JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

POIARES MADURO

17 päivänä joulukuuta 2008 [1]

1. Esillä oleva Euroopan komission Kreikkaa vastaan nostama kanne koskee Kreetan saarella sijaitsevaan voimalaan liittyvää julkista hankintasopimusta. Komissio väittää, että jättäessään ensinnäkin julkaisematta tarjouskilpailuilmoituksen ja toiseksi esittämättä ilman tarpeetonta viivytystä perusteluja yhden tarjouksen hylkäämiselle hankintaviranomainen ei ole noudattanut vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY [2] mukaisia velvoitteitaan.

Tosiseikat

2. Heinäkuussa 2003 Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (Kreikan valtion energiayhtiö, jäljempänä DEI) julkaisi Kreetan saarella sijaitsevan Atherinolakosin voimalan kahden höyryllä sähköä tuottavan yksikön hankintaa ja asentamista koskevan tarjouskilpailuilmoituksen. DEI katsoi, että jätetyt tarjoukset eivät täysin täyttäneet tarjouskilpailun ehtoja, minkä vuoksi hankkeesta luovuttiin. Toukokuussa 2004 samasta hankkeesta julkaistiin uusi tarjouskilpailuilmoitus, joka poikkesi hieman ensimmäisestä. Kaikki toisessa tarjouskilpailussa tehdyt viisi tarjousta hylättiin ”soveltumattomina”, koska ne eivät olleet tiettyjen teknisten eritelmien mukaisia, ja menettely keskeytettiin jälleen.

3. DEI kirjoitti 14.12.2004 uutta tarjouskilpailuilmoitusta julkaisematta toiselle kierrokselle osallistuneille viidelle tarjoajalle ja pyysi niitä toimittamaan 15 päivän kuluessa ”lopulliset hintatarjouksensa”, joista on poistettu niiden aikaisempien tarjousten ja hankintaeritelmien väliset erityisesti tekniset eroavuudet. Tässä kirjeessään DEI selitti päättäneensä luopua tarjouskilpailusta, minkä perusteluiksi se esitti muun muassa ”tapauksen koko taustan”, ”kahden uuden yksikön asentamiseen tarvittavan ajan, toisen osalta 29 ja toisen osalta 31 kuukautta”, ”vaatimuksen vastata viipymättä Kreetan kiireelliseen sähköntarpeeseen vuodesta 2007” ja ”ennalta arvaamattoman viivytyksen sopimuksen tekemisessä, mikä johtui aikaisempien tarjouskilpailujen epätyydyttävästä tuloksesta”. Kaikki toiselle kierrokselle osallistuneet tarjoajat tekivät uudet tarjoukset.

1 – Alkuperäinen kieli: englanti

2 – EYVL L 199, s. 84.

4. DEI kirjoitti 7.2.2005 yhdelle tarjoajalle ja hylkäsi sen tarjouksen perusteluja esittämättä. Kyseinen tarjoaja lähetti DEI:lle 10.2., 11.2. ja 10.3.2005 päivätyt kolme kirjettä sekä kehitysministeriölle 17.3. ja 31.3.2005 päivätyt kaksi kirjettä, joissa se pyysi saada tietää tarjouksensa hylkäämisen perusteet. DEI vastasi lopulta 4.4.2005. Tarjoaja vaati tämän jälkeen Monomeles Protodikeio Athinonia (Ateenan alioikeus) antamaan asiasta määräyksen, mutta sen hakemus hylättiin 7.7.2005. DEI teki sopimuksen toisen tarjoajan kanssa 15.9.2005.

5. Hylätyn tarjouksen tekijä kanteli Euroopan komissiolle, joka piti DEI:n menettelyä yhteisön oikeuden vastaisena ja sopimuksen erittäin korkean arvon huomioon ottaen aloitti jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn Kreikkaa vastaan. Koska komissio ei ollut tyytyväinen Kreikan viranomaisten antamaan vastaukseen sen viralliseen huomautukseen ja perusteltuun lausuntoon, se nosti kanteen, jossa se vaati yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan, että Kreikka on jättänyt noudattamatta direktiivin 93/38 20 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisia velvoitteitaan, jotka koskevat hankintamenettelyä ilman ennalta esitettyä tarjouskilpailuilmoitusta, ja 41 artiklan 4 kohdan mukaista velvoitettaan esittää perustelut hylättyjen tarjousten tekijöille.

I Tarjouskilpailuilmoituksen puuttuminen

6. Asiassa sovellettava säännös on direktiiviin 93/38 20 artiklan 2 kohdan a alakohta, jossa säädetään seuraavaa: ”Hankintayksiköt voivat noudattaa menettelyä ilman ennalta esitettyä tarjouskilpailukutsua seuraavissa tapauksissa: – – ennalta esitetyn tarjouskilpailukutsun sisältäneellä menettelyllä ei ole saatu lainkaan tarjouksia tai sopivia tarjouksia, edellyttäen, ettei alkuperäisiä sopimusehtoja olennaisesti muuteta.” Kuten Kreikan hallitus aivan oikein huomauttaa, tässä säännöksessä annetaan hankintaviranomaisille toimivalta luopua tarjouskilpailuilmoitusta koskevasta vaatimuksesta seuraavien kolmen edellytyksen täyttyessä: i) tällainen ilmoitus on jo tehty, ii) tarjouksia tai sopivia tarjouksia ei ole saatu ja iii) alkuperäiset sopimusehdot ovat säilyneet olennaisesti muuttumattomina.

