JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
CARL OTTO LENZ
12 päivänä syyskuuta 1995 *

A — Johdanto

1. Nyt käsiteltävässä perustamissopimuksen rikkomista koskevassa menettelyssä on kyse julkisen liikenteen linja-autoja koskevan tavaranhankintasopimuksen lainmukaisuuden arvioinnista direktiivin 90/531/ETY (jäljempänä direktiivi 90/531) soveltamisalalla. [1]

2. Riita-asia perustuu seuraaviin seikkoihin. Société régionale wallone des transports (jäljempänä SRWT) järjesti julkisen tarjouskilpailumenettelyn yhteensä 307 vakiolinja-auton tavaranhankintasopimuksen tekemiseksi julkaisemalla tarjouskilpailun Euroopan yhteisöjen virallisen lehden liitteessä 22.4.1993. [2] Tavaranhankintasopimus piti toteuttaa kolmen vuoden aikana kahdeksassa erässä, ja sen oli oltava tilausvolyymiltaan arviolta 2 022 918 000 Belgian frangia (BEF) (ilman arvonlisäveroa).

3. Tarjousten jättämisen viimeiseen päivään eli 7.7.1993 mennessä, joka oli samalla tarjousten avaamispäivämäärä, seuraavat viisi yritystä olivat esittäneet tarjouksensa: EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes Belgien (Bryssel), Berkhof (Roeselaere) ja Jonckheere (Roeselaere).

4. SRWT tutki tarjoukset kesä- ja heinäkuun aikana. Johtokunnan kokoukselle 2.9.1993 esitetyssä ja 24.8.1993 päivätyssä muistiossa suositeltiin erän nro 1 hankkimista Jonckheereltä ja erien nro 2—6 hankkimista Van Hoolilta.

5. EMI oli jättänyt 3.8., 23.8. ja 24.8.1993 julkiselle hankintayksikölle kolme lisämuistiota, joissa se otti kantaa joihinkin tarjouksensa kohtiin, erityisesti polttoaineen kulutukseen sekä moottorin ja vaihteiston vaihtamistiheyteen.

6. Nämä kolme lisämuistiota tutkittuaan julkisen hankintayksikön tekninen palveluosasto antoi allekirjoittamattoman muistion 31.8.1993, jossa esitettiin se näkökanta, että lisämuistiot olivat alkuperäisen tarjouksen

* Alkuperäinen kieli: saksa.

1 — Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelystä 17 päivänä syyskuuta 1990 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 297, s. 1).

2 — *Euroopan yhteisöjen virallisen lehden* liite nro S 78, 22.4.1993, s. 76.

muutoksia eikä niitä voitu siksi ottaa huomioon. Johtokunnalle 2.9.1993 esitetettävä päätösehdotus pysyisi tämän vuoksi voimassa.

7. Mainitussa 2.9.1993 pidetyssä johtokunnan kokouksessa oltiin sitä mieltä, että lopullisen päätöksen tekemistä varten ei ollut saatavilla riittävästi tietoa. Erityisesti oli epäselvää, miltä osin oli oikeudellisesti sallittua ottaa huomioon kolme lisämuistiota. Siksi päätettiin pyytää Vallonian liikenneministerin lausunto, koska tiedettiin, että hänen ministeriössään työskenteli julkisten tarjousten tunnettu erikoisasiantuntija.

8. Pyydetty lausunto saatiin 14.9.1993 Vallonian liikenneministerin kirjelmällä varustettuna. Sen mukaan lisämuistioiden ottaminen huomioon arvioinnissa oli oikeudellisesti ongelmatonta useimmissa kohdissa. Johtokuntaa kehotettiin kirjelmässä tutkimaan tarjoukset uudelleen liikenneministerin kannanottoa noudattaen.

9. SRWT pyysi 28.9.1993 EMIä vahvistamaan sen 24.8.1993 päivätyssä muistiossa ilmoittamaan polttoaineen kulutukseen liittyvät tiedot sekä sen 23.8.1993 päivätyssä muistiossa ilmoittamat moottorin ja vaihteiston vaihtamiseen liittyvät tiedot. EMI vahvisti nämä tiedot 29.9.1993 päivätyssä kirjeessään.

10. Uudessa 6.10.1993 tarjousten vertailua varten johtokunnalle esitetyssä muistiossa otettiin huomioon EMIn antamat lisätiedot. Muistioon sisältyneessä päätösehdotuksessa esitettiin erän nro 1 antamista Jonckheerelle ja erien nro 2—6 EMIlle.

11. SRWT:n johtokunta teki 6.10.1993 ehdotetun mukaisen päätöksen. Erää nro 1 (37 ajoneuvoa) koskeva toimeksianto annettaisiin Jonckheerelle ja erät nro 2—6 (278 ajoneuvoa) hankittaisiin EMIltä. Jäljelle jäävien 30 linja-auton tilaaminen siirrettäisiin vuoteen 1996.

12. Samana päivänä Van Hool -yhtiö teki Belgian Conseil d'Etat'ssa erittäin kiireellisen hakemuksen päätöksen lykkäämiseksi. Hakemus hylättiin 17.11.1993 annetulla tuomiolla.

13. Van Hool valitti myös Euroopan yhteisöjen komissiolle, joka antoi 30.11.1993 Belgian hallitukselle perustamissopimuksen 169 artiklan mukaisen kirjallisen kehotuksen. Belgian hallitus katsoi 15.12.1993 päivätyssä

vastauksessaan, että perustamissopimuksen määräyksiä ei ollut rikottu. Komissio esitti 8.2.1994 Belgian hallitukselle perustellun lausunnon, jossa se vaati asianomaisia viranomaisia toimimaan SRWT:n ja EMIn välisen sopimuksen oikeusvaikutusten lykkäämiseksi. Belgian hallituksen vastaus ei komission mielestä riittänyt perustamissopimuksen määräysten väitetyn rikkomisen poistamiseksi. Sen vuoksi komissio nosti 11.3.1994 kanteen yhteisöjen tuomioistuimessa. Samana päivänä komissio esitti välitoimia koskevan vaatimuksen toisaalta SRWT:n 6.10.1993 tekemän tarjouskilpailun ratkaisemispäätöksen sekä toisaalta SRWT:n ja tarjouskilpailun voittajan välisen sopimussuhteen lykkäämiseksi lopullisen päätöksen tekemiseen asti. Välitoimia koskeva hakemus hylättiin 22.4.1994 annetulla määräyksellä.

14. Nyt yhteisöjen tuomioistuimessa käsiteltävänä olevassa asiassa pidettiin 17.5.1995 esittelevän tuomarin, julkisasiamiehen ja asianosaisten välillä epävirallinen istunto, jonka tarkoituksena oli kartoittaa riita-asian todellinen laajuus ja mahdollisten asiaa koskevien selvittämistoimien määräämisen tarpeellisuus.

15. Komissio vaatii kanteessaan, että yhteisöjen tuomioistuin

1) toteaa Belgian kuningaskunnan rikkoneen vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelystä 17 päivänä syyskuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/531/ETY perusteella sille kuuluvia velvoitteitaan sekä julkisen hankintamenettelyn sääntelyn perustana olevaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta

— ottaessaan huomioon Société régionale wallonne du transportin ratkaisemassa julkisessa tarjouskilpailussa tarjousten avaamisen jälkeen yhdessä tarjouksessa esitetyt muutokset,

— salliessaan sellaisen tarjoajan, joka ei täyttänyt sopimusasiakirjojen mukaisia valintaperusteita, osallistua sopimusten tekomenettelyyn,

— hyväksyessään tarjouksen, joka ei täyttänyt sopimusasiakirjojen mukaisia arviointiperusteita,

2) velvoittaa Belgian kuningaskunnan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

16. Belgian kuningaskunta vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

1) hylkää kanteen,

2) velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien välitoimia koskevan määräyksen antamiseen liittyvästä menettelystä aiheutuneet kulut.

17. Mainitun 17.5.1995 pidetyn epävirallisen istunnon perusteella komissio luopui ensimmäisestä kanneperusteestaan, jonka mukaan julkinen hankintayksikkö oli hyväksynyt tarjoajan, joka ei täyttänyt sopimusasiakirjojen mukaisia valintaperusteita. Komissio ilmoitti tästä luopumisestaan 9.6.1995 päivätyssä kirjeessään ja vahvisti tämän vielä suullisessa käsittelyssä. Riidanalaisia ovat tämän vuoksi vielä kaksi aikaisempaa kanneperustetta, ensiksikin se, että julkinen hankintayksikkö oli ottanut huomioon tarjousten avaamisen jälkeen toteutetut tarjouksen muutokset, ja toiseksi se, että hankintayksikkö oli hyväksynyt tarjouksen ottaen huomioon muut kuin sopimusehdoissa mainitut arviointiperusteet. Kumpikin kanneperuste voidaan jakaa kahteen alakohtaan, jotka asetetaan myös seuraavan arvioinnin perusteeksi.

