JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PAOLO MENGOZZI
29 päivänä kesäkuuta 2010[1]

1. Nyt käsiteltävässä jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa kanteessa tuomioistuinta pyydetään selventämään, missä määrin unionin oikeutta on sovellettava julkisiin hankintoihin, joita säätelevissä direktiiveissä velvoitetaan noudattamaan ainoastaan joitakin vähimmäisvelvoitteita. Kyseessä oleva hankinta koskee käännöspalvelujen, joiden osalta direktiivissä 2004/18/EY[2] säädetään ainoastaan velvoitteesta määrittää palvelun tekniset eritelmät ja ilmoittaa hankintamenettelyn tuloksista, tarjoamista. Euroopan komissio katsoo kuitenkin, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön nojalla Irlannin hankintaviranomaisen olisi pitänyt noudattaa tiettyjä muita velvoitteita, joiden noudattamatta jättäminen on johtanut kyseessä olevaan kanteeseen.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

2. Unionin oikeus muodostaa kyseessä olevan asian keskeisen perustan ja koostuu perussopimuksista sekä aiemmin mainitusta direktiivistä 2004/18/EY (jäljempänä direktiivi).

3. Asianosaiset ovat yksimielisiä siitä, että asiassa kyseessä olevat palvelut sisältyvät direktiivin liitteessä II B lueteltuihin palveluihin. Käännöspalvelut sisältyvät itse asiassa mainitun liitteen luokan 27 ”muihin palveluihin”.

4. Direktiivin 21 artiklassa, jonka otsikko on ”Liitteessä II B lueteltuja palveluja koskevat hankintasopimukset”, säädetään seuraavaa:

”Liitteessä II B lueteltuja palveluja koskevia hankintasopimuksia koskevat yksinomaan 23 artikla ja 35 artiklan 4 kohta.”

5. Direktiivin 23 artikla, jonka otsikko on ”Tekniset eritelmät”, ei ole nyt käsiteltävässä asiassa riidan kohteena, joten se voidaan kokonaisuudessaan jättää tässä huomioimatta. Kyseessä on hyvin pitkä ja yksityiskohtainen säännös, jossa hankintaviranomaiset velvoitetaan määrittelemään selkeästi ja tarkasti vaatimukset kysytyille palveluille, jotta henkilöitä, jotka ovat halukkaita tekemään

1 – Alkuperäinen kieli: italia.

2 – Julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114).

sopimuksen viranomaisen kanssa, kohdellaan samalla tavalla.

6. Direktiivin 35 artiklan 4 kohdassa säädetään julkisen hankintasopimuksen tehneiden hankintaviranomaisten velvoitteesta lähettää ilmoitus hankintamenettelyn tuloksista. Komissio ei moiti Irlantia myöskään tämän säännöksen laiminlyönnistä.

II Tosiseikat ja oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely

7. Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosassa julkaistiin 16.5.2006 Irlannin hallituksen hankintailmoitus [3] pakolaisasioista vastaavan viraston käännös- ja tulkkauspalvelujen tarjoamisesta.

8. Hankintailmoituksessa määriteltiin pyydettyjen palvelujen luokka ja ilmoitettiin tarjousten tekemisen määräpäivä (9.6.2006). Lisäksi ilmoituksessa mainittiin, että hankintasopimus tehtäisiin kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella seuraavien seitsemän perusteen pohjalta:

1) onko kaikki pyydetyt asiakirjat toimitettu

2) onko esitetty, että tarjoaja voi täyttää vaatimukset

3) erien, [4] palvelujen ja kielten lukumäärä

4) pätevyydet, relevantti kokemus

5) hinta

6) ehdotettujen menettelyjen sopivuus

7) referenssikohteet.

9. Hankintailmoituksessa tarkennettiin lisäksi, ettei sopimuksentekoperusteita ollut lueteltu tärkeysjärjestyksessä.

3 – EUVL s. 92, 16.5.2006. Hankintailmoituksen viitenumero on 2006/S 92-098663.

4 – Ilmoituksen mukaan hankinta jaettaisiin useampaan erään.

10. Kaksitoista yritystä, joista kolmen kotipaikka oli Irlannin ulkopuolella, osoitti kiinnostuksensa hankintasopimuksen tekemiseen.

