JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
GIUSEPPE TESAURO
17 päivänä marraskuuta 1994 *

1. Tällä kanteella komissio pyytää yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan, että Alankomaiden kuningaskunta on jättänyt täyttämättä julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 77/62/ETY [1] (jäljempänä tavaranhankintadirektiivi), sellaisena kuin se on muutettuna 22 päivänä heinäkuuta 1980 annetulla neuvoston direktiivillä 80/767/ETY [2] ja 22 päivänä maaliskuuta 1988 annetulla direktiivillä 88/295/ETY [3], sekä ETY:n perustamissopimuksen 30 artiklan mukaan sille kuuluvat velvollisuudet.

Tarkemmin komissio pitää yhteisön säädösten vastaisena Nederlands Inkoopcentrum NV:n (jäljempänä NIC) 10.12.1991 *Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä* julkaisemaa hankintasopimusilmoitusta, joka koski meteorologisen aseman varustamista ja ylläpitämistä. [4] Komissio esittää kaksi väitettä: ilmoituksessa ei mainita henkilöitä, jotka saavat olla läsnä tarjousten avaustilaisuudessa, eikä tämän tilaisuuden päivää, kellonaikaa eikä osoitetta; hankintaehdoissa mainitaan tekninen eritelmä, joka määritellään viittaamalla tietyn tavaramerkin eli ITT-konserniin kuuluvan Bell Laboratories -yrityksen tietojärjestelmä UNIXin tuotteeseen, eikä siinä mainita tarjoajan mahdollisuudesta käyttää muuta vastaavaa järjestelmää.

On todettava, että komissio ilmoitti nämä huomautuksensa Alankomaille ja hankintaviranomaiselle julkisia tavarahankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY 3 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetyn menettelyn mukaisesti. [5] Ilmoituksessa mainittiin, että kyseessä on ETY:n perustamissopimuksen 169 artiklassa tarkoitettu lausunto ja että Alankomaiden hallituksen myöhemmän vastauksen katsottaisiin olevan perustamissopimuksen kyseisessä artiklassa tarkoitettu huomautus.

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — EYVL 1977 L 13, s. 1.

2 — EYVL L 215, s. 1.

3 — EYVL L 127, s. 1.

4 — Tämä ilmoitus nro 91/S233-37730/NL on julkaistu EYVL:ssä S 233, 10.12.1991, s. 25.

5 — EYVL L 395, s. 33.

2. Jotta olisi mahdollista ymmärtää täsmällisesti esille tuotujen väitteiden merkitys ja vastaajan puolustusperusteet, on hyödyllistä palauttaa mieleen kyseessä olevien direktiivien tähän tapaukseen soveltuvat säädökset.

Tavaranhankintadirektiivin 9 artiklan 5 kohta velvoittaa hankintaviranomaiset noudattamaan hankintailmoituksia laatiessaan liitteessä III olevia malleja. Mutta jos hankintamenettely on avoin kuten tässä tapauksessa, ilmoituksessa on oltava erityisesti seuraavat maininnat (liitteen 7 kohta):

"a) Henkilöt, jotka saavat olla läsnä tarjousten avaustilaisuudessa.

b) Avaustilaisuuden päivä, kellonaika ja osoite."

Saman direktiivin II osaston "yleiset teknisen alan säännökset" 7 artiklan 6 kohdassa säädetään lisäksi, että

"Jäsenvaltioiden on kiellettävä sisällyttämästä tietyn sopimuksen kohtiin teknisiä eritelmiä, joissa mainitaan tietyn valmistajan taikka tiettyä alkuperää oleva tai erityisen menetelmän avulla valmistettu tuote ja jotka sen vuoksi suosivat tai sulkevat pois joitain yrityksiä, jolleivat sellaiset eritelmät ole sopimuksen kohteen kannalta perusteltuja. Erityisesti tavaramerkkien, patenttien, tyyppien tai tuotteen nimenomaisen alkuperän tai tuotannon mainitseminen on kielletty; se on kuitenkin sallittua, jos mainintaan liitetään ilmaisu 'tai vastaava', milloin sopimuksen kohdetta ei muuten voida kuvata tarpeeksi tarkoilla ja kaikille asianosaisille täysin selvillä eritelmillä."

