Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MICHAL BOBEK
28 päivänä toukokuuta 2020[1]

Asia C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
vastaan
Ministrstvo za notranje zadeve,
LEXPERA d.o.o:n
osallistuessa asian käsittelyyn

(Ennakkoratkaisupyyntö – Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (hankintamenettelyjä valvova kansallinen lautakunta, Slovenia))

Ennakkoratkaisupyyntö – Julkiset palveluhankinnat – Direktiivi 2014/24/EU – 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohta – Hankintasopimukseksi luokittelu – Vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsite – Tarjoajan tekemä nollan euron suuruinen tarjous – Toimen vastikkeellisuuden arviointi – Hankintaviranomaisen suoritettavana olevan rahamääräisen vastikkeen puuttuminen – Tarjouksen hylkääminen – Oikeusperusta – 69 artikla – Poikkeuksellisen alhainen tarjous

I Johdanto

1. Onko nolla poikkeuksellisen alhainen (luku)?

2. Jos sivuutetaan innostavat keskustelut, joita luvun nolla luonteesta on voitu käydä matematiikan saralla,[2] on todennäköistä, että tällaisen kysymyksen esittäminen oikeudelliselta kannalta maallikolle saa tämän kohdistamaan juristeihin samanlaisen yllättyneen katseen, johon nämä ovat tottuneet yrittäessään selittää ammattiaan. Maallikko saattaisi jopa huomauttaa heille sarkastisesti, että vain juristit kykenevät tuottamaan sivukaupalla tekstiä (sananmukaisesti) olemattomasta.

3. Julkisissa hankinnoissa, aivan kuten matematiikassa, nolla näyttää kuitenkin olevan erityislaatuinen luku, jota on vaikea sijoittaa olemassa oleviin analyyseihin. Tekeekö tarjoaja, joka tarjoaa tavaroita tai palveluja nollan euron nimelliseen hintaan, poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen? Vai sulkeeko tämä tarjoaja itsensä automaattisesti julkisia hankintoja koskevan oikeuden ulkopuolelle sisällyttäessään tarjoukseensa maagisen luvun ”0” jonkin muun todellisia markkinakustannuksia selvästi alhaisemman nimellisen summan (kuten esimerkiksi 1,5 tai 101 euron) sijaan, koska kaikista muista luonnollisista luvuista poiketen julkista hankintaa koskevassa sopimuksessa ei voi olla lukua ”0”?

1 Alkuperäinen kieli: ranska.

2 Ks. ymmärrettävänä johdantona (jossa on vähän laskelmia ja paljon kulttuurihistoriaa) esimerkiksi Kaplan, R., *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

4. Tästä on lyhyesti sanottuna kysymys käsiteltävässä asiassa. Ministrstvo za notranje zadeven (sisäministeriö, Slovenia) aloittamassa palveluhankintasopimusta koskevassa menettelyssä Tax-Fin-Lex d.o.o. -niminen yritys teki nollan euron suuruisen tarjouksen yhden menettelyn kohteena olevan palvelun suorittamisesta. Sisäministeriö hylkäsi tarjouksen, koska sen perusteella ei voitu tehdä direktiivin 2014/24/EU[3] 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettua vastiketta vastaan tehtävää sopimusta eikä siihen voitu näin ollen soveltaa hankintasääntöjä. Tax-Fin-Lex väittää sitä vastoin, että toimi, jolla se sitoutuu suorittamaan palvelun nollan euron hintaan, toteutettaisiin tässä säännöksessä tarkoitetulla tavalla vastiketta vastaan. Se väittää, että se saisi hankintasopimuksen toteuttamisesta taloudellista etua niiden referenssikohteiden vuoksi, joihin se voisi vedota jatkossa uusia hankintasopimuksia tehtäessä.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

5. Direktiivissä 2014/24 vahvistetaan säännöt, joilla voidaan sovittaa yhteen tietyn arvon ylittäviä hankintasopimuksia koskevat kansalliset hankintamenettelyt, jotta niissä noudatettaisiin tavaroiden vapaan liikkuvuuden, sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatteita sekä niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteita sekä suhteellisuus- ja avoimuusperiaatteita. Direktiivillä pyritään myös varmistamaan julkisten hankintojen tosiasiallinen kilpailuttaminen.

