Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
24 päivänä helmikuuta 2022 [1]

Asia C-669/20

Veridos GmbH
vastaan
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria ja
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

(Ennakkoratkaisupyyntö – Varhoven administrativen sad (ylin hallintotuomioistuin, Bulgaria))

Ennakkoratkaisupyyntö – Rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyt – Direktiivi 2014/24/EU – Direktiivi 2009/81/EY – Poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen arviointiperusteen vahvistaminen – Vähintään kolmea tarjousta koskevan edellytyksen täyttyminen

1. Unionin oikeudessa katsotaan, että kun tietyt julkisia hankintoja koskevat sopimukset on tehtävä kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tai alhaisimman hinnan perusteella, hankintaviranomainen voi hylätä ”poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset”, joita ei ole perusteltu riittävästi.

2. Tässä ennakkoratkaisupyynnössä on esitetty useita kysymyksiä, jotka koskevat Bulgarian henkilöasiakirjojen myöntämisjärjestelmän suunnittelemista, kehittämistä ja hallinnointia varten tehtävää julkista hankintaa koskevaa sopimusta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvitystä seuraaviin seikkoihin:

– millä edellytyksillä ja missä laajuudessa hankintaviranomainen on velvollinen tarkistamaan, onko menettelyssä tehty direktiivissä 2009/81/EY [2] ja direktiivissä 2014/24/EU [3] tarkoitettuja poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia

– milloin hankintaviranomaisen arviointiin, jonka mukaan kyse ei ole poikkeuksellisen alhaisesta tarjouksesta, on kohdistettava tuomioistuinvalvontaa, ja onko tämä arviointi perusteltava.

[1] Alkuperäinen kieli: espanja.

[2] Hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden tekemien rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta puolustus- ja turvallisuusalalla ja direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta 13.7.2009 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2009, L 216, s. 76).

[3] Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2014, L 94, s. 65).

A Unionin oikeus

1. Direktiivi 2014/24

3. Johdanto-osan 90 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Hankintasopimukset olisi tehtävä puolueettomin perustein, joilla varmistetaan avoimuuden, syrjimättömyyden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden noudattaminen, jotta taattaisiin tarjousten suhteellisen arvon puolueeton vertailu ja voitaisiin päättää todellisissa kilpailuolosuhteissa, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin. – –

Laadun korostamiseksi myös julkisissa hankinnoissa jäsenvaltioiden olisi voitava kieltää tai rajoittaa pelkän hinnan tai pelkkien kustannusten käyttöä kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen arvioimiseksi, jos ne pitävät tätä asianmukaisena.

Jotta varmistettaisiin yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen hankintasopimuksia tehtäessä, hankintaviranomaiset olisi velvoitettava varmistamaan tarvittava avoimuus, jotta kaikki tarjoajat saisivat riittävät tiedot perusteista ja järjestelyistä, joita sovelletaan sopimuksen tekemisestä päätettäessä. Hankintaviranomaiset olisi sen vuoksi velvoitettava ilmoittamaan hankintasopimuksen tekoperusteet ja kunkin perusteen suhteellinen painotus. – –”

4. Johdanto-osan 92 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten olisi parasta hinta-laatusuhdetta arvioidessaan määritettävä hankinnan kohteeseen liittyvät taloudelliset ja laadulliset perusteet, joita ne käyttävät sitä varten. Näiden perusteiden avulla olisi siten voitava tehdä vertaileva arvio kunkin tarjouksen suoritustasosta teknisissä eritelmissä määriteltyyn hankinnan kohteeseen nähden. Tässä direktiivissä esitetään parhaan hinta-laatusuhteen yhteydessä ohjeellinen luettelo mahdollisista ympäristönäkökohdat ja sosiaaliset näkökohdat sisältävistä sopimusten tekoperusteista. Hankintaviranomaisia olisi kannustettava valitsemaan perusteita, joiden avulla ne voivat saada laadukkaita ja optimaalisesti tarpeitaan vastaavia rakennusurakoita, tavaroita ja palveluja.

Valitut hankintasopimuksen tekoperusteet eivät saisi antaa hankintaviranomaiselle rajatonta valinnanvapautta, niillä olisi varmistettava todellisen ja terveen kilpailun mahdollisuus ja niihin olisi liitettävä järjestelyjä, jotka mahdollistavat tarjoajien esittäminen tietojen tosiasiallisen tarkistamisen.

– –”

5. Direktiivin 56 artiklassa (”Yleiset periaatteet”) säädetään seuraavaa:

”1. Hankintasopimukset on tehtävä 67–69 artiklan mukaisesti vahvistetuin perustein, edellyttäen että hankintaviranomainen on tarkistanut 59–61 artiklan mukaisesti, että kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät:

– –”

6. Direktiivin 69 artiklassa (”Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset”) säädetään seuraavaa:

”1. Hankintaviranomaisen on vaadittava, että talouden toimijat antavat selvityksen tarjouksessa olevista hinnoista tai kustannuksista, jos tarjoukset vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta rakennusurakoihin, tavaroihin tai palveluihin nähden.

– –

3. Hankintaviranomaisen on arvioitava annetut tiedot kuulemalla tarjoajaa. Se voi hylätä tarjouksen vain siinä tapauksessa, että toimitettu näyttö ei tyydyttävästi selitä tarjottujen hintojen tai kustannusten alhaista tasoa – –”

2. Direktiivi 2009/81

7. Johdanto-osan 15 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”– – direktiivissä 2004/17/EY tarkoitettujen hankintayksiköiden ja – – direktiivissä 2004/18/EY tarkoitettujen hankintaviranomaisten jäsenvaltioissa tekemien hankintasopimusten osalta on noudatettava perustamissopimuksen periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaata liikkuvuutta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjimättömyyden periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta.

– –”

8. Johdanto-osan 69 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Hankintasopimukset olisi tehtävä objektiivisin perustein, joilla varmistetaan avoimuuden, syrjimättömyyden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden noudattaminen ja joilla taataan, että tarjous arvioidaan avoimesti ja objektiivisesti todellisen kilpailun olosuhteissa. Tämän vuoksi on syytä hyväksyä vain kaksi hankintasopimuksen tekoperustetta, nimittäin ’alhaisin hinta’ ja ’kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous’.”

9. Direktiivin 38 artiklan (”Ehdokkaiden kelpoisuuden tarkastaminen, osanottajien valinta ja hankintasopimusten tekeminen”) sanamuoto on seuraava:

”1. Hankintasopimukset tehdään 47 ja 49 artiklassa säädetyin perustein ja 19 artikla huomioon ottaen sen jälkeen kun hankintaviranomaiset/yksiköt ovat tarkastaneet niiden talouden toimijoiden soveltuvuuden, joiden osallistumista menettelyyn ei 39 ja 40 artiklan perusteella ole suljettu pois; tällainen soveltuvuuden tarkastus on tehtävä 41–46 artiklassa tarkoitettujen taloudellista ja rahoitustilannetta, ammatillista ja teknistä tietämystä tai pätevyyttä koskevien perusteiden mukaisesti ja tarvittaessa 3 kohdassa tarkoitettujen syrjimättömien sääntöjen ja perusteiden mukaisesti.