11. Tarjousten tekemisen määräpäivän jälkeen hankintakomitean jäsenille toimitettiin sopimuksentekoperusteiden suhteelliset painotukset. Ne vaihtelivat 0 prosentin (peruste 1, joka koski toimitettuja asiakirjoja) ja 30 prosentin (peruste 4) välillä. Perusteen 2 painotus oli 7 prosenttia, perusteen 3 painotus 25 prosenttia, perusteen 5 painotus 20 prosenttia, perusteen 6 painotus 10 prosenttia ja perusteen 7 painotus 8 prosenttia.

12. Seuraavien päivien aikana hankintakomitean jäsenet tekivät tarjouksista itsenäisesti alustavan arvioinnin.

13. Hankintakomitea kokoontui ensimmäisen kerran 22.6.2006. Ennen tarjousten arvioimista hankintakomitea päätti muuttaa sopimuksentekoperusteiden painotuksia niin, että perusteen 4 painotusta laskettiin 25 prosenttiin (aikaisemmin 30 %) ja perusteen 6 painotusta nostettiin 15 prosenttiin (aikaisemmin 10 %). Muut painotukset pysyivät ennallaan. Tämän jälkeen hankintakomitea ryhtyi arvioimaan tarjouksia ja valitsemaan voittajaa uusien painotusten mukaisesti.

14. Yksi tarjoajista, jonka tarjousta ei valittu, teki asiasta kantelun komissiolle. Irlannin kanssa käydyn tiedonvaihdon jälkeen komissio lähetti 23.10.2007 päivätyn virallisen huomautuksen, ja koska Irlannin hallituksen vastaukset olivat komission mielestä epätyydyttäviä, se lähetti 23.9.2008 päivätyn perustellun lausunnon.

III Oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa ja asianosaisten vaatimukset

15. Irlannin viranomaisten vastaus perusteltuun lausuntoon ei tyydyttänyt komissiota, ja se aloitti jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn 19.6.2009.

16. Komissio vaatii, että unionin tuomioistuin

– toteaa, ettei Irlanti noudattanut yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden, sellaisina kuin unionin tuomioistuin on niitä tulkinnut, mukaisia velvoitteitaan, kun se päätti sopimuksentekoperusteiden painotuksesta

tarjousten tekemistä koskevan määräpäivän jälkeen ja muutti kyseistä painotusta tarjousten alustavan arvioinnin jälkeen, ja

– velvoittaa Irlannin korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

17. Irlanti vaatii, että unionin tuomioistuin

– hylkää kanteen ja

– velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

IV Jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättäminen

A *Kyseessä olevan hankintakilpailun oikeudellinen luonne*

18. Ennen väitetyn jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämisen arviointia on selvitettävä Irlannin viranomaisten julkaiseman hankintamenettelyn luonne, jotta voidaan määrittää siihen sovellettavat säädökset.

19. Kuten edellä on mainittu, asianosaiset ovat yksimielisiä siitä, että nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevat palvelut sisältyvät direktiivin liitteessä II B lueteltuihin palveluihin. Ainoat direktiivissä selkeästi määrätyt velvoitteet liittyvät teknisiin eritelmiin (direktiivin 23 artikla) ja ilmoitukseen hankintamenettelyn tuloksista (35 artiklan 4 kohta), eikä komissiolla ole niiden osalta huomautettavaa Irlannille.

20. On kuitenkin tunnettua, että julkisiin hankintoihin sovellettava unionin oikeus ei rajoitu ainoastaan asiaa koskevien direktiivien erityissäännöksiin. Tuomioistuimen oikeuskäytännössä on painotettu aina myös primaarioikeuden tärkeyttä tässä yhteydessä.

21. On todettava, että tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön nojalla julkisten hankintasopimusten tekomenettelyjen koordinoinnilla unionin tasolla pyritään poistamaan palveluiden ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteet ja suojelemaan siten sellaisten talouden toimijoiden etua, jotka ovat sijoittautuneet tiettyyn jäsenvaltioon ja jotka haluavat tarjota tuotteitaan tai palvelujaan toisessa jäsenvaltiossa toimiville hankintaviranomaisille. [5]

5 – Ks. esim. asia C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002 (Kok., s. I-5553, 43 kohta) ja asia C-507/03, komissio v. Irlanti, tuomio 13.11.2007 (Kok., s. I-9777, 27 kohta).