18. Kanne on sopeutettava muuttuneisiin lähtökohtiin. Se on siksi seuraavanalainen:

Komissio vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

toteaa, että Belgian kuningaskunta on rikkonut sille direktiivin 90/531/ETY perusteella kuuluvia velvoitteitaan sekä julkisten hankintasopimusten perustana olevaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, kun se on SRWT:n kilpailuttaman julkisen hankinnan osalta

— ottanut huomioon tarjouksen muutokset, jotka on tehty tarjousten avaamisen jälkeen,

— hyväksynyt tarjouksen, joka ei vastannut sopimusehtojen mukaisia arviointiperusteita.

B — Kannanotto

I — Alustavat kysymykset

a) Direktiivin soveltamisala

19. Direktiivin 90/531 2 artiklan 1 kohdassa kuvataan direktiivin soveltamisala seuraavasti:

"Tätä direktiiviä sovelletaan hankintayksiköihin:

a) jotka ovat viranomaisia tai julkisia yrityksiä ja jotka harjoittavat 2 kohdassa tarkoitettua toimintaa; tai

b) joiden, jos ne eivät ole viranomaisia tai julkisia yrityksiä, toimintaan kuuluu jokin 2 kohdassa tarkoitettu toiminta tai mikä tahansa niiden yhdistelmä ja jotka toimivat jäsenvaltioiden toimivaltaisen viranomaisen myöntämällä erityis- tai yksinoikeudella."

Direktiivin asiallinen soveltamisala määritellään sen 2 artiklan 2 kohdassa ja kuuluu tässä riita-asiassa olennaisilta osiltaan seuraavasti:

"Tämän direktiivin soveltamisalaan kuuluvaa toimintaa on:

a) — —

b) — —

c) sellaisten verkkojen ylläpito, jotka tarjoavat yleisölle kuljetuspalveluja rautateitse, automatisoiduin järjestelmin, raitioteitse, johdinautoilla, linja-autoilla tai kaapeliradoilla.

Kuljetuspalveluverkon katsotaan olevan kysymyksessä, kun palvelu tarjotaan jäsenvaltion toimivaltaisen viranomaisen asettamien toimintaa koskevien ehtojen, kuten liikennöitäviä linjoja, käytettävissä olevia liikennevälineitä tai vuorotiheyttä koskevien ehtojen mukaisesti;

d) — — ."

20. SRWT on kiistattomasti julkinen yritys, joka tarjoaa yleisölle kuljetuspalveluja linja-autoilla. SRWT kuuluu julkisena hankintayksikkönä näin ollen direktiivin soveltamisalaan. Tästä toteamuksesta voi syntyä epäilyksiä vain siksi, että SRWT:tä ei mainita direktiivin liitteessä VII, jossa on lueteltu "kaupunkirautatie-, raitiotie-, johdinauto- tai linja-autopalvelujen hankintayksiköt".

21. Komissio on vakuuttavasti esittänyt, että luettelo on vain esimerkinomainen. Tosiasiallisten muutosten vuoksi on aina olemassa se vaara, että luettelon sisällön ja todellisuuden välillä on kuilu. Tämän vuoksi vain direktiivin 2 artikla on ratkaiseva.

22. Tätä arviota tukevat direktiivin säännökset liitteiden I—X täytäntöönpanosta. Esimerkiksi 2 artiklan 6 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Liitteissä I—X lueteltujen hankintayksiköiden on oltava edellä säädettyjen vaatimusten mukaisia. Jotta luettelot olisivat *mahdollisimman täydellisiä*, jäsenvaltioiden on ilmoitettava luetteloissaan tapahtuneista muutoksista komissiolle. Komissio muuttaa liitteitä I—X noudattaen 32 artiklassa säädettyä menettelyä [3]."

Mainitussa 32 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Liitteitä I—X muutetaan noudattaen 3—7 kohdassa säädettyä menettelyä siten, että ne ovat 2 artiklan mukaisia [4]."

Näin ollen on lähdettävä siitä, että direktiiviä sovelletaan tässä asiassa.

b) Valtion sisäinen asia

23. Belgian hallitus on menettelyn kuluessa esittänyt väitteen siitä, että kyseessä on puhtaasti valtion sisäinen asia, johon ei voida soveltaa yhteisön oikeutta. Belgialaisen julkisen yrityksen kanssa tehtävään sopimukseen liittyvään kilpailuun osallistui vain belgialaisia yrityksiä.

24. Tähän väitteeseen on ensiksi vastattava toteamalla, että yhteisön oikeuden säännökset pätevät yleisesti tultuaan kerran voimaan. Toiseksi muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneet yritykset voivat olla osallisina hankintasopimuksessa välittömästi tai välillisesti. Jos tarkastellaan vain riita-asian asianosaisina olevia EMIä ja Van Hoolia, on selvää, että hankintamenettelyllä on konkreettisesti rajatylittäviä vaikutuksia. Esimerkiksi EMIn ajoneuvojen moottorien valmistaja ja toimittaja on Renault, joka on ranskalainen yritys.

c) Menettelyn valinta sopimuksen tekemisessä

25. Belgian hallitus on menettelyn aikana vedonnut siihen, että julkisella hankintayksiköllä ei ollut velvollisuutta toteuttaa hankintasopimusta julkisella menettelyllä. Se olisi toiminut direktiivin säännösten mukaisesti myös, jos se olisi valinnut neuvottelumenettelyn. Tämän väitteen on tarkoitus vahvistaa

3 — Kursivointi kirjoittajan.
4 — Kursivointi kirjoittajan.

yhden tarjoajan kanssa käytävien mahdollisten neuvottelujen lainmukaisuus.

26. Direktiivin osaan "Sopimusten tekomenettelyt" kuuluvan 15 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Hankintayksiköt voivat valita minkä tahansa 1 artiklan 6 kohdassa säädetyistä menettelyistä, jos tarjouskilpailukutsu — — on tehty — — ."

1 artiklan 6 kohdassa määritellään direktiivissä tarkoitettavan "'avoimilla menettelyillä', 'rajoitetuilla menettelyillä' ja 'neuvottelumenettelyillä' hankintayksiköiden soveltamia hankintamenettelyjä ja niistä

a) avoimissa menettelyissä kaikki halukkaat tavarantoimittajat tai rakennusurakoitsijat voivat jättää tarjouksia;

b) rajoitetuissa menettelyissä vain hankintayksikön kutsumat ehdokkaat voivat jättää tarjouksia;

c) neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö on yhteydessä valitsemiinsa tavarantoimittajiin tai rakennusurakoitsijoihin ja niistä yhden tai usemman kanssa neuvottelee sopimuksen ehdoista."

27. On yhdyttävä Belgian hallituksen näkemykseen siitä, että julkisella hankintayksiköllä oli mahdollisuus valita, minkä mainituista menettelyistä se toteuttaa. Valittuaan yhden menettelyistä sen oli kuitenkin otettava huomioon tähän menettelyyn sovellettavat säännöt sopimuksen lopulliseen tekemiseen asti. Yhteisön oikeudellisen järjestelmän tarkoituksena on sinänsä saada aikaan yhteisönlaajuinen kilpailu jokaisen menettelytavan osalta. Tämä tavoite edellyttää — mihin vielä jatkossa palataan — syrjintäkiellon ehdotonta noudattamista. Tämän tavoitteen noudattamisen keinoja ovat esimerkiksi kaikkia menettelytapoja koskevat julkistamissäännökset. [5] Kerran valittua menettelyä koskevista säännöksistä poikkeaminen ei siksi ole sallittua.

II — Tarjouksen avaamisajankohdan jälkeen tapahtunutta tarjouksen muuttamista koskeva kanneperuste

28. Tässä kanneperusteessa on kaksi alakohtaa. Ensinnäkin on kyse polttoaineen kulutusta koskevista tiedoista ja toiseksi tarjottu-

5 — Vrt. esim. direktiivin 16 ja 17 artikla.

jen ajoneuvojen moottorin ja vaihteiston vaihtamistiheydestä.

29. Aluksi on lähdettävä siitä, ettei tarjousten muuttaminen ole sallittua niiden vastaanottamiselle tai avaamiselle asetetun määräajan päätyttyä. Kiellossa on kysymys julkisia hankintoja koskevan menettelyn keskeisestä periaatteesta. Se on ilmaisu yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta, joka pätee periaatteessa kaikkiin julkisiin hankintoihin [6] ja on ilmaistu nimenomaisesti myös direktiivissä 90/531. Direktiivin 4 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavasta:

"Hankintayksiköiden on huolehdittava, ettei ketään tavarantoimittajaa tai rakennusurakoitsijaa syrjitä."