– –”

10. Direktiivin 49 artiklassa (”Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset”) säädetään seuraavaa:

”1. Jos tiettyä hankintasopimusta varten jätetyt tarjoukset vaikuttavat suoritukseen nähden poikkeuksellisen alhaisilta, hankintaviranomaisen/yksikön on, ennen kuin se voi hylätä tarjoukset, pyydettävä kirjallisesti tiedot olennaisiksi katsomistaan tarjouksen pääkohdista.

– –

2. Hankintaviranomainen/yksikkö tarkistaa tarjoajaa kuullen tarjouksen pääkohdat ottamalla huomioon toimitetun näytön.

– –”

11. Direktiivin 55 artiklan (”Muutoksenhakumenettelyjen soveltamisala ja käytettävyys”) 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaisten/yksiköiden päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti 56–62 artiklassa säädettyjen edellytysten mukaisesti sillä perusteella, että nämä päätökset ovat vastoin hankintoja koskevaa [unionin] oikeutta tai vastoin kansallisia säännöksiä, jotka on annettu kyseisen [unionin] oikeuden saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä.”

B Bulgarian oikeus

12. Julkisista hankinnoista annetun lain (Zakon za obshtestvenite porachki) 72 §:ssä, jonka otsikkona on ”Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset”, säädetään seuraavaa:

”1. Jos tarjoajan tekemä arvioitavana oleva tarjous on saman arvioinnin kohteena olevan tekijän hinnan tai kustannusten osalta yli 20 prosenttia edullisempi kuin muiden tarjoajien tekemien tarjousten keskiarvo, hankintaviranomainen pyytää tarjoajaa esittämään tarjouksen laatimisesta yksityiskohtaisen kirjallisen selvityksen, joka on toimitettava viiden päivän kuluessa pyynnön vastaanottamisesta.”

II Tosiseikat, oikeusriita ja ennakkoratkaisukysymykset

13. Bulgarian tasavallan sisäministeriö aloitti hankintaviranomaisena hankintamenettelyn, jonka kohteena oli ”sukupolven 2019 Bulgarian henkilöasiakirjojen myöntämisjärjestelmän suunnitteleminen, kehittäminen ja hallinnointi”. [4]

14. Esivalinnan perusteella Veridos GmbH:ta (jäljempänä Veridos) ja Mühlbauer ID Services GmbH-S&T -konsortiota (jäljempänä Mühlbauer) pyydettiin tekemään tarjous.

15. Hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valittiin lopulta Mühlbauer. [5]

[4] Ilmoitus julkaistu 15.8.2018 tehdyllä päätöksellä nro 5785 MPR-58.

[5] 29.4.2020 tehty päätös nro 5785 MPR-35.

16. Veridos valitti hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnasta Komisia za zashtita na konkurentsiatalle (kilpailuviranomainen, Bulgaria) ja väitti, että valittu tarjous oli poikkeuksellisen alhainen.[6]

17. Kilpailuviranomainen hylkäsi Veridosin valituksen 25.6.2020 tekemällään päätöksellä. Sen mukaan julkisista hankinnoista annetun lain 72 §:ää ei voitu soveltaa, sillä koska menettelyssä oli tehty vain kaksi tarjousta, kyseisessä säännöksessä tarkoitetun keskiarvon laskeminen ei ollut mahdollista sen selvittämiseksi, oliko jompikumpi niistä poikkeuksellisen alhainen.

18. Veridos valitti 25.6.2020 tehdystä päätöksestä Varhoven administrativen sadiin (ylin hallintotuomioistuin, Bulgaria), joka on esittänyt unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko direktiivin 2014/24 56 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 69 artiklan kanssa, ja direktiivin 2009/81 38 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 49 artiklan kanssa, tulkittava siten, että hankintaviranomaisella ei ole tilanteessa, jossa objektiivisista syistä ei voida soveltaa kansallisessa laissa säädettyä poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen perustetta ja jossa hankintaviranomainen ei ole valinnut muuta perustetta, josta se olisi ilmoittanut ennakolta, velvollisuutta tutkia, onko menettelyssä esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous?

2) Onko direktiivin 2014/24 56 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 69 artiklan kanssa, ja direktiivin 2009/81 38 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 49 artiklan kanssa, tulkittava siten, että hankintaviranomaisella on velvollisuus tutkia, onko menettelyssä esitetty poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia, ainoastaan silloin, kun jonkin tarjouksen epäillään olevan poikkeuksellisen alhainen, vai onko hankintaviranomaisen aina varmistuttava siitä, että esitetyt tarjoukset ovat varteenotettavia, ja esitettävä tätä koskevat perustelut?

3) Sovelletaanko tällaista vaatimusta hankintaviranomaiseen, kun hankintasopimuksen tekemistä koskevassa menettelyssä on esitetty vain kaksi tarjousta?

4) Onko Euroopan unionin perusoikeuskirjan [(jäljempänä perusoikeuskirja)] 47 artiklaa tulkittava siten, että hankintaviranomaisen arvioon siitä, että asiassa ei ole syytä epäillä esitetyn poikkeuksellisen alhaista tarjousta, tai hankintaviranomaisen käsitykseen siitä, että paremmuusjärjestyksessä ensimmäisen sijan saavuttaneen tarjoajan tarjous on varteenotettava, on voitava hakea muutosta tuomioistuimessa?

5) Jos edelliseen kysymykseen vastataan myöntävästi: Onko [perusoikeuskirjan] 47 artiklaa tulkittava siten, että hankintaviranomaisella, joka ei ole tutkinut, onko hankintamenettelyssä esitetty poikkeuksellisen alhainen tarjous, on kyseisessä menettelyssä velvollisuus esittää oikeuttamisperusteet ja perustelut sille, miksi asiassa ei epäillä esitetyn poikkeuksellisen alhaista tarjousta eli miksi paremmuusjärjestyksessä ensimmäisen sijan saavuttaneen tarjouksen varteenotettavuutta ei epäillä?”

III Asian käsittely unionin tuomioistuimessa

19. Ennakkoratkaisupyyntö kirjattiin saapuneeksi unionin tuomioistuimeen 8.12.2020.

[6] Ennakkoratkaisupyyntö, 41 kohdan loppuosa.

20. Unionin tuomioistuimen presidentti päätti 1.2.2021, ettei pyyntöä asian käsittelemisestä nopeutetussa menettelyssä hyväksytä.

21. Huomautuksia ovat esittäneet Veridos, Mühlbauer, Bulgarian, Itävallan, Ranskan ja Tšekin hallitukset sekä Euroopan komissio.

