työmaan koon välisen suhteen epätasapaino, jatkuvuusongelma, tuotantoketjujen puuttuminen, vakiintuneen taloudellisen rakenteen puuttuminen, sekä se, että samoilla tuotemarkkinoilla rakennusyritykset ovat laajalti toisiaan korvaavia); sitä, että hankkeen hinta on vahvistettava etukäteen; sitä, että tarjouksen laatiminen aiheuttaa korkeita sopimuskuluja; ja lopulta sitä, että tarjouskilpailun käyttäminen sopimuksen tekomenettelynä saattaa johtaa taloudellisesti perusteettomien hintojen muodostumiseen.

244 Kantajat väittävät, että nämä erilaiset erityispiirteet johtavat rakenteelliseen epätasapainoon seuraavien tekijöiden välillä: toisaalta täysin avoin kysyntä, jolla on mahdollisuus määrätä markkinoille pääsevät urakoitsijat sekä mahdollisuus asetella vastakkain sille esitetyt erilaiset tarjoukset; ja toisaalta suljettu tarjonta, joka riippuu tarjouskilpailujen pitäjien valinnoista, ja jonka on kustannettava markkinoille pääsyn edellyttämät korkeat sopimuskulut. Tällainen rakenteellinen epätasapaino johtaa taloudellisesti perusteettomien hintojen muodostumiseen sekä tuhoisaan kilpailuun.

245 Kantajien mukaan tällainen useiden tieteellisten tutkimusten todistama rakenteellinen epätasapaino tarjonnan ja kysynnän välillä on erityisen yleistä Alankomaissa, ensinnäkin siksi, että siellä pääurakoitsija on vastuussa rakennuttajalle töiden moitteettomasta suorittamisesta, alihankkijoiden tekemät työt mukaan lukien, ja toiseksi siksi, että hollantilainen lainsäädäntö ei kiellä tarjouskilpailun pitäjän eri tarjouksentekijöiden tarjousten vastakkainasettelua yhtä ankarasti kuin muiden jäsenvaltioiden lainsäädäntö, menettely, jota nimitetään "hintojen polkemiseksi".

246 Kantajat vakuuttavat, että tuomittujen sääntöjen ainoa tarkoitus on korjata tämä rakenteellinen epätasapaino vähentämällä olennaisesti tarjonnan osalta sopimuskuluja ja estämällä hintojen polkemista. Hollantilaisilla rakennusmarkkinoilla todettu

voittomarginaalien vähäisyys tukee tätä päätelmää. Tämä tavoite on yhteinen kaikille markkinaosapuolille sekä hollantilaisille viranomaisille itselleen, koska kiellettyjen sääntöjen puuttuminen edistäisi tuhoisan kilpailun syntymistä tai tämän epätasapainon korjaamiseen tähtäävän salaisen yhteisjärjestelyn syntymistä.

247 Vastauksessaan kantajat väittävät, etteivät mitkään komission muiden palvelumarkkinoiden tai muiden jäsenvaltioiden rakennusmarkkinoiden toimintaa koskevat väitteet perustu komission tekemään analyysiin tai tutkimukseen eikä niillä siten ole merkitystä. Komissio tyytyy selvittämään mikrotalouden tasolla sen, missä määrin taloudellisten yksiköiden toimintavapautta rajoitetaan, ja se samaistaa kaikki toimintavapauden rajoitukset kilpailurajoituksiin, vaikka sen pitäisi tutkia sääntöjä makrotalouden tasolla.

248 Tosin komissio myöntää, että rakennusalan erityispiirteet on otettava huomioon siltä osin, kuin ne määräävät sen taloudellisen ja oikeudellisen yhteyden, jossa riidanalaisia sääntöjä on arvioitava. Nämä ominaisuudet eivät kuitenkaan saisi johtaa sääntöjen poistamiseen kokonaan tai osittain 85 artiklan soveltamisalasta. Näissä olosuhteissa kantajien esittämä markkinoiden ominaisuuksia koskeva keskustelu on merkityksetöntä.

249 Komissio väittää, että Alankomaiden rakennusala ei eroa muista palvelualoista eikä muiden jäsenvaltioiden rakennusaloista siinä määrin, että sitä olisi perustamissopimuksen 85 artiklan kannalta arvioitava olennaisesti eri tavalla. Tästä syystä se, että näiden eri alojen markkinat toimivat asianmukaisesti ilman kiellettyjä sääntöjä, poistaa kaiken perustan sellaiselta päätelmältä, jonka mukaan riidanalaiset säännöt ovat tarpeen hollantilaisen rakennusalan rakenteellisen epätasapainon korjaamiseksi.

250 Komissio viittaa muilta osin päätöksensä 71—77 kohtaan, jossa se on jo vastannut kantajien väitteisiin.

251 Vastauksena väitteeseen, jonka mukaan tarjouskilpailun käyttö sopimuksen tekomenettelynä johtaa taloudellisesti perusteettoman hintatason muodostumiseen, komissio muistuttaa erityisesti, ettei ole olemassa taloudellisesti perusteltua hintatasoa, koska jokaisen yrityksen kokonaistuotantokustannukset ovat erilaiset ja ne vaihtelevat olosuhteiden mukaan. Tietyissä olosuhteissa on itse asiassa taloudellisesti perusteltua noudattaa keskiarvokustannuksia alhaisempia hintoja kiinteiden kustannusten kuolettamiseksi.

252 Lopuksi komissio huomauttaa, ettei sen voida väittää laiminlyöneen ottaa huomioon sääntöjen makrotaloudellista ulottuvuutta. Itse asiassa poikkeusluvan saamiseksi on kantajien tehtävänä näyttää toteen, että säännöt myötävaikuttavat konkreettisesti tuotannon tai tuotteiden jakelun tehostamiseen tai teknisen tai taloudellisen kehityksen edistämiseen. Tästä näkökulmasta ei ole riittävää vedota makrotaloudelliseen kehitykseen, jonka ei ole millään tavoin osoitettu johtuvan säännöistä.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

253 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistuttaa, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan komission tehtävänä on ottaa huomioon eri taloudellisten alojen erityispiirteet sekä niille ominaiset vaikeudet, silloin kun se toimivaltansa nojalla myöntää perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan mukaisesti poikkeuksia perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa määrätystä kiellosta (edellä mainittu asia Verband der Sachversicherer v. komissio, 15 kohta).

254 Esillä olevassa tapauksessa kantajat arvostelevat komissiota siitä, että se on arvioinut sääntöjä mikrotaloudelliselta kannalta, vaikka niiden tarkoituksena on korjata makrotalouden tasolla esiintyviä tarjonnan ja kysynnän välisiä vääristymiä, jotka johtuvat tällä alalla toimivien yritysten ominaisuuksista, kyseisen tuotteen ominaisuuksista sekä hollantilaisen lainsäädännön vajavaisuudesta, joka saattaa pääurakoitsijan vastuuseen eikä anna mahdollisuutta tehokkaasti torjua hintojen polkemista.

255 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että komissio on päätöksessään ottanut huomioon kantajien kuvailemat markkinoiden erityispiirteet (71—77 kohta), mutta katsonut, etteivät nämä erityispiirteet oikeuttaneet poikkeuslupaan (115—128 kohta). Kantajien markkinoiden erityispiirteiden osalta esittämä on siten otettava huomioon tutkittaessa niiden perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan nojalla tekemän poikkeuslupahakemuksen hylkäyspäätöstä.

256 Lisäksi on syytä todeta komission oikeutetusti viitanneen siihen, ettei muilta ominaisuuksiltaan rakennusmarkkinoiden kaltaisilla palvelualoilla eikä muiden jäsenvaltioiden rakennusmarkkinoilla ole esillä olevan kaltaisia sääntöjä, mitä kantajat eivät kiistäkään. Komissio on myös ollut oikeassa, kun se on vastoin kantajan toivomusta kieltäytynyt tunnustamasta, että yritysten yhteisjärjestelyt rakennusmarkkinoilla ovat välttämättömiä. Itse asiassa perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa tarkoitetun poikkeusluvan myöntämistä ei voida perustella väittämällä, että ellei ilmoitetulle yhteisjärjestelylle myönnetä poikkeuslupaa, syntyy muita, vielä vakavampia yhteisjärjestelyjä. Ei myöskään voida hyväksyä sitä, että yritykset korvaavat kuluttajille liian suosiollisena pitämänsä lainsäädännön vaikutuksia sopimalla yhteisjärjestelyistä, joiden tarkoituksena on korjata tämän lainsäädännön kuluttajille myöntämät edut sillä verukkeella, että se aiheuttaa epätasapainon urakoitsijoiden vahingoksi.

257 Edellä olevan perusteella kantajien esittämä näkemys, joka liittyy komission riittämättömään markkinoiden erityispiirteiden huomioon ottamiseen, on hylättävä

siltä osin, kuin kantajat antavat sille itsenäisen merkityksen suhteessa esillä olevan kanneperusteen toiseen osaan.

2) Todistustaakka

Asianosaisten perustelut

258 Aluksi kantajat huomauttavat, ottaen huomioon kaikki niiden komission tietoon saattamat seikat pyydetyn poikkeusluvan saamiseksi, ettei komissio voi tyytyä osoittamaan vääräksi kantajien perusteluja, vaan sen on osoitettava, ettei poikkeusluvalle ole taloudellisia perusteita. Täten sen olisi pitänyt näyttää toteen, että ilman sääntöjä hollantilaiset rakennusmarkkinat toimisivat paremmin tai osoittaa ne sääntöjen osat, jota se pitää hyväksyttävinä.

259 Kantajat toteavat lisäksi, että komission olisi pitänyt keskustella kantajien kanssa sääntöjen taloudellisista eduista ja haitoista sen sijaan, että se on hylännyt etukäteen kaikenlaiset taloudelliset perustelut. Esillä olevassa asiassa komissio ei ole täyttänyt sille oikeuskäytännön mukaan kuuluvaa velvollisuutta myötävaikuttaa aktiivisesti poikkeusluvan saamiseen (edellä mainittu asia Consten ja Grundig v. komissio).

260 Komissio vastaa, että yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on ennen kaikkea yritysten tehtävänä osoittaa komissiolle asiakirjanäytöllä, että poikkeusluvan edellytykset täyttyvät. Yhteistyö, jota kantajat voivat vaatia komissiolta, koostuu kantajien poikkeuslupahakemuksensa tueksi esittämien perustelujen tutkimisesta (ks. edellä mainittu asia Consten ja Grundig v. komissio,

s. 449—521). Tällainen yhteistyö ei merkitse komission velvollisuutta ehdottaa muita vaihtoehtoja. Komission ei viime kädessä voida edellyttää näyttävän toteen, ettei poikkeuslupa ole perusteltu, eikä sitä mitä se pitää hyväksyttävänä.

261 Komissio muistuttaa, että säännöt muodostavat kokonaisuuden, kuten kantajat itse ovat jatkuvasti korostaneet. Siksi se katsoo, että vaikka riidanalaisten sääntöjen tietyt osat olisivat täyttäneet perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan edellytykset, se ei olisi voinut myöntää tällaisille osille erikseen poikkeusta. Näissä olosuhteissa ehdollinen poikkeuslupa ei voi tulla kysymykseen.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

262 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomauttaa alustavasti, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan nojalla poikkeuslupaa hakevien yritysten tehtävänä on osoittaa asiakirjanäytöllä, että poikkeusluvan edellytykset täyttyvät. Tästä näkökulmasta komissiota ei voida arvostella siitä, ettei se ole ehdottanut muita vaihtoehtoja eikä osoittanut sitä, mitä se pitää tarpeellisena poikkeusluvan myöntämiseksi (ks. asiat 43/82 ja 63/82, VBVB ja VBBB v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 17.1.1984, Kok. 1984, s. 19, 52 kohta). Täyttääkseen perusteluvelvollisuutensa komission on mainittava ne tosiseikat ja oikeudelliset seikat sekä ne tekijät, joiden perusteella se on hylännyt poikkeuslupahakemuksen, ilman että kantajat voisivat vaatia sitä keskustelemaan kaikista niistä tosiseikoista ja oikeudellisista seikoista, jotka kantajat ovat esittäneet hallinnollisen menettelyn kuluessa (edellä mainittu asia Remia ym. v. komissio, 26 ja 44 kohta).

263 Tästä syystä on kantajien tehtävänä näyttää esillä olevassa tapauksessa toteen, että komissio on tehnyt oikeudellisen tai tosiseikkoja koskevan virheen kieltäytymällä myöntämästä poikkeuslupaa perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan nojalla.

264 Tässä yhteydessä on tärkeää korostaa, että hallinnollisen menettelyn aikana kantajat ovat vakuuttaneet useaan kertaan, että säännöt muodostivat johdonmukaisen kokonaisuuden, jolle sellaisenaan voidaan myöntää poikkeuslupa. Tästä näkökulmasta komissio on oikeutetusti rajoittunut päätöksessään tutkimaan, täyttävätkö säännösten ytimenä olevat kaksi tekijää, joiden erityisenä tarkoituksena on korjata markkinoiden oletetut makrotaloudelliset vääristymät ja jotka liittyvät oikeudenhaltijan suojeluun ja laskentakulujen korvaamiseen, perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa mainitut edellytykset.

265 Tästä syystä toisen kanneperusteen ensimmäinen osa on hylättävä.

Toinen osa: poikkeusluvan myöntämisen edellytysten virheellinen arviointi

266 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että sen selvittämiseksi, onko komissio ollut oikeassa kieltäytyessään sääntöjä koskevan poikkeusluvan myöntämisestä perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan nojalla, ensisijaisesti on syytä tutkia, myötävaikuttavatko säännöt tuotannon tai tuotteiden jakelun parantamiseen tai teknisen tai taloudellisen kehityksen edistämiseen, jättäen kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä; ja toissijaisesti, asettavatko ne asianomaisille yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden saavuttamiseksi tai antavatko ne näille yrityksille mahdollisuuden estää kilpailu merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita.