7. Esillä olevassa asiassa on selvää, että ensimmäinen edellytys täyttyy. Kreikan hallitus ja komissio ovat eri mieltä siitä, täyttyvätkö myös toinen ja kolmas edellytys.

Soveltumattomien tarjousten käsite

8. DEI hylkäsi toisessa tarjouskilpailumenettelyssä tehdyt tarjoukset ”soveltumattomina”, koska ne eivät olleet täysin tiettyjen teknisten eritelmien mukaisia. Oliko se oikeassa tarjouksia luonnehtiessaan? Kuinka käsitettä

”soveltumaton” pitäisi toisin sanoen tulkita? Tämä on tärkeä kysymys, sillä siihen annettava vastaus ratkaisee sen, voiko hankintayksikkö tehdä sopimuksen tarjouskilpailuilmoitusta julkaisematta. Jos tehtyjä tarjouksia voidaan perustellusti kuvata ”soveltumattomiksi”, mitään tarjouskilpailuilmoitusta ei enää edellytetä. Jos taas hylättyjä tarjouksia ei voida pitää ”soveltumattomina”, hankintayksikkö on velvollinen aloittamaan koko menettelyn alusta.

9. Komission mukaan ainoastaan tarjous, joka ei selvästikään vastaa hankintaviranomaisen tarpeita, kuuluu ”soveltumattomien” tarjousten luokkaan. Muut vähemmän vakavat eroavuudet voivat olla tarjouksen hylkäämisen perusteina, mutta ne eivät tee siitä ”soveltumatonta” eikä hankintaviranomainen voi siten tehdä sopimusta noudattamatta tavanomaista kilpailumenettelyä. Kreikan hallitus katsoo sitä vastoin, että käsite ”soveltumaton” on määriteltävä vapaammin. Se antaa huomattavan painoarvon direktiivin 45 perustelukappaleelle, jonka mukaan ”kyseisten hankintayksiköiden sovellettaviksi tarkoitetuilla säännöillä on luotava hyvien kauppatapojen kehys ja sallittava mahdollisimman suuri joustavuus”. Sen mielestä hankintaviranomaisille on annettava laaja harkintavalta, jonka nojalla ne voivat hylätä kaikki ”soveltumattomat” tarjoukset, jotka eivät täytä täysin tarjouskilpailuilmoituksessa asetettuja kriteerejä, ja siten edetä ilman uutta tarjouskilpailuilmoitusta.

10. Mielestäni tämä Kreikan hallituksen esittämä tulkinta on liian laaja. Arvioitaessa hankintaviranomaisten harkintavallan laajuutta pitäisi aloittaa perustamissopimuksessa asetetuista edellytyksistä. Asiassa Teleaustria antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset jäävät hankintasopimuksia koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle, mutta näitä sopimuksia tekevien hankintayksiköiden on yleisesti noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta, mikä merkitsee avoimuusvelvollisuutta. [3] Yhteisöjen tuomioistuin selosti tämän jälkeen avoimuusvelvollisuuden sisällöstä seuraavaa: ”Tämän hankintaviranomaisia koskevan avoimuusvelvollisuuden sisältönä on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa.” [4] Näin ollen julkisia hankintoja koskeva avoimuus on ensisijaisesti yhteisön oikeuden vaatimus ja vasta viimeiseksi se käsittää myös ilmoittamisen. Ilmoittamisen merkitys on kaksitahoinen: ensinnäkin potentiaaliset tarjoajat saavat tietää liiketoimintamahdollisuudesta, mikä puolestaan voi johtaa sopimukseen kohdistuvan kilpailun lisääntymiseen, kun tarjouksia tullaan todennäköisesti tekemään useampia; toiseksi ilmoittamisella torjutaan puolueellisuutta ja korruptiota,

3 – Asia C-324/98, Teleaustria, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-10745, 60–61 kohta).

4 – Edellä alaviitteessä 3 mainittu asia, tuomion 62 kohta.

kun sillä helpotetaan hankintamenettelyjen valvontaa.[5] Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä avoimuus yhdistetään syrjinnän kieltoon ja nähdään menetelmänä, jolla varmistetaan tämän yhteisön oikeuden perustavanlaatuisen periaatteen noudattaminen.[6]

11. Tulkittaessa käsitettä ”soveltumaton” on lisäksi annettava merkitystä sille, että julkisia hankintoja koskevien sääntöjen yhtenä tarkoituksena on toimivan kilpailun kehittyminen markkinoilla. Asiassa komissio vastaan Italia, jossa komissio väitti Italian jättäneen noudattamatta useiden direktiivien ja mukaan lukien direktiivin 93/38 mukaisia velvoitteitaan, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että direktiiveillä ”pyritään poistamaan käytännöt, jotka rajoittavat yleisesti kilpailua ja muiden jäsenvaltioiden kansalaisten pääsyä julkisten hankintasopimusten osapuoleksi, muun muassa EY 43 artiklassa vahvistetun sijoittautumisvapauden ja EY 49 artiklassa vahvistetun palvelujen tarjoamisen vapauden panemiseksi täytäntöön”.[7] Kuten yhteisöjen tuomioistuin katsoi direktiiviä 93/37/ETY[8] koskeneessa asiassa aikaisemmin antamassaan tuomiossa, ”direktiivin tärkeimpiä tavoitteita [on] kilpailun toteuttami[nen] julkisten rakennusurakoiden alalla. Alan avaaminen kilpailulle direktiivissä säädettyjen menettelyjen mukaisesti varmistaa nimenomaan sen, ettei julkinen valta suosisi joitakin perusteettomasti”.[9] Toimivalla kilpailulla poistetaan siten esteet, jotka estävät uusien toimijoiden pääsyn markkinoille; se hyödyttää hankintaviranomaisia, jotka voivat tehdä valintansa useamman tarjoajan välillä ja saavat siten todennäköisimmin rahoille vastinetta; lisäksi sillä myötävaikutetaan hankintamenettelyjen luottamuksellisuuden säilyttämiseen sinänsä.