Lopuksi direktiivin 89/665/ETY 3 artikla mahdollistaa jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten ja hankintaviranomaisten nopean puuttumisen tilanteeseen; tähän menettelyyn komissio voi turvautua ennen sopimuksen tekemistä, jos se katsoo, että "sopimuksentekomenettelyssä on tapahtunut selvä ja ilmeinen julkisia hankintoja koskevien yhteisön säännösten vastainen virheellinen menettely". Tässä tilanteessa komissio siis ilmoittaa havaitut virheelliset menettelyt edellä mainituille viranomaisille ja pyytää niiden oikaisemista; tästä hetkestä lähtien jäsenvaltiolla on 21 päivää aikaa toimittaa komissiolle vahvistus, että kyseinen virheellinen menettely on oikaistu, tai perusteltu päätelmä siitä, miksi oikaisua ei ole tehty, tai ilmoitus, että sopimuksentekomenettely on keskeytetty.

3. Ennen kuin tarkastellaan asian aineellista puolta, on välttämätöntä tutkia Alankomaiden hallituksen kanteen tutkimatta jättämiseksi esittämiä kahta väitettä.

Alankomaiden hallitus väittää ensinnäkin, että komission toiminta ei ole ollut direktiivin 89/665/ETY 3 artiklan 1 ja 2 kohdan mukaista. Kuten on jo todettu, siinä edellytetyn menettelyn tarkoituksena on ilmoittaa ajoissa ja joka tapauksessa ennen hankintaa kyseiselle jäsenvaltiolle ja hankintaviranomaisille siitä, että on tapahtunut selvä ja ilmeinen yhteisön säännösten loukkaus. Komission väitteet on kuitenkin ilmoitettu Alankomaille kuusi kuukautta kyseisen ilmoituksen julkaisemisen jälkeen eli sopimuksen allekirjoittamisen aattona. Hankintaviranomainen puolestaan sai ilmoituksen vasta muutamaa päivää myöhemmin, eli, minkä komissio myöntää, kun hankinta oli jo tapahtunut. [6] Vastaajan mukaan kyseessä on ETY:n perustamissopimuksen 5 artiklan mukaisen jäsenvaltioiden ja yhteisön toimielinten välisen yhteistyövelvoitteen rikkominen, koska ei voida järkevästi olettaa, että yhden työpäivän varoitusajalla lykätään useita kuukausia aiemmin aloitettua hankintamenettelyä, kun lisäksi otetaan huomioon tätä koskevan pyynnön hankintaviranomaiselle toimittamisen viivästyminen.

Toinen Alankomaiden hallituksen väite kanteen tutkimatta jättämiseksi perustuu siihen seikkaan, että myös komissio viittasi samaan tekniseen eritelmään eli UNIX-tietojenkäsittelyjärjestelmään tutkittavana olevaa ilmoitusta myöhemmin julkaistussa hankintasopimusilmoituksessa [7]. Tämä siis osoittaisi NIC:llä olleen täysin perusteltu syy arvioida, että edellä mainitun eritelmän käyttö ei riko missään suhteessa yhteisöoikeutta, kun komissio itsekin piti UNIX-järjestelmää vallitsevan käytännön mukaisena yleisesti hyväksyttynä teknisenä määräyksenä.

4. Alankomaiden hallituksen komissioon kohdistama arvostelu on ymmärrettävää. Kun kuitenkin käsitykseni mukaan arvostelun perustetta on tutkittava vain oikeudellisesti, on todettava, ettei se voi oikeuttaa kanteen tutkimatta jättämistä. Ainakaan en aio suositella tuomioistuinta näin lausumaan.

On huomattava ensinnäkin, että se seikka, että komissio aloitti myöhässä direktiivin 89/665/ETY 3 artiklan mukaisen erityismenettelyn korjatakseen julkisia hankintasopimuksia koskevien yhteisön säädösten louk-

6 — Kantajan vastauksessaan komissio myöntää, että kirjattu, väitteet sisältävä kirje lähetettiin 25.6.1992 Alankomaiden hallitukselle mutta ei NIC:lle; NIC oli siis saanut siitä telefaksin komission yksiköiltä vasta 29.6.1992.