267 Aluksi on syytä muistaa, että perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa määrätyt neljä poikkeusluvan edellytystä ovat kumulatiivisia (ks. erityisesti edellä mainittu yhteisöjen tuomioistuimen tuomio Consten ja Grundig, ja asiat T-39/92 ja T-40/92, CB ja Europay v. komissio, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio 23.2.1994, Kok. 1994, s. II-49, 110 kohta), ja että kantajien poikkeuslupahakemuksen hylkäämispäätöksen vahvistamiseksi riittää, että yksi ainoa näistä edellytyksistä jää täyttämättä. Tämän vuoksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii erityisesti, onko komissio ollut oikeassa katsoessaan, etteivät säännöt

jättäneet kuluttajille kohtuullista osuutta niistä saatavasta hyödystä, ja että ne asettavat asianomaisille yrityksille rajoituksia, jotka eivät olleet välttämättömiä mainittujen tavoitteiden saavuttamiseksi.

1) Sääntöjen vaikutus tuotteiden jakeluun sekä teknisen ja taloudellisen kehityksen edistämiseen sekä kuluttajille jäävä kohtuullinen osuus hyödystä

Asianosaisten perustelut

268 Sääntöjen vaikutuksen osalta tuotteiden jakeluun sekä teknisen ja taloudellisen kehityksen edistämiseen kantajat muistuttavat, että kielletyillä säännöillä on olennaisesti kaksi tarkoitusta: toisaalta torjua tarjonnan rakenteellisesta heikkoudesta kysyntään verrattuna johtuva hintojen polkeminen, joka voi johtaa tuhoisaan kilpailuun; ja toisaalta parantaa markkinoiden sopimusrakennetta kohdistamalla mahdollisimman suuri osa sopimuskuluista siihen urakkaan, joka ne on aiheuttanut. Tätä tarkoitusta varten kehitetty laskentakulujen korvausmekanismi kannustaisi kutakin tarjouskilpailun pitäjää harkitsemaan suuremmalle tai pienemmälle tarjouksentekijäjoukolle suunnatun tarjouspyynnön hyvät ja huonot puolet, ja paremmin kohdistamaan tarjouspyyntönsä sekä harkitsemaan pyynnön suppeamman tai laajemman sanamuodon hyvät ja huonot puolet, sillä sopimuskulujen tultua näkyviksi, tarjouskilpailun pitäjä tietää niiden tulevan hänen kustannettavikseen. Tällainen järjestelmä johtaa yleisellä tasolla alhaisempiin ja kohtuullisemmin jaettuihin sopimuskuluihin kuin järjestelmä, jossa tarjouskilpailun pitäjien urakoitsijoille aiheuttamat sopimuskulut lasketaan jälkimmäisten yleisiin kuluihin, jotka heijastavat ne sokeasti kaikkiin hintoihinsa, ja täten kaikki tarjouskilpailujen pitäjät joutuvat yhdessä kustantamaan vain joidenkin kilpailujen pitäjien aiheuttamat korkeat sopimuskulut. Sääntöjen tavoitteet ovat samat kaikille markkinaosapuolille ja Alankomaiden viranomaisille itselleen, koska kiellettyjen sääntöjen puuttuminen myötävaikuttaisi joko tuhoisan kilpailun tai vääristymien korjaamiseen tähtäävien salaisten yhteisjärjestelyjen syntymiseen.

269 Kantajien mukaan komissio on tehnyt virheen rajoittuessaan tutkimaan laskentakulujen korvausjärjestelmän vaikutuksia jokaiselle tarjouskilpailulle erikseen, ottamatta huomioon sen sopimuskuluja alentavaa vaikutusta ja siten hintoja alentavaa vaikutusta makrotaloudessa. Tieteelliset tutkimukset ovat vahvistaneet makrotaloudellisen analyysin tarpeellisuuden, ensinnäkin osoittamalla, ettei järjestely estä tarjouskilpailujen pitäjiä järjestämästä tarjouskilpailuja avoimen menettelyn mukaan — mikä vahvistaa, ettei järjestelyn keskeyttäminen 16.7.1992 annetun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentin määräyksen seurauksena ole aiheuttanut tällaisten tarjouskilpailujen lukumäärän nousua — ja toiseksi osoittamalla, että yleiskulut, jotka sisältävät tarjouksen tekoon liittyvät kulut, ovat useissa läheisissä jäsenvaltioissa samansuuruiset tai suuremmat kuin yleiskulut Alankomaissa, korotettuna laskentakulukorvauksilla ja ammatillisten etujärjestöjen toimintakulujen peittämiseksi suoritetuilla maksuilla.

270 Kantajien mukaan hollantilaisten rakennusmarkkinoiden toimiminen osoittaa sääntöjen vaikuttavan todellisuudessa edullisesti tuotantoon sekä tekniseen ja taloudelliseen kehitykseen. Itse asiassa taloudelliset tutkimukset osoittavat, että hollantilaiset rakennusmarkkinat toimivat kaikissa suhteissa erittäin tehokkaasti ja tämän alan tuottavuuden kasvu on ollut Euroopan huomattavimpia, kun taas tämän alan kustannukset, hinnat ja voittomarginaalit ovat Euroopan alhaisimpia.

271 Kantajat väittävät, että komissio on vääristellyt sääntöjen toimeenpaneman mekanismin ominaisuuksia katsoessaan, etteivät ne täyttäneet ensimmäistä poikkeusluvan myöntämisen edellytystä. Tältä osin kantajat viittaavat niiden edellä ensimmäisen kanneperusteen toisen osan yhteydessä esittämäänsä arvosteluun.

272 Kuluttajille jäävästä hyödyn kohtuullisesta osasta kantajat toteavat, että komission tätä edellytystä koskeva virheellinen arviointi ilmenee siinä, että tarjouskilpailun pitäjät ovat tyytyväisiä markkinoiden toimintaan ja ainoa sitä arvostellut tarjouskilpailun pitäjä (Rotterdamin kunta) on kannattanut sääntöjen muuttamista niiden kertakaikkisen kieltämisen asemesta. Perusolemukseltaan "kohtuullinen osa" ei ole sillä tavalla "kiinteä" ominaisuus, että siitä voitaisiin yleisesti vaatia positiivista tai

negatiivista näyttöä. Nimenomaan tästä näkökulmasta juuri esitetyillä tekijöillä on suuri merkitys. Vastauksessaan kantajat ovat vakuuttaneet, että toisin kuin ehkä yksityishenkilöillä, suurten tarjouskilpailujen pitäjien intressi ei perustu markkinoiden sopimusrakenteen enimmäiskäyttöön, joka hyödyttäisi niitä lyhyellä tähtäimellä, vaan terveen markkinatilanteen olemassaoloon. Juuri tämän vuoksi ne kannattavat yksimielisesti sääntöjä.

273 Kantajat huomauttavat, että toisin kuin komissio väittää, PRC:n tutkimus on osoittanut, ettei laskentakulujen korvausjärjestelmä ole tehottomampi kuin sellainen jakojärjestelmä, jossa tarjouksentekijälle aiheutuneet kulut sisältyvät sen yleiskuluihin.

274 Kantajat huomauttavat lisäksi, ettei komissio ole ottanut huomioon sitä, että lopulta myös rakennuttaja hyötyy sellaisesta tarjouskilpailujärjestelmästä, joka johtaa selviin ja tarkkoihin tuloksiin. Lisäksi hintojen polkemista vastustava mekanismi edistää hollantilaisten markkinoiden avautumista, koska sen seurauksena tarjouskilpailun pitäjien on vaikeampi suosia hollantilaisia yrityksiä ulkomaalaisten yritysten vahingoksi.

275 Tältä osin kantajat viittaavat jälleen siihen, mitä ne ovat esittäneet ensimmäisen kanneperusteen toisen osan yhteydessä.

276 Lopuksi kantajat huomauttavat, että tätä päättelyä tukee hollantilaisten yritysten voittomarginaalien vähäisyys, joka osoittaa, että niiden suuren tuottavuuden tulokset jakautuvat urakoitsijoiden ja tarjouskilpailujen pitäjien kesken.

277 Ensimmäisen edellytyksen osalta komissio vastaa, että se on jo ensimmäisen kanneperusteen toisen osan yhteydessä todistanut vääräksi kantajien esittämät sääntöjen sisältöä koskevat väitteet.

278 Komissio täsmentää, että ilman mahdollisuutta vaikuttaa laskentakulukorvauksiin tarjouskilpailun pitäjä ei voi kantajien käyttämän sanamuodon mukaan "tehokkaasti harkita hyviä ja huonoja puolia" yhden tai toisen sopimuksentekomenettelyn osalta. Lisäksi UPR:ään liitetyt taulukot osoittavat ainoastaan enimmäismäärät, eivätkä tarjouskilpailun pitäjät kykene silloin arvioimaan sopimuksen aiheuttamien todellisten kulujen määrää.

279 Komissio huomauttaa lisäksi, että laskentakulukorvaukset saattavat kannustaa rakennuttajaa jättämään käyttämättä avointa tarjouskilpailumenettelyä. Tässä yhteydessä se kantajien esittämä seikka, että 16.7.1992 annettu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentin määräys ei ole aiheuttanut avoimien tarjouskilpailumenettelyjen lukumäärän nousua, ei ole merkittävä huomioon otetun aikavälin kestoa ajatellen.

280 Laskentakulukorvausten jakamisen osalta kantajat huomauttavat lisäksi, että tarjouskilpailun voittajan perimien määrien ja muille urakoitsijoille jaettujen määrien välinen ero vahvistaa tarjouskilpailujen voittajien asemaa hävinneisiin urakoitsijoihin verrattuna.

281 Komissio huomauttaa lisäksi, että PRC:n tutkimus ei osoita, miltä osin laskentakulujen korvausjärjestelmä tekee tarjouskilpailumenettelyn tehokkaammaksi, koska tämä tutkimus koskee yleiskulujen tasoa, joka riippuu niin monista eri tekijöistä, että on mahdotonta tehdä siitä minkäänlaisia johtopäätöksiä.

282 Sitä paitsi komissio huomauttaa, etteivät kantajat ole osoittaneet, että koko hollantilaiselle rakennusalalle ominainen hyvä suorituskyky johtuisi säännöistä, ja kiistää, että säännöt toimisivat kaikkien asianomaisten osapuolten tyydytykseksi. Todisteena tästä se pitää Rotterdamin kaupungin tekemää valitusta ja Dennendael BV:n väliintuloa esillä olevassa oikeudenkäyntimenettelyssä.

283 Toisen edellytyksen osalta komissio toteaa, että se seikka, että tietyt tarjouskilpailun pitäjät kannattavat sääntöjen muuttamista niiden kertakaikkisen kieltämisen asemesta, ei riitä vahvistamaan tämän edellytyksen täyttymistä. Dennendael BV:n väliintulo osoittaa myös, että tietyt tarjouskilpailun pitäjät suhtautuvat erittäin varauksellisesti näihin sääntöihin, jotka aiheuttavat niille huomattavaa ja tarpeetonta kustannusten nousua.

284 Komissio huomauttaa lisäksi, että hollantilaisen rakennusalan voittomarginaali kokonaisuudessaan riippuu niin monista tekijöistä, että on mahdotonta tehdä johtopäätöksiä siitä, jääkö kuluttajille kohtuullinen osa oletetusta hyödystä.

285 Muilta osin komissio viittaa ensimmäisen kanneperusteen toisen osan yhteydessä esittämäänsä vastaukseen.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

286 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistuttaa, että ottaen huomioon perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa määrättyjen neljän poikkeusluvan edellytyksen kumulatiivisuus, se keskittyy käsittelyssään erityisesti kuluttajille jäävään kohtuulliseen osaan liittyvään edellytykseen.

287 On syytä huomata, että kantajien ja komission perustelut sijoittuvat eri tasoille. Kantajat perustavat kantansa sääntöjen mahdollisesti aiheuttamien makrotaloudellisten etujen arviointiin. Viitaten makrotaloudellisiin tutkimuksiin, kuten PRC:n tekemään tutkimukseen, ne katsovat, että alhaisia hintoja ja rajoitettuja voittomarginaaleja noudattavan hollantilaisen rakennusalan suorituskyky todistaa sääntöjen edullisesta vaikutuksesta. Kantajien mielestä tämä parempi suorituskyky johtuu säännöistä erityisesti sen vuoksi, että niiden avulla voidaan välttää salaisten yhteisjärjestelyjen sopiminen Alankomaissa sekä muissa yhteisön jäsenvaltioissa. Sitä vastoin komission esittämät näkemykset sijoittuvat mikrotalouden tasolle siinä, että sen lähtökohtana on jokainen tarjouskilpailun pitäjä ja se tutkii sääntöjen vaikutuksia tarjouskilpailun pitäjän tilanteeseen. Se katsoo, että tämä mikrotaloudellinen lähestymistapa on ainoa mahdollinen, koska toisin kuin kantajat, se kieltäytyy järjestelmällisesti myöntämästä, ettei rakennusalalla urakoitsijoiden välisiä salaisia yhteisjärjestelyjä voitaisi välttää, ja että sääntöjen ansioksi voitaisiin lukea tällaisten yhteisjärjestelyjen estäminen. Lisäksi komissio katsoo, etteivät kantajat ole pystyneet näyttämään toteen sääntöjen ja hollantilaisen rakennusalan suorituskyvyn välistä yhteyttä, joka voi johtua muista tekijöistä.