30. Hankintamenettelyn koordinointi palvelee lopulta yhteisönlaajuisen kilpailun tavoitteita sekä tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden täydellistä toteuttamista. [7] Tämä tavoite edellyttää mahdollisten tarjoajien yhdenvertaista kohtelua. Syrjintäkielto ilmaistaan tämän vuoksi monessa kohdassa. [8] Tarjousten jälkikäteen tapahtuvan muuttamisen kiellosta yhdenvertaisen kohtelun takaamiseksi on todisteena direktiivin 15 artiklaa koskeva neuvoston ja komission yhteinen julistus. Se kuuluu seuraavasti:

"*Neuvosto ja komissio* julistavat, että avoimissa ja suljetuissa menettelyissä kilpailijoiden tai tarjoajien kanssa ei voida neuvotella sopimuksen pääosista, joiden muuttaminen voisi vääristää kilpailua, eikä erityisesti hinnoista; asiaa saa käsitellä kilpailijoiden tai tarjoajien kanssa vain, jos on kysymys tarjouksen sisällöstä tai julkisen hankintayksikön esittämistä täsmentämis- tai täydentämisvaatimuksista ja jos tämä ei vaikuta syrjivästi muihin."

31. Tätä taustaa vasten on tutkittava, onko tarjoaja tehnyt jälkikäteen tarjoukseensa muutoksia, jotka julkinen hankintayksikkö on ottanut huomioon tavalla, joka ei ole sallittua.

6 — Vrt. asia C-243/89, komissio v. Tanska, tuomio 22.6.1993 (Kok. 1993, s. I-3353, 39 kohta).

7 — Vrt. direktiivin 90/531/ETY kolmas, viides ja kuudes sekä 11.— 13. perustelukappale.

8 — Vrt. direktiivin 4 artiklan 2 kohta, direktiivin 25. perustelukappale sekä direktiivin 15 artiklaa koskeva neuvoston ja komission yhteinen julistus.

a) Tarjottujen ajoneuvojen polttoaineen kulutus

32. Tarjoaja EMI oli ilmoittanut alkuperäisessä *tarjouksessaan tässä puheena olevien* erien nro 2—6 polttoaineen kulutuksen olevan 54 litraa 100 kilometriä kohden. Tässä tarjouksessa kutakin erää koskeviin tietoihin oli liitetty muistio, jossa kyseinen yritys huomautti polttoaineen kulutuksen mahdollisesta vähentymisestä. Ilmoitettu kulutus perustui itsenäisen yrityksen suorittamiin testeihin. Testit oli tehty ajoneuvolla, jota ei *ollut vielä sisäänajettu. Sisäänajetun ajoneuvon* polttoaineen säästö voisi parhaissa mahdollisissa olosuhteissa olla 5—8 prosenttia.

33. Muistiossa, joka oli päivätty 3.8.1993 ja joka oli ensimmäinen kolmesta riidanalaisesta muistiosta, kyseinen yritys viittaa uudelleen siihen, että ilmoitettu polttoaineen kulutus vähenisi 8 prosentilla tietyin edellytyksin. [9] Kolmannessa riidanalaisessa muistiossaan, joka on päivätty 24.8.1993 ja joka on otsikoitu *Note explivative*ksi, kyseinen yritys viittaa suoritettuun valvontaan, josta oli ilmennyt, että silloinen polttoaineen kulutus kaupunkiliikenteessä oli ilmoitettu 45 litraksi 100 kilometriä kohden. [10]

34. *Komission* mielestä tämä seikka on alkuperäisen tarjouksen muutos. Näitä tietoja ei siis saisi ottaa huomioon.

35. *Belgian hallitus* katsoo sitä vastoin, että kyse on vain tarjouksessa ilmoitettujen tietojen täsmentämisestä. Polttoaineen kulutuksen mahdollinen väheneminen oli ilmoitettu alun alkaenkin, vain konkreettiset tulokset oli esitetty myöhemmin. Tarjouksen tietojen täsmentäminen tai täydentäminen oli yhdenmukainen neuvoston ja komisson direktiivin 15 artiklaa koskevan yhteisen julistuksen kanssa.

36. Jos jälkikäteen annettuja tietoja ei haluta pitää täsmennyksinä, ne ovat joka tapauksessa sallittuja aineellisen erehdyksen korjaamiseksi. Komissio olikin toisessa yhteydessä hyväksynyt erehdykseen perustuvien väärien tietojen oikaisun tarjoajan hyväksi. Jos oikaisu vaikuttaa tarjoajan hyväksi, on sovellettava samoja vertailukohteita.

37. Riita kärjistyy sekä terminologisesti että asiallisesti siihen kysymykseen, ovatko riidanalaiset tiedot tarjouksen *täsmennyksiä* vaiko sen *muutoksia*. Mielestäni merkityksen perusteella neuvoston ja komission yhteisessä julistuksessa käytetty käsite "täsmentää" on ymmärrettävä niiden yksityiskohtien ilmoittamiseksi, jotka kuvaavat yksiselitteisemmin tai tarkemmin kyseessä olevaa kohdetta. Yhteisessä julistuksessa käytetyn toisen käsitteen "täydentää" ymmärrän tarkoittavan niiden tietojen lisäämistä, joita ei aikaisemmin ollut saatavilla. Kummallekin käsitteelle on yhteistä, että niillä ei korvata

9 — EMIn 3.8.1993 päivätty muistio, s. 5.

10 — Tällä arvolla on merkitystä erien nro 2—6 osalta.

aikaisemmin annettuja tietoja, vaan tiedot konkretisoidaan tavalla tai toisella.

38. Se päätelmä, että täsmentäminen tai täydentäminen eivät kumpikaan sisällä aikaisempien tietojen korvaamista uusilla tosiseikoilla, vahvistuu mielestäni sillä asiallisella päätelmällä, että mahdollisuus tietojen vaihtamiseen voi saattaa toiset tarjoajat epäedulliseen asemaan.

39. Tätä taustaa vasten ymmärrän käsitteen "täsmentää" tarkoittavan sitä, että yritys vahvistaa esimerkiksi mahdollisesti kahdeksan prosentin suuruisen polttoaineen kulutuksen vähentymisen näissä rajoissa olevan arvon ja ilmoittaa esimerkiksi tämän perusteella saavutettavan litraluvun.

40. EMI on toiminut juuri näin 3.8.1993 päivätyssä muistiossaan, kun se on vahvistanut ilmoitetun polttoaineen kulutuksen vähentymisen kahdeksalla prosentilla. Siksi 3.8.1993 päivätyssä muistiossa esitetään mielestäni polttoaineen kulutuksen osalta tarjouksen täsmennys eikä sen muutos.

41. Sitä vastoin 24.8.1993 päivätyssä muistiossa ilmoitettu 45 litran kulutus 100 kilometriä kohden merkitsee ilmoitetun polttoainekulutuksen vähenemistä 17,5 prosentilla. Tämä väheneminen on yli kaksi kertaa suurempi kuin aikaisemmin ilmoitettu marginaali. Mielestäni tämä ei puhtaasti terminologiselta kannalta ole täsmentämistä vaan muuttamista.

42. Varsinainen keino sen selvittämiseksi, onko täsmentäminen sallittua vai ei, on neuvoston ja komission yhteisen julistuksen mukaisesti kysymys jälkikäteen annettujen tietojen syrjivästä vaikutuksesta. Siksi on mielestäni tärkeää tarkastella elokuun lopussa ilmoitettujen arvojen vaikutusta muihin tarjoajiin. Samalla on otettava huomioon, että sopimusehdoisssa esitetyissä arviointiperusteissa vahvistettiin tarjottujen ajoneuvojen polttoaineen kulutuksen arviointi. Teknisissä arvosteluperusteissa asetetaan kohdassa 20.2.2.1 laskemisen perustaksi käyttökustannusten vertailulaskelma. Sen mukaan vertailukohteina sallituissa tarjouksissa ovat ne ajoneuvot, joilla on suurin kulutus. Muille ajoneuvoille tätä arvoa pienemmälle kulutukselle lasketaan rahassa ilmaistu (franc fictif) [11] hyvitys.