22. Istunnon pitämistä ei ole katsottu tarpeelliseksi.

IV Asian arviointi

A Alustavat toteamukset

23. Tässä asiassa on sovellettava direktiiviä 2009/81, sillä kyse on henkilöasiakirjojen myöntämistä koskevasta julkisesta hankinnasta ”puolustus- ja turvallisuusalalla”.[7] Ennakkoratkaisupyynnön mukaan hankintaviranomainen on juuri tämän direktiivin perusteella ilmoittanut yhden ainoan hankintasopimuksen tekemisestä.[8]

24. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on kuitenkin esittänyt kysymyksensä direktiivin 2009/81 ja direktiivin 2014/24 asiaa koskevista säännöksistä. Se perustelee tätä sillä, että ”direktiivien asiassa sovellettavien säännösten sisältö on sama ja niillä on toisiinsa nähden analoginen tarkoitus”.[9] Näin on mahdollista tehdä, sillä kummankin direktiivin säännökset, joiden tulkintaa pyydetään, ovat olennaisesti samansisältöiset, joten unionin tuomioistuimen vastaus pätee samalla tavalla niihin molempiin.[10]

25. Vastaavasti tällä alalla annettu unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö, silloinkin, kun se koskee muiden julkisia hankintoja koskevien direktiivien kuin kahden edellä mainitun direktiivin vastaavia säännöksiä, voidaan ulottaa koskemaan käsiteltävänä olevaa asiaa, kuten selitän jäljempänä.

7 Bulgarian hallitus väittää (huomautustensa 9 kohdassa), että henkilöasiakirjoihin käytettävä teknologia ja aineisto edellyttävät tai sisältävät turvaluokiteltuja tietoja, minkä vuoksi kyse on direktiivin 2009/81 2 artiklan b ja c alakohdassa tarkoitetusta ”arkaluonteisesta välineistöstä”.

8 Ennakkoratkaisupyynnön (22 kohta) mukaan hankintaviranomainen on ”tehnyt päätöksensä ja ilmoittanut yhdestä ainoasta hankintasopimuksesta direktiivin 2009/81 nojalla” sen johdanto-osan 24 perustelukappaleen mukaisesti direktiivin 2014/24 johdanto-osan 13 perustelukappaleessa annetun mahdollisuuden sijaan. Tämän viimeksi mainitun direktiivin 16 artiklan 2 kohdan b alakohdassa säädetään sekamuotoisten hankintasopimusten osalta, että ”jos osa tietystä sopimuksesta kuuluu direktiivin 2009/81/EY soveltamisalaan, hankintasopimus voidaan tehdä mainitun direktiivin mukaisesti, edellyttäen, että yhden hankintasopimuksen tekemiselle on olemassa objektiiviset perusteet”.

9 Ennakkoratkaisupyynnön 22 kohta.

10 Lainsäädännön viittaukset poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin ovat johdonmukaisesti kuuluneet ja kuuluvat julkisia hankintoja koskevaan unionin oikeuteen aina julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhdenmukaistamisesta 26.7.1971 annetusta neuvoston direktiivistä 71/305/ETY (EYVL 1971, L 185, s. 1) lähtien, 29 artiklan 5 kohta. Niihin viitataan julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 21.12.1976 annetussa neuvoston direktiivissä 77/62/ETY (EYVL 1977, L 13, s. 1), 25 artiklan 5 kohta; julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetussa neuvoston direktiivissä 92/50/ETY (EYVL 1992, L 209, s. 1), 37 artikla; julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetussa neuvoston direktiivissä 93/36/ETY (EYVL 1993, L 199, s. 12), 27 artikla; julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhdenmukaistamisesta 14.6.1993 annetussa neuvoston direktiivissä 93/37/ETY (EYVL 1993, L 199, s. 54), 30 artiklan 4 kohta, ja vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetussa neuvoston direktiivissä 93/38/ETY (EYVL 1993, L 199, s. 84), 34 artikla. Tämä ilmaisu on toistettu tämän lainsäädännön seuraavissa versioissa, kuten vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/17/EY (EUVL 2004, L 134, s. 1), 57 artikla; julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/18/EY (EUVL 2004, L 134, s. 114), 55 artikla, ja vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2014/25/EU (EUVL 2014, L 94, s. 243), 84 artikla.

26. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymykset voidaan sisältönsä perusteella jakaa seuraaviin kahteen ryhmään:

– kolme ensimmäistä kysymystä koskevat sitä, onko hankintaviranomaisella velvollisuus tarkistaa, onko menettelyssä tehty poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia, ja tämän mahdollisen velvollisuuden edellytyksiä ja laajuutta

– neljäs ja viides kysymys koskevat perusteluja, jotka hankintaviranomaisen on esitettävä arvioinnilleen, jonka mukaan menettelyssä ei ole tehty poikkeuksellisen alhaista tarjousta, ja tämän arvioinnin tuomioistuinvalvontaa.

B Velvollisuus tarkistaa, onko menettelyssä tehty poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia (ensimmäinen, toinen ja kolmas kysymys)

27. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan oikeusriita koskee pelkästään toimivaltaa, jota kansallinen lainsäätäjä on käyttänyt säätäessään julkisista hankinnoista annetun lain 72 §:n 1 momentissa poikkeuksellisen alhaisten tarjousten perusteesta. [11]

28. Mikäli olen ymmärtänyt ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen perustelut oikein, sen kansallisesta säännöksestä esittämästä tulkinnasta on pääteltävissä, että *ainoa* peruste tarjouksen ”poikkeuksellisen alhaisena” pitämiselle on se, että se on 20 prosenttia edullisempi kuin muiden tarjoajien tekemien tarjousten keskiarvo. Jos tätä perustetta ei voitaisi soveltaa, koska menettelyssä on tehty vain kaksi tarjousta, hankintaviranomainen ei voisi arvioida kummankaan niistä poikkeuksellisuutta. [12]

29. Ennen kuin selvitetään, onko näin tulkittu kansallinen säännös [13] direktiivien 2009/81 ja 2014/24 (erityisesti ensin mainitun 49 artiklan ja jälkimmäisen 69 artiklan) mukainen, on muistettava seuraavat seikat:

– Direktiivin 2009/81 49 artiklassa hankintaviranomainen velvoitetaan valvomaan ja tarkistamaan, että tarjoukset ovat varteenotettavia. Jos se pitää jotakin tarjousta suoritukseen nähden poikkeuksellisen alhaisena, sen on pyydettävä kirjallisesti tiedot olennaisiksi katsomistaan tarjouksen pääkohdista.

– Direktiivin 2014/24 69 artiklan mukaan hankintaviranomaisen ”on vaadittava, että talouden toimijat antavat selvityksen tarjouksessa olevista hinnoista tai kustannuksista, jos tarjoukset vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta rakennusurakoihin, tavaroihin tai palveluihin nähden”.

[11] Ennakkoratkaisupyynnön 23 kohta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo tämän säännöksen toistettuaan, että peruste, jonka mukaan poikkeuksellisena pidetään tarjousta, joka on yli 20 prosenttia edullisempi kuin muiden tarjoajien tekemien tarjousten keskiarvo, ”edellyttää implisiittisesti, että on esitetty vähintään kolme tarjousta, jolloin tarjousta arvioidaan kahden muun tarjouksen keskiarvon perusteella”.

[12] Bulgarian hallitus on (huomautustensa 34 kohdassa) samaa mieltä: jos on vain kaksi tarjousta, niiden poikkeuksellisen alhaisina pitämiselle ei ole objektiivista arviointiperustetta, minkä vuoksi hankintaviranomaisen on mahdotonta epäillä jompaakumpaa niistä poikkeuksellisen alhaiseksi.

