JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
27 päivänä marraskuuta 2007 [1]

I Johdanto

1. Italian tasavallan Consiglio di Stato kysyy yhteisöjen tuomioistuimelta EY 234 artiklan nojalla, ylittääkö julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY [2] 30 artiklan 4 kohta varsinaisen direktiivin rajat ja koskeeko se sellaistenkin sopimusten tekemistä, jotka eivät kuulu direktiivin soveltamisalaan.

2. Yhdistetyissä asioissa Lombardini ja Mantovani 27.11.2001 annetussa tuomiossa [3] tulkittiin kyseistä säännöstä ja todettiin, että on olennaisen tärkeää, että kukin tarjoaja, jonka epäillään tehneen poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen, esittää mielipiteensä ja toimittaa asiaankuuluvat selvitykset (53 kohta).

3. Tässä ennakkoratkaisumenettelyssä pyritään selvittämään, sisältääkö kyseinen positiivinen oikeussääntö yhteisön yleisen oikeusperiaatteen, jota on sovellettava julkisissa hankinnoissa riippumatta siitä, kuuluvatko ne alakohtaisten direktiivien [4] soveltamisalaan.

4. Italian ylimmän tuomioistuimen esille ottama ongelma liittyy hyvin poikkeukselliseen tilanteeseen: kansallisessa lainsäädännössä velvoitetaan sulkemaan tällaiset tarjoukset automaattisesti sopimusten tekomenettelyjen ulkopuolelle, jos sopimusten arvo jää direktiiveissä säädetyn arvon alapuolelle, ja lisäksi sovelletaan käytäntöä, jossa tietyt tarjoajat vaikuttavat tällaisissa sopimuksissa menettelyn lopputulokseen

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

2 – EYVL L 199, 9.8.1993, s. 54.

3 – Yhdistetyt asiat C-285/99 ja C-286/99 (Kok. 2001, s. I-9233).

4 – Rakennusurakoita koskevan direktiivin 93/37 lisäksi tavarahankintojen alalla on annettu 21.12.1976 neuvoston direktiivi 77/62/ETY (EYVL 1977, L 13, 15.1.1977, s. 1), jota on sittemmin muutettu 14.6.1993 annetulla neuvoston direktiivillä 93/36/ETY (EYVL L 199, 9.8.1993, s. 1). Palveluhankinnoista ja niitä koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta säädetään 18.6.1992 annetussa neuvoston direktiivissä 92/50/ETY (EYVL L 209, 24.7.1992, s. 1). Nämä säädökset (sellaisina kuin ne ovat muutettuina direktiivillä 97/52/EY; EYVL L 328, 28.11.1997, s. 1) on kodifioitu ja sulautettu yhdeksi tekstiksi: julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetuksi Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi 2004/18/EY (EUVL L 134, 30.4.2004, s. 114).

sellaisen juonen [5] varjolla, että ne yrittävät vehkeilemällä esittää yhdenmukaisia talousarvioita saadakseen aikaan määrätyn, poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan kynnyksen ja jättääkseen muut hakijat menettelyn ulkopuolelle.

5. Tämä ennakkoratkaisumenettely on siis hyvin kauaskantoinen, sillä kyse on yhteisön yleisistä oikeusperiaatteista, mutta ei pidä unohtaa, että ratkaisu voi perustua ainoastaan Euroopan unionin oikeusjärjestykseen. Yhteisöjen tuomioistuimen onkin otettava huomioon kumpikin ulottuvuus ja annettava italialaiselle tuomioistuimelle tehokas vastaus riita-asian ratkaisemiseksi.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeus*

6. EY 43 artiklassa määrätään sijoittautumisvapaudesta ja EY 49 artiklassa palvelujen tarjoamisen vapaudesta. Jäsenvaltioiden lainsäädännön yhdenmukaistaminen julkisten hankintojen alalla aloitettiin 26.7.1971 annetulla neuvoston direktiivillä 71/305/ETY, [6] jonka perustavoitteeksi määriteltiin johdanto-osan ensimmäisessä perustelukappaleessa näiden kahden vapauden toteuttaminen samanaikaisesti. Tässä direktiivissä, joka koski vain sellaisia sopimuksia, joiden arvo oli vähintään miljoona laskentayksikköä (kahdeksas perustelukappale), määriteltiin sopimuksen tekemisen perusteeksi alin hinta tai taloudellisesti edullisin tarjous (29 artiklan 1 kohta) ja säädettiin mahdollisten poikkeuksellisen alhaisten tarjousten osalta, että ne voidaan jättää menettelyn ulkopuolelle asiaankuulumattomasti menetelleen tarjoajan kuulemisen jälkeen (29 artiklan 5 kohta).

7. Yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut viimeksi mainittua säännöstä siten, että tarjous voidaan sulkea pois vasta sitten, kun elinkeinonharjoittajalle on annettu tilaisuus selventää ehdotustaan, eli vasta kontradiktorisen tarkastusmenettelyn jälkeen, joten automaattinen poissulkeminen ei ole mahdollista. [7]

5 – Tällaisia juonia on aina ollut, ja Homeroksen *Odysseiassa* (WSOY, suom. Otto Manninen, 7. painos, Vantaa, 2002) kerrotaan lukuisia esimerkkejä Odysseuksen tarumaisesta oveluudesta: esimerkiksi yhdeksännen laulun seikkailussa tämä Polyfemoksen vangiksi joutunut sankari juottaa kykloopin humalaan ja väittää, että hänen nimensä on Ei-kuka; viinin aiheuttamaa unenhorrosta hyväksi käyttäen Odysseus puhkaisee kykloopin ainoan silmän tulikuumalla oliivipuun rungolla; kykloopin toverit vastaavat tämän avunhuutoihin kysymällä, mikä on hätänä, mihin Polyfemos vastaa: ”Ei-kuka henkeä mun tääll’ uhkaa vahva ja viekas” tällöin kukaan ei tule auttamaan häntä (säe 408, s. 139).

6 – Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu direktiivi (EYVL L 185, 16.8.1971, s. 5).