43. EMI oli ensi sijalla kaikissa puheena olevissa erissä ilmoittamallaan 54,5 litran kulutuksella 100 kilometriä kohden. Näin EMIn ajoneuvoille ei voitu laskea hyvitystä. Tämän

11 — Vrt. erityisten sopimusehtojen 20.2.2. kohta.

lisäksi kyseinen arvo oli vertailukohteena kilpailevien tarjoajien ajoneuvoille myönnettäville hyvityksille. On korostettava, että myös EMIn ajoneuvojen ilmoitetun polttoaineen kulutuksen kahdeksan prosentin vähennyksen mukaan laskettu 50,14 litran arvo olisi yhä edelleen ollut korkein arvo. Silloinkaan ei ajoneuvoille olisi myönnetty hyvitystä. Muiden ajoneuvojen saamat hyvitykset olisivat vain pienentyneet. Tilanne olisi täysin toinen, jos lasketaan 17,5 prosentilla vähentynyt polttoaineen kulutus, siis 45 litraa 100 kilometriä kohden. Tämä arvo laskee kilpailijan ilmoittaman kulutusarvon alapuolelle, jolloin EMIn ajoneuvojen hyvityksenä saama hyöty kasvaa.

44. Konkreettinen lukujen vertailu [12] osoittaa, että välittömän kilpailijan Van Hoolin hyvitys väheni 2,5-kertaisesti erien nro 2—3 osalta ja jopa 2,8-kertaisesti erien nro 4, 5 ja 6 osalta. Kun erien nro 2 ja 3 hyvitys oli alun perin miinus 1 875 600 ja erien nro 4 ja 6 osalta miinus 1 750 560, se väheni erien nro 2 ja 3 osalta miinus 750 240:een ja erien nro 4—6 osalta jopa miinus 625 200:aan. EMI sai sillä välin muuttuneen lukuaineiston perustaksi asettamisen myötä 125 040:n hyvityksen kaikille kysymyksessä oleville erille.

45. Mielestäni uudet arvot on tämän vuoksi myös niiden kilpailijoiden tarjouksiin vaikuttavista syistä katsottava alkuperäisen tarjouksen muutokseksi, jota julkinen hankintayksikkö ei olisi saanut ottaa huomioon.

46. Lopuksi on tutkittava Belgian hallituksen esittämä väite, jonka mukaan uudessa lukuaineistossa olisi ollut kysymys ainoastaan aineellisen virheen korjaamisesta. Mielestäni tosiseikat ovat tätä vastaan, sillä on kiistatonta, että parhaat mahdolliset tulokset voitiin arvioida saavutettaviksi vasta myöhempien kokeilujen perusteella. Arvot voitiin siis aluksi ilmoittaa tosiseikkojen perusteella, jotka olivat toteutuneet määräajan päätyttyä. Mielestäni viittaus virheen korjaamiseen ei siis ole oikein.

b) Tarjottujen ajoneuvojen moottorin ja vaihteiston vaihtamistiheys

47. Lähtökohtana yksittäisten koneenosien vaihtamista koskeville tiedoille on erityisten sopimusehtojen liite 23. [13] Tämä liite 23 on perusta työajan ja materiaalikustannusten laskemiselle tiettyjen koneenosien vaihtamisessa. Yhteensä luetellaan 45 kohtaa, joissa

12 — Johtokunnan kokoukselle osoitettu muistio 2.9.1993, liite 6, s. 2—6 ja johtokunnan kokoukselle osoitettu muistio 6.10.1993, liite 2, s. 2—6.

13 — Cahier spécial des charges, Marché 545.

tarjoajan on kulloinkin ilmoitettava: kappaleiden lukumäärä linja-autoa kohden, osien purkamiseen käytettävä aika, osien asentamiseen käytettävä aika ja lopuksi uuden varaosan hinta. Kaikki nämä tiedot on ilmoitettava taulukossa. Tässä taulukossa on otsikko "Edellytetyt varaosan vaihtamiskerrat" [14]. Julkinen hankintayksikkö on täyttänyt tämän otsikon kaikkien 45 varaosan osalta. Rivillä yksi on näin ollen "moottori" ja otsikon "arvioidut vaihtamiskerrat" alla on luku kaksi. Toisella rivillä lukee "vaihteisto" ja kyseisen otsikon alla on luku kolme.

48. EMI täytti kiistatta erityisten sopimusehtojen liitteen 23 taulukon oikein. Tässä käsiteltävänä olevassa 23.8.1993 päivätyssä muistiossa kyseinen tarjoaja kiinnittää huomion siihen, että julkisen hankintayksikön ilmoittama vaihtamistiheys ei vastannut tarjottujen ajoneuvojen tilastollista todellisuutta. Kohdan a "moottorin vaihtaminen kaksi kertaa" osalta voidaan lukea, että kuvatuista ajoneuvoista saatujen kokemusten perusteella oletetusti 15 vuotta kestäville ajoneuvoille, joilla ajetaan 50 000 kilometriä vuodessa, riittää yksi ainoa moottori. Kohdassa b "vaihteiston vaihtaminen kolme kertaa" todetaan kokemuksen osoittaneen, että vaihtamistiheys voidaan ennakoida 1,25 kertaan.

49. Tämän jälkeen huomio kiinnitetään siihen, että molemmissa kohdissa on kysymys ainoastaan tärkeimmistä seikoista, joten tämän tarkastelutavan on pädettävä myös muihin erityisten sopimusehtojen liitteessä 23 ilmoitettuihin varaosiin. Tarjottuja ajoneuvoja ei saa asettaa suorituskyvyn perusteella taloudellisesti huonompaan asemaan.

50. Komission mielestä tämä muistio on alkuperäisen tarjouksen muutos.

51. Sitä vastoin Belgian hallituksen mukaan 23.8.1993 päivätyssä muistiossa oli vain kiinnitetty julkisen hankintayksikön huomio siihen, että tarjotuille ajoneuvoille ilmoitettu vaihtamistiheys ei vastannut todellisuutta. Sellaiset liitteen 23 tiedot, kuten varaosan yksittäishinta, kunkin osan purkamiseen sekä asentamiseen käytettävä aika, pysyivät samoina.

52. Huomautukset 23.8.1993 päivätyssä muistiossa liittyvät julkisen hankintayksikön urakkasopimusasiakirjoissa antamiin hyvityksiin, jotka eivät olleet tarjoajien käytettävissä. Esillä olevassa vaihtamistiheyttä koskevassa otsikossa ei vaadittu tarjoajilta tietoja. Tältä osin voidaan 23.8.1993 päivätyn muistion sisällön katsoa olevan vain tarjoajan huomautus julkisen hankintayksikön olettamuksiin, jotka eivät vaikuttaneet tarjoajan

14 — Nombre de remplacement prévisible pour un organe.

tarjoukseen. Tarjoaja ei voinut olettaa, että sen viittaukset voisivat johtaa julkisen hankintayksikön hyvitysten muuttamiseen.

53. Lisäksi tarjoajan oikeutettujen taloudellisten intressien mukaista on kiinnittää julkisen hankintayksikön huomio siihen, että tarjottuihin tavaroihin liittyvät hyvitykset eivät ole totuudenmukaisia ja että tarjouksen arvioiminen tällä perusteella merkitsee tarjouksen virheellistä arviointia. Tämä huomautus olisi voitu esittää yhtä hyvin alkuperäisessä tarjouksessa ilman, että tarjoajalle asetetut edellytykset olisivat muuttuneet. Julkisen hankintayksikön reaktioita tällaiseen viittaukseen on arvioitava tarjoajan menettelystä riippumatta.

54. Ottaen huomioon sen tosiseikan, että tarjoaja ei ole 23.8.1993 päivätyssä muistiossaan esittänyt uusia lukuja, muuttanut antamiaan tietoja eikä myöskään esittänyt poikkeavaa laskelmaa, olen sitä mieltä, että riidanalainen muistio ei sisällä tarjoajalta pyydettyjen tietojen muuttamista.

55. Sen toteaminen, että EMI ei ole 23.8.1993 päivätyssä muistiossaan muuttanut tarjoustaan — mikä perustuu osittain siihen, että kysymys on periaatteessa vain tarjoajan käytettävissä olevia tietoja koskevista huomautuksista — ei estä sitä, että muistion sisältö antoi julkiselle hankintayksikölle syyn mahdollisesti syrjivästi poiketa omista hyvityksistään tarjoajan hyväksi. Tämä tarkastelutapa johtaa välittömästi toiseen kanneperusteeseen, joka koskee julkisen hankintayksikön poikkeamista arviointiperusteista.

III — Poikkeaminen arviointiperusteista

a) Tiettyjen varaosien vaihtamistiheys

56. Komissio esitti kahdelta eri oikeudelliselta näkökannalta keskeisten käyttöosien, moottorin ja vaihteiston vaihtamistiheyden tarkasteluun liittyvät tosiseikat. Ensiksi se esitti, että 23.8.1993 päivätty muistio aiheutti EMIn alkuperäisen tarjouksen muutoksen, mikä on näkemys, johon en yllä mainituista syistä liity. Toiseksi komission käsityksen mukaan, ottaen huomioon EMIn viittaukset arvioitavien ajoneuvojen kunnossapitokustannusten laskemisesta, EMI oli poikennut lainvastaisella tavalla sopimusehdoissa vahvistetuista arviointiperusteista.