[13] Vaikka kansallisen oikeuden tulkinta kuuluu luonnollisesti ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle, sillä voi olla merkitystä, jos todellisuudessa Bulgarian lainsäädännön mukaan tarjouksen hinnan vertailua muiden tarjousten keskiarvoon pidetään pelkkänä ohjeellisena indisiona sen poikkeuksellisuudesta. Näin ollen hankintaviranomainen voi käyttää muita toissijaisia perusteita, joiden nojalla – vaikka niitä ei olisi nimenomaisesti mainittu tässä lainsäädännössä – se voi havaita tarjouksen poikkeuksellisuuden tarjouksen itsensä perusteella.

30. Näitä säännöksiä on tulkittava unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa, kuten edellä on todettu, sillä unionin lainsäätäjä ei ole esittänyt näissä säännöksissä määritelmää poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen käsitteelle eikä myöskään tiettyä menetelmää *poikkeuksellisuuden* kynnysarvon laskemiseen.[14] Korostankin sen vuoksi, että oikeuskäytännössä annettu tulkinta, jonka jatkuvuutta tällä alalla on pidettävä huomattavana, on asian kannalta merkityksellinen.[15]

31. Unionin tuomioistuin on todennut

– direktiivin 92/50 osalta, että ”jäsenvaltioiden ja erityisesti hankintaviranomaisten on – – määritettävä – – ’poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen’ poikkeuksellisuuden kynnyksen laskutapa”[16]

– direktiivin 93/37 osalta, että hankintaviranomainen ei voi välttyä velvollisuudelta ”yksilöidä epäilyksenalaiset tarjoukset” ja tarvittaessa turvautua (kontradiktoriseen) tarkastusmenettelyyn[17]

– direktiivin 2004/18[18] osalta, että ”unionin lainsäätäjän tarkoituksena on ollut *edellyttää, että hankintaviranomainen tarkastaa* poikkeuksellisen alhaisten tarjousten pääkohdat, ja hankintaviranomaiselle on asetettu tässä tarkoituksessa velvollisuus pyytää ehdokkaita toimittamaan tarvittavat selvitykset sen osoittamiseksi, että kyseiset tarjoukset ovat varteenotettavia”.[19]

32. Direktiivin 2014/24 69 artiklaa tarkastellessaan unionin tuomioistuin on todennut seuraavaa:

– jos tarjous vaikuttaa poikkeuksellisen alhaiselta, hankintaviranomaisen on *vaadittava*, että tarjoaja antaa selvityksen siinä olevista hinnoista tai kustannuksista, ja nämä selvitykset voivat koskea erityisesti kyseisen artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja tekijöitä[20]

– hankintaviranomaisen on arvioitava annetut tiedot kuulemalla tarjoajaa, ja se voi hylätä tällaisen tarjouksen vain siinä tapauksessa, että toimitettu näyttö ei tyydyttävästi selitä tarjottujen hintojen tai kustannusten alhaista tasoa.[21]

33. Unionin lainsäädännössä asetetaan viime kädessä hankintaviranomaisille velvollisuus tarkistaa jokaisessa tapauksessa, vaikuttaako jokin tehdyistä tarjouksista ensi näkemältä poikkeuksellisen alhaiselta.

14 Komissio korostaa tätä *kolmansien maiden tarjoajien ja tavaroiden osallistumista EU:n julkisten hankintojen markkinoille koskevissa ohjeissa*, 24.7.2019 annettu tiedonanto, C(2019) 5494 final, 2.1 kohta.

15 Tätä jatkuvuutta ilmentävät erityisesti seuraavat tuomiot: tuomio 22.6.1989, Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256; jäljempänä tuomio Fratelli Costanzo); tuomio 27.11.2001, Lombardini ja Mantovani (C-285/99 ja C-286/99, EU:C:2001:640; jäljempänä tuomio Lombardini ja Mantovani); tuomio 29.3.2012, SAG ELV Slovensko ym. (C-599/10, EU:C:2012:191); tuomio 18.12.2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466); tuomio 19.10.2017, Agriconsulting Europe v. komissio (C-198/16 P, EU:C:2017:784) ja tuomio 10.9.2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685; jäljempänä tuomio Tax-Fin-Lex).

16 Tuomio 18.12.2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, 49 kohta).

17 Tuomio Lombardini ja Mantovani, 55 kohta.

18 Sen 55 artiklan 1 kohta vastaa direktiivin 2009/81 49 artiklan 1 kohtaa.

19 Tuomio 29.3.2012, SAG ELV Slovensko ym. (C-599/10, EU:C:2012:191, 28 kohta). Kursivointi tässä.

20 Tuomio Tax-Fin-Lex, 32 kohta.

21 Ibidem, 33 kohta.

34. Tässä tarkoituksessa on merkityksetöntä, ettei voida ”soveltaa kansallisessa laissa säädettyä poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen perustetta” ja ettei hankintaviranomainen ole ilmoittanut ennalta valitsemaansa muuta perustetta. Toistettakoon vielä, että hankintaviranomainen ei voi jättää tarkistamatta, onko tarjousta (kaikkia tarjouksia) syytä epäillä aiheettomaksi.

35. Merkityksetöntä on myös se, että hankintamenettelyyn on osallistunut vain kaksi ehdokasta. Hankintaviranomaisen on tutkittava tarkasti kumpikin tarjous ja arvioitava, onko niitä syytä epäillä poikkeuksellisen alhaisiksi.

36. Kuten olen selittänyt, lähtökohtaisesti jäsenvaltioiden ja hankintaviranomaisten on määritettävä ”poikkeuksellisen alhaista tarjousta” merkitsevän kynnysarvon laskentatapa. Unionin oikeudessa annetaan joka tapauksessa ohjeita, joiden perusteella voidaan täsmentää, mitä tietoja epäilyksenalaisen tarjouksen tekijältä voidaan vaatia. [22]

37. Bulgarian hallitus väittää, että poikkeuksellisen alhaisten tarjousten toteaminen voi perustua ainoastaan aritmeettisiin laskelmiin, kuten kansallisessa lainsäädännössä tarkoitettuun laskelmaan. Sen näkemyksen mukaan tällä ratkaisulla varmistetaan objektiivisuus, jota ei voida taata, jos epäilyksenalaisten tarjousten yksilöinti perustuu hankintaviranomaisen subjektiiviseen arviointiin. [23]

38. En yhdy tähän väitteeseen. Hankintaviranomaisen on yksilöitävä ilmeisen epäilyksenalaiset tarjoukset (jotka on siis tarkistettava kontradiktorisessa menettelyssä) kaikkien hankinnan kohteen ominaisuuksien valossa. Vaikka muihin kilpaileviin tarjouksiin vertaileminen onkin joissakin tapauksissa hyödyllistä poikkeuksellisuuden toteamiseksi, siitä ei saa tulla *ainoaa* hankintaviranomaisen käyttämää perustetta. Tarkastelemalla kaikkia epäilyksenalaiseen tarjoukseen liittyviä seikkoja sellaisinaan hankintaviranomainen voi selvittää, onko tarjous antamastaan vaikutelmasta ja hankintamenettelyn muiden ehdokkaiden hinnoista poikkeamisesta huolimatta [24] riittävän varteenotettava.