7 – Se totesi näin asiassa 103/88, Fratelli Costanzo, 22.6.1989 antamassaan tuomiossa (Kok. 1989, s. 1839, Kok. Ep. X, s. 95, 16, 18 ja 19 kohta), jossa kiellettiin tarjousten poissulkeminen automaattisesti mekaanisin perustein (tuomiolauselman 1 kohta); tulkinta toistettiin asiassa C-295/89, Donà Alfonso, 18.6.1991 annetussa tuomiossa (Kok. 1991, s. I-2967). Tätä oikeuskäytäntöä edelsi asiassa 76/81, Transporoute, 10.2.1982 annettu tuomio (Kok. 1982, s. 417, Kok. Ep. VI, s. 333, 18 kohta).

8. Direktiiviin 71/305 tehtiin sittemmin erinäisiä muutoksia,[8] joten sen kodifiointi direktiivillä 93/37 oli perusteltua paitsi tästä syystä myös sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden turvaamiseksi (johdanto-osan toinen perustelukappale). Direktiiviä 93/37 sovelletaan sopimuksiin, joiden arvo on vähintään 5 miljoonaa ecua (6 artiklan 1 kohta) ja joiden tekemisessä käytetään tiettyjä perusteita (30 artiklan 1 kohta), ja sen 30 artiklan 4 kohdassa toistetaan hieman muutettuna aiemman direktiivin 29 artiklan 5 kohta:

”Jos tiettyä sopimusta varten jätetyt tarjoukset vaikuttavat toimitettavaan suoritteeseen nähden poikkeuksellisen alhaisilta, hankintaviranomaisen on, ennen kuin se voi hylätä tarjoukset, pyydettävä kirjallisesti asianmukaisina pitämänsä täsmennykset tarjouksen eri osista ja tarkastettava nämä osat ottaen huomioon asiasta saadut selvitykset.

Hankintaviranomainen voi ottaa huomioon selvitykset, jotka perustuvat rakennusmenetelmän taloudellisuuteen, valittuihin teknisiin ratkaisuihin, tarjoajaa suosiviin poikkeuksellisen edullisiin urakan toteuttamisen edellytyksiin tai tarjoajan hankkeen omintakeisuuteen.

Jos sopimukseen liittyvissä asiakirjoissa edellytetään sopimuksen tekemistä alimman hinnan perusteella, hankintaviranomaisen on ilmoitettava komissiolle liian alhaisina pitämiensä tarjousten hylkäämisestä.

– –”

9. Direktiivi 93/37 on kumottu direktiivillä 2004/18 – joka jäsenvaltioiden oli määrä saattaa osaksi kansallista lainsäädäntöä viimeistään 31.1.2006 (80 artiklan 1 kohta) – 31.3.2004 alkaen (82 ja 83 artikla). Tehtäessä julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia, joiden arvo on vähintään 5 278 000 euroa (7 artiklan c alakohta),[9] hankintaviranomaiset voivat hylätä poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset soveltamalla kontradiktorista tarkastusmenettelyä (55 artiklan 1 ja 2 kohta).

B *Italian lainsäädäntö*

10. Direktiivin 93/37 30 artiklan 4 kohta sisällytettiin osaksi Italian lainsäädäntöä

8 – Yksi muutos vaikutti 29 artiklan 5 kohtaan, jonka sanamuotoa uudistettiin 18.7.1989 annetussa direktiivissä 89/440/ETY (EYVL L 210, 21.7.1989, s. 1).

9 – Sellaisena kuin se on muutettuna 19.12.2005 annetulla komission asetuksella (EY) N:o 2083/2005 (EUVL L 333, 20.12.2005, s. 28).

11.2.1994 annetun lain nro 109/1994 eli julkisia rakennusurakoita koskevan puitelain [10] 21 §:n 1 bis momentilla, joka on lisätty alkuperäiseen lakiin 2.6.1995 annetun lain nro 216/1995 [11] 7 §:llä. Säännöksen sanamuoto on seuraava:

”Tehtäessä rakennusurakkasopimuksia, joiden arvo on vähintään 5 000 000 erityistä nosto-oikeutta vastaava määrä euroina, siten, että perusteena käytetään 1 momentissa tarkoitettua alinta hintaa, asianomaisen viranomaisen on arvioitava, ovatko tarjoukset –– direktiivin 93/37 –– 30 artiklassa tarkoitetulla tavalla poikkeuksellisen alhaisia, kun on kyse tarjouksista, joissa hintaan ehdotetaan yhtä suurta tai suurempaa alennusta kuin kaikkien hyväksyttyjen tarjousten alennusprosenttien – lukuun ottamatta 10:tä prosenttia, joka pyöristetään seuraavaan suurempaan yksikköön – aritmeettinen keskiarvo, joka lasketaan suurimman ja pienimmän alennuksen sisältävän tarjouksen perusteella, korotettuna niiden alennusprosenttien poikkeaman aritmeettisella keskiarvolla, jotka ylittävät ensin mainitun keskiarvon.

Julkinen viranomainen tutkii 60 päivän kuluessa tarjousten jättämisestä selvitykset, jotka perustuvat rakennusmenetelmän taloudellisuuteen, käytettyihin teknisiin ratkaisuihin tai tarjoajaa suosiviin poikkeuksellisen edullisiin urakan toteuttamisen edellytyksiin, lukuun ottamatta kuitenkaan kaikkien sellaisten osatekijöiden arviointeja, joiden vähimmäisarvo vahvistetaan laeissa, asetuksissa tai hallinnollisissa määräyksissä tai ilmoitetaan virallisissa luetteloissa.

Tarjouksiin on niitä jätettäessä sisällytettävä selvitykset hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntökirjeessä ilmoitetusta merkittävimmistä hinnan osatekijöistä, joiden on yhteensä vastattava vähintään 75 prosenttia urakan pohjahinnasta.

Ainoastaan sellaisten julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten osalta, joiden arvo jää yhteisön kynnysarvon alle, asianomainen viranomainen sulkee menettelystä automaattisesti pois tarjoukset, joissa esitetään alennusprosenttia, joka on yhtä suuri tai suurempi kuin tämän momentin 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla laskettu prosenttiluku. Automaattista poissulkemismenettelyä ei voida soveltaa silloin, kun pätevien tarjousten määrä on alle viisi.” [12]

10 – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana (jäljempänä GURI) nro 41, 19.2.1994, s. 5.