7 — Tässä on kyse hankintailmoituksesta nro 92/S116-223439/FR, julkaistu EYVL:ssä S 116, 17.6.1992, s. 77.

kauksen, ei varmasti voi estää komissiota toimimasta kyseessä olevaa jäsenvaltiota vastaan loukkauksen toteamiseksi perustamissopimuksen 169 artiklan nojalla. Tämä menettely ei ole sidottu määräaikaan siltä osin kuin se on ETY:n perustamissopimuksen 155 artiklassa komissiolle osoitetun yhteisöoikeuden noudattamisen jatkuvan valvonnan yksi muoto; [8] niinpä selvät normihierarkkiset päätelmät riittävät poistamaan kaikki epäilykset tältä osin.

Toisaalta jos direktiivin 89/665/ETY 3 artiklassa edellytetyn menettelyn tunnettu tarkoitus, kuten direktiivin perustelukappaleista [9] ilmenee, on perustaa menetelmä, joka mahdollistaa komission nopean puuttumisen jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten toimiin ennen kuin julkinen hankinta on tehty, jotta voitaisiin estää korvaamattomat, laittomasta hankintasopimuksen tekemisestä mahdollisesti seuraavat vahingot, tämä menetelmä ei todellisuudessa lisää eikä vähennä komission perustamissopimuksen 169 artiklan mukaista valtaa. Siinä edellytettyyn menettelyyn komission on joka tapauksessa turvauduttava, kun kyseessä oleva jäsenvaltio ei ole vastannut tai ei ole vastannut tyydyttävällä tavalla direktiivin 89/665/ETY 3 artiklan mukaiseen ilmoitukseen, jos komissio haluaa tuomioistuimen lausuvan siitä, että jäsenvaltio on laiminlyönyt sille yhteisön julkisia hankintasopimuksia koskevien säädösten mukaan kuuluvat velvollisuudet.

5. Ottaen huomioon edeltävät päätelmät yhtäaikainen ryhtyminen direktiivin 89/665/ETY säädösten ja perustamissopimuksen 169 artiklan mukaisiin menettelyihin vastaa menettelytaloudellisia vaatimuksia, joihin voi käsittääkseni täysin yhtyä. Komissio on toiminut myöhässä, ja tältä osin en voi kuin allekirjoittaa siihen kohdistetun arvostelun; mutta tämän ainoana seurauksena on vaara toimen tehottomuudesta, mitä kyseessä olevan erikoismenettelyn tarkoituksena oli välttää.

Toisaalta sen jälkeen kun neuvoston direktiivin lopullisesta tekstistä oli poistettu alun perin komissiolle suodut tehokkaat puuttumiskeinot [10], perustamissopimuksen 169 artiklan mukainen menettelyn nopeuttaminen asettamalla komission ilmoitukseen annettavalle vastaukselle korkeintaan 21 päivän määräaika on ainoa seikka, joka vastaa säädöksen siihen tarkoitukseen, joka on

8 — Katso tältä osin asia 324/82, komissio v. Belgia, tuomio 10.4.1984, Kok. 1984, s. 1861, 11 ja 12 kohta.

9 — Katso erityisesti perustelukappaleet 2, 7 ja 8.

10 — Erityisesti mahdollisuus lykätä kiireellisessä tapauksessa julkista tavarahankintaa, kun yhteisön säädöksiä on loukattu tietyillä erityisen vakavilla tavoilla; katso direktiiviehdotuksen 4 ja 5 artikla (EYVL C 15, 19.1.1989, s. 8).

vahvistaa myös yhteisön tasolla julkisia hankintoja koskevien säädösten soveltamisen valvontamenetelmien tehokkuutta.