39. Oikeuskäytännössä on lisäksi todettu, että pelkän matemaattisen perusteen käyttäminen voi olla vastoin toimivan kilpailun kehittymistä julkisten hankintojen alalla. Tuomiolla Fratelli Costanzo ja tuomiolla Lombardini ja Mantovani ratkaistuissa asioissa oli kyse seuraavista tilanteista:

– Ensin mainitussa asiassa kyseessä olleen Italian säännöksen mukaan poikkeuksellisen alhaisina ja siten hankintamenettelystä poissuljettavina pidettiin ”tarjouksia, joissa esitetty alennus on suurempi kuin hyväksyttyjen tarjousten sisältämien prosentuaalisten alennusten keskiarvo, jota on korotettu urakkailmoituksessa pakollisesti ilmoitettavalla prosentuaalisella osuudella”. Tämän ilmoituksen mukaisesti kaikki tarjoukset, joissa pohjahinta ei ylittynyt ainakin 9,48 prosentilla, oli automaattisesti suljettava pois hankintamenettelystä. [25]

[22] Direktiivin 2009/81 49 artiklan mukaan tällaiset tiedot voivat koskea erityisesti 1) rakennusmenetelmän, tuotteiden valmistusmenetelmän tai palvelun suorittamisen taloudellisia näkökohtia; 2) valittuja teknisiä ratkaisuja ja/tai poikkeuksellisen edullisia, tarjoajan käytettävissä olevia urakan toteuttamisen, tuotteiden toimittamisen tai palvelun suorittamisen ehtoja; 3) rakennusurakan, tuotteiden tai palvelujen omintakeisuutta; 4) siellä voimassa olevien työsuojelua ja työoloja koskeviin säännöksiin liittyvien velvoitteiden noudattamista, missä suorituksen on määrä tapahtua; 5) tarjoajan mahdollisesti saamaa valtion tukea. Direktiivin 2014/24 69 artiklan sanamuoto on olennaisesti samanlainen.

[23] Bulgarian hallituksen kirjallisten huomautusten 18 kohta.

[24] Tuomiossa Tax-Fin-Lex unionin tuomioistuin ei sulkenut pois mahdollisuutta, että tietyissä tapauksissa tarjous voidaan hyväksyä silloinkin, kun sen hinta on 0 euroa (eli poikkeuksellisen alhainen), vaikka se poikkeaisi muista tehdyistä tarjouksista.

[25] Tuomio Fratelli Costanzo, 6–10 kohta.

– Jälkimmäisessä asiassa prosenttiluku, josta alkaen hankintaviranomaisen oli saatettava tarjous tarkastusmenettelyyn, oli ”yhtä suuri kuin kaikkien hyväksyttyjen tarjousten sisältämien alennusprosenttien aritmeettinen keskiarvo, korotettuna niiden alennusprosenttien aritmeettisen keskiarvon erolla, jotka ylittävät ensin mainitun keskiarvon”. [26]

40. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että matemaattinen peruste, jonka mukaan tarjous katsotaan poikkeuksellisen alhaiseksi ja suljetaan siten pois hankintamenettelystä, jos tarjouksessa ehdotetaan korotusta, joka on 10 prosenttia kaikkien menettelyyn hyväksyttyjen tarjousten keskimääräistä korotusta pienempi, suhteessa urakalle vahvistettuun pohjahintaan, poistaa poikkeuksellisen edullisen tarjouksen esittäneiltä tarjouksen tekijöiltä mahdollisuuden todistaa tarjoustensa asianmukaisuus, minkä vuoksi tällaisen perusteen soveltaminen on vastoin direktiivin 71/305/ETY tavoitetta eli sitä, että direktiivillä pyritään edistämään tosiasiallisen kilpailun kehittymistä julkisten hankintojen alalla. [27]

41. Näistä lähtökohdista voidaan päätellä, että unionin oikeuden mukaisena ei ole pidettävä kansallista säännöstä, jonka nojalla *ainoa* arviointiperuste sille, onko tarjous poikkeuksellisen alhainen, on se, että tarjous on 20 prosenttia edullisempi kuin muiden tarjoajien tekemien tarjousten keskiarvo.

42. Velvollisuudella tarkistaa *kaikkien* kilpailevien tarjousten varteenotettavuus pyritään varmistamaan avoimuuden, syrjintäkiellon ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden noudattaminen, sillä julkisia hankintoja koskevat sopimukset on tehtävä näiden periaatteiden mukaisesti. [28]

43. Tämä tavoite vaarantuisi, jos kansallisilla säännöksillä rajoitettaisiin perusteet, joilla tarjousta voidaan pitää ”poikkeuksellisen alhaisena”, pelkkiin prosentuaalisiin tekijöihin (muihin kilpailijoihin nähden), jolloin sivuutettaisiin direktiivin 2009/81 49 artiklassa ja direktiivin 2014/24 69 artiklassa säädetty.

[26] Tuomio Lombardini ja Mantovani, 8 kohta.

[27] Tuomio Lombardini ja Mantovani, 47 kohta, jossa viitataan tuomioon Fratelli Costanzo, 18 kohta. Jälkimmäisessä tuomiossa todetaan, että tässä kyseessä olevan kaltaisilla julkisia hankintoja koskevilla unionin säännöksillä on sisältönsä, ehdottomuutensa ja täsmällisyytensä perusteella välitön oikeusvaikutus.

[28] Direktiivissä 2009/81 tämä ilmenee sen johdanto-osan 69 perustelukappaleesta.

C Hankintaviranomaisen perustelut mahdollista poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevalle arvioinnille ja tämän arvioinnin tuomioistuinvalvonta (neljäs ja viides ennakkoratkaisukysymys)

44. Direktiivin 2009/81 55 artiklan 2 kohdassa säädetään oikeudesta hakea muutosta hankintaviranomaisen päätöksiin.[29] Tämä säännös vastaa direktiivin 89/665/EY[30] järjestelmää, ja kuten komissio huomauttaa, sillä varmistetaan perusoikeuskirjan 47 artiklassa vahvistettujen oikeuksien noudattaminen.[31]

45. Yleisellä tasolla ja direktiivin 2009/81 55 artiklan 4 kohdan mukaisesti jäsenvaltioiden on varmistettava, että ”muutoksenhakumenettelyt – – ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa tiettyä sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata”.

46. Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten osalta tähän toiseen kysymysryhmään on vastattava seuraavilta kahdelta kannalta:

– ensinnäkin siltä kannalta, onko hankintaviranomaisen jonkin kilpailevan tarjouksen varteenotettavuudesta tekemä päätös nimenomainen tai implisiittinen

– toiseksi hankintaviranomaisen arviointiin kohdistettavan tuomioistuinvalvonnan kannalta.