11 – GURI nro 127, 2.6.1995, s. 3. Tämä säädös on koonnos kiireellisistä säännöistä julkisten hankintojen alalla 3.4.1995 annetusta asetuksesta (decreto-legge) nro 101/1995, sellaisena kuin se on muutettuna (GURI nro 78, 3.4.1995, s. 8).

12 – Sellaisena kuin se on lisättynä 18.11.1998 annetun lain nro 415/1998 7 §:llä (GURI nro 284, 4.12.1998, Supplemento ordinario, s. 5).

11. Direktiivi 2004/18 on pantu täytäntöön kansallisessa oikeusjärjestyksessä 12.4.2006 annetulla asetuksella (decreto legislativo) nro 163. [13] Lain nro 109/94 21 §:n 1 bis momentin viimeinen kohta on poistettu poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia koskevista säännöksistä (86–88 §).

III Riita pääasiassa

12. Torinon kunta päätti 28.1.2003 kunnan rakennusurakoita koskevia sopimuksia tehtäessä, yhteisön kynnysarvon alapuolelle jäävät sopimukset mukaan luettuina, olla vastaisuudessa soveltamatta lain nro 109/94 21 §:n 1 bis momenttia, jossa säädetään poikkeuksellisen alhaisten tarjousten automaattisesta poissulkemisesta, jolloin tällaiset tarjoukset tutkittaisiin direktiivissä 93/37 säädetyssä kontradiktorisessa menettelyssä.

13. Italialaisyritykset SECAP SpA (asia C-147/06) ja Santorso Soc. coop. arl. (asia C-148/06) osallistuivat edellä mainitun yhteisön tiettyjen rakennusurakoiden toteuttamiseksi [14] järjestämiin avoimiin menettelyihin, joiden arvot jäivät edellä mainitun kynnysarvon alapuolelle. Hankintailmoitusten mukaan sopimus tehtäisiin halvimman tarjouksen perusteella poikkeavien tarjousten tarkastuksen jälkeen ja 28.1.2003 tehdyn päätöksen nojalla, eli hylkäämättä automaattisesti poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia. Yritysten tarjoukset olivat ensimmäisiä ”asianmukaisia” tarjouksia, mutta ennen päätöksen tekemistä kuntaviranomainen totesi poikkeuksellisilta vaikuttaneiden tarjousten olevan asiallisia ja päätti ratkaista tarjouskilpailut muiden ehdokkaiden hyväksi.

14. Yritykset valittivat päätöksistä Tribunale amministrativo regionale per il Piemonteen siksi, että niiden mielestä lain nro 109/94 21 §:n 1 a momentilla sivuutetaan poikkeukselliset tarjoukset mekaanisesti ja estetään hankintaviranomaisia kuulemasta niiden tekijöitä ja tutkimasta tarjouksia ennen niiden hylkäämistä. Tuomioistuin ei yhtynyt tähän perusteluun vaan hylkäsi vaatimukset, sillä sen mielestä poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset voidaan, mutta niitä ei säännöksen mukaan ole pakko automaattisesti sulkea pois, joten mikään ei estä hankintaviranomaista kuulemasta niiden tekijöitä ja vertaamasta tarjouksia.

15. Consiglio di Stato, jonka on tutkittava kantajien tekemät valitukset, puoltaa niiden näkemystä ja moittii alueellisen tuomioistuimen tulkintaa, mutta se ei halua täysin sivuuttaa Torinon kunnan esille ottamia

13 – GURI nro 100, 2.5.2006.

14 – Vanhan palatsin muuntaminen nuorten asuntolaksi (4 699 999 euroa) ja Corso Francian katualueen kunnostus Piazza Statuton ja Piazza Berninin välillä (5 172 579 euroa).

yhteisön oikeuden vaatimuksia, joten se on EY 234 artiklan nojalla esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kysymykset:

”1) Onko direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 4 kohdassa vahvistettua sääntöä ja sitä vastaavaa direktiivin 2004/18/EY 55 artiklan 1 ja 2 kohdassa vahvistettua sääntöä (jos viimeksi mainittua pidetään asiassa merkityksellisenä oikeussääntönä), jonka mukaan silloin, kun tarjoukset vaikuttavat suoritteeseen nähden poikkeuksellisen alhaisilta, hankintaviranomaisella on velvollisuus, ennen kuin se voi hylätä tarjoukset, pyytää kirjallisesti asianmukaisina pitämänsä täsmennykset tarjouksen eri osista ja tarkastaa nämä osat ottaen huomioon asiasta saadut selvitykset, pidettävä yhteisön oikeuden perusperiaatteena?

2) Jos edelliseen kysymykseen vastataan kieltävästi, onko direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 4 kohdassa vahvistettua sääntöä ja sitä vastaavaa direktiivin 2004/18/EY 55 artiklan 1 ja 2 kohdassa vahvistettua sääntöä (jos viimeksi mainittua pidetään asiassa merkityksellisenä oikeussääntönä), jonka mukaan silloin, kun tarjoukset vaikuttavat suoritteeseen nähden poikkeuksellisen alhaisilta, hankintaviranomaisella on velvollisuus, ennen kuin se voi hylätä tarjoukset, pyytää kirjallisesti asianmukaisina pitämänsä täsmennykset tarjouksen eri osista ja tarkastaa nämä osat ottaen huomioon asiasta saadut selvitykset, vaikka se ei täytäkään yhteisön oikeuden perusperiaatteen edellytyksiä, pidettävä periaatteena, joka implisiittisesti vastaa vapaan kilpailun periaatetta tai joka voidaan johtaa tästä periaatteesta, kun sitä tarkastellaan rinnakkain hallinnon avoimuusperiaatteen ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevan periaatteen kanssa, ja onko se tällaisena periaatteena välittömästi velvoittava ja ensisijainen suhteessa kansallisiin, mahdollisesti vääristyneisiin säännöksiin, jotka jäsenvaltio on antanut säännelläkseen julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia, jotka eivät kuulu yhteisön oikeuden välittömän sovellettavuuden alaan?”