12. Kuten edellä mainituista asioista selvästi ilmenee, kilpailuttamista koskeva vaatimus perustuu yhteisön primaarioikeuteen, ja sitä on tavallisesti noudatettava. Sopimusten tekeminen ilman edeltävää tarjouskilpailuilmoitusta voi aiheuttaa vahinkoa paitsi potentiaalisille tarjoajille, myös kansalaisille, jotka maksavat hankintasuunnitelmat verojen kautta, ja vääristää julkisia hankintoja koskevien sopimusten kilpailuluonnetta, mikä heikentää yhteisön perusvapauksia koskevien perustamissopimuksen sääntöjen tehokkuutta. Tästä syystä säännöstä, jonka nojalla hankintaviranomainen voi olla tekemättä tarjouskilpailuilmoitusta, pitäisi tulkita suppeasti. Direktiivin 93/38 20 artiklan 2 kohta on tällainen säännös. Se alkaa toteamuksella, jonka mukaan hankintayk-

5 – Avoimuusvelvollisuus on nimenomaisesti asetettu hankintayksiköille uusissa hankintasopimuksia koskevissa direktiiveissä. Uuden julkisia hankintoja koskevan direktiivin (julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY; EUVL L 134, s. 114) 2 artiklassa ja uuden alakohtaisen direktiivin (vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY; EUVL 134, s. 1) 10 artiklassa säädetään, että niiden on ”toimittava avoimesti”.

6 – Ks. mm. asia C-275/98, Unitron Scandinavia, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8291, 31 kohta); asia C-19/00, SIAC, tuomio 18.10.2001 (Kok. 2001, s. I-7725, 41 kohta) ja asia C-454/06, pressetext, tuomio 19.6.2008 (Kok. 2008, s. I-4401, 32 kohta).

7 – Asia C-412/04, komissio v. Italia, tuomio 21.2.2008 (Kok. 2008, s. I-619, 2 kohta).

8 – Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54).

9 – Asia C-399/98, Ordine degli Architetti, tuomio 12.7.2001 (Kok. 2001, s. I-5409, 75 kohta). Ks. vastaavasti yhdistetyt asiat C-285/99 ja C-286/99, Impresa Lombardini, tuomio 27.11.2001 (Kok. 2001, s. I-9233, 35 kohta) ja asia C-26/03, Stadt Halle, tuomio 11.1.2005 (Kok. 2005, s. I-1, 44 kohta).

sikkö voi tehdä sopimuksen ilman edeltävää tarjouskilpailukutsua, minkä jälkeen siinä esitetään tyhjentävästi tapaukset, joissa tämä on mahdollista. Yhteisöjen tuomioistuin on jo ottanut kantaa tämän säännöksen oikeaan tulkintatapaan asiassa komissio vastaan Kreikka antamassaan tuomiossa, joka koski säännöksen c ja d alakohdan soveltamista tilanteissa, joissa sopimusten toteuttaminen voidaan teknisistä tai taiteellisista syistä antaa vain tietyn toimijan tehtäväksi ja joissa on äärimmäinen kiire. Yhteisöjen tuomioistuin totesi siinä seuraavaa: ”on ensiksi muistutettava, että poikkeuksina julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyä koskeviin sääntöihin direktiivin 93/38 20 artiklan 2 kohdan c ja d alakohdan säännöksiä on tulkittava suppeasti”. [10] Esillä oleva asia on ratkaistava a alakohdan (tarjousten puuttuminen ja ”soveltumattomat” tarjoukset) perusteella, ja sitä on tulkittava yhtä suppeasti kuin c ja d alakohtaa, sillä mikään 20 artiklan 2 kohdan hengessä tai sanamuodossa saati yhteisöjen tuomioistuimen asiassa komissio vastaan Kreikka antamassa tuomiossa ei oikeuta muunlaista tulkintatapaa.