Tässä artiklassa tyydytään itse asiassa täsmentämään se, mikä on tässä kohtuullisena pidettävä määräaika perustamissopimuksen 169 artiklassa edellytetyssä menettelyssä kyseiselle jäsenvaltiolle vastata ilmoitukseen ja mahdollisesti valmistella tehokkaasti puolustustaan sitä vastaan esitettyihin väitteisiin. [11] Sitä vastoin sellainen vaihtoehto on ehdottomasti poissuljettu, että tämän artiklan tarkoituksena olisi asettaa komission toiminnalle määräaika oikeuden menettämisen uhalla.

6. Toinen vastaajan väite kanteen tutkimatta jättämiseksi nojautuu perusteltuun luottamukseen koskien sitä, onko riidan kohteena oleva tekninen eritelmä yhteisön säädösten mukainen: eivät ainoastaan Alankomaiden viranomaiset vaan myös komissio on käyttänyt julkisessa tarjouskilpailuilmoituksessa tätä eritelmää.

Tässä suhteessa tyydyn toteamaan, että tarjolla on kaksi vaihtoehtoa. Ensimmäisen mukaan tämän eritelmän käyttö ei ole vastoin julkisia hankintasopimuksia koskevia säädöksiä, ja siis yhtä hyvin yhteisöjen toimielimet kuin kansalliset viranomaiset voivat laillisesti käyttää sitä kuvaillessaan hankintasopimuksen kohdetta. Siinä tapauksessa komission nostama kanne täytyy hylätä perusteettomana ainakin tältä osin.

Jos sitä vastoin kyseessä on yhteisöoikeuden vastainen menettely, en tosiaan tiedä, miten se, että komissio on itse rikkonut tavaranhankintadirektiivin säädöksiä, voisi oikeuttaa Alankomaiden viranomaiset mahdollisesti toimimaan samalla tavalla. Jopa yhteisön toimielinten on kunnioitettava julkisia hankintasopimuksia koskevia säädöksiä; jos ne eivät niitä kunnioita, mikään oikeusperiaate ei oikeuta jäsenvaltioita tekemään samoin. Ja vaikka toimielin on syyllistynyt tällaiseen virheelliseen menettelyyn, sen ei ole kiellettyä saattaa asia tuomioistuimen käsiteltäväksi jäsenvaltion tekemän loukkauksen toteamiseksi.

On siis syytä hylätä myös tämä peruste kanteen tutkimatta jättämiseksi.

7. On kiistatonta, että tavaranhankintadirektiivi soveltuu tähän tapauk-

11 — Katso tältä osin asia 293/85, komissio v. Belgia, tuomio 2.2.1988, Kok. 1988, s. 305, 13 ja 14 kohta.

seen, [12] joten ryhdyn tutkimaan vastaajaa vastaan esitettyjen väitteiden aineellisia perusteita.

Kuten olen todennut, komissio moittii hankintaviranomaista ensinnäkin siitä, että se on rikkonut tavaranhankintadirektiivin 9 artiklan 5 kohtaa, kun se on hankintailmoitusta laatiessaan jättänyt noudattamatta kyseisen direktiivin III liitteessä — johon edellä mainittu artikla viittaa — mainittuja säännöksiä; liitteen 7 kohdan mukaan on mainittava henkilöt, jotka saavat olla läsnä tarjousten avaustilaisuudessa, sekä avaustilaisuuden päivä, kellonaika ja osoite. Alankomaiden hallitus on yhtä mieltä komission kanssa siitä, että hankintaviranomaisen on laadittava hankintailmoitus edellä mainitun liitteen mallin mukaisesti, ja siitä, että saman liitteen 7 kohdassa oleva säännös on luonteeltaan ehdoton. Se väittää kuitenkin, että kyseiset maininnat ovat välttämättömiä vain silloin, kun hankintaviranomainen aikoo rajoittaa läsnäolo-oikeutta tarjousten avaustilaisuudessa esimerkiksi varaten oikeuden niille tavarantoimittajille, jotka ovat esittäneet tarjoukset. Jos sitä vastoin, kuten esillä olevassa tapauksessa, avaustilaisuus on julkinen ja avoin kaikille asiasta kiinnostuneille, tämä maininta on tarpeeton.