IV Oikeudenkäyntimenettely yhteisöjen tuomioistuimessa

16. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentti määräsi 10.5.2006, että nämä kaksi asiaa käsitellään yhdessä, koska ne liittyvät toisiinsa.

17. Pääasioissa kantajina olevat yritykset, Torinon kunta, Italian, Saksan, Itävallan, Slovakian, Ranskan, Liettuan ja Alankomaiden hallitukset sekä komissio ovat esittäneet erilaisia kirjallisia huomautuksia, joiden esittäjät voidaan kuitenkin jakaa kahteen ryhmään: Torinon kuntaa puoltaviin

tahoihin, joihin lukeutuvat Liettua, Slovakia [15] ja komissio, sekä kaikkiin muihin tähän ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuviin, joiden mielestä ennakkoratkaisukysymyksiin on vastattava kieltävästi. Santorso Soc. coop. arl:n, Torinon kunnan, Italian, Saksan ja Liettuan hallitusten sekä komission edustajat ovat esittäneet suullisia huomautuksia 25.10.2007 pidetyssä istunnossa.

V Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

18. Consiglio di Staton kaksi kysymystä voidaan käytännössä tiivistää yhteen kysymykseen sen selvittämiseksi, kattaako direktiivin 93/37 30 artiklan 4 kohta, jonka mukaan poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin sovelletaan kontradiktorista menettelyä, ennen kuin päätetään niiden mahdollisesta poissulkemisesta, myös sen soveltamisalan ulkopuolelle jätetyt sopimukset; eli onko mainitun säännöksen vastaisena tällaisissa sopimuksissa pidettävä sitä, että jäsenvaltiot säätävät kyseisten tarjousten automaattisesta poissulkemisesta.

15 – Liettuan ja Torinon kaupungin kannan osalta voidaan kuitenkin havaita tiettyjä sävyeroja, ja Slovakian hallitus ehdottaa ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen hylkäämistä eikä halua erottaa direktiivin 93/37 30 artiklan 4 kohdan sääntöä perustamissopimuksessa määrätyistä periaatteista, joten se yhtyy tältä osin kunnan päätökseen.

19. On siis otettava selvää kyseisen säännön luonteesta sen ratkaisemiseksi, onko se osa perustavanlaatuista yhteisön oikeutta, jolloin se ylittäisi direktiivin 93/37 rajat.

A *Lähtökohta*

20. Ongelmalla on vankka, oikeuskäytäntöön lujasti ankkuroitunut perusta, jota olen jo aiemmin tutkinut; [16] julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyt, jotka erinäisistä (määrällisistä tai sisällöllisistä) syistä jäävät asiaa koskevien direktiivien ulkopuolelle, eivät voi välttyä Euroopan unionin oikeusjärjestyksen sääntöjen soveltamiselta, joten sen perusperiaatteet ja erityisesti liikkuvuutta koskevat perusvapaudet muodostavat tältä osin ylipääsemättömän esteen.

21. Tämä ajatus, joka on kiteytetty direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa, [17] on saanut tietynlaista

16 – 8.11.2006 esittämäni ratkaisuehdotus asiassa C-412/04, komissio v. Italia, jossa ei ole vielä annettu tuomiota (ratkaisuehdotuksen 44–47 kohta).

17 – ”Jäsenvaltioissa valtion, paikallisten yhteisöjen ja muiden julkisoikeudellisten laitosten puolesta tehtyjen hankintasopimusten osalta on noudatettava perustamissopimuksen periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjimättömyyden periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta. – –”

vastakaikua yhteisöjen tuomioistuimessa. [18] Asiassa Telaustria ja Telefonadress 7.12.2000 annetussa tuomiossa [19] todettiin, että hankintayksiköiden on noudatettava perustamissopimuksen oikeussääntöjä niiden tehdessä sopimuksia, jotka eivät kuulu alakohtaisten direktiivien soveltamisalaan (60 kohta); [20] tämä oikeuskäytäntö on toistettu asiassa HI 18.6.2002 annetussa tuomiossa (47 kohta) [21] ja omaksuttu sittemmin mitä luontevimmin vetoamatta mihinkään aikaisempaan ratkaisuun asiassa Coname 21.7.2005 annetussa tuomiossa. [22]

22. Asiassa Vestergaard 3.12.2001 annetussa määräyksessä [23] taas korostettiin, että se, että direktiiveissä säädettyjä erityisiä ja ankaria menettelyjä ei pidetä arvoltaan alhaisiin julkisiin hankintoihin soveltuvina, ei yksin merkitse sitä, että ne sivuutettaisiin yhteisön oikeussäännöissä, sillä niissä on noudatettava myös perustamissopimusta (19–21 kohta), [24] jos niillä on merkitystä muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneille toimijoille. [25] Tätä korostettiin asiassa komissio vastaan Ranska 20.10.2005 annetussa tuomiossa [26] (33 kohta).

23. Direktiivien soveltamisalaan kuuluville sopimuksille asetettu taloudellinen kynnysarvo perustuu sellaiseen oletukseen, etteivät arvoltaan vähäiset sopimukset houkuttelisi kansallisten rajojen ulkopuolelle sijoittautuneita toimijoita; niiltä siis puuttuisi yhteisön ulottuvuus. Tämä iuris tantum -olettama on kuitenkin kumottavissa, ja siksi – kuten komissio kirjallisissa huomautuksissaan esittää – ei voida sivuuttaa sitä, että arvoltaan vähäinen sopimus voisi houkuttaa ulkomaisia elinkeinonharjoittajia esimerkiksi näiden maan läheisyydessä sijaitsevan suorituspaikan takia tai siksi, että se hyödyttää näiden liikestrategiaa.

18 – Se on saanut vastakaikua myös komissiossa, tarkemmin sanottuna asiakirjassa ”Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan” (EUVL 2006, C 179, s. 2, erityisesti s. 5 ja 6).

19 – Asia C-324/98 (Kok. 2000, s. I-10745).

20 – Tuossa asiassa kyseessä oli vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi 93/38/ETY (EYVL L 199, 9.8.1993, s. 84), joka on korvattu 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/17/EY (EUVL L 134, 30.4.2004, s. 1).