13. Edellä esitetyn perusteella Kreikan hallituksen esittämää laajaa tulkintaa käsitteestä ”soveltumaton” ei voida hyväksyä. Jos hankintayksiköiden annettaisiin vedota jopa vähäisiin eroavuuksiin tehdyissä tarjouksissa niiden hylkäämiseksi ”soveltumattomina”, käytännössä niille annettaisiin oikeus vapaasti päättää, julkaistaanko tarjouskilpailuilmoitus vai ei. Hankintayksikkö, joka haluaisi ”suosia joitakin perusteettomasti” yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Ordine degli Architetti antamassaan tuomiossa esittämää ilmaisua käyttäen, voisi helposti havaita tehdyssä tarjouksessa kohdan, joka ei ole täysin hankintaeritelmien mukainen, hylätä sen ”soveltumattomana” ja tämän jälkeen tehdä sopimuksen ilman edeltävää uusia tarjouksia koskevaa ilmoitusta. Tämä pätee etenkin suuriin hankkeisiin, jotka edellyttävät kehittynyttä teknistä asiantuntemusta ja joissa hankintaeritelmät ovat ymmärrettävästi hyvin monimutkaisia. Tämä on kuitenkin juuri se vaara, joka joko perustamissopimukseen tai johdettuun oikeuteen sisältyvillä yhteisön hankintasopimuksia koskevilla säännöillä pyritään välttämään. Sen sijaan komission esittämällä tulkinnalla, jonka mukaan tarjous voidaan hylätä ”soveltumattomana” ja hankintayksikkö voi siten edetä ilman tarjouskilpailua ainoastaan, jos tarjous ei vastaa kyseisen yksikön tarpeita, jätetään hankintaviranomaiselle riittävästi harkintavaltaa arvioida tehtyjä tarjouksia ja samalla varmistetaan, ettei julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä jätetä noudattamatta.

14. Kreikan hallitus vetoaa direktiivin 93/38 20 artiklan 2 kohdan c alakohdan laajan tulkinnan tueksi vahvasti direktiivin johdanto-osan 45 perustelukappaleeseen, jossa viitataan ”mahdollisimman suuren joustavuuden” tarpeeseen vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintasopimuksia koskevien sääntöjen osalta. Tästä Kreikan hallitus päättelee, että hankintaviranomaisille on tällä alalla annettu laaja harkintavalta niiden soveltaessa direktiivin säännöksiä, mukaan lukien ”soveltumattomia” tarjouksia ja sopimusten tekemistä ilman edeltävää tarjouskilpailua koskevaa säännöstä. Tätä väitettä vastaan voidaan esittää kaksi perustetta.

10 – Asia C-394/02, komissio v. Kreikka, tuomio 2.6.2005 (Kok. 2005, s. I-4713, 33 kohta).

15. Ensinnäkään 45 perustelukappale ei ole itsenäinen säännös, jolla voitaisiin perustaa oikeuksia tai asettaa velvollisuuksia. Sillä on kaikkien direktiivien johdanto-osien tavoin pikemminkin selittävä tarkoitus, toisin sanoen se auttaa direktiiviä tulkitsevia ymmärtämään sen tavoitteita ja henkeä, jossa se on annettu. Kyseessä olevan asian 45 perustelukappaleessa selitetään, miksi yhteisön lainsäätäjä on vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla antanut hankintasopimuksia koskevia säännöksiä, jotka ovat vähemmän ankaria kuin palvelu- ja tavaranhankintojen osalta annetut säännökset. Vielä tärkeämpää on se, että 20 artiklan 2 kohta on itsessään ilmaus vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla sovelletusta joustavammasta lähestymistavasta, kun siinä annetaan hankintaviranomaisille oikeus edetä ilman tarjouskilpailua useammissa tapauksissa kuin muita aloja koskevissa direktiiveissä.[11] Toisin sanoen yhteisön lainsäätäjä on säätämällä direktiivin 93/38 erityissäännökset itse päättänyt, millä tavoin vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alaa koskevien sääntöjen pitäisi olla joustavampia, ja olisi väärin olettaa, että 45 perustelukappaleessa annettaisiin hankintaviranomaisille direktiivin joustavien säännösten lisäksi itsenäistä joustovaraa.

16. Kuten toiseksi olen jo tuonut esille, yhteisöjen tuomioistuin on pitänyt ilmoittamista perustamissopimuksessa hankintaviranomaisille asetettuna positiivisena velvollisuutena. Tämän velvollisuuden sivuuttamisesta on nimenomaisesti säädettävä laissa, ja sitä on tulkittava suppeasti. Vaikka direktiivin 93/38 tulkintaa koskisi tällainen yleinen joustavuusperiaate, sillä ei voitaisi syrjäyttää yhteisön primaarioikeuteen perustuvia velvollisuuksia.

17. Lopuksi on lausuttava myös hankintasopimuksia koskevien eri direktiivien välisestä suhteesta. Kreikan hallitus on vastustanut voimakkaasti komission näkemystä, jonka mukaan julkisia hankintoja koskevien direktiivien rinnakkainen lukeminen voi auttaa direktiivin 93/38 tulkinnassa. Se väittää, että viimeksi mainitulla direktiivillä otetaan käyttöön vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alaa koskevat erityissäännökset ja että olisi väärin verrata niitä urakka- tai tavaranhankintasopimuksia koskeviin säännöksiin. En yhdy tähän väitteeseen. Täysin yksittäisiä säännöksiä tulee vastaan äärimmäisen harvoin. Säännökset on voitava nähdä oikeassa asiayhteydessä; niistä tulee merkityksellisiä, kun ne luetaan siinä laajemmassa oikeudellisessa yhteydessä, jossa niitä on tarkoitus soveltaa. Julkisten hankintojen osalta yhteisöjen tuomioistuin on usein viitannut hankintasopimuksia koskeviin direktiiveihin sääntöinä, joilla tavoitellaan yhteisiä päämääriä ja jotka perustuvat yhteisiin periaatteisiin. Olen jo aikaisemmin maininnut asiassa komissio vastaan Italia annetun tuomion, jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että direktiivien 92/50,[12] 93/36,[13] 93/37 ja