288 Näiden erilaisten sääntöihin liittyvien kannanottojen osalta, jotka johtavat vaihteleviin ratkaisuihin siitä, voidaanko näille säännöille myöntää poikkeuslupa perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan nojalla, on tärkeää muistaa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen harjoittama valvonta, joka koskee komission perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa annetun harkintavallan nojalla tekemiä monimutkaisia taloudellisia arviointeja kunkin mainitun säännöksen sisältämän neljän edellytyksen osalta, rajoittuu sen varmistamiseen, että menettely- ja perustelusääntöjä on noudatettu ja tosiseikat ovat aineellisesti oikeita, ja ettei komissio ole syyllistynyt ilmeiseen harkintavirheeseen eikä toimivallan ylitykseen (ks. asiat 142/84 ja 156/84, BAT ja Reynolds v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 17.11.1987, Kok. 1987, s. 4487, 62 kohta, ja edellä mainittu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio asiassa CB ja Europay v. komissio, 109 kohta).

289 Esillä olevassa asiassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä on täten valvoa, ovatko ne tosiseikat, joihin komissio on perustanut poikkeuslupahakemusta koskevan hylkäävän päätöksensä, aineellisesti oikeita, ja onko komissio syyllisty-

nyt ilmeiseen harkintavirheeseen hylkäämällä kantajien ehdottaman makrotaloudellisen näkökulman ja omaksumalla sääntöjä koskevan mikrotaloudellisen näkökulman.

290 Tässä yhteydessä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että komissio on perustellusti katsonut, ettei kyseisten sääntöjen vaikutuksia koskevan tutkimuksen lähtökohtana ole pidettävä sitä, että ilman sääntöjä hollantilaisilla rakennusmarkkinoilla rikottaisiin vielä vakavammin perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa, ja että komissio voi oikeutetusti katsoa, että salaisten yhteisjärjestelyjen sopimiselta voidaan välttyä.

291 Toiseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että komissio on myös perustellusti katsonut, etteivät kantajat ole pystyneet esittämillään makrotaloudellisilla tutkimuksilla näyttämään toteen sääntöjen ja hollantilaisen rakennusalan suorituskyvyn välistä kausaaliyhteyttä; tämän suorituskyvyn voidaan katsoa johtuvan useista muista tekijöistä, olettaen että sen olemassaolo ylipäätänsä näytetään toteen. Täten PRC:n ensimmäisen tutkimuksen mukaan (kanne, liite 11, s. 13) tuntia kohden laskettu tuottavuus on Alankomaissa erittäin korkea ja rakennustarvikkeet ovat siellä halvempia kuin ympärillä olevissa maissa. Lisäksi 22.1.1993 päivätystä tutkimuksesta ilmenee (kantajan vastauksen liite 2, s. 22—24), että paras tapa arvioida rakennusmenetelmää koskevan organisaation tehokkuutta on ilmeisestikin verrata sopimuskuluja urakoitsijan tuotantokustannuksiin. Sitä paitsi tämä tutkimus osoittaa, että tästä näkökulmasta hollantilaiset markkinat eivät ole ranskalaisia markkinoita tehokkaampia ja ne ovat tehottomammat kuin belgialaiset markkinat, joilla ei ole käsiteltävänä oleviin sääntöihin verrattavaa vastaavaa säätelyä.

292 Näiden kahden seikan osalta komissio ei ole syyllistynyt ilmeiseen harkintavirheeseen, koska se on ottanut huomioon kantajien ehdottaman makrotaloudellisen analyysin perusteella tekemän toteamuksen sääntöjen edullisista vaikutuksista, ja verrannut tätä mikrotaloudelliseen analyysiin, joka perustuu konkreettiseen, tarjouskilpailu tarjouskilpailulta tapahtuvaan sääntöjen käytännöllisen kilpailuvaikutuksen selvittämiseen käytännössä (päätös, 76 ja 120—123 kohta).

293 On tärkeää korostaa erityisesti, että komission kannan oikeudellisuus johtuu muun muassa siitä, että kantajat ovat useaan kertaan huomauttaneet, että oikeudenhaltijan suojelumekanismin tarkoituksena on estää hintojen nouseminen perusteettomasti, mikä osoittaa, että kantajat itse myöntävät, että sääntöjen tämä puoli tähtää korkeamman hintatason ylläpitämiseen kuin mihin päädyttäisiin sellaisessa kilpailussa, johon säännöt eivät ole vaikuttaneet. Jos sallitaan hintojen polkemisen torjuminen, siitä aiheutuva etu tulee urakoitsijoiden hyväksi. Lisäksi tämän mekanismin seurauksena tarjouskilpailun pitäjä voi neuvotella ainoastaan oikeudenhaltijan kanssa, kun taas ilman sääntöjä se voisi neuvotella tarjouksista niin oikeudenhaltijan kuin muidenkin kokoukseen osallistuvien urakoitsijoiden kanssa.

294 Kantajat eivät voi perustellusti väittää, että tällaiset neuvottelut johtaisivat välttämättä tuhoisaan kilpailuun, joka lopulta kääntyisi tarjouskilpailujen pitäjiä itseään vastaan. Itse asiassa, kuten komissio on huomauttanut, ei ole mahdollista tehdä eroa normaalin kilpailun ja tuhoisan kilpailun välillä. Mikä tahansa kilpailu voi mahdollisesti olla tuhoisaa tehottomille yrityksille. Tämän vuoksi torjuessaan tuhoisaksi kutsumaansa kilpailua, kantajat päätyvät välttämättä rajoittamaan kilpailua ja täten riistämään kuluttajilta siitä aiheutuvat edut.

295 Samoin on tärkeää korostaa, että sopimuskulujen oletettu rajoittaminen hyödyttää lähes yksinomaan urakoitsijoita. Itse asiassa asettamalla sopimuskulut kokonaisuudessaan tarjouskilpailun pitäjän kustannettaviksi, toimeenpantu järjestely pienentää urakoitsijoiden muutoin maksamia sopimuskuluja erityisesti silloin kun ne eivät saa urakkaa. Tässä on siis kysymyksessä tarjonnan kustannusten siirto kysynnän vastattavaksi. Vaikka on totta, ettei tällainen siirto ole täysin vailla taloudellista perustetta siltä osin, kuin sopimuskulujen suuruus riippuu erityisesti tarjouskilpailun pitäjän kutsumien urakoitsijoiden lukumäärästä, jota ainoastaan tarjouskilpailun pitäjä voi siis rajoittaa, tällainen sopimuskulujen supistaminen kuitenkin edellyttää, että tarjouskilpailun pitäjä rajoittaa niiden urakoitsijoiden lukumäärää, joihin se on yhteydessä, mikä merkitsee tarjouskilpailun pitäjän valintamahdollisuuksien kaventamista ja täten myös kilpailun rajoittamista. Siitä huolimatta, että tämä voi johtaa tarjouskilpailun pitäjän sopimuskulujen pienemiseen, koska se joutuu tutkimaan pienemmän tarjousmäärän, tämä etu näyttää varsin vähäiseltä verrattuna aiheutuviin haittoihin sekä verrattuna urakoitsijoiden tästä järjestelystä saamiin etuihin.

296 Sitä paitsi tarjouskilpailujen pitäjien väitetysti saama etu siitä, ettei urakoitsijoiden enää tarvitse laskea yleiskuluihinsa kaikista sellaisista urakoista aiheutuneita laskentakuluja, joita ne eivät ole voittaneet, korvaa tarjouskilpailujen pitäjille siitä aiheutuvan haitan, että ne joutuvat kustantamaan ainoastaan sellaisten urakoitsijoiden laskentakulukorvaukset, jotka tekevät säännöllisesti paljon sopimuksia sääntöjä soveltaen. Itse asiassa ainoastaan harvoin urakoita tarjoava tarjouskilpailun pitäjä joutuu välttämättä maksamaan laskentakulukorvauksia, jotka ylittävät suuresti niiden siitä saaman sellaisen edun, että järjestelyn vuoksi tarjouskilpailun voittanut urakoitsija on voinut pienentää yleiskulujaan ja siten myös hintatarjoustaan. Lisäksi järjestelyn seurauksena tarjouskilpailun pitäjät, jotka haluavat pyytää tarjouksia suurelta urakoitsijajoukolta, joutuvat välttämättä maksamaan laskentakulukorvauksia, jotka ylittävät huomattavasti ilman järjestelyä niiden vastattavaksi tulevat kulut.

297 On lisäksi syytä muistaa, että komissio on oikeutetusti katsonut, että tämä järjestely vähentää avoimen tarjouskilpailumenettelyn käyttöä (ks. edellä kohta 232), ja että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentin määräystä seuraava aikaväli ei ollut merkityksellinen.

298 Huolimatta siitä, että laskentakulukorvausjärjestely saattaa aiheuttaa markkinoiden sopimuskulujen yleisen pienenemisen, se ei siis johda tämän kulujen pienenemisestä aiheutuvan säästön kohtuulliseen jakamiseen urakoitsijoiden ja tarjouskilpailun pitäjän välillä.

299 Toisin kuin kantajat väittävät, kaikki markkinoilla toimivat osapuolet eivät ole samaa mieltä. Itse asiassa Rotterdamin kaupungin komissiolle osoittamasta valituksesta ilmenee selvästi, että ensin mainittu vastustaa laskentakulujen korvausmekanismin säilyttämistä sen säännöillä järjestetyssä muodossa. Erityisesti se korostaa sitä, että laskentakulukorvauksen määrä on liian suuri, eikä mikään oikeuta niiden laskemista käyttämällä pohjana alhaisimman valkoisen hinnan asemesta eri urakoitsijoiden luovuttamien valkoisten hintojen keskiarvoa.

300 Edellä olevan perusteella komissio on oikeutetusti katsonut, etteivät säännöt jätä kuluttajille kohtuullista osuutta niiden aiheuttamasta hyödystä, erityisesti sen vuoksi, että niissä säädetään tarjouskilpailujen pitäjien kustantamien laskentakulujen korvaamisesta sekä oikeudenhaltijan suojelusta sitä vastaan, että tarjouskilpailun pitäjä voisi neuvotella muiden kokoukseen osallistuvien urakoitsijoiden kanssa.

2) Rajoitusten välttämättömyys ja kilpailun estämismahdollisuuden puuttuminen

Asianosaisten perustelut

301 Ilmoitettujen sääntöjen osalta kantajat huomauttavat, että kilpailunrajoitukset ovat välttämättömiä niiden tavoitteiden saavuttamiseksi, eli hintojen polkemisen torjumiseksi ja markkinoiden sopimusrakenteen tehokkuuden parantamiseksi. Ne muistuttavat, ettei komissio ole ottanut huomioon oikeudenhaltijan suojelumekanismin ja laskentakulujen korvausmekanismin sekä takuurahaston aseman merkitystä. Niiden mielestä on tavanomaista, että ensin mainittu tulee kysymykseen ainoastaan silloin, kun on esitetty vertailukelpoisia tarjouksia, minkä vuoksi päätöksen 125 kohta on siten virheellinen. Toisena mainitun osalta nimenomaan korvauksen kiinteys ja kokonaisvaltaisuus sallii kilpailun edistämisen, päinvastoin kuin henkilökohtainen korvausjärjestelmä, joka olisi lisäksi käyttökelvoton, toisin kuin päätöksen 126 kohdassa väitetään. Alihankintaa koskevat säännöt eivät myöskään tue komission näkökantaa.

302 Lisäksi kantajat muistuttavat, että ne olivat ilmoittaneet komissiolle olevansa valmiita keskustelemaan sen kanssa sääntöjen eri osien tarpeellisuudesta, ja että ne olivat tässä yhteydessä esittäneet useita järjestelyn olennaisia kohtia koskevia muutosehdotuksia. Vastauksena näihin ehdotuksiin komissio oli antanut ymmärtää, että se aikoi kieltää mainitut säännöt kokonaisuudessaan, ja teki siten turhaksi kaikenlaiset keskustelut niiden tiettyjen kohtien välttämättömyydestä. Kieltäytymällä keskuste-

lemasta näistä ehdotuksista komissio on tehnyt todettujen kilpailunrajoitusten välttämättömyyttä koskevaan edellytykseen liittyvän arviointivirheen.

303 Kantajat huomauttavat komissiota vastaan, että SPO:n esittämät muutosehdotukset voidaan käsitellä tässä oikeudenkäynnissä. Itse asiassa esillä olevan tapauksen olosuhteet huomioon ottaen, komission käyttäytyminen hallinnollisen menettelyn aikana pitäisi kokonaisuudessaan saattaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsiteltäväksi; muutoin kantajien puolustautumisoikeutta loukataan. Itse asiassa on kysymys SPO:n esittämien muutosehdotusten hylkäyspäätöksen laillisuuden saattamisesta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsiteltäväksi, koska kantajat eivät ole voineet nostaa kannetta perustamissopimuksen 173 artiklan nojalla niistä hallinnollisista kirjeistä, joilla nämä ehdotukset on hylätty (ks. asia T-116/89, Vereniging Prodifarma ym. v. komissio, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio 13.12.1990, Kok. 1990, s. II-843).

304 Kantajat huomauttavat lisäksi, että ottaen huomioon esillä olevan tapauksen olosuhteet, kantajia ei voida arvostella siitä, että ne eivät ole sisällyttäneet näitä muutoksia sääntöihin eivätkä muodollisesti muuttaneet sääntöjä koskevaa ilmoitusta. Itse asiassa näiden muutosten seuraukset, niin SPO:n organisaation kuin sen henkilökunnan kannalta, olivat niin merkittävät, ettei ollut tarkoituksenmukaista eikä mahdollista, ainakaan suurten linjojen osalta, esittää täysin muutettuja UPR:iä ennen komission hyväksymistä. Lisäksi SPO oli tarkoituksellisesti saattanut nämä ehdotukset komission käsiteltäviksi sen 13.1.1988 tekemän ilmoituksen yhteydessä selittäen, että se oli valmis muuttamaan ilmoitettuja sääntöjä ehdotusten mukaisesti, jos komissio olisi antanut siihen hyväksyntänsä.