Toisaalta esitetyt tarjoukset ovat tavallisesti niin mutkikkaita ja laajoja, että niitä on mahdotonta lukea kokonaan avaustilaisuudessa, joten tavarantoimittajien mahdollisuus valvoa hankintaviranomaisen toimintaa tässä menettelyn vaiheessa ja mahdollisesti toimia ajoissa oikeuksiaan puolustaakseen on täysin näennäinen.

8. En ole taipuvainen tässäkään kohdassa puoltamaan Alankomaiden hallituksen väitteitä. Ensinnäkin väitteille ei löydy mitään tukea direktiivin sanamuodosta. Kun direktiivissä määritellään ne maininnat, jotka hankintailmoituksen on sisällettävä turvauduttaessa avoimeen menettelyyn, III liitteessä erotetaan selvästi pakolliset ja vapaaehtoiset maininnat. Pakollisiin kuuluvat tavaroiden toimituksen määräaika (4 kohta), kyseessä olevan viranomaisen hankintasopimukseen liittyvästä asiakirjasta perittävä hinta ja sen maksuehdot (5 kohdan c alakohta) tai vielä sopimuspuoleksi valittavalta tavarantoimittajien ryhmittymältä mahdollisesti vaadittava oikeudellinen muoto (10 kohta).

Sitä vastoin 7 kohdassa olevista säännöksistä ei ole mitään mahdollisuutta myöntää poikkeusta erityisesti tarjousten avaustilaisuudessa noudatettavan menettelyn osalta. Tämä on täydellisesti sopusoinnussa kyseessä olevan säännöstön kanssa, jonka mukaan kaik-

12 — Alankomaiden hallitus kiistää, että NIC:n voitaisiin katsoa olevan tavarahankintadirektiivin tarkoittama hankintaviranomainen, mutta tunnustaa, että direktiivi soveltuu kyseessä olevaan tavarahankintaan siltä osin kuin NIC on tässä tapauksessa toiminut Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituutin (Alankomaiden kuninkaallinen meteorologiainstituutti) nimissä ja lukuun, jonka on puolestaan katsottava olevan edellä mainitun direktiivin mukainen hankintaviranomainen.

kien hankintaviranomaisten hankinnat mahdollistavien toimien ja menettelyjen avoimuus on yksi tehokkaimmista välineistä avata pääsy julkisille hankintamarkkinoille. On syytä pitää mielessä myös se, että yhteisön säännöstön tehokasta soveltamista ei useassa tapauksessa voi taata muutoin kuin toimimalla ajoissa sen loukkaamistapauksissa. Niinpä voidaan ymmärtää tavarantoimittajien mahdollinen kiinnostus osallistua hankintamenettelyyn ja olla läsnä tarjousten avaustilaisuudessa, kun — kuten komissio toteaa — ne voivat tunnistaa kilpailijansa ja varmistaa jo tässä vaiheessa, täyttävätkö ne tavaranhankintadirektiivin 20 artiklassa ja seuraavissa artikloissa säädetyt laadulliset kelpoisuusehdot. On siis selvää, että tämä valvontamahdollisuus olisi täysin turha, jos tarjousten avaustilaisuuden (vaikka se olisikin julkinen) käytännöllisiä menettelyjä ei tunnettaisi.

9. Mitä tulee tavaranhankintadirektiivin 7 artiklan 6 kohdan ja perustamissopimuksen 30 artiklan väitettyyn loukkaukseen, kun kanteen kohteena olevissa hankintaehdoissa on tietyn tuotteen mainitseva tekninen eritelmä, Alankomaiden hallitus väittää, että todellisuudessa hankintaehdot viittaavat tuoteperheeseen siltä osin kuin UNIX-järjestelmää pidetään tietotekniikan alalla käyttäjien yleisesti tuntemana teknisenä määräyksenä. Siis maininnan "tai vastaava" tarkoituksellisella poisjättämisellä UNIX-järjestelmään viittaamisen jälkeen halutaan saada kiinnostuneet tavarantoimittajat ymmärtämään, että NIC ei tarkoita viittausta tiettyyn, vaan juuri tietynlaiseen tuotteeseen. Väitteensä tueksi Alankomaiden hallitus tuo esille sen, että hankintasopimus tehtiin lopulta sellaisen tavarantoimittajan kanssa, joka ei käyttänyt UNIX-järjestelmää vaan vastaavaa muuta järjestelmää.