21 – Asia C-92/00 (Kok. 2002, s. I-5553). Tosiasiallisesti tässä tuomiossa ei niinkään viitattu direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jätettyyn sopimukseen vaan menettelyyn, jota ei ollut mainittu oikeussäännössä: perustamissopimuksessa edellytettiin, että tarjouspyynnön peruuttamista koskevaan päätökseen voidaan hakea muutosta, mutta tästä ei ollut säädetty julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annetussa neuvoston direktiivissä 89/665/ETY (EYVL L 395, 30.12.1989, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 92/50.

22 – Asia C-231/03 (Kok. 2005, s. I-7287). Tuon tuomion 16 kohdassa muistutettiin, että tällaisen konsessiosopimuksen tekemistä (kaasunjakelua koskevan julkisen palveluhankintasopimuksen tekemistä sellaisen yrityksen kanssa, jonka yhtiöpääomasta suurin osa on julkisessa omistuksessa) ei säännellä yhdessäkään niistä direktiiveistä, joilla säännellään julkisia hankintoja. Koska tällaista oikeussääntöä ei ole, yhteisön oikeudesta tällaisten konsessiosopimusten tekemiselle aiheutuvia seurauksia on tutkittava primaarioikeuden ja varsinkin perustamissopimuksessa määrättyjen perusvapauksien valossa. Samaa todettiin asiassa C-458/03, Parking Brixen, 13.10.2005 annetussa tuomiossa (Kok. 2005, s. I-8585, 46 kohta) ja asiassa C-410/04, ANAV, 6.4.2006 annetussa tuomiossa (Kok. 2006, s. I-3303, 18 kohta).

23 – Asia C-59/00 (Kok. 2001, s. I-9505).

24 – Kyseisessä ratkaisussa pidettiin EY 28 artiklan vastaisena tietyn vähimmäisarvon ylittävän rakennusurakoita koskevan sopimuksen sopimusehtoihin kuuluvaa lauseketta, jossa edellytettiin sen enempää täsmentämättä tietynmerkkisten tuotteiden käyttöä.

25 – Ks. toisin asia Coname, tuomion 20 kohta.

26 – Asia C-264/03 (Kok. 2005, s. I-8831).

24. Kyseisen määrällisen rajan sopimusperäistä luonnetta ei siis voida kiistää, joten ei ole mitään estettä sille, että arvoltaan vähäinen sopimus herättääkin huomiota muissa jäsenvaltioissa ja että siihen liittyy sellainen tekijä, joka voidaan yhdistää yhteisön oikeuteen ja sen tavoitteisiin. Sellaisten sopimusten tekomenettelyissä, jotka vähäisestä merkityksestään huolimatta saavat eurooppalaisen ulottuvuuden, on siten noudatettava perustamissopimuksen periaatteita, sanotun kuitenkaan rajoittamatta sitä, että direktiiveissä mainitut arvot ylittäviin sopimuksiin sovelletaan tiukempia yhteensovittamista koskevia säännöksiä. [27]

25. Eräässä tällaisessa säännöksessä eli direktiivin 93/37 30 artiklan 4 kohdassa, jota sovelletaan ajallisesti pääasioihin ja joka toistetaan direktiivin 2004/18 55 artiklan 1 ja 2 kohdassa, kielletään poikkeuksellisen alhaisten tarjousten automaattinen poissulkeminen. Consiglio di Stato haluaa silti tietää, onko tällainen kielto yhteisön perustavanlaatuinen oikeussääntö tai vastaako se edes vapaan kilpailun periaatetta, kun sitä tarkastellaan rinnakkain hallinnon avoimuusperiaatteen ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevan periaatteen kanssa; näitä periaatteita on kunnioitettava myös tehtäessä sellaisia sopimuksia, jotka eivät sisälly edellä mainittujen direktiivien soveltamisalaan.

27 – On hyvä palauttaa mieliin direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisen perustelukappaleen loppuosa.

B *Vähemmän kuin perusperiaate – –*

26. Edellä mainitsemassani oikeuskäytännössä käytetyillä ”perusperiaatteen” ja ”perustavanlaatuisen oikeussäännön” käsitteillä on hyvin täsmällinen sisältö. Ne eivät viittaa kaikkiin perustamissopimuksen taustalla oleviin arvoteoreettisiin osiin eivätkä myöskään kaikkiin sen päämäärien saavuttamiseksi hyväksyttyihin toimenpiteisiin; ne asettuvat nimenomaan näiden kahden ääripään välille, osaksi primaarioikeuden kirjainta sinne, minne yhteisön ”rakentaja” sijoitti ehdottamansa tavoitteet ja ensisijaiset keinot niiden toteuttamiseksi. EY 2 ja EY 3 artiklan pintapuolinen tarkastelu osoittaa, että ne liittyvät henkilöiden, tavaroiden, palvelujen ja pääomien rajoituksettomaan kauttakulkuun, joka toteutetaan asianomaisten liikkumisvapauksien kautta (EY 23, EY 43 ja EY 49 artikla), ja näihin yhdistyy läpileikkaavana arvona, joka vaikuttaa maiden yhdentymiskehityksen taustalla, kaiken kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän poistaminen (EY 12 artikla).

27. Tällainen näkemys, josta tulee mieleen direktiivin 2004/18 johdanto-osan toinen perustelukappale, on havaittavissa myös edellä mainitsemissani ratkaisuissa. Asiassa Telaustria ja Telefonadress annetussa tuomiossa vedottiin eri jäsenvaltioiden kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen (60 kohta); asiassa HI annetussa tuomiossa

taas viitattiin sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen (42 ja 47 kohta); asiassa Vestergaard annetussa määräyksessä käytettiin ratkaisun perusteena toista liikkumisvapautta, nimittäin tavaroiden vapaata liikkuvuutta (21 kohta); ja asiassa Coname annetussa tuomiossa tukeuduttiin jälleen EY 43 ja EY 49 artiklaan kansalaisuuteen perustuvan välillisen syrjinnän torjumiseksi.

28. Jos kuitenkin tarkastellaan perustamissopimuksen ”perusperiaatteita”, jotka pystyvät muovaamaan jäsenvaltioiden toimivaltaa sellaisten sopimusten tekomenettelyissä, joita alakohtaisilla direktiiveillä toteutettu yhteensovittaminen ei koske, niiden voidaan havaita vastaavan samojen direktiivien johdanto-osissa esille nostettuja periaatteita, joita yhteisöjen tuomioistuin on painottanut.