57. Tämän vuoksi on käsiteltävä arviointiperusteiden merkitystä ja muotoa. Direktiivin 90/531 27 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

"1. Perusteet, joilla hankintayksiköiden on tehtävä arvionsa päättäessään sopimuksen tekemisestä, ovat:

a) jos sopimus tehdään taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, erilaiset arviointiperusteet kyseessä olevan sopimuksen mukaan, kuten toimitus- tai valmistumispäivä, käyttökustannukset, kustannusvastaavuus, laatu, esteettiset ja toiminnalliset ominaisuudet, tekniset ansiot, toimituksen jälkeinen palvelu ja tekninen avustaminen, sitoutuminen varaosien toimittamiseen, toimitusvarmuus ja muuttumaton hinta; tai

b) pelkästään alin hinta.

2. Edellä 1 kohdan a alakohdassa tarkoitetussa tapauksessa hankintayksiköiden on ilmoitettava sopimusasiakirjoissa tai tarjouspyyntöilmoituksessa kaikki arviointiperusteet, joita ne aikovat soveltaa sopimuspäätöstä tehdessään mahdollisuuksien mukaan tärkeysjärjestyksessä."

58. Tarjouskilpailutekstissä luki siten kohdassa 14 "Arviointiperusteet" seuraavaa:

"Valinta tehdään taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella. Eri perusteita ovat hinta, käyttökustannukset (kulutus, asentamis- ja purkamisaika sekä varaosien hinta), toimitusvarmuus, teknisen aineiston laatu (paikat [15], porrasaskelmat, poistokaasut, ääni, portaiden ja lattian korkeus, korotukset)." [16]

59. Erityisten sopimusehtojen kohdassa 20.2 on luettelo arviointiperusteista selityksineen samassa järjestyksessä kuin tarjouskilpailutekstissä. Jako alaryhmiin on tehty seuraavasti:

"20.2 Arviointiperusteet. Sopimus tehdään taloudellisesti edullisimman tarjouksen pe-

15 — Tarjouskilpailun alkuperäisessä ranskankielisessä tekstissä on sana "plages", joka on ilmeisesti kirjoitusvirhe, koska sopimusehtojen mukaan aineiston teknisen laadun arvioinnin ensimmäinen peruste on "nombre des places".

16 — Tämä täydellinen luettelo on julkaistu vain tarjouskilpailun alkuperäisellä kielellä (ranskaksi). Muilla yhteisön virallisilla kielillä siitä on julkaistu vain lyhennelmä. Esim. saksankielinen teksti kuuluu seuraavasti: "Zuschlagskriterien: Wirtschaftlich vorteilhaftestes Angebot nach folgenden Kriterien: Preis, Betriebskosten, Qualität, sonstige Kriterien."

rusteella seuraavien arviointiperusteiden mukaan:

20.2.1 Linja-auton yksikköhinta ja taloudelliset vaihtoehdot

— —

20.2.2 Tekniset perusteet arvioinnille.

Perusteet ovat absoluuttisen arvioinnin kohteena, jonka mittayksikkönä on 'franc fictif'.

KÄYTTÖKUSTANNUKSET

20.2.2.1 Polttoaineen kulutus

— —

20.2.2.2 Asennus- ja purkamisaika, osien hinta

— —

TOIMITUSVARMUUS

20.2.2.3 Varaosien toimittaminen

— —

TARJOTUN AINEISTON TEKNINEN LAATU

20.2.2.4 Paikkojen lukumäärä

— —

20.2.2.5 Portaiden korkeus

— —

20.2.2.6 Vahingolliset poistokaasut

— —

20.2.2.7 Melutaso

— —

20.2.2.8 Lattian korkeus

— —

20.2.2.9 Portaiden lukumäärä

— —

20.2.2.10 Korokkeiden lukumäärä

— —."

60. Yhdenvertaisen kohtelun periaate ja siitä johdettava arviointitapahtuman ennakoitavuus vaativat, että julkinen hankintayksikkö pitäytyy määrittelemissään arviointiperusteissa. Erityisten sopimusehtojen juuri edellä mainittu liite 23 on perusta käyttökustannusten määrittelyn kummankin tekijän arvioinnille. Huomioon otettavat käyttökustannukset muodostuvat arviointiperusteiden mukaan ensinnäkin polttoaineen kulutuksesta ja toiseksi varaosien vaihtamisessa tarvittavasta arvioidusta työajasta ja materiaalikustannuksista.

61. Varaosien vaihtamistiheys on lisäksi — kuten olen juuri todennut — julkisen hankintayksikön kaikille tarjoajille samalla tavalla asettama vakio. Tämä tekijä vaikuttaa tarjoajien ilmoittamien kustannustekijöiden kertoimena. Tästä hyvityksestä poikkeamisella voi sen vuoksi olla laajalle ulottuvia vaikutuksia.

62. Käsiteltävänä olevassa asiassa on myönnetty ja myös esitetyistä asiakirjoista [17] ilmenee, että julkinen hankintayksikkö on käyttökustannusten laskemisessa ottanut huomioon EMIn ilmoittaman moottorin ja vaihteiston lyhyemmän vaihtamistiheyden. Vertailtaessa eri varaosien osalta tarjousten arviointiin liittyviä asiakirjoja ilmenee, että EMIn ajoneuvojen käyttökustannustekijä on lopullisessa laskelmassa arvioitu oleellisesti vähäisemmäksi kuin 2.9.1993 pidetyssä johtokunnan kokouksessa esitetyn ensimmäisen ratkaisuehdotuksen laskelmassa. Kun käyttökustannusten arvioimista koskevan arviointitaulukon otsikon "Kunnossapito" [18] alla ilmoitettiin alun perin 4 901 790:n arvo erien

17 — Vrt. 6.10.1993 päivätty muistio julkisen hankintayksikön johtokunnalle.

18 — "Entretien."

nro 2 ja 3 osalle ja vastaavasti 4 896 790:n arvo erien nro 4—6 osalle, uusissa laskelmissa on arvioitu erille nro 2—6 3 744 140:n arvo. [19] On ilmeistä, että kyseinen tarjoaja pärjää muihin tarjoajiin verrattuna paremmin muutetun laskentatavan perusteella.

63. Yksipuolinen poikkeaminen muuttamattomina pidetyistä julkisen hankintayksikön urakkasopimusasiakirjojen tiedoista yhden tarjoajan hyväksi antamatta muille tarjoajille tilaisuutta korjata vastaavasti tietojaan muuttuneita edellytyksiä vastaaviksi on mielestäni yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaista. Kun julkinen hankintayksikkö oli saanut tiedon siitä, että yhden tarjoajan ilmoittama materiaali oli hankintayksikön odotuksia olennaisesti parempi, niin että hankintayksiköllä oli epäilyksiä vahvistamiensa hyvitysten oikeellisuudesta, täytyi sen silti joko pitäytyä kaikkia tarjoajia samalla tavalla koskevissa teknisissä hyvityksissään tai antaa kaikille tarjoajille tiedoksi, että sopimusehdoissa vahvistetuista tiedoista oli mahdollista poiketa. Se ajankohta, jolloin julkinen hankintayksikkö saa tiedon tosiseikoista, ei ole mielestäni ratkaiseva; näin on periaatteessa myös, jos nämä tiedot ilmoitetaan jo tarjouksessa.

64. Belgian hallitus on sitä mieltä, että julkista hankintayksikköä ei saisi estää asettamasta etusijalle parempaa materiaalia, jonka tekninen kehitys on mahdollistanut.

65. Tähän on vastattava, että tarjouskilpailumenettelyssä julkista hankintayksikköä ei millään lailla estetä ottamasta huomioon hankittavan materiaalin parantumista, jonka tekninen kehitys on mahdollistanut. Juuri direktiivissä on vahvistettu tällainen mahdollisuus vaihtoehtojen sallimiseen. [20] Tarjouskilpailussa hankittavia tuotteita koskeva parannustoivomus ei kuitenkaan oikeuta julkista hankintayksikköä laiminlyömään yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.

66. Julkinen hankintayksikkö on rikkonut syrjintäkiellon periaatetta, kun se on poikennut yksipuolisesti yhden tarjoajan hyväksi omista arviointiperusteiden harkintaa koskevista hyvityksistään.