11 – Kuten komissio korostaa, tämä ”joustavuuteen” liittyvä lähestymistapa selityksenä direktiivin 93/38 hankintasopimuksia koskevien sääntöjen luonteelle saa vastaavasti tukea direktiivin 93/38 korvanneen uuden alakohtaisen direktiivin 28 perustelukappaleesta. Siinä todetaan postipalvelujen osalta seuraavaa: ”tämän direktiivin ja myös sen 30 artiklan sääntöjen [olisi] koskettava postipalveluja tarjoavien hankintayksiköiden tekemiä hankintasopimuksia. Näillä säännöillä luodaan johdanto-osan [yhdeksännessä perustelu]-kappaleessa tarkoitettuja periaatteita noudattaen puitteet hyvälle kauppatavalle ja sallitaan laajempi joustavuus kuin – – direktiivissä 2004/18/EY”. Tässä uutta alakohtaista direktiiviä verrataan uuteen julkisia hankintoja koskevaan direktiiviin sen selittämiseksi, millä tavoin aikaisemman direktiivin säännökset ovat joustavampia kuin jälkimmäisen.

12 – Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1).

13 – Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1).

93/38 yhteisenä tavoitteena on poistaa kilpailua rajoittavat menettelytavat julkisten hankintasopimusten osalta,[14] ja on myös muita tuoreita esimerkkitapauksia, joissa yhteisöjen tuomioistuin on käyttämillään sanavalinnoilla ilmaissut, että hankintasopimuksia koskevia direktiivejä on lähestyttävä systemaattisesti ja johdonmukaisesti.[15] Onko yhteisöjen tuomioistuimelta jäänyt tuolloin huomaamatta, että kussakin direktiivissä säännellään eri alojen julkisia hankintoja ja että niissä vahvistetuissa säännöissä on eroja? Ei varmastikaan. Yhteisöjen tuomioistuin on tarkoittanut sitä, että direktiivit muodostavat keskinäisistä eroistaan huolimatta sellaisten sääntöjen kokonaisuuden, joiden yhteisenä tavoitteena on varmistaa julkisia hankintoja koskevien menettelyjen oikeudenmukaisuus, avoimuus ja tehokkuus.

18. Katson näin ollen, että luonnehtiessaan hylättyä tarjousta ”soveltumattomaksi” ja jättäessään tarjouskilpailuilmoituksen julkaisematta DEI ei ole noudattanut direktiivin 93/38 20 artiklan 2 kohtaa.

Sopimusehdot

19. Koska toinen 20 artiklan 2 kohdan a alakohdassa asetetuista kolmesta edellytyksestä ei ollut täyttynyt, DEI ei voinut käyttää tätä säännöstä hyväkseen riippumatta siitä, säilyivätkö alkuperäiset sopimusehdot muuttumattomina. Täydellisyyden nimissä selitän kuitenkin lyhyesti, miksi komissio on mielestäni oikeassa väittäessään, että alkuperäisiä ehtoja on olennaisesti muutettu.

20. Toisessa tarjouskilpailuilmoituksessa todettiin, että hankintaviranomaisen edellyttämien ja tarjoajien esittämien teknisten eritelmien välisiä eroavuuksia ei hyväksytä. Kuitenkin tarjoukset, jotka eivät olleet täysin näiden eritelmien mukaisia, saatettiin hyväksyä edellyttäen, että eroavuudet liittyivät tarjoajan käyttämän laitteiston teknisiin ominaisuuksiin, että ne oli lueteltu erikseen tarjousasiakirjoissa ja että ne eivät vaikuttaneet voimalan kokonaistehokkuuteen. Tällaisessa tapauksessa tarjoajalla ei ollut velvolli-

14 – Asia C-412/04, komissio v. Italia, tuomio 21.2.2008 tuomion 2 kohta.

15 – Ks. mm. asia C-373/00, Truley, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1931, 42 kohta: ”Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee myös, että julkisia hankintoja koskevien sopimuksentekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettujen yhteisön direktiivien tarkoituksena on tehdä mahdottomaksi niin se, että hankintaviranomainen hankintasopimuksia tehdessään suosisi kotimaisia tarjoajia tai ehdokkaita, kuin sekin, että valtion, alueellisten tai paikallisten viranomaisten tai muiden julkisoikeudellisten laitosten rahoittama tai niiden valvonnassa oleva laitos toimisi muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta”). Ks. myös em. asiassa pressetext annetun tuomion 31 kohta: ”Oikeuskäytännöstä ilmenee, että julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen päätavoite on varmistaa palveluiden vapaa liikkuvuus ja hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa.” Myös asiassa C-513/99, Concordia Bus Finland, tuomio 17.9.2002 (Kok. 2002, s. I-7213, 91 kohta), yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että ”kahta säännöstä, jotka liittyvät samaan yhteisön oikeuden alaan ja jotka ovat sanamuodoltaan olennaisilta osin yhtäpitävät, ei tässä tilanteessa ole mitään syytä tulkita toisistaan poikkeavin tavoin”. Kriteerinä on yhteisöjen tuomioistuimen tässä esittämän mukaisesti pidettävä tulkittavana olevien säännösten asiallista sisältöä. Jos sisältö on asiallisesti sama, myös tulkinnan pitäisi olla sama.

suutta poistaa eroavuuksia ja vastata taloudellisista lisärasituksista. Menettelyn kolmannessa vaiheessa tarjoajia kuitenkin pyydettiin poistamaan aikaisempiin tarjouksiinsa sisältyvät eroavuudet, mistä aiheutuvista kustannuksista ne itse vastasivat, ja niiden edellytettiin toimittavan tältä osin sitovan ilmoituksen.