1. Hankintaviranomaisen päätöksen luonne (ja mahdolliset perustelut)

47. Direktiivin 2009/81 49 artiklassa, joka koskee poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia, ei aseteta hankintaviranomaiselle yleistä velvollisuutta *ottaa nimenomaisesti kantaa* tähän tarjouksen poikkeuksellisuuteen.

48. Tällainen velvollisuus on kuitenkin tilanteessa, jossa hankintaviranomainen katsoo, että ”tiettyä hankintasopimusta varten jätetyt tarjoukset” vaikuttavat ”suoritukseen nähden poikkeuksellisen alhaisilta”.

49. Kuten edellä on tuotu esille, ”hankintaviranomaisen on ensinnäkin yksilöitävä epäilyksenalaiset tarjoukset”[32] hankinnan kohteen kaikkien ominaisuuksien valossa ja tarvittaessa sen valossa, mikä on kunkin tarjouksen suhde muihin tarjouksiin.

[29] ”Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaisten/yksiköiden päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti – – sillä perusteella, että nämä päätökset ovat vastoin hankintoja koskevaa [unionin] oikeutta tai vastoin kansallisia säännöksiä, jotka on annettu kyseisen [unionin] oikeuden saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä.”

[30] Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1989, L 395, s. 33). Direktiivin 2009/81 55 artiklan 2 kohdassa toistetaan direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan neljännen alakohdan sisältö, minkä vuoksi unionin tuomioistuimen viimeksi mainitusta säännöksestä antamia tuomioita voidaan soveltaa analogisesti.

[31] Komissio viittaa neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi 11.12.2007 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2007/66/EY (EUVL 2007, L 335, s. 31) johdanto-osan 36 perustelukappaleeseen. Tämän perustelukappaleen mukaan ”tarkoituksena on erityisesti varmistaa, että oikeutta tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin ja puolueettomaan tuomioistuimeen täysin kunnioitetaan perusoikeuskirjan 47 artiklan ensimmäisen ja toisen kohdan mukaisesti”.

[32] Tuomio Lombardini ja Mantovani, 55 kohta.

50. Jos hankintaviranomainen katsoo, ettei yksikään näin arvioiduista tarjouksista ole poikkeuksellisen alhainen, sillä ei ole velvollisuutta tehdä tästä nimenomaista ilmoitusta. Yhdyn tältä osin Mühlbauerin ja Ranskan hallituksen näkemykseen: pelkästään se, että hankintaviranomainen hyväksyy tarjouksen, osoittaa implisiittisesti sen olevan vakuuttunut siitä, ettei tarjous ole poikkeuksellisen alhainen.

51. Tällainen nimenomainen kannanotto on välttämätön ainoastaan tilanteessa, jossa hankintaviranomainen on havaittuaan tarjouksen mahdollisesti poikkeuksellisen alhaiseksi antanut tarjouksen tekijälle (direktiivin 2009/81 49 artiklan 1 kohdan mukaisesti) mahdollisuuden osoittaa, että tarjous on varteenotettava, pyytämällä siltä olennaiseksi katsomansa tiedot.

52. Tämän kontradiktorisen käsittelyn jälkeen hankintaviranomaisen on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan arvioitava ”asianomaisten yritysten toimittamien selvitysten merkityksellisyys”, jotta se voi tehdä ”päätöksen” alun perin epäilyksenalaisten ”tarjousten hyväksymisestä tai hylkäämisestä”.[33] Tämän päätöksen on luonnollisesti oltava riittävän perusteltu.

53. Epäillessään siten tarjousta poikkeuksellisen alhaiseksi hankintaviranomaisen on asianmukaisen kontradiktorisen tarkastusmenettelyn perusteella *päätettävä* tällaisen tarjouksen hyväksymisestä tai hylkäämisestä. Kun se toimii tällä tavoin , asianomaisen henkilön oikeuksien kunnioittamiseksi sen päätös on ilmaistava perusteltuna ratkaisuna.[34]

54. Tämä perustuu direktiivin 2009/81 35 artiklaan, jonka mukaan hankintaviranomaisen on ilmoitettava ”ehdokkaille ja tarjoajille mahdollisimman nopeasti päätökset, jotka koskevat hankintasopimuksen – – tekemistä”.

55. Jos sitä vastoin hankintaviranomainen ei ensi näkemältä katso, että joku tarjouksista voisi olla poikkeuksellisen alhainen, asiaa ei käsitellä kontradiktorisessa tarkastusmenettelyssä eikä tältä osin tehdä nimenomaista päätöstä.

56. Tässä tilanteessa hankintamenettelyn päätteeksi annettava ratkaisu sisältää implisiittisesti päätöksen, jonka mukaan yhtäkään tehdyistä tarjouksista ei pidetä poikkeuksellisen alhaisena. Tämän viimeksi mainitun päätöksen perusteluna on yksinkertaisesti se, ettei ole seikkoja, joiden vuoksi olisi käytännössä tarpeen tutkia epäilyksenalaista tarjousta.

2. Tarjouksen poikkeuksellista alhaisuutta koskevan päätöksen tuomioistuinvalvonta

57. Jotta voidaan selvittää, miten hankintaviranomaisen päätökseen kohdistuva välttämätön tuomioistuinvalvonta toteutetaan, on erotettava toisistaan edellä esitetyt seuraavat kaksi tilannetta: hankintaviranomainen on joko nimenomaisesti ottanut kantaa tietyn tarjouksen herättämiin epäilyihin tai on implisiittisesti ottanut siihen kantaa ratkaisemalla lopullisesti hankintamenettelyn epäilemättä millään tavoin kyseisen tarjouksen tai minkään muunkaan tarjouksen varteenotettavuutta.

[33] Tuomio Lombardini ja Mantovani, 55 kohta.

[34] Kuten unionin tuomioistuin toteaa 14.2.2019 antamassaan määräyksessä Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118, 33 kohta), vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ”perusoikeuskirjan 47 artiklassa taatun tuomioistuinvalvonnan tehokkuuden edellytyksenä on – –, että asianomainen voi saada tiedon häntä koskevan päätöksen perusteluista joko suoraan päätöksestä itsestään tai siten, että perustelut ilmoitetaan hänelle hänen pyynnöstään, jotta hän voi puolustaa oikeuksiaan parhain mahdollisin edellytyksin ja päättää kaikista asiaan vaikuttavista seikoista tietoisena, onko asian saattaminen toimivaltaisen tuomioistuimen käsiteltäväksi tarpeellista, ja jotta viimeksi mainittu kykenee täysimääräisesti harjoittamaan kyseessä olevaan kansalliseen toimeen kohdistuvaa laillisuusvalvontaa”.

58. Vaikka direktiivi 2009/81 on tässä välittömästi sovellettava direktiivi, viittaan unionin tuomioistuimen direktiivin 89/665 osalta antamaan oikeuskäytäntöön,[35] sillä kuten olen jo todennut, kyseinen direktiivi sisältää samankaltaisen muutoksenhakua koskevan järjestelmän kuin ensin mainittu direktiivi.