67. Toiminnan syrjivät vaikutukset tulevat ilmeisiksi, kun tarkastellaan kilpailevien ajoneuvojen tärkeysjärjestystä suhteessa käyttökustannusten laskentaan. Polttoaineen kulutusta koskevien alkuperäisten tietojen ja varaosien ilmoitetun vaihtamistiheyden mukaan Van Hoolin ajoneuvot olivat erien nro 2 ja 3 osalta ensimmäisellä sijalla ja EMIn

19 — Vrt. 2.9.1993 pidetyssä johtokunnan kokouksessa esitetyn muistion liite 6, s. 2— 6 sekä 6.10.1993 pidetyssä johtokunnan kokouksessa esitetyn muistion liite 2, s. 1— 6.

20 — Vrt. direktiivin 90/351/ETY 27 artiklan 3 kohta.

kolmannella sijalla. Erien nro 4, 5 ja 6 suhteen Van Hoolin ajoneuvot olivat ensimmäisellä sijalla ja EMIn viidennellä. Uusia lukuja tarkasteltaessa pitäisi Van Hoolin ajoneuvojen olla erien 2, 3 ja 5 osalta ensimmäisellä sijalla, EMIn taas toisella. Erien nro 4 ja 6 osalta EMIn ajoneuvot ovat uusien laskelmien mukaan ensimmäisellä sijalla.

68. Laskennassa toiseksi tärkeimmän perusteen, käyttökustannusten, siirtäminen viidenneltä sijalta ensimmäiselle sijalle, puhuu mielestäni puolestaan. Kilpailijoiden syrjiminen on nähdäkseni näissä oloissa epäilyksetöntä.

b) Erityisvarustelun huomioon ottaminen

69. Sen väitteen osalta, että julkinen hankintayksikkö olisi ratkaissut kilpailun noudattamatta sopimusehdoissa määriteltyjä arviointiperusteita, komissio toteaa SRWT:n antaneen tiettyjen EMIn ehdottamien erityisosien, jotka eivät sisältyneet sopimusehtoihin, vaikuttaa tämän tarjoajan hyväksi kokonaisarvioinnissa. Konkreettisesti kysymys on erityisten Cantilever-nimisten istuinten, kaikkiin sivuikkunoihin kuuluvien puhaltimien ja linja-auton kokoamisessa käytettävän moduulien yhteenliittämisen erityisjärjestelmän huomioon ottamisesta.

70. Linja-auton sivuille kiinnitettävillä Cantilever-istuimilla on monia etuja tavanomaisiin istuimiin verrattuna. Ensiksikin linja-auton kyljet, joihin istuimet kiinnitetään, on vahvistettava, mikä lisää samalla matkustajien turvallisuutta. Jos istuimia ei enää kiinnitettäisi lattiaan, saavutettaisiin linja-auton puhdistamisen kannalta merkittävä ajansäästö. Lopulta istuimet lisäisivät matkustusmukavuutta suuremman jalkatilan ja matkalaukkuja varten olevan tavaratilan vuoksi.

71. *Ikkunapuhaltimilla* saavutettavat edut ovat sekä esteettisiä että taloudellisia. Ne estävät ikkunoiden kostumisen, mikä puolestaan laskee merkittävästi ikkunoiden puhdistuskustannuksia.

72. Linja-autojen kokoamisessa käytettävällä *moduulijärjestelmällä* voidaan autonkorin perusteellisessa korjauksessa säästää merkittävästi aikaa osien kiinnittämistavan vuoksi. Lisäksi jos tämä järjestelmä valitaan, on mahdollista vähentää osien varastointiaikaa merkittävästi, koska jotkut osat sopivat eri linja-automalleihin.

73. Kaikki mainitut kolme varusteluosaa, istuimet, puhaltimet ja moduulijärjestelmä sisältyivät jo EMIn alkuperäiseen tarjoukseen. Tarjouskilpailun ratkaisupäätöksestä voidaan päätellä, että nämä osat ovat vaikuttaneet lopulliseen arviointiin ilman, että niistä olisi kuitenkaan esitetty konkreettisia lukuja.

74. EMI on kuitenkin yrittänyt 3.8.1993 päivätyssä muistiossaan esittää mainittujen varustelujen taloudelliset edut lukuina. Julkinen hankintayksikkö ei kuitenkaan ottanut näitä lukuja huomioon.

75. On kyseenalaista, ovatko kysymyksessä olevat osat direktiivissä tarkoitettuja vaihtoehtoja, jotka, jos tähän vastataan myönteisesti, on arvioitu myös oikein.

76. Direktiivin 27 artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Milloin sopimuksen tekemisen perusteena on taloudellisesti edullisin tarjous, hankintayksiköt voivat ottaa huomioon ne tarjoajan esittämät vaihtoehdot, jos ne täyttävät hankintayksiköiden edellyttämät eritelmien vähimmäisvaatimukset. Hankintayksiköiden on ilmoitettava sopimusasiakirjoissa eritelmien vähimmäisvaatimukset, jotka vaihtoehtojen on täytettävä, ja niiden esittämiselle mahdollisesti asetetut erityisvaatimukset. — —"

Direktiivin 32. ja 33. perustelukappaleessa mainitaan seuraavat direktiivin soveltamisperiaatteet:

"asianomaisten yksiköiden noudatettavaksi tarkoitetuilla säännöksillä olisi edistettävä hyviä kauppatapoja ja niissä olisi sallittava mahdollisimman suuri joustavuus,

tämän joustavuuden vastapainoksi ja keskinäisen luottamuksen vuoksi on varmistettava avoimuuden vähimmäisvaatimusten toteutuminen ja otettava käyttöön tarkoituksenmukaiset menetelmät tämän direktiivin soveltamisen seurantaa varten."

77. Tarjouskilpailutekstin 3 kohdan d kohta kuului seuraavasti:

"Vaihtoehdot: vaihtoehdot on sallittu." [21]

21 — Tarjouskilpailun alkuperäinen teksti kuului: "Variantes: les suggestions sont autorisées."

78. Sopimusehdoissa mainitaan vaihtoehdot eri yhteyksissä. Kerran mainitaan "taloudelliset vaihtoehdot" [22], muissa kohdin esiintyvät käsitteet "pakolliset vaihtoehdot" [23] tai "valinnaiset vaihtoehdot" [24]. Arviointiperusteiden osalta mainitaan kohdassa 20.2.1 "Linja-autojen yksittäishinta ja taloudelliset vaihtoehdot": "Yksittäishintaa korotetaan muiden kuin taloudellisten vaihtoehtojen ja mahdollisten huomioon otettavien ehdotusten hinnalla."

79. Komission mielestä näitä ominaisuuksia ei olisi saanut ottaa huomioon EMIn tarjousta arvioitaessa. Teknisiä ominaisuuksia, joita ei esitetä lukuina, ei saisi ottaa huomioon siltä osin kuin niitä ei ole vahvistettu sopimusehdoissa taloudellisesti edullisimmasta tarjouksesta päättämiseksi. Komissio myöntää, että sopimusehdoissa sallitaan vaihtoehdot. Sopimusehdoissa vaadittuja ominaisuuksia ei voida kuitenkaan pitää "vapaina ehdotuksina" [25] ja niitä on tämän vuoksi arvioitava vain sopimusehdoissa vahvistetun mukaisesti.

80. Komissio on kantajan vastauksessaan sitä mieltä, että silloinkin, kun vaihtoehdot ovat mahdollisia sopimusehtojen mukaan, ne voidaan ottaa huomioon vain siinä määrin kuin ne korottavat linja-autojen yksittäishintaa.

81. Belgian hallitus esittää tätä väitettä vastaan, että se on esitetty myöhässä ja pitäisi siksi jättää tutkimatta. Muutoin Belgian hallitus esittää puolustuksekseen seuraavaa:

Ensinnäkin olisi lähdettävä siitä, että ehdotukset tai aloitteet [26] olivat sallittuja sopimusasiakirjojen mukaan. SRWT:n ehdotuksina huomioon ottamille teknisille ominaisuuksille ei ollut annettu hyvitystä, joka olisi vaikuttanut EMIn tarjoamien ajoneuvojen yksittäishintaan. Ne oli otettu huomioon ainoastaan mukavuutta ja laatua koskevina, lukuina esittämättöminä perusteina, joiden perusteella oli katsottu EMIn tarjouksen olevan kaikista tarjouksista taloudellisesti edullisin.

82. Belgian hallitus korostaa, että ehdotuksilla oli vain toissijainen merkitys tarjouskilpailussa. EMIn ja Van Hoolin tarjoukset olivat olleet niin lähellä toisiaan, että SRWT oli ehdokkaiden erottamiseksi pitänyt tarpeellisena EMIn ajoneuvojen erityisten etujen mukaan lukemisen. Tämä menettelytapa oli direktiivin 27 artiklan 3 kohdan mukainen,

22 — "Variantes financières", erityisten sopimusehtojen 20.2 kohta — arviointiperusteet.