22. Rajat ylittävän intressin omaaviin julkisiin hankintasopimuksiin – vaikka tällainen intressi olisi vain mahdollinen – on siten sovellettava myös perussopimuksen [6] määräyksiä. Lisäksi on tietysti sovellettava asiaa säätelevissä säännöksissä tarkoitettuja muodollisia vaatimuksia, esimerkiksi nyt käsiteltävässä asiassa velvoitteita, jotka koskevat teknisiä eritelmiä ja ilmoitusta hankintamenettelyn tuloksista.

23. Primaarioikeudessa määrätään tämän osalta kahdesta velvoitteesta, jotka liittyvät erityisesti sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen. Viranomaisten on yhtäältä noudatettava kansalaisuuteen ja yhdenvertaiseen kohteluun perustuvia syrjimättömyysperiaatteita. Näiden periaatteiden noudattamisen varmistamiseksi viranomaisia sitoo toisaalta myös avoimuusvelvoite. [7]

24. Asianosaiset eivät näytä olevan eri mieltä edellisissä kohdissa mainittujen velvoitteiden olemassaolosta eivätkä siitä, että kyseessä olevaan hankintasopimukseen liittyy rajat ylittävä intressi, mistä on osoituksena myös se, että hankintamenettelystä ilmoitettiin Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosassa ja että joidenkin tarjouksen tehneiden yritysten kotipaikka on muualla kuin Irlannissa. [8] Asianosaiset ovat eri mieltä tapauksen erityisseikoista eli siitä, onko Irlannin viranomainen noudattanut käyttäytymisellään edellä mainittuja oikeussääntöjä vai ei.

B *Asianosaisten lausumat*

25. Komissio toteaa lyhyessä kannekirjelmässään Irlannin viranomaisen laiminlyöneen kahdessa yhteydessä unionin oikeudessa sille asetettuja velvoitteita ja loukanneen molemmissa tapauksissa tuomioistuimen

6 – Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ei aina suoraan edellytetä rajat ylittävää intressiä, mutta se sisältää toteamuksia, joissa näytetään edellytettävän perustamissopimuksessa tarkoitettujen perustavanlaatuisten periaatteiden ehdotonta noudattamista; ks. esim. asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000 (Kok., s. I-10745, 60 kohta) ja asia C-59/00, Vestergaard, määräys 3.12.2001 (Kok., s. I-9505, 20 kohta). Joissakin päätöksissä rajat ylittävän intressin edellytys on kuitenkin selkeästi mainittu; ks. esim. konsessioiden alalla asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005 (Kok., s. I-7287, 20 kohta) ja asia C-91/08, Wall, tuomio 13.4.2010 (34 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa). Muista kuin ensisijaisista palveluista (ts. direktiivin 2004/18 liitteessä II B luetellut palvelut) ks. edellä alaviitteessä 5 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 29 kohta. Euroopan komissio on korostanut rajat ylittävän intressin tarvetta selittävässä tiedonannossaan, jonka se on antanut unionin oikeuden soveltamisesta sopimuksiin, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan (EUVL C 179, 1.8.2006, s. 2, 1.3 kohta).

7 – Tätä koskeva oikeuskäytäntö on vakiintunutta: ks. esim. asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok., s. I-8585, 47–49 kohta).

8 – Euroopan komissio on perustellut laajemmin kyseessä olevaan hankintasopimukseen liittyvää rajat ylittävää intressiä, mikä on tarpeen sitä sitovan todistustaakkavelvoitteen täyttämiseksi. Ks. edellä alaviitteessä 5 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 32 kohta.

oikeuskäytännössä tarkoitettuja yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita.

26. Irlannin viranomaiset ovat komission mukaan ensinnäkin toimineet lainvastaisesti päättäessään sopimuksentekoperusteiden painotuksesta vasta tarjousten tekemistä koskevan määräpäivän jälkeen.