59. Valvonta, johon direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan viimeisen alakohdan yleisessä lausekkeessa viitataan, koskee kaikkia hankintaviranomaisen päätöksiä, joissa sovelletaan asiaa koskevaa unionin oikeutta.[36]

60. Näitä valvonnan piiriin kuuluvia hankintaviranomaisen päätöksiä ovat tietenkin hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa koskevat päätökset, joilla yksi tarjouksista valitaan, mutta myös muunlaiset päätökset, jotka vaikuttavat kyseisten toimijoiden oikeusasemaan.[37]

61. Direktiivissä 89/655 ei ole ”muodollisesti säädetty, mistä ajankohdasta lukien sen 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu muutoksenhakumahdollisuus on käytettävissä”.[38] Unionin tuomioistuimen mukaan on varmistettava, että lainvastaisiin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja niin nopeasti kuin mahdollista.[39]

62. Unionin lainsäätäjä on antanut jäsenvaltioiden tehtäväksi määrittää ”yksityiskohtaiset säännöt” hankintaviranomaisten päätöksiä koskeville muutoksenhakumenettelyille (direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohta).[40]

63. Jäsenvaltiot voivat siis lähtökohtaisesti järjestää hankintaviranomaisen päätöksiä koskevan muutoksenhaun joko säätämällä, että muutosta haetaan keskitetysti, tai säätämällä, että sitä haetaan erikseen (erillään päävaatimuksesta). Direktiivissä 89/665 ei edellytetä eikä suljeta pois kumpaakaan järjestelyä.

64. Jos jäsenvaltiot menettelyllisen itsemääräämisoikeutensa mukaisesti päättävät säätää keskitetystä muutoksenhausta, niiden on tehtävä se vaarantamatta direktiivissä 89/665 välttämättöminä pidettyjä tehokkuuden ja nopeuden tavoitteita. Lisäksi niiden on otettava huomioon,

– että direktiivi ”ei mahdollista sitä, että jäsenvaltiot voisivat asettaa muutoksenhaun edellytykseksi sen, että kyseisessä hankintamenettelyssä on virallisesti päästy tiettyyn vaiheeseen”[41]

[35] Seuraavissa kohdissa (59–64 kohdassa) esitetyt perustelut sisältävät ratkaisuehdotuksessani Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295) esittämäni perustelut.

[36] Tuomio 5.4.2017, Marina del Mediterráneo ym. (C-391/15, EU:C:2017:268, 26 kohta) (jäljempänä tuomio Marina del Mediterráneo): ”direktiivin [89/665] 1 artiklan 1 kohdan sanamuoto, jossa käytetään sanoja ’hankintasopimuksi[a koskeviin menettelyihin]’, antaa olettaa, että kaikki sellaiset hankintaviranomaisen päätökset, jotka kuuluvat julkisia hankintoja koskevien unionin oikeuden sääntöjen soveltamisalaan ja jotka voivat olla niiden vastaisia, voidaan saattaa tämän direktiivin 2 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdassa tarkoitetun tuomioistuinvalvonnan piiriin”.

[37] Ibidem, 27 kohta. Unionin tuomioistuin toteaa, että ”hankintaviranomaisen päätöksen käsitteen laajaa tulkintaa vahvistaa se, että direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohta ei sisällä mitään rajoitusta siltä osin kuin kyse on siinä tarkoitettujen päätösten luonteesta tai sisällöstä”.

[38] Ibidem, 31 kohta.

[39] Tuomio 12.12.2002, Universale-Bau ym. (C-470/99, EU:C:2002:746, 74 kohta).

[40] Tuomio Marina del Mediterráneo, 32 kohta: ”Silloin, kun unioni ei ole antanut säännöksiä, joissa vahvistetaan se ajankohta, josta lukien muutoksenhakumahdollisuuden on oltava olemassa, vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kansallisessa lainsäädännössä on annettava sellaisen tuomioistuinmenettelyn menettelysäännöt, jolla pyritään turvaamaan unionin oikeuteen perustuvat yksityisten oikeudet”; näille menettelysäännöille on kuitenkin asetettu vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteisiin liittyviä rajoituksia.

[41] Ibidem, 31 kohta.

– että kansallinen lainsäädäntö, jossa sen erityispiirteiden perusteella ”edellytetään joka tapauksessa, että tarjoaja odottaa kyseessä olevan hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnasta tehtävää päätöstä ennen kuin se voi hakea muutosta siltä osin kuin toinen tarjoaja on hyväksytty osallistujaksi, on vastoin direktiivin 89/665 säännöksiä”. [42]

65. On kuitenkin huomattava, että oikeusvarmuuden periaatteen turvaaminen ”vaarantuisi, jos ehdokkaat ja tarjoajat voisivat missä hyvänsä hankintamenettelyn vaiheessa vedota julkisten hankintasopimusten tekemistä koskevien sääntöjen rikkomiseen ja pakottaa hankintaviranomaisen näin aloittamaan koko menettelyn uudelleen rikkomisten korjaamiseksi”. [43]

66. Tässä viimeksi mainitussa tuomiossa esitetty doktriini liittyy unionin tuomioistuimen SEUT 263 artiklassa tarkoitetun kumoamiskanteen yhteydessä antamaan oikeuskäytäntöön.

67. Kuten Ranskan hallitus huomauttaa, toimia, jotka voivat olla kumoamiskanteen kohteena, ovat ainoastaan sellaiset toimenpiteet, joilla on sitovia oikeusvaikutuksia, jotka voivat vaikuttaa kantajan etuihin muuttamalla tämän oikeusasemaa selvästi. [44]

68. Siltä osin kuin kyse on eri vaiheissa laadittavista toimista tai tehtävistä päätöksistä, kannekelpoisia ovat toimenpiteet, joissa lopullisesti vahvistetaan päätöksentekoelimen kanta ”hallinnollisen menettelyn päätteeksi ja joilla pyritään aikaansaamaan sitovia oikeusvaikutuksia – –; sen sijaan menettelyn kuluessa tehdyillä toimenpiteillä, joilla valmistellaan lopullista päätöstä, ei ole tällaisia vaikutuksia”. [45]

69. Unionin tuomioistuimen mukaan direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan neljännessä alakohdassa tarkoitettua käsitettä ”hankintaviranomaisten päätökset” on tulkittava laajasti, sillä kyseisen säännöksen sanamuoto, jossa ”viitataan näin ollen yleisesti hankintaviranomaisten päätöksiin erottelematta niitä niiden sisällön tai niiden tekemisajankohdan perusteella [ja joka ei] sisällä mitään rajoitusta siltä osin kuin kyse on siinä tarkoitettujen päätösten luonteesta tai sisällöstä”, ”antaa olettaa, että kaikki sellaiset hankintaviranomaisen päätökset, jotka kuuluvat julkisia hankintoja koskevien unionin sääntöjen soveltamisalaan ja jotka voivat olla niiden vastaisia, voidaan saattaa – – tuomioistuinvalvonnan piiriin”. [46]

70. Tämän kannekelpoisia päätöksiä koskevan tulkinnan seurauksena unionin tuomioistuin on katsonut kannekelpoiseksi päätöksen, jolla talouden toimija hyväksytään osallistumaan julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn. [47]

[42] Ibidem, 34 kohta.