29. Tämän seikan ei suinkaan pitäisi hämmästyttää ketään, sillä kuten direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa tähdennetään, sen säännökset johtuvat näistä periaatteista; asianomaisilla direktiiveillä nimittäin tavoitellaan rajattua välitöntä päämäärää eli edellä mainittua menettelyjen yhteensovittamista, jotta voidaan edistää tosiasiallista kilpailua julkisten hankintojen alalla [28] ja siten Euroopan yhdentymiselle olennaisten vapauksien toteutumista. Erityisenä pyrkimyksenä on kuitenkin poistaa vapaan liikkuvuuden esteet, jolloin voidaan suojata sellaisten jäsenvaltioon sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden etuja, jotka haluavat myydä tavaroita tai palveluja toisten jäsenvaltioiden hankintaviranomaisille. [29]

30. Tämän kuvan taustalta voidaan havaita, että pyrkimys on kahdensuuntainen: halutaan sulkea pois se mahdollisuus, että kansallisia tarjouksen tekijöitä suositaan (buy national) ja että hankinnoista vastaava toimivaltainen viranomainen toimii muiden kuin taloudellisten näkökohtien pohjalta [30] (sopimusten tekemisen ensisijaisena perusteena on siten aina alin hinta tai taloudellisesti edullisin tarjous).

31. Tässä yhteydessä ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen voidaan vastata vain kieltävästi, sillä poikkeuksellisen alhaisten tarjousten automaattinen poissulkeminen julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia tehtäessä ei ole perustamissopimuksen ydinperiaate, sillä mainitut perusvapaudet tai syrjinnän kielto eivät kaikissa

28 – Asia Fratelli Costanzo, tuomion 18 kohta.

29 – Asia C-360/96, BFI Holding, tuomio 10.11.1998 (Kok. 1998, s. I-6821, 41 kohta); asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok. 2000, s. I-8035, 16 kohta) ja asia C-237/99, komissio v. Ranska, tuomio 1.2.2001 (Kok. 2001, s. I-939, 41 kohta).

30 – Asia C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ym., tuomio 15.1.1998 (Kok. 1998, s. I-73, 33 kohta); em. asia BFI Holding, tuomion 42 kohta; em. asia University of Cambridge, tuomion 17 kohta ja em. asia komissio v. Ranska, tuomion 42 kohta.

olosuhteissa ehdottomasti edellytä tällaisen tarjouksen tehneen tarjoajan kuulemista, ennen kuin päätetään tämän kohtalosta.

32. Tämä perustuu muun muassa siihen, että tehokkuusperiaatteella, joka vaikuttaa myös julkisia hankintoja koskevassa yhteisön oikeudessa, on oma logiikkansa. Lopuksi on vielä mainittava, että yleisen edun palveleminen edellyttää tällaista tehokkuutta, joka ei toisinaan sovi yhteen sen kanssa, kuinka nopeasti valintamenettely voidaan hoitaa ottaen huomioon vaadittavat takeet. [31]

34. Olen jo viitannut siihen, että yhdistetyissä asioissa Lombardini ja Mantovani annetussa tuomiossa luonnehdittiin tuon oikeussäännön mukaisesti järjestettyä kuulemismenettelyä ”perustavanlaatuiseksi”. [32] Tuon laatusanan taakse kätkeytyy luottamus siihen, että poikkeuksellisen alhaisten tarjousten kontradiktorinen tarkastus on välttämätön todellisen kilpailun saavuttamiseksi julkisten hankintojen alalla siten, että taataan liikkumisvapaudet; tämä edellyttää – kuten totean edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa esittämässäni ratkaisuehdotuksessa – ehdokkaiden osallistumista yhdenvertaisesti ilman, että ketään millään tavalla syrjittäisiin (ratkaisuehdotuksen 24 kohta).

C –– mutta enemmän kuin pelkkä positiivinen oikeussääntö

1. Implisiittiset periaatteet

35. Kaiken syrjinnän kielto – etenkin silloin, kun syrjinnän verukkeena käytetään kansalaisuutta – edellyttää avoimuutta, jolloin kaikille potentiaalisille tarjoajille taataan se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, jotta kilpailu ulottuu hankintoihin ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyjen puolueettomuutta voidaan valvoa, kuten asiassa Unitron Scandinavia ja 3-S 18.11.1999 annetussa tuomiossa todettiin (61 ja 62 kohta). [33]

33. Direktiivin 93/37 30 artiklan 4 kohdassa ei jätetä lainsäätäjälle satunnaistakaan harkintavaltaa ilman minkäänlaista ulkoista sidosta, mutta toisinkin olisi saattanut käydä.

31 – 5.6.2001 esittämäni ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa Lombardini ja Mantovani (30 kohta).

32 – Itse tuomiossa korostettiin, että riidanalaisen säännöksen mukaan hankintaviranomaisen on yksilöitävä epäilyksenalaiset tarjoukset, annettava asianomaisille yrityksille mahdollisuus osoittaa tarjoustensa asiallisuus, arvioitava toimitettujen tietojen merkityksellisyys ja tehtävä päätös tarjousten hylkäämisestä tai hyväksymisestä (55 kohta).

33 – Asia C-275/98 (Kok. 1999, s. I-8291). Tällainen linja omaksuttiin myös em. asiassa Telaustria ja Telefonadress (tuomion 61 ja 62 kohta) ja em. asiassa Parking Brixen (tuomion 49 kohta).

36. Tässä vaiheessa lienee aiheellista kysyä Consiglio di Staton tavoin, sisältyykö edellä mainittuun direktiivin 93/37 30 artiklan 4 kohtaan siitä huolimatta, ettei se ole Euroopan unionin oikeuden perusperiaate, sellainen kyseisestä periaatteesta johdettavissa oleva periaate, jota on sovellettava hallinnollisiin sopimuksiin riippumatta siitä, kuuluvatko ne direktiivien soveltamisalaan, aina kun niihin liittyy yhteisön ulottuvuus.