27. Toiseksi myös kyseisen painotuksen muuttaminen tarjousten alustavan arvioinnin jälkeen on lainvastaista.

28. Komissio huomauttaa lisäksi, että virallisessa lehdessä julkaistun ilmoituksen jälkeen yrityksille lähetetyssä tarjouspyynnössä ei ollut enää mainintaa siitä, etteivät sopimuksentekoperusteet olleet tärkeysjärjestyksessä, joten hankintamenettelyn osallistujat saattoivat kohtuudella olettaa tärkeysjärjestyksen olevan tarjouspyynnön luettelon mukainen. Irlannin viranomaiset johtivat siis osallistujia harhaan, koska perusteiden suhteellinen painotus ei vastannutkaan perusteiden sijaintia luettelossa. Vastauskirjelmävaiheessa komissio on kuitenkin selventänyt, ettei perusteiden luettelointijärjestystä koskeva kysymys ole sen kanteen perusta vaan että kanne perustuu kahteen muuhun seikkaan: perusteiden suhteellisesta painotuksesta päätettiin vasta tarjousten tekemisen määräpäivän jälkeen ja painotusta muutettiin sen jälkeen, kun hankintakomitean jäsenet olivat jo itsenäisesti tehneet alustavan arvioinnin tarjouksista.

29. Irlanti puolestaan yhtyy komission selvitykseen tosiseikoista,[9] mutta kiistää toimineensa unionin oikeuden vastaisesti.

30. Irlannin hallitus painottaa perusteisiin 22.6.2006 tehtyjen muutosten olleen niin pieniä (perusteen 4 painotus laski viisi prosenttiyksikköä ja perusteen 6 vastaavasti nousi viisi prosenttiyksikköä), ettei niistä aiheutunut millekään osallistujalle etua tai haittaa suhteessa muihin. Jälkikäteen tarkasteltuna hankintamenettelyssä valittu palveluntarjoaja olisi valittu myös perusteiden alkuperäisen painotuksen nojalla.

31. Koska osallistujien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ei siis ole Irlannin hallituksen mukaan loukattu, myöskään avoimuuden periaatteen noudattamisen arviointi ei ole tarpeen, koska tuomioistuimen

9 – Irlannin hallitus väittää, että perusteiden painotusta muutettiin *ennen* kuin hankintakomitea aloitti tarjousten arvioinnin, mikä ei kuitenkaan poista sitä seikkaa, että hankintakomitean yksittäiset jäsenet olivat jo alustavasti arvioineet tarjouksia *itsenäisesti*. Tämä käy selvästi ilmi Euroopan komission kanekirjelmäänsä liittämistä asiakirjoista.

oikeuskäytännössä avoimuuden periaatetta pidetään vain lisäperiaatteena yhdenvertaisen kohtelun periaatteelle.

turhaa sen jälkeen, kun on varmistettu, ettei kahta muuta periaatetta ole loukattu.

34. Irlannin perustelu ei ole hyväksyttävä.

C *Asian arviointi*

35. On totta, että vakiintunut oikeuskäytäntö perustuu näkemykseen, jonka mukaisesti avoimuuden periaate täydentää yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteita. Tämä ei kuitenkaan merkitse toissijaisuutta, kuten Irlannin hallitus esittää. Päinvastoin avoimuuden periaate on täydentävä siinä mielessä, että *sen noudattaminen auttaa varmistamaan, että kahta muuta "perustavanlaatuista" periaatetta on noudatettu.* Jos viranomaisen toiminta ei ole avointa, on vaikeaa, ellei lähes mahdotonta, varmistaa, onko yhdenvertaisen kohtelun tai syrjimättömyyden periaatteita loukattu.

32. Aloitan käsiteltävän asian oikeudellisen arvioinnin loogisuuden ja selkeyden vuoksi muutamalla huomiolla avoimuuden periaatteesta julkisten hankintojen yhteydessä. Siirryn sitten tutkimaan komission esittämää kahta kanneperustetta ja otan lopuksi esille seikan, jonka molemmat asianosaiset näyttävät jättäneen huomiotta.

36. Avoimuusvelvoitteen noudattaminen on välttämätöntä myös sen takaamiseksi, että kaikki mahdolliset tarjoajat saavat asianmukaisesti tietoa hankintamenettelystä, millä taataan tarjoajien yhdenvertainen kohtelu. [10]

1. Avoimuuden periaate

37. Jos oikeuskäytännössä vahvistetut edellytykset unionin primaarioikeuteen perustuvien periaatteiden soveltamiseksi julkisiin

33. Irlanti katsoo avoimuuden periaatteen täydentävän julkisten hankintojen yhteydessä yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteita; sen mielestä siis avoimuuden periaatteen noudattamisen arviointi on

10 – Ks. edellä alaviitteessä 6 mainittu asia Coname, tuomion 17 kohta.

hankintoihin täyttyvät, on näin ollen aina varmistettava myös avoimuuden periaatteen noudattaminen. Loogisesti ajatellen voidaan siis todeta, että avoimuuden periaatteen noudattamisen arviointi on *ensisijaista* suhteessa yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteiden noudattamisen arviointiin.