21. Kreikan hallitus väittää, että 20 artiklan 2 kohdassa ei kielletä kaikkia muutoksia alkuperäisiin sopimusehtoihin, vaan ainoastaan ”olennaiset” muutokset. Kun esittelevä tuomari istunnossa kysyi, miten Kreikan hallitus voi sovittaa yhteen väitteensä siitä, että kaikki toisella kierroksella tehdyt tarjoukset olivat soveltumattomia ja että kolmannella kierroksella ei hyväksytty olennaisia muutoksia, ja sen, että sopimus lopulta annettiin yhdelle alun perin hylätyn tarjouksen tehneistä viidestä tarjoajasta, Kreikan hallituksen asiamies vastasi, että DEI:n kolmannella kierroksella pyytämät muutokset koskivat ainoastaan toisella kierroksella havaittuja ja tarjouksen hylkäämiseen johtaneita eroavuuksia teknisissä eritelmissä, kun taas muut sopimusehdot pysyivät muuttumattomina.

22. Olen samaa mieltä Kreikan hallituksen kanssa siitä, että merkityksellisenä kriteerinä on sopimusehtoihin kohdistuvan muutoksen *olennaisuus*, mutta en ole vakuuttunut siitä, että kysymyksessä oleva muutos olisi epäolennainen tai että se ei olisi riittävän olennainen 20 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitetulla tavalla. Kolmannessa vaiheessa lisättiin uusi merkittävä ehto: tarjoajien oli poistettava kaikki eroavuudet ja vastattava itse kustannuksista, kun taas toisessa vaiheessa tällaiset eroavuudet olisi voitu tarjouskilpailuilmoituksen ehtojen mukaisesti hyväksyä. Hankintaviranomainen piti itse tätä uutta velvollisuutta selvästi merkittävänä, sillä muutoin se ei olisi pyytänyt tarjouskilpailuun osallistuvia toimittamaan tässä suhteessa sitovia ilmoituksia. Vastaavasti tarjoajien kannalta tällainen sopimusehtojen muutos on todella olennainen, sillä se sulkee pois suoralta kädeltä ne, jotka eivät kykene tai halua poistaa eroavuuksia alkuperäisistä tarjouksistaan ja vastata tästä aiheutuvista kustannuksista. Tällaisia muutoksia alkuperäisiin sopimusehtoihin pitäisi aina pitää ”olennaisina”. Kuten olen jo tuonut esille, 20 artiklan 2 kohdan a alakohdan kaltaista säännöstä, jonka nojalla hankintayksikkö voi tehdä sopimuksen ilman tarjouskilpailua, on tulkittava suppeasti, koska se on poikkeus perustamissopimukseen perustuvasta avoimuuden periaatteesta. Tästä syystä hankintaviranomaiset voivat jättää tarjouskilpailuilmoituksen julkaisematta ainoastaan, jos kysymyksessä olevat muutokset eivät selvästi voi vaikuttaa tosiasiallisesti tai mahdollisesti hankintamenettelyyn. Esillä olevassa asiassa ei voida katsoa, että sopimusehtojen muutos olisi epäolennainen tai ettei se olisi riittävän olennainen 20 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitetulla tavalla.

23. Koska DEI oli hylännyt toisella kierroksella tehdyt viisi tarjousta sen vuoksi, että ne eivät olleet täysin edellytettyjen teknisten eritelmien mukaisia, sopimusta oli käytännössä mahdotonta antaa kolmannella kierroksella jollekin näistä viidestä tarjoajasta ilman, että sen tarjousta ensin muutetaan. Siten DEI muutti sopimusehtoja kolmannella kierroksella varmistaakseen, että tarjoajat noudattavat velvollisuutta poistaa eroavuudet, ja pyysi niitä valmistamaan asianomaiset kustannukset sisältävän uuden hintatarjouksen. Jos DEI olisi julkaissut uuden

tarjouskilpailuilmoituksen, tämä olisi ollut täysin asianmukainen menettelytapa. Sen sijaan se kehotti ainoastaan tiettyjä tarjoajia tekemään tarjouksia huolimatta siitä, että alkuperäisiä sopimusehtoja oli olennaisesti muutettu. Näin toimiessaan se jätti noudattamatta direktiivin 93/38 20 artiklan 2 kohdan a alakohtaa.

Kiireellisyys

24. Direktiivin 93/38 20 artiklan 2 kohdan d alakohdassa säädetään, että hankintayksiköt voivat noudattaa menettelyä ilman ennalta esitettyä tarjouskilpailukutsua tapauksessa, jossa ”sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, jos hankintayksiköille ennalta arvaamattomista syistä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi avoimille tai rajoitetuille menettelyille asetettuja määräaikoja ei voida noudattaa”. Komission mukaan tapa, jolla DEI:n kirjeessä toisen kierroksen viidelle tarjoajalle on perusteltu sen päätöstä edetä ilman edeltävää tarjouskilpailuilmoitusta (esimerkiksi viittaukset Kreetan ”kiireelliseen sähköntarpeeseen”, ”kahden uuden yksikön asentamiseen tarvittavaan aikaan” ja ”ennalta arvaamattomiin viivytyksiin”), merkitsee sitä, ettei se tukeutunut pelkästään 20 artiklan 2 kohdan a alakohtaan vaan myös 20 artiklan 2 kohdan d alakohtaan. Kreikan hallitus on eri mieltä. Se väittää DEI:n tukeutuneen alusta alkaen ainoastaan 20 artiklan 2 kohdan a alakohtaan ja tehneen selväksi, että se jatkoi menettelyä ilman tarjouskilpailuilmoitusta, koska kahdella ensimmäisellä kierroksella ei ollut saavutettu tyydyttävää tulosta. Tähän viitattiin ilmaisulla ”tapauksen koko tausta”. Viittaus tilanteen kiireellisyyteen oli liitännäinen, ja sillä haluttiin osoittaa, että yksi DEI:n huomioon otettavista seikoista oli se, että sen oli toimittava nopeasti.