23 — "Variantes obligatoires" — liste des variantes.

24 — "Variantes facultatives" — liste des variantes.

25 — "Suggestions libres."

26 — "Suggestions."

jonka mukaan sopimuksen tekemisen perustuessa taloudellisesti edullisempaan tarjoukseen, hankintayksiköt voivat ottaa huomioon tarjoajan esittämät vaihtoehdot, jos ne vastaavat hankintayksiköiden ilmoittamia vähimmäisvaatimuksia.

83. Vaihtoehtojen tai ehdotusten päämääränä on kiinnittää hallinnon huomio uutuuksiin, jotka eivät ole niiden tiedossa. Ehdotusten luonteen mukaisesti lähtökohtana ovat sopimusehdoissa määrätyt tekniset vähimmäisvaatimukset. Lopuksi tarjoajien syrjivää kohtelua koskeva väite on hylättävä, sillä ehdotusten vertailu on käytännössä mahdotonta, koska ehdotukset tekevät kustakin tarjouksesta ainutlaatuisen ja korvaamattoman. Komissio ei myöskään ole voinut esittää muiden kilpailijoiden tehneen vertailukelpoisia ehdotuksia.

84. Seuraavaksi haluaisin käsitellä Belgian hallituksen esittämää tutkimatta jättämistä koskevaa väitettä, joka koskee komission kantajan vastauksessaan esittämää väitettä vaihtoehtojen yksikköhintojen kohoamisesta. Tämän väitteen oikeudellinen perusta on yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 42 artiklan 2 kohdan ensimmäisessä virkkeessä. Siinä määrätään seuraavaa:

"Asian käsittelyn kuluessa ei saa vedota uuteen perusteeseen, ellei se perustu kirjallisen käsittelyn aikana esille tulleisiin tosiseikkoihin tai oikeudelliseen perusteeseen."

Koska arvioitavana oleva väite on yksi kantajan esittämistä väitteistä, se on katsottava kanneperusteeksi. Kanneperusteiden menettämistä koskevan kysymyksen osalta on tehtävä selvä ero kanneperusteiden ja väitteiden välillä. Kanneperusteet on kokonaisuudessaan esitettävä kanteessa. Uusia kanneperusteita ei näin ole mahdollista esittää menettelyn myöhemmässä vaiheessa, jos ei ole olemassa työjärjestyksen 42 artiklan 2 kohdassa määrättyä oikeutusta. Toisin on, jos väitteiden tarkoituksena on juuri esitettyjen kanneperusteiden tukeminen ja täydentäminen. Niitä voidaan esittää missä tahansa menettelyn myöhemmässä vaiheessa.

85. Kanneperuste, joka koskee arviointiperusteiden noudattamatta jättämistä tarjouskilpailun ratkaisemisessa niin, että on otettu huomioon EMIn esittämät istuimet, puhaltimet ja moduulijärjestelmä, esitettiin juuri kanteessa, kuten ennakkomenettelyssäkin. Tämä kanneperuste huomioon ottaen viittaus mahdollisesti sallittavien vaihtoehtojen vaikutuksesta yksittäishintaan on vain lisäargumentti. Tutkimatta jättämistä koskeva väite on siksi perusteeton.

86. Belgian hallitus katsoo riidanalaisen väitteen olevan myös aineellisesti perusteeton. Itse asiassa sopimusehdoissa määrätään, että huomioon otetut ehdotukset lisätään yksittäishintaan vertailun tekemiseksi. Jos yksittäishintaan kuitenkin sisältyy jo näiden erityisosien kustannukset — kuten käsiteltävänä olevassa tapauksessa — niitä ei voida lisätä hintaan toista kertaa. Vaikka hyväksytyt ehdotukset eivät korottaisikaan yksittäishintaa, julkisen hankintayksikön ei kuitenkaan ole kiellettyä ottaa huomioon ehdotetun materiaalin ansioita.

87. Julkisen hankintayksikön varusteluperusteita koskevan toiminnan arvioimisessa on lähdettävä siitä, että direktiivin mukaan vaihtoehdot ovat periaatteessa sallittuja. Tämä ilmenee nimenomaisesti 27 artiklan 3 kohdasta. Tarjouskilpailuteksti todistaa, että tätä mahdollisuutta käytettiin myös konkreettisessa sopimuksessa.

88. Sallittujen vaihtoehtojen abstraktin määrittelemisen osalta herää kysymys sen merkityksestä ja tavoitteesta. Lisäksi on sellaisen menettelyn, jonka keskeinen arviointiperuste on alin hinta ja sellaisen menettelyn, jossa taloudellisesti edullisin tarjous on ratkaiseva, välillä periaatteellinen ero. [27] Vain viimeksi mainitun osalta tarjoajalla on mahdollisuus esittää vaihtoehtoja. Kuten Belgian hallitus aivan oikein on todennut, tämän menettelytavan perusteella on tarjouskilpailussa mahdollista ottaa huomioon ehdotuksia ja uudistuksia, joihin vasta tarjoaja kiinnittää hankintayksikön huomion. Direktiivin 32. ja 33. perustelukappaleessa todistetaan, että hankintayksikön liikekäytännössä pitäisi olla mahdollista myös tietty joustavuus direktiivin soveltamisalueella.

89. Kun julkista tavaranhankintasopimusta koskevassa hankintamenettelyssä pitäisi jättää tarjoajalle liikkumavaraa ehdotusten ja aloitteiden esittämiseen, silloin ei voi olla kyse sopimusehdoissa ennalta määritellyistä perusteista. Siksi on mielestäni vain johdonmukaista, että EMIn esittämiä ehdotuksia erityisistä varusteluominaisuuksista ei katsota sopimusehdoissa luetelluiksi vaihtoehdoiksi. Siltä osin kuin on kyse taloudellisen vaihtoehdon käsitteestä tämä on selvää. Pakollisissa vaihtoehdoissa kysymys on hankintayksikön edellyttämistä ja määrittelemistä sopimusehtojen yksityiskohtia koskevista valinnaisista ehdotuksista. Tiedot niiden sisällöstä annetaan sopimusehtojen asianomaisissa kohdissa määritellyissä valinnaisratkaisuissa. Vaihtoehtoluettelossa annetaan yleiset tiedot pakollisista vaihtoehdoista. [28] Tässä luettelossa olevasta neljästä valinnaisesta vaihtoehdosta kolme koskee rahoittamista. Vain yksi ainoa ns. "valinnainen

27 — Vrt. 27 artiklan 1 kohta.

28 — Erityisten sopimusehtojen liitteessä oleva "Liste des variantes".

vaihtoehto" [29] koskee teknistä ominaisuutta. Tämä on puolestaan myös ennalta määritelty. Pakollisten vaihtoehtojen ja valinnaisten vaihtoehtojen välinen ero on mielestäni siinä, että tarjoajan on täytettävä pakolliset vaihtoehdot täyttääkseen ylipäätään sopimusehtojen vaatimukset, kun taas tarjoajalla on vapaus toteuttaa valinnaiset vaihtoehdot eikä sitä voida sulkea kilpailun ulkopuolelle, jos näitä vaihtoehtoja ei toteuteta.

90. Sellaisten ehdotusten ja aloitteiden salliminen, joita sopimusehdoissa ei varsinaisesti ilmaista, aiheuttaa ongelman siitä, miten mahdollisesti huomioon otetut ehdotukset on hyvitettävä. Tavaranhankintasopimuksen tekemisessä taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella tehtävän julkisen hankinnan yhteydessä myös ehdotukset on arvioitava taloudellisesti.

91. Taloudellisesti edullisimman tarjouksen mukaan suoritettavassa tarjouskilpailumenettelyssä voi julkinen hankintayksikkö nähdäkseni tietyssä määrin harkita, mille tekniselle ratkaisulle se antaa ratkaisussa etusijan. Tämä harkintamahdollisuus ei kuitenkaan ole rajaton ja sitä täytyy voida valvoa arviointivirheiden suhteen. Harkintamahdollisuuden käyttämisen vertailukohdat voidaan mielestäni saada direktiivistä. Direktiivin 27 artiklan 3 kohdassa säädetään esimerkiksi:

"—— Hankintayksiköiden on ilmoitettava sopimusasiakirjoissa eritelmien *vähimmäisvaatimukset, jotka vaihtoehtojen on täytettävä* ——."