[43] Tuomio 12.3.2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, 51 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Oikeusvarmuuden periaatetta ei kuitenkaan voida erottaa julkista hankintaa koskevien direktiivien tehokkuutta koskevasta vaatimuksesta.

[44] Ks. mm. tuomio 26.1.2010, Internationaler Hilfsfonds v. komissio (C-362/08 P, EU:C:2010:40, 51 kohta).

[45] Mm. tuomio 17.7.2008, Athinaïki Techniki v. komissio (C-521/06 P, EU:C:2008:422, 42 kohta).

[46] Tuomio 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, 105 kohta).

[47] Ibidem, 106 kohta, jossa viitataan tuomioon Marina del Mediterráneo, 28 kohta. Kannekelpoisena pidetään myös ”päätöstä, jolla hankintaviranomainen kieltäytyy toimittamasta talouden toimijalle ehdokkaan tai tarjoajan esittämiä luottamuksellisina pidettäviä tietoja”.

71. Tämän tulkinnan *suurpiirteisyys*[48] on kuitenkin joka tapauksessa rajattu hankintaviranomaisen *tosiasiallisesti antamiin* selviin ratkaisuihin. Nämä ovat toisin sanoen päätöksiä, jotka sisältävät tahdonilmaisun, jolla hankintaviranomainen ottaa kantaa jonkin säännöksen velvoittaessa sen tekemään asiassa päätöksen.

72. Kuten olen jo edellä todennut, on syytä erottaa toisistaan

– päätökset, joilla hankintaviranomainen ottaa nimenomaisesti kantaa tietyn tarjouksen mahdollisesti herättämiin epäilyihin ja päättää kontradiktorisen tarkastusmenettelyn ratkaistakseen, onko tarjous poikkeuksellisen alhainen vai ei. Mielestäni kummassakin mahdollisessa vaihtoehdossa tämä päätös vaikuttaa tarjoajien etuihin, erityisesti tarjoajan, jonka tarjous hylätään sen poikkeuksellisen alhaisuuden vuoksi. Tämän tarjoajan aseman muuttuminen tarjouskilpailun kuluessa yhdessä sen menettelyn riippumattomuuden kanssa, jossa hankintaviranomaisen on otettava asiaan kantaa, puoltavat tämän kannanoton luokittelemista lopulliseksi ratkaisuksi, johon voidaan kohdistaa tuomioistuinvalvontaa sen antamisesta lähtien.

– hankintaviranomaisen implisiittiset päätökset, jotka sisältyvät julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintaa koskevaan päätökseen silloin, kun tarjousten varteenotettavuudesta ei ole epäilyjä. Niihin voidaan hakea muutosta tuomioistuimessa nostamalla kanne tästä lopullisesta päätöksestä.

73. Tämän asian kannalta on pantava merkille, että käytettävissä olevien tietojen perusteella hankintaviranomaisella ei ollut epäilyjä, jotka olisivat saaneet sen pohtimaan jonkin tarjouksen poikkeuksellista alhaisuutta. Tämän vuoksi se ei katsonut olevansa velvollinen aloittamaan tarkastusmenettelyä.

74. Näin toimiessaan hankintaviranomainen ei tehnyt minkäänlaista *päätöstä*, johon on direktiivin 2009/81 perusteella mahdollista hakea muutosta erikseen ja milloin tahansa. Korostettakoon, että kyseisen direktiivin 49 artiklassa ei velvoiteta hankintaviranomaista tekemään nimenomaista päätöstä kaikkien tarjousten poikkeuksellisesta alhaisuudesta vaan ainoastaan noudattamaan määrättyä menettelyä ennen kuin se voi hylätä tarjouksen, joka ”vaikuttaa” poikkeuksellisen alhaiselta.

75. Kyseinen artikla ja vastaavasti direktiivin 2014/24 69 artikla, luettuina yhdessä perusoikeuskirjan 47 artiklan kanssa, merkitsevät ainoastaan, kuten Ranskan hallitus väittää, että valitsematta jäänyt tarjoaja voi riitauttaa hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnan vetoamalla muutoksenhakuperusteena valitun tarjouksen poikkeukselliseen alhaisuuteen.[49]

[48] Vaikka ensi arviolta asia voisi vaikuttaa olevan päinvastoin, nähdäkseni tämä näin avoin tulkinta ei vastaa oikeuskäytäntöä, jonka mukaan oikeusvarmuuden turvaamiseksi tarjoajilla ei ole mahdollisuutta vedota milloin tahansa julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevien sääntöjen rikkomiseen. Molemmissa oikeuskäytännön linjoissa on suoritettava intressivertailu yhtäältä oikeusvarmuuden ja toisaalta laillisuutta koskevan tuomioistuinvalvonnan välillä. Hankintaviranomaisen peräkkäisten päätösten sisällön osalta suhteellista itsenäisyyttä koskeva peruste on saatettava tasapainoon. Muutosta ei esimerkiksi ole mahdollista hakea sellaisiin ”toimiin, jotka ovat pelkkää hankinnan alustavaa tarkastelemista tai jotka ovat yksinomaan valmistelevia ja jotka liittyvät hankintaviranomaisen julkisen hankintasopimuksen tekemiseen nähden suorittamaan sisäiseen pohdintaan”, kuten 11.1.2005 annetussa tuomiossa Stadt Halle ja RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, 35 kohta) todetaan. Kaikki menettelytoimet ovat lopullisen hankintamenettelyn *valmistelevia* toimia mutta ne eivät kaikki ole sisällöltään yhtä *tiiviitä*, vaan niistä kannekelpoisia ovat ainoastaan toimet, jotka käsittävät riittävästi päätöksentekoa niin, että näitä toimia voidaan pitää tietyllä tapaa itsenäisinä.

[49] Ennakkoratkaisupyynnön mukaan näin tapahtui tässä tapauksessa, sillä Veridos saattoi hakea muutosta hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaan vetoamalla Mühlbauerin tarjouksen poikkeukselliseen alhaisuuteen.

V Ratkaisuehdotus

76. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Varhoven administrativen sadille seuraavasti:

1) Hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden tekemien rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta puolustus- ja turvallisuusalalla ja direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta 13.7.2009 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2009/81/EY 38 ja 49 artiklaa on tulkittava siten, että hankintaviranomaisilla on joka tapauksessa velvollisuus tutkia, onko menettelyssä mahdollisesti tehty poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia. Tässä tarkoituksessa on merkityksetöntä, kuinka monta tarjousta on tehty, tai se, ettei kansallisessa laissa tältä osin säädettyjä perusteita voida soveltaa, jolloin hankintaviranomaisten on noudatettava direktiivin 2009/81/EY 49 artiklaa sen välittömän oikeusvaikutuksen vuoksi.

2) Direktiivin 2009/81/EY 55 artiklan 2 kohtaa, luettuna yhdessä Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artiklan kanssa, on tulkittava siten, että jos hankintaviranomaisella ei ole perusteita aloittaa tarjouksen varteenotettavuuden tarkastamismenettelyä, sen arviointi voidaan saattaa tuomioistuinvalvontaan nostamalla kanne hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa koskevasta lopullisesta päätöksestä.