25. Pitää paikkansa, että 14.12.2004 päivätyn kirjeen sanamuodosta saa vaikutelman, että DEI vetoaa kiireellisyyteen yhtenä perusteluna ilman edeltävää tarjouskilpailuilmoitusta noudatettavaan menettelyyn turvautumiselle. Ei ole kuitenkaan selvää, käytetäänkö tätä 20 artiklan 2 kohdan d alakohtaan perustuvana itsenäisenä perusteluna. Koska Kreikan hallitus ei vetoa tähän alakohtaan, yhteisöjen tuomioistuimen ei kuitenkaan ole tarpeen käsitellä kysymystä laajemmalti.

II Viivytys perustelujen esittämisessä

26. Direktiivin 93/38 41 artiklan 4 kohdassa säädetään seuraavaa: ”Hankintayksiköiden, jotka harjoittavat jotain liitteissä I, II, VII, VIII ja IX tarkoitettua toimintaa, on ilmoitettava kirjallisen pyynnön vastaanottamisen jälkeen viipymättä hylätyille ehdokkaille ja tarjoajille seikat, joiden perusteella asianomaisen ehdokkuus tai tarjous on hylätty, sekä hyväksyttävän tarjouksen tehneille valitun tarjouksen ominaisuudet ja suhteelliset edut sekä sopimuspuoleksi valitun tarjoajan nimi.” Komissio väittää, ettei tarjouksen hylkäämisperusteiden ilmoittaminen hylätyn tarjouksen tekijälle kahden kuukauden kuluttua ole tapahtunut tässä säännöksessä tarkoitetulla tavalla ”viipymättä”. Kreikan hallitus myöntää, että asiassa on jonkin verran viivytelty, mutta

väittää, että 41 artiklan 4 kohdan noudattamatta jättämistä arvioitaessa on tutkittava, onko tarjoajalle aiheutunut vahinkoa tämän käyttäessä yhteisön oikeuteen perustuvia oikeuksiaan. Kreikan hallituksen asiamies väitti lisäksi istunnossa, että 41 artiklan 4 kohdan lainsäädäntötausta – komissio oli alun perin ehdottanut perusteiden esittämiselle 15 päivän määräaikaa, kuten julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä, ja Euroopan parlamentin hylättyä ehdotuksen käsite ”viipymättä” otettiin käyttöön – viittaa siihen, että hankintaviranomaisille olisi annettava jonkin verran liikkumavaraa niiden käsitellessä pyyntöjä tarjouksen hylkäämisperusteiden ilmoittamisesta. Kreikan hallitus katsoo, että koska esillä olevassa asiassa hylätyn tarjouksen tekijällä oli käytettävissään oikeussuojakeino hankintayksikön päätöksen lainmukaisuuden riitauttamiseksi, DEI:n ei voida katsoa jättäneen noudattamatta direktiiviä, kun se vastasi pyyntöön kahden kuukauden kuluttua.

27. Yhdyn Kreikan hallituksen näkemykseen siitä, että ilmaisun ”viipymättä” käyttäminen mihinkään erityiseen määräaikaan viittaamatta merkitsee sitä, ettei 41 artiklan 4 kohtaa pidä tarkastella turhan ankarasti. Se, että julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä säädetään nimenomaisesti 15 päivän määräajasta, [16] kun taas alakohtaisessa direktiivissä 93/38 siitä ei säädetä, merkitsee yhteisön lainsäätäjän jättäneen tarkoituksella kysymyksen siitä, miten nopeasti hankintayksikön pitäisi vastata, ratkaistavaksi tapauskohtaisesti.

28. Arvioitaessa, mikä on ”viipymättä” annettu vastaus missä tahansa tapauksessa, yhtenä huomioon otettava seikkana on se, saattoiko tarjoaja käyttää yhteisössä tarjottuja ja kansallisessa oikeudessa säädettyjä oikeussuojakeinoja päätöksen lainmukaisuuden riitauttamiseksi tuomioistuimessa. Jollei hankintayksikkö selitä, miksi tietty tarjous on hylätty, hylätyn tarjouksen tekijä ei voi tietää, onko päätöksen riitauttamisessa järkeä ja millä perusteilla se pitäisi riitauttaa.