2. Komission ensimmäinen kanneperuste

38. Ensimmäisessä kanneperusteessaan komissio moittii Irlantia siitä, että se päätti sopimuksentekoperusteiden painotuksesta vasta tarjousten tekemistä koskevan määräpäivän jälkeen. Irlanti loukkasi komission mukaan yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita päättäessään sopimuksentekoperusteiden painotuksesta näin myöhäisessä vaiheessa.

39. Ensimmäinen kanneperuste ei ole mielestäni hyväksyttävä seuraavista syistä.

40. Ensinnäkin on kiistatonta, että direktiivissä ei velvoiteta hankintaviranomaisia ilmoittamaan sopimuksentekoperusteiden painotuksesta etukäteen. Komissio itsekin toteaa kanteessaan, ettei direktiivin 40 artiklan 5 kohdan e alakohdassa tarkoitettua velvoitetta voida soveltaa kyseessä olevaan hankintamenettelyyn. Jos halutaan olla tarkkoja, kyseisessä direktiivissä ei säädetä edes sopimuksentekoperusteiden ilmoittamisesta etukäteen, minkä Irlannin viranomaiset kuitenkin tekivät.

41. Tällaista velvoitetta ei voida perustaa myöskään oikeuskäytäntöön. Erityisesti voidaan analogian perusteella mainita tuomio, jossa tuomioistuin katsoi asiassa, johon sovellettiin kokonaisuudessaan julkisia hankintoja koskevia direktiivejä, että viranomainen oli toiminut asianmukaisesti päättäessään painottaa yhden sopimuksentekoperusteen osatekijöitä *sen jälkeen, kun* tarjoukset oli tehty, mutta *ennen* kuin tarjouskuoret oli avattu. [11]

42. On luonnollisesti kysyttävä, voidaanko velvoitetta ilmoittaa jo hankintailmoituksessa sopimuksentekoperusteiden painotuksesta pitää yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden noudattamisen luonnollisena seurauksena. Mielestäni näin ei voida tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa ajatella.

43. Oikeuskäytännössä, joka koskee hankintasopimuksia, joihin sovelletaan kaikkia

11 – Ks. asia C-331/04, ATI EAC ym., tuomio 24.11.2005 (Kok., s. I-10109, 32 kohta).

julkisia hankintoja koskevien direktiivien eri säännöksiä, velvoitetta ilmoittaa tarjoajille sopimuksentekoperusteista etukäteen pidetään yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden noudattamisen ilmaisuna (on huomattava, että tällaisesta velvoitteesta säädetään nimenomaisesti asianomaisissa säännöissä näissä tapauksissa). [12] Kyseessä olevan oikeuskäytännön nojalla mainitut periaatteet johtavat myös velvoitteeseen tulkita sopimuksentekoperusteita yhdenmukaisesti koko menettelyn ajan [13] sekä kieltoon muuttaa sopimuksentekoperusteita menettelyn aikana. [14]

44. On selvää, että direktiivissä 2004/18 tarkoitetulla velvoitteella ilmoittaa direktiivin soveltamisalaan kokonaisuudessaan kuuluvien hankintasopimusten sopimuksentekoperusteiden painotuksesta etukäteen pyritään myös takaamaan yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden noudattaminen. Mielestäni ei kuitenkaan pidä automaattisesti antaa samaa painoarvoa kyseisille periaatteille direktiivin soveltamisalaan kuuluvien ja siihen kuulumattomien (tai, kuten nyt käsiteltävässä asiassa, osittain soveltamisalaan kuuluvien) sopimusten tapauksessa. Jos avoimuuden periaatetta katsottaisiin sovellettavan direktiivin soveltamisalaan kuulumattomiin sopimuksiin samalla tavalla kuin siihen kuuluviin sopimuksiin, kyseistä direktiiviä olisi sovellettava ”piilevästi” monenlaisiin tapauksiin, jotka lainsäätäjä on *nimenomaan* halunnut jättää direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Tietyssä määrin koko direktiivin tarkoituksena on panna täytäntöön perussopimuksen perustavanlaatuiset periaatteet; [15] jos direktiivissä tarkoitettu tapa olisi ainoa tapa soveltaa kyseisiä periaatteita julkisissa hankinnoissa, sitä pitäisi soveltaa kaikissa tapauksissa, joihin liittyy rajat ylittävä intressi.