305 Tämän jälkeen kantajat selittävät ne seikat, joiden perusteella heidän sääntöihin tekemänsä muutosehdotukset täyttävät perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa määrätyt edellytykset.

306 Lopuksi kantajat huomauttavat, että muutokset olisivat poistaneet kaikki urakoitsijoiden mahdollisuudet — teoreettisetkin — vääristää kilpailua.

307 Komissio vastaa ilmoitettujen sääntöjen osalta viittaamalla päätöksen sisältöön (124—128 kohta) ja ensimmäisen kanneperusteen toisen osan hylkäämiseen. Se toistaa erityisesti, että järjestelmä, jossa kaikki tarjouksentekijät saavat rakennuttajan maksaman korvauksen, ei edistä tarjouskilpailumenettelyn tehokkuutta. Se huomauttaa lisäksi, että takuurahaston suorittamat korvaukset silloin, kun urakan on voittanut jokin ulkopuolinen yrittäjä (outsider), antavat SPO:n jäseninä oleville tarjouksentekijöille yhteisen puolustautumiskeinon ulkopuolisia vastaan.

308 Sääntöjen muutosehdotusten osalta, joista on neuvoteltu komission toimivaltaisen osaston kanssa, komissio vastaa, että nämä ehdotukset eivät olisi voineet poistaa komission sääntöjä vastaan esittämiä moitteita. Tämän vuoksi komission osasto on hylännyt muutosehdotukset.

309 Komissio huomauttaa lisäksi, että koska kantajat eivät olleet muuttaneet sääntöjä ehdotustensa mukaisesti eivätkä muuttaneet niitä koskevaa ilmoitustaan, komissiolla ei ollut päätöksessään syytä käsitellä muutosehdotuksia. Tämän seurauksena päätös koskee sääntöjä yksinomaan siinä muodossa, kun ne olivat päätöstä tehtäessä, sisältämättä kantajien esittämiä muutosehdotuksia. Tässä yhteydessä muutosehdotukset ovat merkityksettömiä (ks. asia T-66/89, Publishers Association v. komissio, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio 9.12.1992, Kok. 1992, s. II-1995, 90 kohta). Näin tehdessään komissio ei ole estänyt kantajia valittamasta muutosehdotusten hylkäämisestä, koska olisi riittänyt, että kantajat olisivat sisällyttäneet mainitut muutokset sääntöihin ja muuttaneet ilmoitustaan, jotta komission olisi ollut tehtävä niitä koskeva ratkaisu laiminlyöntikanteen uhalla (ks. asia T-23/90, Peugeot v. komissio, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio 12.7.1991, Kok. 1991, s. II-653). Ilmoituksen muuttaminen on välttämätöntä, koska ainoastaan asianmukaisesti ilmoitetuille sopimuksille voidaan myöntää poikkeuslupa. Komissio täsmentää, että kantajat olisivat voineet tyytyä muuttamaan ilmoitustaan panematta ehdotettuja muutoksia välittömästi täytäntöön, siltä osin kuin niiden täytäntöönpano olisi ollut käytännössä vaikeaa.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

310 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa ottaen huomioon, etteivät säännöt jätä kuluttajille kohtuullista osuutta niistä aiheutuvasta hyödystä, ettei niiden aiheuttamat kilpailunrajoitukset ole välttämättömiä kantajien esittämien tavoitteiden saavuttamiseksi, eli markkinoiden sopimusrakenteen parantamiseksi rajoittamalla sopimuskuluja ja hintojen polkemisen aiheuttaman tuhoisan kilpailun torjumiseksi. Itse asiassa komissio on oikeutetusti katsonut, etteivät sen havaitsemat vakavat kilpailunrajoitukset olleet välttämättömiä sääntöjen sisältämien tavoitteiden saavuttamiseksi.

311 Tässä yhteydessä on ensiksi syytä todeta, että se seikka, että oikeudenhaltijan koko nimitysmenettely tapahtuu tarjouskilpailun pitäjän poissaollessa, ei näytä millään tavalla välttämättömältä näiden tavoitteiden saavuttamiseksi. Itse asiassa tarjouskilpailun pitäjä on itse parhaassa asemassa ratkaisemaan hintatarjousten vertailukelpoisuuden yhdessä urakoitsijoiden kanssa varmistaakseen sen, etteivät kokouksen aikana vaihdetut tiedot vahingoita kilpailua sekä välttääkseen sen, että eri urakoitsijoiden luovuttamia hintoja muutetaan joidenkin urakoitsijoiden kilpailuedun parantamiseksi ja toisten urakoitsijoiden kilpailuhaitan pienentämiseksi.

312 Toiseksi on syytä todeta, että se seikka, että alihankintaa koskevien sääntöjen yhteydessä ainoastaan sellaiset alihankkijat, jotka ovat tehneet tarjouksen tarjouskilpailun voittaneelle pääurakoitsijalle, hyötyvät laskentakulukorvauksesta, osoittaa, etteivät kantajat itse pidä markkinoiden sopimusrakenteen parantamisen kannalta välttämättömänä asettaa jokaisen rakennuttajan kustannettavaksi kaikkia sen tarjouspyynnön aiheuttamia laskentakuluja. Kantajat eivät myöskään ole pystyneet näyttämään toteen sitä, että laskentakulukorvausten määrä vastaisi yleisesti urakoitsijoiden todellisten kulujen keskiarvoa. Tästä näkökulmasta on syytä todeta, että

näiden korvausten erilaiset laskentaperusteet näyttävät erittäin korkeilta, kuten Rotterdamin kaupunki on valituksessaan korostanut. Sitä paitsi se, että laskentakulukorvausten laskemisessa käytetyt taulukot ovat enimmäismääriä, joita ei aina saavuteta, eikä tarjouskilpailun pitäjälle ilmoiteta sovelletusta taulukosta, jonka soveltamisesta se ei voi tehdä valitusta, osoittaa, ettei säännöillä millään tavalla pyritä varmistamaan sitä, ettei laskentakulukorvaus ylitä sitä välttämätöntä määrää, jolla eri urakoitsijoiden sopimuskulut katettaisiin.

313 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistuttaa, että oikeudenhaltijan suojelu johtuu tarjoushalukkaiden urakoitsijoiden yhteisjärjestelystä, johon tarjouskilpailun pitäjä ei voi osallistua, ja joka korvaa tarjouskilpailun pitäjän valinnan pelkästään urakoitsijoiden yhteisellä päätöksellä.

314 Edellä olevan seurauksena kantajien komissiolle ilmoittamat sääntöjen sisältämät kilpailunrajoitukset eivät ole välttämättömiä sääntöjen tavoitteiden saavuttamiseksi.

315 Tästä syystä kantajien esittämät väitteet on tältä osin hylättävä.

316 Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että komissio on oikeutetusti jättänyt lausumatta päätöksessään kantajien muutosehdotuksista, jotka ne ovat esittäneet vuoden 1991 huhtikuun ja vuoden 1992 tammikuun välisenä aikana komission kanssa käymiensä keskustelujen yhteydessä, koska kantajat eivät olleet peruuttaneet ensimmäistä ilmoitustaan eivätkä muodollisesti ilmoittaneet muutoksiaan komissiolle. Tämän seurauksena komission on pitänyt käsitellä säännöt sellaisina kuin ne on ilmoitettu, eikä sillä muodollisen ilmoituksen puuttuessa

ole ollut toimivaltaa ratkaista muutosehdotusten sopivuutta perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan kannalta.

317 Tästä syystä kantajat eivät voi moittia komissiota siitä, että se on käsitellyt ainoastaan sille ilmoitetut säännöt.

318 Kuten komissio on huomauttanut, tämä ratkaisu ei poista kantajilta oikeussuojakeinoa, jonka avulla ne voivat saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi sen, onko perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohtaa noudatettu silloin, kun komissio on epävirallisesti hylännyt niiden muutosehdotukset. Itse asiassa, jos kantajat olisivat halunneet ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomitsevan tämän hylkäävän päätöksen, olisi riittänyt, jos ne olisivat sisällyttäneet muutokset sääntöihin ja ilmoittaneet ne uudelleen tai muuttaneet sääntöjä koskevaa ilmoitusta. Jollei komissio olisi näiden ilmoitusten yhteydessä tehnyt päätöstä, kantajat olisivat voineet nostaa laiminlyöntikanteen pakottaakseen komission tekemään päätöksen (edellä mainittu asia Peugeot v. komissio).

319 Kantajat eivät myöskään enää voi vedota siihen, että sääntöjen välittömällä muuttamisella olisi ollut liian merkittäviä seurauksia heidän toiminnalleen, eivätkä he siten voineet tehdä tällaista muutosta ilman takeita komission myöntämästä poikkeusluvasta. Jotta komissiota voitaisiin tosiasiassa pitää velvollisena tekemään kantajien esittämiä muutosehdotuksia koskeva päätös, kantajien ei ole välttämättä saatettava muutoksia voimaan, vaan niiden on ainoastaan hyväksyttävä ne ja tehtävä muodollinen niitä koskeva ilmoitus komissiolle.

320 Edellä olevasta seuraa, että ottaen huomioon perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan mukaisen poikkeusluvan myöntämiselle asetettujen neljän edellytyksen kumulatiivisuus, on aihetta hylätä kantajien esittämän toisen kanneperusteen toinen osa ilman, että olisi tarpeen tutkia neljännen edellytyksen täyttymistä.

Kolmas osa: suhteellisuus- ja toissijaisuusperiaatteiden loukkaaminen

Asianosaisten perustelut

321 Kantajat korostavat, että kieltäytymällä myöntämästä poikkeuslupaa perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan nojalla komissio on loukannut suhteellisuus- ja toissijaisuusperiaatteita.

322 Suhteellisuusperiaatteen osalta kantajat esittävät, että kieltämällä säännöt kertakaikkisesti ja kieltäytymällä myöntämästä niille poikkeuslupaa komissio on ylittänyt perustamissopimuksen tavoitteiden saavuttamisen kannalta tarpeelliset toimenpiteet, tai jopa päätynyt näiden tavoitteiden vastaiseen tulokseen, ottaen huomioon kyseisen alan erityispiirteet. Todisteena tästä kantajat esittävät markkinoilla toimivien eri osapuolten näkökantoja, jotka kaikki vastustavat sääntöjen kertakaikkista kieltämistä. Puolustaen jäykkää ja abstraktia kilpailunäkymää estämällä kaikenlainen kilpailun sääntely markkinoilla, komissio on loukannut suhteellisuusperiaatetta, joka edellyttää komission edistävän "tehokasta kilpailua". Sitä paitsi komissio on loukannut suhteellisuusperiaatetta, koska se ei ole edes harkinnut mahdollisuutta myöntää ehdollista tai raportointivelvollisuuden sisältämää määräaikaista poikkeuslupaa. Komissio on niin ikään loukannut suhteellisuusperiaatetta, koska se ei ole rajoittanut puuttumistaan siihen, mikä on ehdottoman välttämätöntä takaamaan muissa jäsenvaltioissa toimivien yrittäjien vapaan pääsyn hollantilaisille rakennusmarkkinoille. Komission ei olisi pitänyt puuttua asioihin myöskään sen vuoksi, että esillä oleva tapaus koskee yksiä ainoita kansallisia markkinoita, joilla seurattava kilpailupolitiikka on suoraan sidottu aluesuunnittelupolitiikkaan, joka ei kuulu komission toimivaltaan.

323 Toissijaisuusperiaatteen osalta kantajat esittävät, että Alankomaiden viranomaiset ovat niiden hollantilaisiin rakennusmarkkinoihin liittyvän kokemuksensa vuoksi huomattavasti komissiota paremmassa asemassa soveltamaan kilpailuoikeutta

kyseisiin sääntöihin. Tässä yhteydessä kantajat täsmentävät, ettei Alankomaiden viranomaisia voida arvostella siitä, etteivät ne ole ryhtyneet toimenpiteisiin kilpailun edistämiseksi, koska ne ovat kieltäneet tiettyjä, kansallisen kilpailuoikeuden vastaisena pitämiään sääntöjen osia.

324 Lopuksi kantajat lisäävät, että suhteellisuusperiaatteen loukkaamisen tuomitseminen on tuomioistuimen tehtävä, ja ottaen huomioon, että komission itsensä mukaan tämä periaate on ollut voimassa implisiittisesti ennen sen nimenomaista kirjaamista EY:n perustamissopimuksen 3 b artiklan 2 kohtaan, komissio ei voi väittää, ettei päätöstä voida valvoa tämän periaatteen kannalta sen vuoksi, että se on tehty ennen Euroopan unionin perustamissopimuksen voimaantuloa.

325 Komissio vastaa, että kantajat kiistävät tällä kanneperusteellaan päätöksen tarkoituksenmukaisuuden, joka peruste on tehoton, silloin kun komission 85 artiklan 1 ja 3 kohtaan liittyvät perustelut ovat laillisia.