37. Jos poikkeuksellisten tarjousten automaattisella poissulkemisella rikotaan kyseisiä johdettuja periaatteita, pitäisikö riidanalaista sääntöä toisin sanoen soveltaa sellaisiin sopimuksiin, jotka eivät kuulu direktiivin 93/37 soveltamisalaan?

2. Tarjoajat ja poikkeuksellisen alhaisten tarjousten käsite

38. Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten käsitettä ei voida luonnehtia abstraktisti; päinvastoin, se määritellään sen mukaan, minkälainen hankinta tarjouskilpailussa ratkaistaan ja minkälaisesta suoritteesta on kyse. [34] Siinä on siten piirteitä oikeudellisesta käsitteestä, jota ei ole ennalta määritelty tai rajattu mutta joka on hahmoteltavissa menettelyn kohteen erityispiirteiden mukaan.

34 – Yhdistetyissä asioissa Lombardini ja Mantovani esittämäni ratkaisuehdotuksen 32 kohta.

39. Tällainen piirre korostuu Italian järjestelmässä, jossa käsitettä täsmennetään liiketoimen sisällön ja eri tarjousten hinnan mukaan käyttämällä matemaattista menetelmää poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan kynnyksen määrittämiseksi.

40. Tarjouskilpailuun osallistuvat, jotka tiedotuksen ansiosta tuntevat suoritteen ja sen luonteen, valmistelevat ehdotuksensa salassa siten, että kukin niistä on tietoinen vain omasta tarjouksestaan. Kun otetaan huomioon, että järjestelmässä suositaan alinta hintaa tai taloudellisesti edullisinta tarjousta, talousarviot ovat pienimmän hinnan toivossa yleensä hyvin kireälle vedettyjä, jopa liiketoiminnan katteen kustannuksella.

41. Kaikki ottavat siten samanlaisen riskin siitä, että tarjouskuorten avaamisen jälkeen niiden tarjoukset arvioidaankin poikkeuksellisen alhaisiksi.

42. Tällainen tasapaino kuitenkin järkkyy silloin, kun yhteen tai useampaan kilpailijaan sovelletaan arviointiperusteita, jotka vaikuttavat poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan kynnyksen määrittämiseen, koska välttämätön tasapuolisuus jää silloin toteutumatta.

3. Vilpilliset käytännöt tarjousten jättämisessä

43. Consiglio di Stato on tutkinut Torinon kunnan mainitsemat tosiseikat ja arvelee – eikä yhteisöjen tuomioistuin voi sivuuttaa tätä – alustavasti, että liioiteltujen alennusten automaattinen poissulkeminen, joka seuraa lain nro 109/1994 21 §:n 1 bis momentin viimeisestä kohdasta, kannustaa yrityksiä vilpillisiin sopimuksiin, jotta ne voisivat ennalta vaikuttaa valintamenettelyn tulokseen.

44. Yhteisön oikeudessa ei suinkaan ummisteta silmiä tällaiselta mahdollisuudelta.

45. Lienee selvää, että sellaisten tarjousten mekaaninen hylkääminen, jotka osoittautuvat edellä mainitun säännöksen ensimmäisen kohdan nojalla poikkeuksellisen alhaisiksi, ei sinänsä ole syrjivä, koska ehto on objektiivinen. Olen yhdistetyissä asioissa Lombardini ja Mantovani esittämässäni ratkaisuehdotuksessa todennut, että Italian laissa on sellainen aritmeettinen ja automaattinen menetelmä poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan kynnyksen määrittämiseksi, joka on täysin yhteensoveltuva direktiivin 93/37 tarkoituksen kanssa ja jonka ansiosta raja, josta alkaen tarjousta pidetään poikkeuksellisen alhaisena, määräytyy erikseen kutakin urakkaa koskevilla markkinoilla. Kaikki kilpailun osallistujat ovat yhdenvertaisessa asemassa, eikä kukaan ole etuoikeutetussa asemassa tarjousta valmistellessaan (ratkaisuehdotuksen 33 ja 35 kohta). Säännönvastaisten tarjoajien hylkääminen suoraan ilman, että näillä on tilaisuutta selityksiin, ei siten syrjisi ketään.

46. Tuomioistuin kuitenkin epäröi sen osalta, voiko – yleensä urakkaa koskevilla alueellisilla markkinoilla toimivien – elinkeinonharjoittajien ryhmä vilpillisten sopimusten nojalla yhteistuumin laatia yhdenmukaisia talousarvioita, joiden erot ovat mitättömän pienet, jolloin vehkeilyyn osallistumattomien ehdokkaiden tarjoukset määritellään poikkeuksellisen alhaisiksi, eikä näillä ole mahdollisuutta puolustautua tai osoittaa tarjoustensa asiallisuutta.

47. Tällöin vaarannetaan avoimuus ja terve kilpailu, joita yhteisön oikeudessa on edellytetty julkisilta hankinnoilta, sillä kun vahinkoa kärsineet ovat sijoittautuneet muihin jäsenvaltioihin, niillä on oltava tilaisuus selvittää tilannettaan, jottei syyllistytä perustamissopimuksessa kiellettyyn syrjintään. Torinon kunta on tämän ennakkoratkaisuasian suullisessa käsittelyssä todennut, että vapaan kilpailun vääristämiseksi tehdyt tarjoukset ovat vähentyneet merkittävästi sen jälkeen, kun päätettiin olla soveltamatta kansallista lainsäädäntöä.

48. Edellä mainittujen edellytysten perusteella hankintaviranomaisen on siis

tehdessään sopimuksia, joilla on yhteisöllistä merkitystä, kontradiktorisen menettelyn yhteydessä otettava huomioon sellaisten elinkeinonharjoittajien väitteet, joiden tarjoukset on luokiteltu poikkeuksellisen alhaisiksi. Niiden vastaisena on siten pidettävä sellaista kansallista lainsäädäntöä, jonka mukaan tällaiset tarjoukset suljetaan automaattisesti pois ilman kuulemismenettelyä alakohtaisten direktiivien kynnysarvon alapuolelle jäävissä sopimuksissa.