45. Yleisesti ottaen käytännön tapoja perussopimuksessa tarkoitettujen periaatteiden noudattamisen varmistamiseksi ei voida määrittää samalla kertaa direktiivin soveltamisalaan kuulumattomille tai osittain siihen kuuluville tapauksille, vaan jokainen tapaus on arvioitava erikseen. [16]

46. Nyt käsiteltävässä asiassa Irlannin viranomaiset julkaisivat hankintailmoituksen, jossa lueteltiin sopimuksentekoperusteet määrittelemättä niiden suhteellista painotusta. Asiassa ei ole mielestäni edellisissä kohdissa tehtyjen huomioiden valossa loukattu

12 – Ks. asia C-87/94, komissio v. Belgia, tuomio 25.4.1996 (Kok., s. I-2043, 88 kohta) ja asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002 (Kok., s. I-11617, 98 kohta). On mielenkiintoista huomata, että näiden tuomioiden asiayhteydessä sovelletuissa direktiiveissä viranomaisia kehotettiin ilmoittamaan sopimuksentekoperusteiden painotuksesta etukäteen pelkästään silloin, kun tämä on ”mahdollista” luettelemalla perusteet tärkeysjärjestyksessä (ks. direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 2 kohta ja direktiivin 90/531/ETY 27 artiklan 2 kohta).

13 – Ks. asia C-19/00, SIAC Construction, tuomio 18.10.2001 (Kok., s. I-7725, 43 kohta).

14 – Ks. asia C-448/01, EVN ja Wienstrom, tuomio 4.12.2003 (Kok., s. I-14527, 93 kohta).

15 – Ks. analogisesti asia C-243/89, komissio v. Tanska, tuomio 22.6.1993 (Kok., s. I-3353, Kok. Ep. XIV, s. I-263, 33 kohta).

16 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 6 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 63 kohta ja edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 50 kohta.

syrjimättömyyden, yhdenvertaisen kohtelun tai avoimuuden periaatteita. Hankintaviranomainen on antanut enemmän tietoa kuin se direktiivin mukaan oli velvoitettu antamaan eikä ole asettanut mahdollisia osallistujia eriarvoiseen asemaan.

47. Oikeuskäytännön mukaan avoimuusvelvoitteen tarkoituksena on lähtökohtaisesti taata kaikille potentiaalisille tarjoajille riittävä julkisuus, jonka avulla sopimuksentekomenettely saadaan avattua kilpailulle ja niiden puolueettomuutta voidaan valvoa.[17] Nyt käsiteltävässä asiassa päätöstä julkaista ilmoitus Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosassa on epäilemättä pidettävä asianmukaisena tapana ilmoittaa hankintakilpailusta.

48. Syrjimättömyyden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden osalta, perusteiden painotuksesta päättäminen vasta tarjousten tekemisen jälkeen ei itsessään asettanut osallistujia eriarvoiseen asemaan.

17 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 6 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 62 kohta; ks. myös analogisesti palvelukonsessioista asia C-324/07, Coditel Brabant, tuomio 13.11.2008 (Kok., s. I-8457, 25 kohta) ja asia C-203/08, Sporting Exchange, tuomio 3.6.2010 (Kok., s. I-4695, 41 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

49. On myös huomattava, että komission ensimmäinen kanneperuste olisi arvioitava eri tavalla, jos hankintaviranomainen olisi hankintailmoituksessa luetellut sopimuksentekoperusteet tärkeysjärjestyksessä. Siinä tapauksessa viranomaiset olisivat muuttaneet perusteiden painotusta menettelyn aikana, koska – kuten edellä havaittiin – perusteiden painotus ei ollut mitenkään sidoksissa perusteiden sijaintiin luettelossa ja tärkeimmät sopimuksentekoperusteet oli mainittu kolmantena ja neljäntenä.

50. Vaikka komissio väitti kanteessaan, että perusteiden voitiin olettaa olevan tärkeysjärjestyksessä niin hankintailmoituksessa kuin sen jälkeisessä tarjouspyynnössäkin, monet seikat osoittavat päinvastaista.