326 Toissijaisuusperiaatteen osalta komissio toteaa, että nykyisessä asiaintilassa toissijaisuusperiaate ei kuulu niihin yleisiin oikeusperiaatteisiin, joihin nähden Euroopan unionin sopimuksen voimaantuloa edeltäneiden yhteisön säädösten laillisuutta on arvioitava.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

327 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo todettuaan komission perustellusti katsoneen, etteivät ilmoitetut säännöt täyttäneet perustamissopimuksen 85 artiklan

3 kohdan mukaisen poikkeusluvan saamiseksi määrättyjä toista ja kolmatta edellytystä, ettei tässä tapauksessa voi olla kysymys suhteellisuusperiaatteen loukkaamisesta. Näin on etenkin sen vuoksi, että sekä hallinnollisen menettelyn että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsittelyn aikana kantajat ovat korostaneet sitä, että säännöt muodostavat yhden kokonaisuuden, jonka eri osia ei pidä keinotekoisesti eristää.

328 Sitä paitsi kantajien esittämät perusteet päätöksen tarkoituksenmukaisuuden kiistämiseksi perustuvat, kuten komissio on huomauttanut, siihen virheelliseen käsitykseen, että kaikki markkinoilla toimivat osapuolet kannattaisivat sääntöjen säilyttämistä, vaikka sekä Rotterdamin kaupungin että kuluttajajärjestöjen mielestä niihin olisi pitänyt tehdä huomattavia muutoksia, jotta niille olisi voitu myöntää perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan mukainen poikkeuslupa.

329 Edellä olevan perusteella kantajien suhteellisuusperiaatteen loukkaamista koskevat väitteet on hylättävä.

330 Toissijaisuusperiaatteen osalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että EY:n perustamissopimuksen 3 b artiklan 2 kohta ei ollut vielä voimassa päätöksentekohetkellä, eikä sille voida antaa taannehtivaa vaikutusta.

331 Lisäksi on tärkeää korostaa, että toisin kuin kantajat ovat väittäneet, toissijaisuusperiaate ei ennen Euroopan unionin sopimuksen voimaantuloa ollut yleinen oikeusperiaate, jonka kannalta yhteisön säädösten laillisuutta olisi pitänyt valvoa.

332 Tästä syystä kantajien toissijaisuusperiaatteen loukkaamista koskevat väitteet on hylättävä.

333 Edellä olevan perusteella kantajien esittämä perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan rikkomista koskeva toinen kanneperuste on hylättävä.

Kolmas kanneperuste: asetuksen N:o 17 4 artiklan 2 kohdan 1 alakohdan ja 15 artiklan 2 kohdan rikkominen

Ensimmäinen osa: rikkomisen puuttuminen ja vapautus sakoista

Asianosaisten perustelut

334 Kantajat muistuttuvat, että ne ovat ensimmäisen kanneperusteensa yhteydessä osoittaneet, etteivät ne olleet rikkoneet kilpailusäännöksiä. Ne katsovat siten, että niille asetetut sakot on poistettava, jos tämä peruste hyväksytään.

335 Lisäksi kantajat toteavat, ottaen huomioon, että vanhat säännöt kuuluivat asetuksen N:o 17 4 artiklan 1 kohdassa säädetyn ilmoitusvelvollisuuden alaan, että komissio on rikkonut tämän säännöksen 2 kohdan 1 alakohtaa. Sääntöjen ollessa yritysten yhteenliittymien päätöksiä, ne on vapautettu ilmoitusvelvollisuudesta, koska yhtä lukuun ottamatta (ZNAV) kaikki asianomaisen yhteenliittymän jäsenet kuuluvat samaan jäsenvaltioon eikä kukaan ulkomaalainen urakoitsija ollut koskaan ollut yhdenkään näiden yhdistyksen jäsen kyseisenä aikana.

336 Kantajat huomauttavat toissijaisesti, että jos komission vaatimuksen mukaisesti edellytyksenä pidetään sääntöihin sitoutumista, yksikään ulkomaalainen ei ollut sitoutunut näihin kolmeen sääntöön ainakaan kyseisenä aikana, eikä komissio ole näyttänyt toteen päinvastaista muiden sääntöjen osalta, varsinkaan koko aikavälin osalta.

337 Kantajat huomauttavat, että ottaen huomioon asetuksen N:o 17 4 artiklan 2 kohta, komissio ei voi moittia kantajia siitä, etteivät ne olleet tehneet vanhoja sääntöjä koskevaa ilmoitusta. Itse asiassa kantajat ovat voineet kohtuullisesti katsoa, ettei ilmoituksen puuttuminen poista mahdollisuutta myöntää poikkeuslupa. Perustellakseen sakot 4 artiklan 2 kohdan kannalta, komission olisi pitänyt ainakin osoittaa, että kunkin kantajan olisi pitänyt huomata jo useita vuosia sitten, ettei vanhoille säännöille olisi koskaan voitu myöntää poikkeuslupaa. Komissio ei ole pystynyt tätä osoittamaan.

338 Komissio aloittaa muistuttamalla, että se on näyttänyt toteen oikeudellisesti riittävällä tavalla, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa on rikottu.

339 Asetuksen N:o 17 4 artiklan 2 kohdan 1 alakohdan rikkomisen osalta komissio täsmentää, että kantajien perustelut ovat merkityksettömiä siltä osin, kuin sakot koskevat 1.4.1987 ja 13.1.1988 välistä aikaa.

340 Komissio huomauttaa lisäksi, että olettaen, quod non, ettei vanhoja sääntöjä olisi tarvinnutkaan ilmoittaa, asetuksen N:o 17 4 artiklan 2 kohdan 1 alakohdassa ei myönnetä minkäänlaista vapautusta sakoista, sillä vanhoille säännöille ei koskaan olisi voitu myöntää poikkeuslupaa, siltä osin kuin ne sisältävät vielä vakavampia kilpailurajoituksia kuin UPR:t, joille ei myöskään myönnetty poikkeuslupaa.

341 Lopuksi komissio muistuttaa, että asetuksen N:o 17 4 artiklan 2 kohdan 1 alakohdassa tarkoitettu vapautus ilmoitusvelvollisuudesta ei tarkoita, ettei sakkoa voida määrätä asianomaisen sopimuksen tai päätöksen tuomitsemiseksi.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

342 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan asetuksen N:o 17 15 artiklan 5 kohdan a alakohdassa tarkoitettu kielto määrätä sakkoa koskee ainoastaan todellisuudessa ilmoitettuja sopimuksia eikä ilmoitusvelvollisuudesta tämän asetuksen 4 artiklan 2 kohdan 1 alakohdan nojalla vapautettuja sopimuksia (asiat 240/82—242/82, 261/82, 262/82, 268/82 ja 269/82, Stichting Sigarettenindustrie ym. v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 10.12.1985, Kok. 1985, s. 3831, 73—78 kohta).

343 Tästä syystä siitä huolimatta, että vanhat säännöt kuuluvat asetuksen N:o 17 4 artiklan 2 kohdan soveltamisalaan, komissio voi pätevästi määrätä sääntöjä soveltaneille kantajille sakkoja, silloin kun näitä sääntöjä ei ole ilmoitettu.

344 Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistuttaa, että komissio on oikeutetusti katsonut, että säännöt rikkoivat perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa.

345 Tämän seurauksena kanneperusteen tämä osa on hylättävä.

Toinen osa: tahallisuuden tai huolimattomuuden puuttuminen

Asianosaisten perustelut

346 Kantajat huomauttavat komission päätöksessään väittäneen, että kantajat ovat rikkoneet kilpailusäännöksiä "tahallisesti tai ainakin törkeästä huolimattomuudesta", toisin sanoen niin sanotusta harkitusta huolimattomuudesta. Kantajat huomauttavat, että sakon määrä on vahvistettu tämän arvioinnin perusteella, vaikkei kantaja ole syyllistynyt huolimattomuuteen tai vielä vähemmän törkeään huolimattomuuteen. Komission olisi pitänyt osoittaa, että kantajat tiesivät tai niiden olisi pitänyt tietää, että säännöt kuuluivat 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, eikä niille olisi voitu myöntää poikkeuslupaa perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan nojalla. Ne esittävät, että kahdesta ensimmäisestä kanneperusteesta seuraa, että jos rikkomus oli tehty, se ei ollut ilmeinen eikä sitä, etteivät kantajat olleet tietoisia rikkomuksestaan, voitu pitää huolimattomuutena.

347 Kantajat huomauttavat, että eri tekijät ovat myötävaikuttaneet siihen, että ne ovat olleet vakuuttuneita sääntöjen laillisuudesta: ensiksi Alankomaiden kilpailuviranomainen on aina valvonut aktiivisesti sääntöjä, minkä tuloksena oli 29.12.1986 annettu kuninkaallinen asetus, jolla UPR:t on nimenomaisesti uudelleen laillistettu kilpailuoikeuden kannalta; toiseksi tutkijat ja asianomaiset yritykset, jotka ovat aina kiinnittäneet huomiota sääntöihin, eivät nekään ole koskaan esittäneet vähäisintäkään epäilystä säännösten sopivuudesta yhteisön kilpailuoikeuden kannalta; tietyt tutkijat ovat olleet jopa sitä mieltä, etteivät säännöt rajoittaneet kilpailua; kolmanneksi eri markkinaosapuolien asenne erityisesti kysynnän osalta vahvisti kantajien käsitystä; neljänneksi se, ettei komissio ollut vastustanut sääntöjä ennen vuotta 1987, vaikka se oli todennäköisesti ollut jo kauan niistä tietoinen, koska ne olivat julkisia ainakin vuodesta 1982 alkaen, jolloin niitä oli käsitelty yhteisöjen tuomioistuimessa asiassa Peters Bauunternehmung (asia 34/82, tuomio

22.3.1983, Kok. 1983, s. 987), osaltaan vahvisti kantajien käsitystä siitä, että säännöt olivat yhteisöoikeuden kannalta laillisia. Tältä osin kantajat viittaavat taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestön (OECD) vuodelta 1976 olevaan tutkimukseen, joka koskee erityisesti yhteisjärjestelyjä rakennusteollisuuden alalla. Tässä tutkimuksessa, jota komissio ei voi olla tuntematta, käsitellään laajasti yhtä UPR:iä edeltäneistä säännöistä.

348 Kantajien mukaan komission väittämän rikkomisen äärimmäinen vakavuus sopii yhtä huonosti yhteen sen kanssa, että hallinnollisen menettelyn aikana komissio ei itse pitkään aikaan ollut varma yhteisön kilpailuoikeuden soveltumisesta. Lisäksi puolustuskirjelmästä ilmenee, että komissio on itse tarkoituksellisesti lykännyt tutkimuksen aloittamista pitämällä yhteyttä hollantilaisiin viranomaisiin.

349 Lisäksi kantajat huomauttavat, että ottaen huomioon, että komissio on itse myöntänyt määränneensä sakkoa vanhojen sääntöjen vuoksi, kantajien päättely on sitäkin pätevämpää, sillä komissiolla on velvollisuus näyttää toteen kunkin ala- tai aluekohtaisista säännöistä vastaavan yhdistyksen tahallisuus tai törkeä huolimattomuus, vaikka nämä yhdistykset eivät voineet olla tietoisia siitä, että jäsenvaltioiden välisen kaupan haittaamiseen liittyvä edellytys täyttyi, koska kyseisillä maantieteellisillä ja sääntöjen kattamilla tuotemarkkinoilla ei käytännöllisesti katsoen ollut kansainvälistä kauppaa.

350 Komissio vastaa, että on merkityksetöntä tutkia, ovatko kantajat rikkoneet perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa määrättyä kieltoa tahallisesti vai ei. Tärkeää on sen selvittäminen, tiesivätkö kantajat tai olisiko niiden pitänyt tietää, että säännöt rajoittivat kilpailua ja ne saattoivat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (ks. edellä mainitut yhteisöjen tuomioistuimen tuomiot asiassa Miller v. komissio; asiat 32/78, 36/78—82/78, BMW ym. v. komissio, tuomio 12.7.1979,

Kok. 1979, s. 2435; asiat 96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82, IAZ ym. v. komissio, tuomio 8.11.1983, Kok. 1983, s. 3369; edellä mainittu asia Stichting Sigarettenindustrie ym. v. komissio; ja asia T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening v. komissio, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio 2.7.1991, Kok. 1992, s. II-1931, 157 kohta). Tässä tapauksessa komissio ei ymmärrä, miten kantajat olisivat voineet olla tietämättömiä siitä, että esillä olevan kaltainen järjestely rajoittaa kilpailua.

351 Tämän jälkeen komissio osoittaa vääräksi ne erilaiset tekijät, joiden perusteella kantajat kiistävät syyllistyneensä törkeään huolimattomuuteen. Ensiksi kantajat yrittävät antaa sen väärän käsityksen, että Alankomaiden viranomaiset olisivat täysin hyväksyneet säännöt, vaikka 29.12.1986 annetun kuninkaallisen asetuksen Wet economische mededingingin (taloudellista kilpailua koskevan laki) 10 artiklassa säädetään, etteivät tietyt vanhojen sääntöjen osat ole sitovia. Tämän säännöksen tarkoituksen mukaan se, ettei joitakin sääntöjä julisteta sitomattomiksi, merkitsee vielä selvemmin, että viranomaiset eivät katso niiden olevan yleisen edun vastaisia. Tämä asenne ei millään tavalla tarkoita, etteivät asianomaiset säännöt rajoittaisi kilpailua. Lisäksi niiden vaikutukset jäsenvaltioiden väliselle kaupalle ovat tämän säännöksen kannalta merkityksettömiä.

352 Toiseksi komissio huomauttaa, että kantajien mainitsemat kaksi tutkijaa ovat arvioineet sääntöjen rajoittavan kilpailua. Sitä paitsi kantajat eivät ole voineet kuvitella, etteivät säännöt olisi voineet vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan sillä perusteella, että niiden soveltaminen rajoittuu Alankomaiden alueelle (tätä koskien ks. myös yhteisöjen tuomioistuimen tuomio asiassa Stichting Sigarettenindustrie ym. v. komissio, 65 kohta). Vaikka hollantilaiset viranomaiset olivat jollain tavalla antaneet ymmärtää, että 85 artikla ei soveltunut esillä olevaan tapaukseen, se ei vapauta kantajia vastuusta.