29. Julkiseen hankintamenettelyyn osallistuvien tarjoajien etujen turvaaminen on kuitenkin vain yksi 41 artiklan 4 kohdan tavoitteista. Tällä säännöksellä pyritään myös turvaamaan itse hankintamenettelyn luotettavuus ja tehokkuus. Tässä hyötyjiä ovat itse hankintayksiköt ja viime kädessä veroja maksavat kansalaiset. Tämän vuoksi tulkittaessa käsitettä ”viipymättä” on pidettävä mielessä, että hankintayksiköille asetettu velvollisuus esittää perusteet viipymättä tekee jonkin tahon perusteettomasta suosimisesta vähemmän houkuttelevaa ja edistää yhteisön oikeuden mukaisten vaatimusten täyttämistä. Kyseinen 41 artiklan 4 kohta on menettelyllinen tae, joka auttaa varmistamaan, että tarjouksen hylkäämisperusteita ei esitetä verukkeena sopimusten antamiselle mielivaltaisella tavalla. Toisin sanoen tällä

16 – Direktiivin 93/37 8 artiklan 1 kohta; direktiivin 93/36 7 artiklan 1 kohta ja direktiivin 92/50 12 artiklan 1 kohta.

säännöllä on varoittava vaikutus: hankintaviranomainen, joka tietää, että välittömästi tarjouksen valinnan jälkeen sen on perusteltava valintansa ja selitettävä, miksi muut tarjoukset on hylätty, ei yhtä todennäköisesti poikkea yhteisön hankintasopimuksia koskevista säännöistä.

30. Kohtuuttomista viivytyksistä perusteiden esittämistä koskevaan pyyntöön vastaamisessa saattaa lisäksi aiheutua huomattavia tehokkuuteen liittyviä kustannuksia. Esimerkiksi nyt esillä olevassa asiassa DEI on itse korostanut, että Kreetalla tarvittiin *kiireellisesti* lisäsähkön toimituksia. Kuitenkin se lykkäsi menettelyä kahdella kuukaudella jättäessään selittämättä, miksi se valitsi tietyn tarjouksen ja hylkäsi muut. Kreikan hallitus ei ole esittänyt mitään syitä DEI:n viivyttelyyn, mitä on vaikea sovittaa yhteen kysymyksessä olevan sopimuksen kiireellisyyden kanssa. Kun otetaan huomioon, että useita suuria hankkeita eri jäsenvaltioissa rahoitetaan jossain määrin yhteisön talousarviosta, on kohtuullista odottaa, että hankintaviranomaiset noudattavat yhteisön hankintasopimuksia koskevia sääntöjä tehokkuuden vaatimukset huomioon ottavalla tavalla.

31. On myös huomattava, että direktiivin 93/38 korvanneen uuden alakohtaisen direktiivin 49 artiklan 2 kohdassa säädetään, että hankintayksiköiden on ilmoitettava ”mahdollisimman nopeasti” hylätyille tarjoajille seikat, joiden perusteella niiden tarjoukset on hylätty, ja että ”tähän kuluva aika ei missään tapauksessa saa ylittää 15[:tä] päivää asiaa koskevan kirjallisen pyynnön vastaanottamisesta”. Direktiivin laatijat ovat itse arvioineet, mikä on hyväksyttävä aika hylkäämisperusteiden esittämiselle, ja siten poistaneet kaiken harkintavallan hankintaviranomaisilta. Esillä oleva asia on eittämättä ratkaistava ajallisesti direktiivin 93/38 eikä direktiivin 2004/17 perusteella. Ei voida kuitenkaan sivuuttaa yhteisön lainsäätäjän päätöstä siitä, että mitkä perusteet sitten oikeuttivatkaan aikaisemmin joustavamman lähestymistavan tähän kysymykseen vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla, näitä perusteita ei enää ole. Näin ollen tällä alalla on nyt sovellettava samaa, ankarampaa säännöstä, jota sovelletaan tavaranhankinta-, urakka- ja palvelusopimuksiin ja jonka mukaan 15 päivän määräaikaa ei voida ylittää missään tapauksessa. Vaikka tätä säännöstä ei voida soveltaa esillä olevaan asiaan, olisi selvästi keinotekoista ehdottaa, ettei yhteisöjen tuomioistuin ota sitä huomioon. Direktiivin 93/38 perusteella kohtuullisena aikana pidettävä aika on viime kädessä ratkaistava tapauskohtaisesti, jolloin on pidettävä mielessä julkisissa hankinnoissa yleisesti edellytettävä tarkoituksenmukaisuus, joka ei rajoitu tarjoajien oikeuksien turvaamiseen. Mielestäni ”viipymättä” annettavan vastauksen käsitettä pitäisi näin ollen tulkita suppeasti, kun otetaan huomioon tavanomaiset määräajat julkisia hankintoja koskevilla muilla aloilla. Mielestäni se, että DEI ei kahteen kuukauteen kyennyt esittämään hylätyn tarjouksen tekijälle perusteita, merkitsee direktiivin 93/38 41 artiklan 4 kohdan rikkomista, kun tälle julkisissa hankinnoissa tavanomaisesti noudatettavat määräajat selvästi ylittävälle viivytykselle ei ole esitetty minkäänlaisia erityisiä perusteluja.

III Ratkaisuehdotus

32. Ehdotan yhteisöjen tuomioistuimelle, että se toteaisi, että jättäessään julkaisematta DEI:n välityksellä tarjouskilpailuilmoituksen ja esittämättä viipymättä hylätyn tarjouksen tekijälle perusteita sen tarjouksen hylkäämiselle Kreikka on jättänyt noudattamatta vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY 20 artiklan 2 kohdan ja 41 artiklan 4 kohdan mukaisia velvoitteitaan.