Direktiivin 33. perustelukappaleessa mainitaan *avoimuuden vähimmäisvaatimukset* joustavuuden vastapainoksi. Tähän haluaisin lisätä direktiivin 4 artiklassa olevan *syrjintäkiellon.*

92. Lisätutkimuksessa haluaisin lähteä siitä, että julkisella hankintayksiköllä on ehdotusten huomioon ottamisessa harkintamahdollisuus, jos ehdotukset vastaavat sopimusehdoissa määriteltyjä vähimmäisvaatimuksia ja menettely on muutoin avointa eikä siinä syrjitä ketään. Näiden periaatteiden on mielestäni pädettävä myös ehdotusten ja aloitteiden taloudellisessa arvioinnissa.

93. Riidanalaisia varusteluperusteita on tarkasteltava tarjotun materiaalin teknisen laadun ominaisuuksina. "Tarjotun materiaalin

29 — "Variante facultative."

tekninen laatu" [30] kuuluu sopimusehdoissa nimenomaisesti ilmaistuihin arviointiperusteisiin, ja sillä on seitsemän ominaisuutta. [31] Tämän perusteen eräs piirre on, että siinä on kysymys *ainoastaan* sopimusehtojen mukaisen materiaalin tai sen mahdollisia poikkeuksia koskevien laskennallisten hyvitysten tai vähennysten määrittelemisestä. Koska nämä arviointiperusteet koskevat sopimusehdoissa olevia määritelmiä, ei tässä ole tilaa niiden ehdotusten arvioinnille, joita ei ole mainittu sopimusehdoissa. Vaihtoehtojen taloudellisesta arvioinnista on nimenomaisesti määrätty yksittäishintojen vahvistamisen osalta, jolla on hintoja korottava vaikutus. [32]

94. Tässä törmäämme Belgian hallituksen esittämään ongelmaan siitä, että mielekkäitä teknisiä aloitteita, jotka otetaan huomioon juuri yksittäishinnassa, ei voida edes hintaa korottavina hyvittää. Siitä seuraa tosiasissa parempien ratkaisujen taloudellinen syrjiminen. Olisi oikeampaa antaa julkisen hankintayksikön huomioon ottamille aloitteille osuus teknisen materiaalin hyvitys—vähennys-järjestelmästä. Tässä suhteessa puuttuu kuitenkin — kuten on jo todettu — mahdollisuus tuntemattomien teknisten ominaisuuksien ennaltamäärittelyyn.

95. Vaihtoehtoisten teknisten ratkaisujen taloudellisessa arvioinnissa kohdattavien vaikeuksien osalta EMI esitti 3.8.1993 päivätyssä muistiosssa ehdotuksen siitä, miten ehdotetut ratkaisut voitaisiin esittää numeroina. [33] Julkinen hankintayksikkö ei hyväksynyt näitä arviointiehdotuksia siitä syystä, että sopimusehdoissa vahvistetuissa arviointiperusteissa ei ollut vahvistettu vertailukohtaa näille valinnaisille ehdotuksille.

96. Tarjoajan aloitteiden huomioon ottaminen arvoa lisäävinä on mielestäni sopimuksen tekemistä varten suoritettavassa arvioinnissa sallittua, jos ehdotukset vastaavat teknisesti sopimusehtojen vähimmäisvaatimuksia ja jos tarjouskilpailu ratkaistaan avoimesti ja ketään syrjimättä.

97. Sopimusehdoissa on useassa kohdassa maininta istuimille asetetuista vaatimuksista. Kyseessä ovat sekä istuinten lukumäärä eri malleissa että erityissuorituksia koskevat pakolliset vaihtoehdot, kuten "ilkivallan kestävät istuimet" linja-auton takaosassa. [34] Cantilever-istuimet täyttävät selvästi nämä tekniset vaatimukset, mutta sen lisäksi niillä on sekä taloudellisia että mukavuuteen liittyviä etuja.

30 — "Les qualités techniques du matériel offert", vrt. sopimusehtojen kohdassa 20.2.2.4 edellä olevat arviointiperusteet

31 — Sopimusehtojen alakohdat 20.2.2.4—20.2.2.10, vrt. edellä 59 kohta.

32 — Vrt. arviointiperusteiden 20.2.1 kohta.

33 — Cantilever-istuimet 480 000 BEF, puhaltimet 240 000 BEF, moduulijärjestelmä 100 000 BEF.

34 — Vrt. yleisten sopimusehtojen liite 11; 2 osan IV osaston 13 kohdan 42 artikla ja erityisten sopimusehtojen 3 osan II osaston 18 artiklan nro 18.6.

98. Tarjottuja ikkunapuhaltimia koskevat vähimmäisvaatimukset voidaan päätellä 2 osan IV osaston 14 kohdan 43 artiklasta. Siinä puhutaan yksin- ja kaksinkertaisista ikkunoista, jolloin kaksinkertaiset ikkunat liittyvät lämmitysjärjestelmään pakollisten vaihtoehtojen osalta. Tässäkään kohtaa vähimmäisvaatimuksista poikkeaminen ei mielestäni ole mahdollista.

99. En löydä sopimusehdoista lopulta mitään moduulijärjestelmää koskevia vähimmäisvaatimuksia. Tämä ei ole mikään yllätys, koska juuri tätä järjestelmää ehdotettiin tyypillisenä ja uutuutena eikä siitä voitu siksi määrätä sopimusehdoissa. Joka tapauksessa jo edeltävien esitysten perusteella on tunnettua, että julkiselle hankintayksikölle oli käyttökustannusten (toinen arviointiperuste) arvioinnissa keskeistä se, paljonko ajoneuvojen *korjaamiseen* kuluu työaikaa ja kuinka suuria kustannuksia tästä aiheutuu. Kolmas arviointiperuste, hankintavarmuus, antaa tietoja siitä, että julkiselle hankintayksikölle on keskeisen tärkeää, että varaosien hankinta ja varaosavaraston hoitaminen järjestetään mahdollisimman tehokkaasti. Mielestäni ehdotetussa moduulijärjestelmässä ei ole jätetty noudattamatta osia koskevia vähimmäisvaatimuksia.

100. Julkinen hankintayksikkö on noudattanut vaadittua avoimuutta mielestäni siten, että se nimenomaisesti mainitsee tarjouskilpailun ratkaisupäätöksessään määriteltyjen arviointiperusteiden mukaisesti toteutetun ennakkoluokittelun perusteella hyväksymänsä ehdotukset ja siten, että se antaa niillä saavutettavien taloudellisten etujen vaikuttaa päätökseen. Johtokunnan kokoukselle osoitetussa, 6.10.1993 päivätyssä muistiossa asetetaan nämä osat päätösehdotuksen perustaksi ja ilmaistaan ne nimenomaisesti. [35]

101. Mitä tulee lopulta yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamiseen, julkinen hankintayksikkö ei ole poikennut yhdestäkään sopimusehdoissa vahvistetusta varusteluosia koskevasta hyvityksestä. Se toimii tältä osin täysin toisin kuin moottorin ja vaihteiston oletetun vaihtamistiheyden suhteen. Välitön ehdotusten ja aloitteiden vertailu toisten tarjoajien tarjouksiin on vaikeaa, koska nämä eivät ole esittäneet vertailukelpoisia ehdotuksia.

102. Tämän tuloksena olen sitä mieltä, että julkinen hankintayksikkö on toiminut harkintavaltansa rajoissa varusteluosien, Cantilever-istuinten, puhaltimien ja moduulijärjestelmän huomioon ottamisessa eikä sen tarjouskilpailusta tekemä ratkaisu ole lainvastainen.

35 — Vrt. johtokunnan kokoukselle osoitettu, 6.10.1993 päivätty muistio, s. 6.

Oikeudenkäyntikulut

103. Työjärjestyksen 69 artiklan 3 kohdan mukaan yhteisöjen tuomioistuin voi määrätä oikeudenkäyntikulut jaettaviksi asianosaisten kesken tai määrätä, että kukin vastaa omista kuluistaan, jos asiassa osa vaatimuksista ratkaistaan toisen asianosaisen ja osa toisen asianosaisen hyväksi. Ehdotan, että tässä asiassa meneteltäisiin tällä tavalla.

C — Ratkaisuehdotus

104. Esitettyjen huomioiden perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin ratkaisisi asian seuraavasti:

1) Belgian kuningaskunta on rikkonut sille 90/531/ETY perusteella kuuluvia velvoitteitaan, koska SRWT:n tarjouskilpailuttamassa julkisessa sopimuksessa otettiin huomioon tarjousten avaamisen jälkeen esitetyt tarjouksen muutokset ja hyväksyttiin tarjous arviointiperusteista poikkeamalla.

2) Kanne hylätään muilta osin.

3) Kumpikin asianosainen vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.