353 Komissio huomauttaa, että jos kantajat ovat todella olettaneet, että säännöt oikeuttavat poikkeuslupaan perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan nojalla, ne

olisivat tehneet komissiolle ilmoituksen. Ne ovat kuitenkin tehneet ilmoituksen vasta sen jälkeen, kun komissio oli jo aloittanut tutkimuksensa.

354 Komissio katsoo, että koska vanhoja sääntöjä ei koskaan ollut ilmoitettu, kantajat eivät voi vedota siihen, ettei komissio ole puuttunut niihin, koska komissio ei ollut tietoinen sääntöjen olemassaolosta eikä sisällöstä, joita ei koskaan ollut saatettu julkisuuteen. Koska edellä mainittu tuomio asiassa Peters Bauunternehmung oli annettu Hoge Raad der Nederlanden tekemän ennakkoratkaisupyynnön seurauksena ja se koski Brysselin sopimuksen 5 artiklan 1 kohdan tulkintaa suhteessa riidanalaisiin sääntöihin, kilpailuoikeudellisia näkökantoja ei ollut millään tavalla otettu huomioon.

355 Lisäksi komissio ilmoittaa pitävän paikkansa, että se oli osoittanut SPO:lle tietojensaantipyynnön vuonna 1985 ja tutkittuaan SPO:n antamat vastaukset komissio oli sopinut sen kanssa tutkimuksen suorittamisesta vuoden 1986 huhtikuussa. Komissio oli saattanut asian myös Alankomaiden viranomaisten tietoon. Huhtikuussa 1986 valtiovarainministeriö oli pyytänyt komissiota luopumaan suunnitellusta tutkimuksesta tai ainakin lykkäämään sitä pian hyväksyttävän 29.12.1986 annetun kuninkaallisen asetuksen vuoksi. Sen tultua säädetyksi 29.12.1986, komissio ilmoitti maaliskuussa 1987 uudelleen valtiovarainministeriölle aikomuksestaan suorittaa tutkimus SPO:ssa. Tämä tutkimus suoritettiin kesäkuussa 1987 ja sitä seurasi eräässä toisessa kantajayhdistyksessä suoritettu tutkimus heinäkuussa 1987. Kantajat eivät ole missään tapauksessa voineet päätellä näistä toimenpiteistä, ettei komissio olisi tuona aikana katsonut riidanalaisten sääntöjen kuuluvan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan. Lisäksi se huomauttaa, etteivät kantajat voi vedota siihen, ettei komissio ollut käyttänyt sille asetuksen N:o 17 15 artiklan 6 kohdan nojalla kuuluvaa mahdollisuutta, koska komissio olisi voinut tämän säännöksen perusteella määrätä ankarammat sakot.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

356 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistuttaa alustavasti, että kuten komissio on korostanut, vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan rikkomisen tahallisuus ei välttämättä edellytä, että yritys on ollut tietoinen perustamissopimuksen 85 artiklassa määrätyn kiellon rikkomisesta; riittää, ettei se ole voinut olla tietämättä, että sen toiminnan tarkoituksena tai vaikutuksena on kilpailun rajoittaminen yhteismarkkinoilla (ks. asia C-279/87, Tipp-Ex v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 8.2.1990, Kok. 1990, s. I-261, 29 kohta; ks. myös edellä mainittu asia Dansk Pelsdyravlerforening v. komissio, 157 kohta).

357 Esillä olevassa tapauksessa kantajat eivät ole voineet olla tietämättä, että ne yhteisjärjestelyt, johon ne ovat osallistuneet, rajoittavat kilpailua, ottaen huomioon sekä vuonna 1987 annettujen sääntöjen (ks. edellä 116—123, 140—158, 178—187, 199—205 kohta) että vanhojen sääntöjen (ks. edellä 206—212 kohta) aiheuttamien kilpailurajoitusten vakavuus.

358 Kantajat eivät myöskään ole voineet olla tietämättä, että vuonna 1987 annetut säännöt ja vanhat säännöt ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Itse asiassa yritysten yhteenliittymien ominaisuudessa kantajat, jotka ovat koko Alankomaiden alueen kattavan yhteenliittymän jäseniä, eivät ole voineet olla tietämättä, että niiden itsensä antamat, mutta jälkimmäisen yhteenliittymän vahvistamat säännöt kuuluvat laajemman sääntöryhmän joukkoon, joka kattaa koko Alankomaiden rakennusalan ja näiden sääntöjen kumuloituva vaikutus on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (ks. edellä 226—240). Tässä suhteessa on tärkeää korostaa, ettei komissio ole määrännyt sakkoa kuin siltä ajalta, jonka aikana eri säännöt on yhdenmukaistettu SPO:n johdolla sekä saatettu yhte-

näisen seuraamusjärjestelmän alaiseksi (ks. edellä 206 kohta), ja jolloin vuonna 1987 annettuja sääntöjä ei ollut ilmoitettu komissiolle.

359 Näissä olosuhteissa kantajilla ei ole voinut olla minkäänlaista epäilystä siitä, etteivätkö niiden säännöt kuuluisi perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan. Hollantilaisten viranomaisten sääntöjä kohtaan osoittaman varauksellisen suhtautumisen seurauksena kantajien olisi pitänyt ilmoittaa säännöt komissiolle saadakseen perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa tarkoitetun poikkeusluvan ja saadakseen sakoista vapautuksen, joka on tarkoitettu muodollisesti ilmoitetuille yhteisjärjestelyille.

360 Kantajat eivät voi moittia komissiota siitä, ettei se ole puuttunut sääntöihin aikaisemmin. Itse asiassa se, että säännöt olivat julkisia ja niistä oli julkaistu useita lehtiartikkeleita ammattijulkaisuissa, ei muodollisen ilmoituksen puuttuessa pakota komissiota aloittamaan menettelyä perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan nojalla. Täten kantajien perusteluilla pyritään arvostelemaan komissiota siitä, ettei se ole toiminut aikaisemmin, kun taas sääntöjen ilmoittaminen komissiolle on kantajien käytössä oleva vaihtoehto poikkeusluvan saamiseksi sekä vapautumiseksi sakoista.

361 Edellä olevasta seuraa, että komissio on perustellusti katsonut päätöksensä 136 kohdassa, että kantajien rikkomukset oli tehty tahallisesti tai ainakin törkeästä huolimattomuudesta ja täten oikeutetusti määrännyt sakot.

362 Edellä olevan perusteella kolmannen kanneperusteen toinen osa on hylättävä.

Kolmas osa: kohtuuttoman suuret sakot

Asianosaisten perustelut

363 Toissijaisesti kantajat huomauttavat, että määrätyt sakot ovat liian suuret suhteessa rikkomisen vakavuuteen ja kestoon sekä asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdassa säädettyihin enimmäismääriin.

364 Rikkomuksen vakavuuden osalta kantajat toteavat, että niiden kanteensa tueksi esittämistään perusteista seuraa, että vaikka komissio olisi voinut todeta SPO:ssa laadittujen sääntöjen täyttävän rikkomuksen tunnusmerkit, rikkomus ei ole niin vakava kuin päätöksessä väitetään. Kantajat huomauttavat erityisesti, että ensinnäkään komission ei olisi pitänyt määrätä sakkoa, koska se ryhtyi ensimmäistä kertaa toimenpiteisiin rakennusteollisuuden alalla; tällä perusteella se ei ollut määrännyt sakkoa perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelyä koskevassa (IV/33.384 ja 33.378 — Vuoden 1990 maailmanmestaruuskisoihin järjestetyt pakettimatkat) 27 päivänä lokakuuta 1992 annetussa päätöksessä 92/521/ETY (EYVL L 326, s. 31, 125 kohta). Toiseksi ne katsovat, että komissio on virheellisesti pitänyt raskauttavana seikkana sitä, että säännöt on ilmoitettu vasta vuonna 1988, erityisesti ottaen huomioon, että vuonna 1987 ne oli vapautettu ilmoitusvelvollisuudesta asetuksen N:o 17 4 artiklan 2 kohdan 1 alakohdan mukaisesti. Kantajat lisäävät, että päätöksen sanamuodon perusteella on mahdotonta tietää, missä määrin komissio on ottanut huomioon ne lieventävät seikat, joita se väittää harkinneensa. Kantajien mukaan sakkojen määrän ehdottomuus huomioon ottaen, on aihetta ajatella, ettei komissio ole millään tavalla ottanut huomioon lieventäviä seikkoja.

365 Väitetyn rikkomisen keston osalta kantajat huomauttavat, että rikkomista olisi jatkettu lyhyemmän ajan, jos komissio olisi puuttunut sääntöihin aikaisemmin, kuten sen olisi pitänyt tehdä sen ollessa niistä tietoinen. Komission olisi pitänyt ottaa huomioon tämä selittämätön passiivisuus sakkojen määriä laskettaessa, kuten yhteisöjen tuomioistuin oli tehnyt 6.3.1974 antamassaan tuomiossa Istituto Chemioterapico ja Commercial Solvents vastaan komissio (asiat 6/73 ja 7/73, Kok. 1974, s. 223). Lisäksi kantajat huomauttavat, ettei komissio ole esittänyt yhtään

todistusseikkaa eikä suorittanut vähäisintäkään tutkimusta vuosien 1980 ja 1982 väliseltä ajalta, vaikka se on ottanut tämän ajanjakson huomioon sakon määrää laskiessaan.

366 Lisäksi kantajat esittävät vastauksessaan, että päätöksen 9 liitteen IV, V, VI ja IX kohdassa toistetut vanhat säännöt oli jo kumottu ennen komission kanteenalaisessa päätöksessään huomioon ottamaa ajanjaksoa, eli ennen vuotta 1980. Täten ne on virheellisesti otettu käsiteltäväksi tässä oikeudenkäynnissä.

367 Sakkojen laskemisen osalta kantajat esittävät, että komissio on ylittänyt 10 % edellisenä vuotena eri yritysten yhteenliittymien saavuttamasta liikevaihdosta ja jättänyt tekemättä eron eri markkinoiden välillä näitä sakkoja määrätessään.

368 Lopuksi vertaamalla komission kantajille määräämän sakon määrää perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1988 tehdyssä päätöksessä 88/491/ETY (IV/31.379 — Bloemenveilingen Aalsmeer, EYVL L 262, s. 27) määräämänsä sakon määrään, vaikka jälkimmäisessä oli myös kysymys yli 4 100 jäsentä koskevista säännöistä ja perustamissopimuksen 85 artiklan soveltuvuus näytti ilmeisemmältä kuin käsiteltävänä olevassa tapauksessa, kantajat huomauttavat, että komissio on loukannut yhdenvertaisuusperiaatetta.

369 Komissio vastaa viittaamalla olennaisilta osilta päätöksen 136, 140 ja 141 kohtiin. Se väittää, ettei se ole ottanut ilmoituksen myöhäistä ajankohtaa huomioon raskauttavana seikkana, vaan ainoastaan selittänyt, miksei se pitänyt säännöistä tehtyä ilmoitusta lieventävänä seikkana, kuten muissa edeltävissä tapauksissa. Lisäksi komissio huomauttaa, etteivät kantajat ole päättelyssään ottaneet huomioon sitä estävää vaikutusta, jota sakoilla tavoitellaan.

370 Rikkomisen keston osalta komissio toistaa, ettei se ole voinut puuttua sääntöihin aikaisemmin, koska se ei ollut edellä esitetyistä syistä tietoinen sääntöjen sisällöstä, ja ettei kantajien viittaus yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainittuun tuomioon asiassa Istituto Chemioterapico ja Commercial Solvents, liity asiaan. Lisäksi se toteaa vuodesta 1980 vuoteen 1982 ulottuvan ajanjakson osalta, ettei sen pitänyt suorittaa erillistä tutkimusta, koska kantajat eivät olleet väittäneet tuolloisen tilanteen olleen erilainen.

371 Sitä paitsi komissio huomauttaa, että väittämällä vastauksessaan, että erilaiset vanhat säännöt oli kumottu ennen vuotta 1980, kantajat esittävät uuden kanneperusteen, joka on jätettävä tutkimatta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan mukaisesti.

372 Toissijaisena huomautuksena komissio lisää, ettei pidä paikkansa, että säännöt olisi kumottu ennen vuotta 1980, kuten kantajien 12.12. ja 16.12.1988 välisenä aikana esittämät, päätöksen 4 artiklan 3, 5, 6 ja 26 kohdassa mainitut vastaukset näyttävät todistavan.

373 Komissio katsoo, ettei kantajien tekemissä rikkomuksissa ole mitään uutta ja se, että tässä on kysymys komission ensimmäisestä rakennusalaa koskevasta päätöksestä ei vapauta niitä sakoista, mistä olisi vaarana se, että kaikki sellaisilla aloilla toimivat yritykset, joilla komissio ei vielä ole ryhtynyt toimenpiteisiin, voisivat rangaistuksetta syyllistyä kilpailusäännösten rikkomiseen.

374 Sakkojen laskemisen osalta komissio toteaa, että kantajat ovat erehtyneet katsoessaan, että sakkojen enimmäismäärä pitää laskea niiden oman liikevaihdon perusteella. Itse asiassa asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdan sanamuodon mukaan tällaisessa tapauksessa huomioon otettava liikevaihto on kantajien jäsenyritysten

liikevaihto. Tässä tapauksessa komissio on pysynyt tuntuvasti enimmäismääriä alhaisemmalla tasolla.