4. Oikeus hyvään hallintoon

49. Edellä mainittuun objektiiviseen ja abstraktiin ulottuvuuteen, joka menee valintamenettelyyn osallistuvien elinkeinonharjoittajien yksittäisten etujen edelle, yhdistyy toinen, subjektiivinen ulottuvuus, jossa näiden oikeuksilla ja erityisesti hallintomenettelyssä kuulematta jättämistä koskevalla kiellolla on suuri merkitys.

50. Kuulematta jättämistä koskeva kielto vahvistetaan nimenomaisesti kaikkien jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksessä, ja se on osa sellaista oikeutta hyvään hallintoon, josta määrätään kansalaisten oikeuksia käsittelevään Euroopan unionin perusoikeuskirjan [35] V lukuun sisältyvässä 41 artiklassa. Kyseisen määräyksen 2 kohdassa tunnustetaan jokaisen oikeus tulla kuulluksi, ennen kuin häntä vastaan ryhdytään yksittäiseen toimenpiteeseen, joka vaikuttaisi häneen epäedullisesti.

51. Perusoikeuskirjassa, jonka merkitystä yhteisöjen tuomioistuin on äskettäin erityisesti korostanut asiassa parlamentti vastaan neuvosto 27.6.2006 antamassaan tuomiossa [36] ja asiassa Advocaten voor de Wereld 8.5.2007 antamassaan tuomiossa, [37] edellytetään, että tarjoajan on ennen hylätyksi tulemistaan saatava ilmaista näkemyksensä saadakseen hankintaviranomaisen vakuuttuneeksi tarjouksensa asiallisuudesta.

52. Olen komission kanssa samaa mieltä siitä, ettei tämä oikeus erikseen tarkasteltuna tarkoita, että elinkeinonharjoittajaa, jonka oletetaan menetelleen asiaankuulumattomasti, olisi aina kuultava, sillä tätä suojaa periaatteessa jo tarjousten puolueeton käsittely ennalta määritettyjen, objektiivisten ja syrjimättömien perusteiden mukaisesti. Vahinkoa kärsiikin sellainen tarjoaja, joka on vaarassa tulla sivuutetuksi muiden yhteistoiminnan takia, ja vahinko on sitä suurempi, jos tarjoajan ei anneta esittää selvityksiä.

35 – EYVL 2000, C 364, s. 1.

36 – Asia C-540/03 (Kok. 2006, s. I-5769).

37 – Asia C-303/05 (Kok. 2007, s. I-3633). Perusoikeuskirjan luonne, ks. tuossa asiassa esittämäni ratkaisuehdotuksen 76–79 kohta.

53. Oikeus tulla kuulluksi hallintoviranomaisessa riittää siten perusteluksi sille, ettei poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia saa automaattisesti sulkea pois, sillä – kuten olen maininnut – ”poikkeuksellisen alhaisten tarjousten” käsite on oikeudellinen käsite, jota ei ole määritelty ja jota täydennetään tapauskohtaisesti kunkin menettelyn erityispiirteiden mukaan.

54. Oikeus hyvään hallintoon estää näin ollen myös alakohtaisten direktiivien ulkopuolelle jätetyissä sopimuksissa laiminlyömästä tarjousten kontradiktorista tarkastusta, ennen kuin päätetään niiden asiallisuudesta, sillä tällöin heikennettäisiin niin sanotuissa muutoksenhakudirektiiveissä [38] säädettyjä takeita.

5. Jäsenvaltioiden liikkumavara

55. Kaikesta edellä esitetystä voidaan päätellä, että yhteisön oikeuden vastaisena on pidettävä sellaista kansallista lainsäädäntöä, jossa edellytetään, että hankintaviranomaiset hylkäävät automaattisesti poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset sellaisissa julkisia hankintoja koskevissa sopimuksissa, joihin ei sovelleta sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettuja direktiivejä; sen sijaan on suositeltavaa, että näille viranomaisille annetaan tilaisuus arvioida kunkin tapauksen olosuhteiden mukaan, onko aiheellista käynnistää kuulemismenettely, jossa tarjousten rakenne voidaan kontradiktorisesti todeta. [39]

56. Jäsenvaltioiden itsemääräämisoikeus kuitenkin vapauttaa ne direktiivin 93/37 30 artiklan 4 kohdan kahleista ja antaa niiden määritellä keinot kansalaisille yhteisön oikeusjärjestyksessä annettujen oikeuksien suojaamiseksi, eivätkä niitä sido muut kuin vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteista johtuvat rajoitukset: menettelyt eivät saa olla epäedullisempia kuin ne, joilla suojataan sisäiseen oikeuteen perustuvia oikeuksia, ja ne on järjestettävä siten, ettei tavoitellun päämäärän saavuttaminen ole käytännössä vaikeaa tai lähes mahdotonta. [40]

38 – Em. direktiivi 89/665 ja vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25.2.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/13/ETY (EYVL L 76, 23.3.1992, s. 14).

39 – Asiassa C-247/02, Sintesi, 7.10.2004 annetussa tuomiossa (Kok. 2004, s. I-9215) moitittiin sellaista kansallista lainsäädäntöä, jossa asetettiin hankintaviranomaisille yksi ainoa peruste julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekemiseksi ja evättiin näiltä mahdollisuus tutkia tällaisten urakkasopimusten luonne ja erikoispiirteet sellaisen perusteen mukaan, joka parhaiten takaa vapaan kilpailun ja siten sen, että paras tarjous hyväksytään (40 kohta).

40 – Tästä on vakiintunutta oikeuskäytäntöä, ja asiassa 33/76, Rewe, 16.12.1976 annettu tuomio (Kok. 1976, s. 1989, Kok. Ep. III, s. 271) muodostaa ketjun ensimmäisen lenkin.

VI Ratkaisuehdotus

57. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin antaa Italian tasavallan Consiglio di Statolle seuraavan vastauksen:

Vapaan kilpailun, hallinnon avoimuuden ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteet, jotka vaikuttavat julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden taustalla, samoin kuin oikeus hyvään hallintoon ovat esteenä sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan hankintaviranomaisen on asiaa koskevien direktiivien ulkopuolelle jääviä julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyssä automaattisesti hylättävä poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset ilman minkäänlaista mahdollisuutta kontradiktoriseen tarkastukseen.