51. Ensinnäkin virallisessa lehdessä julkaistussa ilmoituksessa mainittiin nimenomaan, etteivät perusteet olleet suhteellisen painotuksen mukaisessa tärkeysjärjestyksessä.

52. Toiseksi ensimmäisenä perusteena mainittiin se, että kaikki pyydetyt asiakirjat on toimitettu. Kukaan edes vähäisessä määrin asiantunteva palveluntarjoaja ei olisi voinut luulla sitä tärkeimmäksi sopimuksentekoperusteeksi; itse asiassa se vaikuttaa enemmän

hankintamenettelyyn osallistumisen ehdolta kuin sopimuksentekoperusteelta, eikä ole sattumaa, että sen painotukseksi on määritelty 0 prosenttia. [18]

53. Kolmanneksi komissio näyttää vastauskirjelmävaiheessa itse hylänneensä tai ainakin arvioineensa uudelleen kantansa sopimuksentekoperusteiden tärkeysjärjestyksestä. Komission päätös on mielestäni oikea, mutta samalla se vie ainoan mahdollisen pohjan komission ensimmäiseltä kanneperusteelta.

54. Komission ensimmäinen kanneperuste on siten hylättävä.

3. Komission toinen kanneperuste

55. Kuten on todettu, toisessa kanneperusteessaan komissio väittää Irlannin loukanneen yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita muuttaessaan sopimuksentekoperusteiden painotusta tarjousten alustavan arvioinnin jälkeen.

56. Kuten mainitsin aiemmin, tosiseikat ovat ilmeiset, eikä niitä ole kiistetty. Sopimuksentekoperusteiden painotusta todella muutettiin muutama päivä painotuksen määrittelemisen jälkeen. Hankintakomitea ei ollut muutoshetkellä vielä aloittanut työtään, mutta komitean jäsenillä oli ollut mahdollisuus itsenäisesti arvioida tehtyjä tarjouksia.

57. Toisin kuin ensimmäinen kanneperuste, toinen kanneperuste on hyväksyttävä.

58. Muistutin jo aikaisemmin, että unionin oikeudessa, sellaisena kuin tuomioistuin on sitä tulkinnut, sopimuksentekoperusteiden muuttaminen menettelyn aikana katsotaan aina yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteiden vastaiseksi toiminnaksi. [19] Juuri näin tapahtui nyt käsiteltävässä asiassa.

59. Asiaan ei vaikuta se, että hankintakomitea kollektiivisena elimenä aloitti oman työskentelynsä vasta sopimuksentekoperusteiden viimeisen muutoksen jälkeen. Perusteiden

18 – Ks. tästä myös jäljempänä 64 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

19 – Ks. edellä 43 kohta.

muuttamisen menettelyn aikana kieltävä periaate menettäisi nimittäin koko tehonsa, ellei hankintakomitean kokousta edeltävää vaihetta, jonka aikana kyseisen komitean yksittäisillä jäsenillä on mahdollisuus tarkastella tehtyjä tarjouksia, katsottaisi kaikilta osin osaksi menettelyä.

60. Viranomaisten toiminnan lainvastaisuutta ei poista sekään, ettei perusteiden painotusta ensimmäisellä kerralla tehty virallisella päätöksellä vaan eräänlaisella ”alustavalla ehdotuksella”. Palveluntarjoajien yhdenvertaisen kohtelun takaamiseksi sopimuksentekoperusteiden painotus on mielestäni määriteltävä *ennen tarjousten minkäänlaista arviointia*, edes hankintakomitean yksittäisten jäsenten taholta. Perusteiden painotukseen liittyvät toimet ja tarjousten arviointi on lisäksi pidettävä tiukasti erillään toisistaan. Ollakseen lainmukainen perusteiden painotuksen yhteisen käsittelyn hankintakomitean jäsenten keskuudessa olisi pitänyt tapahtua ennen tarjousten arviointia.

61. Myös Irlannin hallituksen väitteet siitä, että hankintamenettelyssä valittu tarjoaja olisi tullut valituksi myös siinä tapauksessa, että eri perusteisiin olisi sovellettu alkuperäistä painotusta muutetun painotuksen sijaan, on hylättävä.

62. Jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevissa kanteissa ei vakiintuneen oikeuskäytännön nojalla oteta huomioon minkäänlaista oikeussuojan tarpeeseen liittyvää ehtoa. [20] Menettelyn tarkoituksena on selvittää, onko unionin oikeutta loukattu vai ei, tarkastelematta sen enempää noudattamatta jättämisen seurauksia. Sillä, että menettelyn lopputulos olisi ollut sama myös sopimuksentekoperusteiden alkuperäisillä painotuksilla, ei ole siis merkitystä jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämisen arvioinnissa.

63. Totean näin ollen lopuksi, että komission toinen kanneperuste on perusteltu ja se on hyväksyttävä.

4. Yhdelle perusteelle nollapainotuksen antamisen mahdollinen lainvastaisuus

64. Viimeinen seikka, johon on kiinnitettävä huomiota – vaikka asianosaiset eivät ole erityisesti niin tehneetkään –, liittyy siihen, voidaanko Irlannin viranomaisten päätöstä määrittää yhden sopimuksentekoperusteen

20 – Ks. esim. asia C-394/02, komissio v. Kreikka, tuomio 2.6.2005 (Kok., s. I-4713, 14–16 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

painotukseksi nolla (0 prosenttia) pitää unionin oikeuden vastaisena toimintana. Viittaan tietenkin perusteeseen siitä, että kaikki pyydetyt asiakirjat on toimitettu.

65. Mielestäni se, että ilmoituksessa mainitaan sopimuksentekoperuste, jolle määritetään tarjousten tekemisen määräpäivän jälkeen painotukseksi 0 prosenttia, vastaa itse asiassa perusteiden muuttamista. Siitä seuraa käytännössä perusteen poistaminen luettelosta, eli ilmoituksessa mainittua perustetta ei sovelletakaan voittanutta tarjousta valittaessa. Irlannin viranomaiset ovat siis todennäköisesti jättäneet noudattamatta unionin oikeutta määritellessään asiakirjoja koskevan perusteen painotukseksi nolla.

66. Unionin tuomioistuin ei voi kuitenkaan tässä tapauksessa tuomita Irlantia kyseisen jäsenyysvelvoitteen noudattamatta jättämisestä.

67. Ensinnäkin nousee esiin kysymys siitä, onko asiakirjoja koskeva peruste katsottava itse asiassa yksinomaan hankintakilpailuun osallistumisen ehdoksi, kuten aikaisemmin mainitsin. Kaikki pyydetyt asiakirjathan joko on toimitettu, eli hankintailmoituksessa asetettu edellytys täyttyy, tai niitä ei ole toimitettu. On vaikeaa kuvitella muuta tilannetta. Mutta vaikka oletettaisiinkin, että asiakirjoja koskevaa perustetta ei ollut tarkoitettu sopimuksentekoperusteeksi, ilmoituksessa se kuitenkin ilmoitettiin sellaiseksi, minkä vuoksi voidaan pohtia, onko asiassa toimittu perussopimuksen periaatteiden vastaisesti.

68. Toiseksi komissio ei kuitenkaan ole moittinut Irlantia tästä seikasta. Moitetta ei ole nimenomaisesti ilmaistu, eikä sitä voida epäsuorasti tulkita kannekirjelmästä, jossa moititaan ainoastaan perusteiden painotuksen määrittämisestä vasta tarjousten tekemisen määräajan jälkeen ja painotuksen muuttamisesta sen jälkeen, kun hankintakomitean jäsenet olivat itsenäisestä tarkastelleet tarjouksia. Irlannin hallituksella ei ole myöskään ollut mahdollisuutta vastata kyseiseen seikkaan.

V Ratkaisuehdotus

69. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin hyväksyy komission toisen kanneperusteen. Koska Irlanti on hävinnyt asian vain osittain, ehdotan, että se velvoitetaan unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 3 kohdan mukaan korvaamaan puolet komission oikeudenkäyntikuluista.

70. Näillä perusteilla ehdotan, että unionin tuomioistuin

toteaa, ettei Irlanti ole noudattanut yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden mukaisia velvoitteitaan muuttaessaan hankintasopimuksen tekoperusteiden painotusta tarjousten alustavan arvioinnin jälkeen

hylkää kanteen muilta osin

velvoittaa Irlannin korvaamaan puolet oikeudenkäyntikuluista ja

velvoittaa komission vastaamaan puolesta omista oikeudenkäyntikuluistaan.