375 Komissio katsoo, ettei sakkoja voida pitää korkeina, koska ne ovat yhteensä vähemmän kuin 0,5 % kyseisten markkinoiden keskiarvosta ja siten tuntuvasti tavallisesti tämäntapaisesta rikkomuksesta määrättyjä sakkoja alhaisemmat.

376 Lopuksi komissio katsoo, että kantajien viittaus 26.7.1988 tehtyyn komission päätökseen N:o 88/491 Bloemenveilingen Aalsmeer on merkityksetön asianomaisen kahden teon erilaisen luonteen ja vaikutusten vuoksi.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

377 Alustavasti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistuttaa, että ensimmäisen kanneperusteen tutkimisen perusteella rikkominen oli vakavuudeltaan päätöksessä todetun mukainen. Tässä suhteessa on syytä korostaa, että sakko koskee vanhoja sääntöjä kuuden ja puolen vuoden ajalta sekä vuonna 1987 annettuja sääntöjä yhdeksän ja puolen kuukauden ajalta. Sitä paitsi on tärkeää muistaa vanhojen sääntöjen sisältämien kilpailurajoitusten erityinen vakavuus, nimenomaan päätöksen 64 kohdassa mainittujen hintoja koskevien yhteisjärjestelyjen näkökulmasta. Koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut tämän kohdan perustelluksi (ks. edellä 206—212 kohdat), sen valossa on tarkasteltava myös päätöksen 140 kohtaa, jonka mukaan "hintoja ja markkinajakoa koskevat yhteisjärjestelyt kuuluvat vakavimpiin komission syyttämiin, kieltämiin ja tuomitsemiin tekoihin".

378 Tämän jälkeen on syytä todeta, että kaikki ne lieventävät seikat, joihin kantajat ovat kirjelmissään vedonneet, on otettu huomioon sakon määrää vahvistettaessa, kuten

päätöksen 141 kohdasta ilmenee, samoin kuin siitä, että komissio on määrännyt sakkoja sellaisille kantajille, jotka komission mukaan edustavat ainoastaan 0,5 % kyseisten markkinoiden vuotuisesta keskiarvosta, mitä kantajat eivät kiistäkään.

379 On kuitenkin todettava, että vaikka nämä lieventävät seikat ovat merkittäviä erityisesti sääntöjen julkisuuden vuoksi, niillä ei voida korvata sitä, etteivät kantajat ole käyttäneet hyväkseen mahdollisuutta ilmoittaa säännöt komissiolle puuttumattomuustodistuksen tai perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan mukaisen poikkeusluvan saamiseksi.

380 Sitä paitsi on aihetta muistaa, etteivät kantajat voi moittia komissiota siitä, ettei se ollut puuttunut sääntöihin aikaisemmin, sillä kantajien käytössä on mahdollisuus pakottaa komissio ottamaan niihin kantaa, tekemällä sille niitä koskeva ilmoitus. Yhteisöjen tuomioistuimen antamaan edellä mainittuun tuomioon asiassa Istituto Chemioterapico ja Commercial Solvents vastaan komissio johtaneet olot olivat varsin erilaiset esillä olevaan tapaukseen verrattuna, koska, kuten komissio on todennut, asia oli kyseisessä tapauksessa saatettu komission käsiteltäväksi valituksella, johon komissio ei kuitenkaan ollut vastannut välittömästi. Sitä vastoin esillä olevassa tapauksessa Rotterdamin kaupunki on tehnyt asiaa koskevan valituksen komissiolle vasta sen jälkeen, kun kantajat olivat tehneet sääntöjä koskevan ilmoituksen. Tämä eroavaisuus on merkittävä siinä mielessä, että silloin kun komissiolle tehdään valitus, riidanalaisen käyttäytymisen sisältö saatetaan sen tietoon, kun taas esillä olevassa tapauksessa sääntöjen objektiivinen sisältö on saatettu komission tietoon vasta niitä koskevalla ilmoituksella.

381 Edellä olevan perusteella tämä väite on hylättävä.

382 Sen osalta, ettei komissio ole suorittanut tutkimusta vuosilta 1980—1982, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa komission perustellusti vedonneen siihen, etteivät kantajat ole väittäneet hallinnollisen menettelyn kuluessa eikä ensimmäiseen oikeusasteeseen jättämissään kirjelmissä, että tilanne olisi näiden vuosien aikana ollut erilainen.

383 Päätöksen 9 liitteen IV, V, VI ja IX kohdassa toistettujen vanhojen sääntöjen kumoamisen osalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että on kysymys uudesta kanneperusteesta, joka on jätettävä tutkimatta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan mukaisesti.

384 Lisäksi on todettava, että jos komissio on erehtynyt arvostellessaan näitä sääntöjä esillä olevassa käsittelyssä, se johtuu virheistä tiettyjen kantajien komission tietojensaantipyyntöihin antamissa vastauksissa (ks. Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggersin vastaus 12.12.1988, Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreekin vastaus 16.12.1988, Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijken vastaus 15.12.1988 ja Utrechtse Aannemers Verenigingin vastaus 12.12.1988). Kantajat eivät täten voi vedota niiden omien virheiden aiheuttamiin virheisiin.

385 Lopuksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että kantajat ovat väärässä huomauttaessaan, että sakko ylittää asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdassa säädetyn enimmäismäärän, eli 10 % edellisenä kautena saavutetusta liikevaihdosta. Itse asiassa on syytä muistaa, että asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdassa käytetty yleisluonteinen ilmaus "rikkominen" koskee erottelematta sopimuksia, yritysten välisiä yhtenäistettyjä menettelytapoja sekä yritysten yhteenliittymien päätöksiä, ja sen käyttö osoittaa, että tämän säännöksen säätämät enimmäismäärät soveltuvat samalla tavalla sopimuksiin ja yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin sekä yritysten yhteenliittymien päätöksiin. Tämän seurauksena 10 %:n suuruinen liikevaihdosta laskettava enimmäismäärä on laskettava suhteessa kunkin kyseisen sopimuksen tai yhdenmukaistetun menettelytavan osapuolena olevan yrityksen saavuttamaan liikevaihtoon tai yhteenliittymään kuuluvien yritysten yhdessä saavuttamaan liikevaihtoon, ainakin silloin, kun sisäisten sääntöjen mukaan yhteenliittymä pystyy tekemään jäseniä sitovia päätöksiä. Tällaisen päättelyn perusteltavuutta tukee se, että sakkojen määrää vahvistettaessa voidaan ottaa huomioon sakkojen aiheuttama estävä vaikutus (asia T-12/89, Solvay v. komissio, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio 10.3.1992, Kok. 1992, s. II-907, 309 kohta), sekä erityisesti yrityksellä mahdollisesti oleva, erityisesti sen kookoon tai taloudelliseen valtaan perustuva vaikutusvalta markkinoilla, josta liikevaihto on osoituk-

sena (asiat 100/80—103/80, Musique diffusion française ym. v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 7.6.1983, Kok. 1983, s. 1825, 120 ja 121 kohta). Itse asiassa yritysten yhteenliittymän mahdollisesti käyttämä vaikutusvalta markkinoilla ei riipu sen omasta "liikevaihdosta", joka ei osoita sen kokoa eikä taloudellista valtaa, vaan sen jäsenten liikevaihdosta, joka on osoitus sen koosta ja taloudellisesta vallasta (edellä mainittu tuomio asiassa CB ja Europay v. komissio, 136 ja 137 kohta).

386 Lisäksi on syytä korostaa, etteivät kantajat voi vedota siihen, että 26.7.1988 antamassaan päätöksessä N:o 88/491 asiassa Bloemenveiligen Aalsmeer komissio määräsi alhaisemmat sakot, koska siinä rikkomuksen luonne ja sen vaikutukset olivat, kuten komissio on korostanut, täysin erilaiset.

387 Edellä olevan perusteella kanneperusteen tämä osa on hylättävä.

388 Kaikesta edellä olevasta seuraa, että asetuksen N:o 17 rikkomista koskeva kanneperuste on hylättävä.

Neljäs kanneperuste: perustamissopimuksen 190 artiklan rikkominen

Asianosaisten perustelut

389 Kantajat huomauttavat, että komissio on laiminlyönyt sille kuuluvan päätösten perusteluvelvollisuuden. Tämän velvollisuuden mukaisesti sen ei olisi pitänyt hallinnollisessa menettelyssä toistaa päätöksessään ainoastaan kantajien esittämiä pääasiallisia puolustuskeinoja, vaan myös antaa perustellut vastaukset jokaiseen esitettyyn väitteeseen. Itse asiassa edellä mainitun tuomion SIV ym. vastaan komissio (159 kohta) mukaan, "vaikka komission ei tarvitse käsitellä päätöksessään kaikkia yritysten esittämiä perusteluja, ... kantajien esittämien perustelujen ollessa olemassa

... komission olisi pitänyt suorittaa syvällisempi tutkimus ... niiden syiden osoittamiseksi, joiden perusteella kantajien vaatimukset on katsottu perusteettomiksi".

390 Esillä olevassa asiassa kantajat esittävät, ettei komissio ole toistanut päätöksessään niiden valitusilmoitukseen laaditussa vastauskirjelmässä tai suullisessa kuulustelussa esittämiään pääasiallisia perusteluja.

391 Toisaalta kantajat huomauttavat vastauksessaan, että siltä osin kuin päätöksen määräysosa koskee kunniasääntöjä sellaisenaan, SPO:n sääntöjä kokonaisuudessaan sekä kaikkia vanhoja sääntöjä, perustelut eivät kata määräysosaa. Itse asiassa kunniasääntöjen osalta kantajat huomauttavat, että siltä osin kuin kanteenalaisen päätöksen määräysosan 1 artiklan 2 kohdassa todetaan, että kunniasäännöt, sellaisina kuin ne on saatettu SPO:n jäsenjärjestöjen jäsenyrityksiä sitovaksi sen 3.6.1980 tekemällä päätöksellä, rikkovat perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa, kunniasääntöjen 10 artiklaa lukuun ottamatta, mainitulla päätöksen kohdalla on laajempi merkitys kuin päätöksen perustelujen 1 kohdalla, joka osoittaa, että menettely koskee SPO:n 3.6.1980 tekemää päätöstä, jolla kunniasäännöt ja niiden liitteet on saatettu SPO:n jäsenjärjestöihin kuuluvia yrityksiä sitovaksi. Tämän seurauksena yksikään perustelu ei tue sitä toteamusta, että kunniasäännöt sellaisenaan täyttäisivät rikkomisen tunnusmerkit.

392 SPO:n sääntöjen osalta kantajat toteavat, että siltä osin kuin päätöksen määräysosan 1 artiklan 1 kohdassa todetaan, että SPO:n 10.12.1963 antamat säännöt, sellaisina kuin niitä on myöhemmin muutettu, rikkovat perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa, mainitulla päätöksen määräysosan kohdalla on laajempi merkitys kuin päätöksen perusteluilla, jotka koskevat ainoastaan mainittujen sääntöjen 3 artiklaa. Sitä paitsi suurin osa näiden sääntöjen määräyksistä ei koske millään tavalla kilpailukysymyksiä, vaan ne koskevat yksinomaan SPO:n sisäistä toimintaa. Kantajat väittävät, että komissio on sekoittanut SPO:n säännöt niiden nojalla tehtyihin päätöksiin, mikä on johtanut komission kieltämään SPO:n sellaisenaan, ilman minkäänlaista perustetta.

393 Lopuksi kantajat toteavat vanhojen sääntöjen osalta, että niitä on huomattavasti useampia kuin päätöksen 9 liitteessä on lueteltu, ja toisin kuin päätöksessä väitetään, UPR "Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar" ei ole SPO:n vaan erään yksittäisen urakoitsijoiden yhteenliittymän antama. Lisäksi ne moittivat komissiota siitä, että se on arvostellut kaikkia vanhoja sääntöjä yleisesti, ottamatta huomioon niiden välisiä eroja ja niiden erityispiirteitä. Lopuksi kantajat muistuttavat, että tietyt vanhat säännöt oli kumottu ennen vuotta 1980.

394 Komissio vastaa, että sen päätös on riittävästi perusteltu, eikä sen tarvitse esittää tieteellisiä tutkimuksia kantajien esittämien tutkimusten virheellisyyden osoittamiseksi, siltä osin kuin jälkimmäiset olivat merkityksettömiä.

395 Mitä tulee kantajien esittämän poikkeuslupahakemuksen hylkäämistä koskeviin päätöksessä esitettyihin perusteluihin, komissio katsoo, että jos sen olisi kantajien vaatimusten mukaisesti näytettävä toteen, ettei säännöille voitu myöntää poikkeuslupaa, tämä merkitsisi todistustaakan kääntämistä.

396 Komissio huomauttaa myös, että kantajien esittämät perustelut, joissa kiistetään kunniasääntöjen, SPO:n sääntöjen sekä vanhojen sääntöjen tuomitseminen sellaisenaan, eivät esiinny tässä muodossa kanteessa; ne perustuvat ainakin osittain perusteisiin, joihin ei ole vedottukaan. Täten komissio katsoo, että on kysymys uudesta kanneperusteesta, joka on jätettävä tutkimatta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan mukaisesti. Toissijaisesti komissio huomauttaa, että päätöksen 1 kohdassa oleva maininta, jonka mukaan oikeudenkäynnin kohteena on 3.6.1980 tehty päätös, siltä osin kuin sillä saatetaan kunniasäännöt ja niiden liitteet SPO:n jäsenjärjestöihin kuuluvia yrityksiä sitovaksi, voi tarkoittaa ainoastaan kunniasääntöjä sellaisenaan, sillä 3.6.1980 tehdyllä päätöksellä ei ole itsenäistä merkitystä kilpailuoikeuden kannalta.