Tältä osin totean vastaajan myöntävän, että UNIX-järjestelmää ei ole standardoitu, eli se ei ole tietotekniikan alalla tunnustetun kansainvälisen standardisointijärjestön hyväksymä tekninen eritelmä. Se on itse asiassa luotu tuottajien ja kuluttajien epävirallisessa järjestössä, tarkemmin AT & T:n UNIX-järjestelmään perustuvaa käyttöjärjestelmää vakiinnuttavassa X/OPENissa, ja sen tarkoituksena on nopeuttaa standardointimenettelyä. [13] Mutta vasta kun viralliset tahot omaksuvat itselleen näiden järjestöjen työn tulokset, näistä teknisistä eritelmistä tulee standardeja. Niinpä on mielestäni vaikea tukea Alankomaiden hallitusta, jonka mielestä tarjousviranomaisen toiminta on standardoinnista tietotekniikassa ja televiestinnässä 22.12.1986 tehdyn neuvoston

13 — Katso tältä osin asiakirjaa "Standardization - Fact Sheet 4", joka on komission pääosasto XIII:n tekemä ja johon molemmat osapuolet viittaavat.

päätöksen 87/95/ETY [14] mukaista; tämä päätös edellyttää jäsenvaltioiden viittaavan eurooppalaisiin ja kansainvälisiin standardeihin näiden alojen tekniikan julkisissa hankinnoissa, ja kuten kantajakin myöntää, UNIX-järjestelmä *ei kuulu näihin kahteen ryhmään.*

Koska siis UNIX on tietyn tuotteen tavaramerkki, se seikka, että hankintaa koskevassa ilmoituksessa on tähän järjestelmään viittaava kohta ilman, että siinä on mainintaa "tai vastaava", on tavaranhankintadirektiivin 7 artiklan 6 kohdan loukkaus. Sitä paitsi kun tämä kohta ainakin lähtökohtaisesti varaa *hankintasopimuksen ainoastaan sellaisille* tavarantoimittajille, jotka aikovat käyttää nimenomaisesti mainittua järjestelmää, se häiritsee tuontivirtoja yhteisön sisäisessä kaupassa ja rikkoo perustamissopimuksen 30 artiklaa. [15]

10. Mielestäni tätä päätelmää ei voi muuttaa se seikka, että hankintasopimus on myöhemmin tehty sellaisen tavarantoimittajan kanssa, joka käytti vastaavaa järjestelmää kuin ilmoituksessa nimenomaisesti oli mainittu, kun kyseessä olevan kaltaisen kohdan mainitseminen tarjouspyyntöasiakirjassa voi joka tapauksessa aiheuttaa sen, että vaadittua vastaavaa järjestelmää käyttävä taloudellinen toimija ei tee hankintatarjousta juuri kyseisen kohdan takia.

Edeltävien päätelmien perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin:

— toteaa, että jättämällä mainitsematta hankintailmoituksessaan henkilöt, jotka saavat olla läsnä tarjousten avaustilaisuudessa, sekä avaustilaisuuden päivän,

14 — EYVL 1987 L 36, s. 31.

15 — Katso tältä osin asia 45/87, komissio v. Irlanti, tuomio 22.9.1988, Kok. 1988, s. 4929, erityisesti 12—27 kohta.

kellonajan ja osoitteen, sekä mainitsemalla hankintaehdoissa teknisen eritelmän viittaamalla tietyllä tavaramerkillä määriteltyyn tuotteeseen, Alankomaiden hallitus on jättänyt täyttämättä neuvoston direktiivin 77/62/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna neuvoston direktiiveillä 80/767/ETY ja 88/295/ETY, sekä perustamissopimuksen 30 artiklan mukaan sille kuuluvat velvollisuudet;

— velvoittaa Alankomaiden kuningaskunnan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.