397 SPO:n sääntöjen osalta komissio myöntää, että ainoastaan niiden 3 artikla on kilpailuoikeuden kannalta ongelmallinen, eikä näiden sääntöjen muilla säännöksillä ole itsenäistä merkitystä tältä kannalta. Se katsoo kuitenkin, että siltä osin kuin muilla säännöksillä pyritään 3 artiklassa mainitun SPO:n tarkoituksen toteuttamiseen, ne kuuluvat päätöksen soveltamisalaan. Komissio toteaa, ettei päätöksen tarkoituksena ole kieltää SPO:ta sellaisenaan, vaan ainoastaan siltä osin, kuin sen tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen.

398 Vanhojen sääntöjen osalta komissio toteaa, että ratkaistakseen sääntöjen lukumäärän sekä SPO:n aseman suhteessa UPR "Burger- & Utiliteitsbouw Openbaariin" (avoimen menettelyn mukainen asuin- tai muihin tarkoituksiin suuntautuva rakennushanke) se on perustanut kantansa kantajien komission tietojensaantipyyntöön esittämiin vastauksiin. Lisäksi se huomauttaa, että se on päätöksessään tyytynyt viittaamaan vanhoihin sääntöihin yleisesti, koska ne kaikki rajoittavat kilpailua voimakkaammin kuin UPR:t. Lopuksi se muistuttaa, ettei pidä paikkaansa, että tietyt vanhat säännöt olisi kumottu ennen vuotta 1980.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

399 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, ettei komissiota voida arvostella perustamissopimuksen 190 artiklassa määrätyn perusteluvelvollisuuden rikkomisesta. Itse asiassa komissio on vastannut kaikkiin kantajien hallinnollisen menettelyn aikana esittämiin merkittäviin väitteisiin, niin perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan kuin sen 85 artiklan 3 kohdankin kannalta.

400 Erityisesti tästä viimeksi mainitusta säännöksestä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että komissio on oikeutetusti keskittänyt riidanalaisia sääntöjä koskevan tutkimuksensa oikeudenhaltijan suojeluun sekä laskentakulukorvauksiin.

Itse asiassa tässä on kysymys kahdesta päätekijästä, joiden avulla sääntöjen tavoitteet, eli hintojen polkemisen torjuminen ja sopimuskulujen rajoittaminen, voidaan saavuttaa. Koska kantajat ovat koko hallinnollisen menettelyn ajan vakuuttaneet, että säännöt muodostavat yhden kokonaisuuden, ja komissio on tehnyt sen johtopäätöksen, ettei näille kahdelle tämän kokonaisuuden ytimenä olevalle tekijälle voida myöntää poikkeuslupaa perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan nojalla, ei ole enää tarpeen tutkia riidanalaisten sääntöjen tiettyihin säännöksiin liittyviä mahdollisia tilapäisiä etuja.

401 Kantajien esittämien sääntöjen muutosehdotusten hylkäämistä koskevan komission päätöksen perusteluvelvollisuuden laiminlyönnin osalta riittää viittaaminen toisen kanneperusteen toisen osan hylkäämiseen, josta ilmenee, ettei komissiolla ole ollut velvollisuutta ottaa kantaa sellaisiin muutosehdotuksiin, joista sille ei ollut tehty ilmoitusta.

402 Lopuksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että väittäessään vastauksessaan, etteivät päätöksen perustelut kattaneet sen määräysosaa siltä osin kuin ne viittaavat kunniasääntöihin sellaisenaan, SPO:n sääntöihin kokonaisuudessaan sekä kaikkiin vanhoihin sääntöihin, kantajat ovat esittäneet uuden kanneperusteen, joka on työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan mukaisesti jätettävä tutkimatta. Lisäksi on syytä muistaa, että määräysosaa on luettava perustelujen valossa; täten kanteenalaisen päätöksen määräysosan 1 artiklan 2 kohdan tarkoituksena ei ole kieltää SPO:ta sellaisenaan. Päätöksen 1 kohdassa, jossa viitataan "SPO:n 3.6.1980 tekemään päätökseen, jolla saatetaan 'Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf' liitteineen SPO:n jäsenjärjestöihin kuuluvia yrityksiä sitovaksi" ei myöskään tarkoiteta 3.6.1980 tehtyä päätöstä sellaisenaan, vaan tällä säännöksellä sitovaksi saatettuja kunniasääntöjä, kuten myös kanteenalaisen päätöksen määräysosassa.

403 Lopuksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että komissio on oikeutetusti tyytynyt päätöksessään viittaamaan vanhoihin sääntöihin kokonaisvaltaisesti.

Itse asiassa komissio toteaa päätöksessään, että vanhoilla säännöillä on sama tarkoitus kuin vuonna 1987 annetuilla säännöillä, ja siltä osin kuin ensiksi mainitut poikkeavat jälkimmäisistä, ne rajoittavat ainakin yhtä paljon kilpailua (päätös, 62—65 ja 114 kohdat; ks. edellä 206—212 kohdat).

404 Sitä paitsi on tärkeää huomata, etteivät kantajat ole hallinnollisen menettelyn kuluessa esittäneet erityisiä perusteluja sen osoittamiseksi, että vanhat säännöt poikkeaisivat näiden perustavaa laatua olevien kohtien osalta vuonna 1987 annetuista säännöistä, tai että ne rajoittaisivat vähemmän kilpailua kuin jälkimmäiset.

405 Tämän seurauksena myös komissio voi tyytyä vanhojen sääntöjen osalta viittaamaan olennaisilta osilta vuonna 1987 annettuja sääntöjä koskevan päätöksen perusteluihin.

406 Tämän johdosta kanneperuste on hylättävä.

Viides kanneperuste: puolustautumisoikeuden loukkaaminen

Asianosaisten perustelut

407 Vastauksessaan kantajat väittävät, että komissio on loukannut puolustautumisoikeutta, ensinnäkin katsomalla, että kunniasäännöt rikkoivat perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa, vaikkeivät kunniasäännöt sellaisenaan edes olleet sen hallinnollisen menettelyn kohteena (kantajien vastaus s. 19), joka koski ainoastaan SPO:n

3.6.1980 tekemää sitovaa päätöstä, jolla kunniasäännöt saatettiin SPO:oon kuuluvien yhdistysten jäseniä sitovaksi; ja toiseksi perustamalla kantansa ulkomaalaisille yrityksille esitettyihin niiden SPO:n jäsenyyttä koskeviin "leading questions" kysymyksiin, ratkaistaakseen sen, oliko kielletyllä toiminnalla vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

408 Komissio vastaa, että tässä on kysymys uudesta kanneperusteesta, joka on jätettävä tutkimatta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan mukaisesti. Toissijaisesti komissio todistaa tämän perusteen vääräksi.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi

409 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että kantajien puolustautumisoikeuden loukkaamista koskeva kanneperuste on uusi kanneperuste, joka on jätettävä tutkimatta työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan mukaisesti, ja joka on joka tapauksessa perusteeton.

410 Itse asiassa on syytä korostaa, etteivät kantajat ole suullisessa käsittelyssä kiistäneet komission vastauksessaan esittämää toteamusta, jonka mukaan kunniasääntöjä vastaan esitetyt väitteet on käsitelty valitusilmoituksen kohdissa 18, 33—35, 41, 42, 44 ja 46—48. Toisaalta komissio ei ole katsonut, että kyseinen toiminta vaikuttaisi jäsenvaltioiden väliseen kauppaan niiden vastausten perusteella, jotka se on saanut ulkomaalaisille yrityksille esittämiinsä kysymyksiin.

411 Kaikesta edellä olevasta seuraa, että kanne on hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

412 Työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan hävinnyt osapuoli on vaadittaessa velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut. Koska kantajat ovat hävinneet vaatimuksensa, on syytä hyväksyä komission vaatimukset ja velvoittaa kantajat yhteisvastuullisesti korvaamaan oikeudenkäyntikulut, välitoimimenettelystä aiheutuneet kulut mukaan lukien.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(ensimmäinen jaosto)

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

1) Kanne hylätään.

2) Kantajat velvoitetaan yhteisvastuullisesti korvaamaan oikeudenkäyntikulut, välitoimimenettelystä aiheutuneet kulut mukaan lukien.

Schintgen Kirschner Vesterdorf

Lenaerts Bellamy

Julistettiin Luxemburgissa 21 päivänä helmikuuta 1995.

Kirjaaja

H. Jung

Jaoston puheenjohtaja

R. Schintgen

Sisällys

Kanteen taustalla olevat tosiseikat ... II - 299

Oikeudenkäyntimenettely ... II - 304

Asianosaisten vaatimukset ... II - 308

Asianosaisten perustelut ja oikeudelliset perusteet ... II - 309

Päävaatimus ... II - 309

Asianosaisten perustelut ... II - 309

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ... II - 311

Toissijainen vaatimus ... II - 314

Ensimmäinen kanneperuste: perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan rikkominen II - 315

Ensimmäisen osa: relevanttien markkinoiden virheellinen määrittely ... II - 315

Asianosaisten perustelut ... II - 315

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ... II - 317

Toinen osa: riidanalaisten sääntöjen sisällön ja merkityksen virheellinen arviointi II - 321

I — Yleisesitys ... II - 321

Asianosaisten perustelut ... II - 321

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ... II - 322

II — Hintatarjouksen tekemistä aikovien urakoitsijoiden välinen yhteisjärjestely II - 326

Asianosaisten perustelut ... II - 326

1) Hintatarjousaikomuksen ilmoitusvelvollisuus (päätöksen 24—79 kohta) II - 326

2) UPR:n mukaisesti pidetyt kokoukset (päätöksen 25—58 ja 80—92 kohta) ... II - 326

a) Oikeudenhaltijan nimitysperiaatetta koskeva sopimus (päätöksen 26 ja 80 kohta) ... II - 326

b) Hankkeen kustannuksiin liittyvien tekijöiden vertailu (päätöksen 27 ja 81 kohta) ... II - 327

c) Valkoisten hintojen luovuttaminen (päätöksen 28 ja 82 kohta) ... II - 329

d) Mahdollisuus vetäytyä kilpailusta hintavertailun jälkeen (päätöksen 29, 83 ja 84 kohta) ... II - 329

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ... II - 330

III — Hinnan tai sen osien määrääminen yhteisjärjestelyssä ..... II - 334
Asianosaisten perustelut ..... II - 334
1) Hinnankorotukset samanaikaisten tarjousten kyseessä ollessa (päätöksen 31—34, 42—46, 86, 87 ja 96 kohta) ..... II - 334
2) Vapaassa menettelyssä tehtävien urakoiden hinnannousut (päätöksen 60, 61 ja 100 kohta) ..... II - 336
3) Alihankintasopimusten hinnannousut (päätöksen 55—59 kohta ja 100 kohdan 3 kappale) ..... II - 338
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 339
IV — Urakoitsijoiden ja rakennuttajan neuvotteluvapauden rajoittaminen ..... II - 345
Asianosaisten perustelut ..... II - 345
1) Etusija (päätöksen 30 ja 85 kohta) ..... II - 345
2) Oikeudenhaltijan suojelu (päätöksen 39—41, 52—54 ja 93—95 kohta) II - 346
3) Alihankinta (päätöksen 55—59 kohta ja 100 kohdan 3 kappale) ..... II - 350
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 350
V — SPO:n käyttäytyminen sitoutumattomia urakoitsijoita kohtaan (päätöksen 49—51 kohta, ja 98 ja 99 kohta) ..... II - 354
Asianosaisten perustelut ..... II - 354
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 356
Kolmas osa: vaikutukset jäsenvaltioiden väliseen kauppaan puuttuvat ..... II - 361
Asianosaisten perustelut ..... II - 361
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 365
Toinen kanneperuste: perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan rikkominen ..... II - 369
Ensimmäinen osa: markkinoiden erityispiirteiden ja todistustaakkasääntöjen virheellinen arviointi ..... II - 369
1) Markkinoiden erityispiirteet ..... II - 369
Asianosaisten perustelut ..... II - 369
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 372
2) Todistustaakka ..... II - 374
Asianosaisten perustelut ..... II - 374
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 375
Toinen osa: poikkeusluvan myöntämisen edellytysten virheellinen arviointi .... II - 376
1) Sääntöjen vaikutus tuotteiden jakeluun sekä teknisen ja taloudellisen kehityksen edistämiseen sekä kuluttajille jääväkohtuullinen osuus hyödystä ..... II - 377
Asianosaisten perustelut ..... II - 377
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 381

2) Rajoitusten välttämättömyys ja kilpailun estämismahdollisuuden puuttuminen ..... II - 386

Asianosaisten perustelut ..... II - 386

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 389

Kolmas osa: suhteellisuus- ja toissijaisuusperiaatteiden loukkaaminen ..... II - 392

Asianosaisten perustelut ..... II - 392

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 393

Kolmas kanneperuste: asetuksen N:o 17 4 artiklan 2 kohdan 1 alakohdan ja 15 artiklan 2 kohdan rikkominen ..... II - 395

Ensimmäinen osa: rikkomisen puuttuminen ja vapautus sakoista ..... II - 395

Asianosaisten perustelut ..... II - 395

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 397

Toinen osa: tahallisuuden tai huolimattomuuden puuttuminen ..... II - 398

Asianosaisten perustelut ..... II - 398

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 402

Kolmas osa: kohtuuttoman suuret sakot ..... II - 404

Asianosaisten perustelut ..... II - 404

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 407

Neljäs kanneperuste: perustamissopimuksen 190 artiklan rikkominen ..... II - 410

Asianosaisten perustelut ..... II - 410

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 413

Viides kanneperuste: puolustautumisoikeuden loukkaaminen ..... II - 415

Asianosaisten perustelut ..... II - 415

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi ..... II - 416

Oikeudenkäyntikulut ..... II - 417