6. Erityisesti direktiivin 2014/24 johdanto-osan 4 ja 103 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”(4) Koska julkinen toiminta on yhä monimuotoisempaa, on tarpeen määritellä selvemmin itse hankinnan käsite. Kyseinen selvennys ei saisi kuitenkaan johtaa tämän direktiivin soveltamisalan laajentamiseen direktiivin 2004/18/EY[4] soveltamisalaan nähden. Unionin hankintasäännöillä ei pyritä sääntelemään kaikkia julkisten varojen käytön muotoja vaan ainoastaan sellaista käyttöä, joka on tarkoitettu vastikkeelliseen rakennusurakoiden, tavaroiden tai palvelujen hankkimiseen hankintasopimuksella. Olisi selvennettävä, että tällaisen rakennusurakoiden, tavaroiden tai palvelujen hankkimisen olisi kuuluttava tämän direktiivin soveltamisalaan riippumatta siitä, hankitaanko niitä osto-, leasing- vai muun muotoisilla sopimuksilla.

Hankkimisen käsite olisi ymmärrettävä laajasti hyötyjen saamisena kyseisistä rakennusurakoista, tavaroista tai palveluista – –

– –

(103) Tarjoukset, jotka vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta suhteessa kyseisiin rakennusurakoihin, tavaroihin tai palveluihin, saattavat perustua teknisesti, taloudellisesti tai oikeudellisesti epäterveisiin oletuksiin tai käytäntöihin. Jos tarjoaja ei kykene antamaan riittävää selitystä, hankintaviranomaisella olisi oltava oikeus hylätä tarjous. Hylkäämisen olisi oltava pakollista tapauksissa, joissa hankintaviranomainen on todennut, että poikkeuksellisen alhainen hinta tai alhaiset kustannukset johtuvat unionin pakollisen sosiaali-, työ- tai ympäristölainsäädännön tai sen mukaisen kansallisen lain taikka kansainvälisen työoikeuden määräysten noudattamatta jättämisestä.”

3 Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2014, L 94, s. 65), sellaisena kuin se on muutettuna 18.12.2017 annetulla komission delegoidulla asetuksella (EU) 2017/2365 (EUVL 2017, L 337, s. 19) (jäljempänä direktiivi 2014/24).

4 Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2004, L 134, s. 114 ja oikaisu EUVL 2004, L 351, s. 44).

7. Direktiivin 2014/24 I osastoon, jonka otsikkona on ”Soveltamisala, määritelmät ja yleiset periaatteet”, kuuluvan 1 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Tällä direktiivillä vahvistetaan hankintaviranomaisten noudattamia hankintamenettelyjä koskevat säännöt sellaisia hankintasopimuksia ja suunnittelukilpailuja varten, joiden ennakoitu arvo ei alita 4 artiklassa säädettyjä kynnysarvoja.

2. Tässä direktiivissä tarkoitettua hankintaa on hankintasopimuksen avulla tapahtuva – – palvelujen hankinta, jonka yksi tai useampi hankintaviranomainen tekee valitsemiltaan talouden toimijoilta, riippumatta siitä, onko kyseiset – – palvelut tarkoitettu julkiseen käyttöön.”

8. Direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdan mukaan ”hankintasopimuksilla” tarkoitetaan ”rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman talouden toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on rakennusurakoiden toteuttaminen, tavaroiden toimittaminen tai palvelujen suorittaminen”.

9. Tämän direktiivin 18 artiklassa määritellään ”hankintaperiaatteet”. Siinä täsmennetään seuraavaa:

”1. Hankintaviranomaisten on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä noudatettava avointa ja oikeasuhteista toimintatapaa.

Hankintaa suunniteltaessa ei saa pyrkiä sen jättämiseen tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle tai kilpailun keinotekoiseen kaventamiseen. Kilpailun katsotaan olevan keinotekoisesti kavennettua, jos hankinta suunnitellaan aikomuksena suosia aiheettomasti tiettyjä talouden toimijoita tai saattaa tietyt talouden toimijat epäedulliseen asemaan.

2. Jäsenvaltioiden on toteutettava aiheellisia toimenpiteitä varmistaakseen, että talouden toimijat noudattavat hankintasopimuksia toteuttaessaan sovellettavia ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisia velvoitteita, jotka on vahvistettu unionin oikeudessa, kansallisessa lainsäädännössä, työehtosopimuksissa tai liitteessä X luetelluissa kansainvälisissä ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisissa säännöksissä.”

10. Direktiivin 2014/24 69 artikla puolestaan koskee ”poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia”. Se sisältyy tämän direktiivin II osaston III luvun 3 jaksoon, jonka otsikkona on ”Osallistujien valitseminen ja hankintasopimusten tekeminen”. Tässä artiklassa 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.

2. Edellä 1 kohdassa tarkoitetut selvitykset voivat koskea erityisesti

a) valmistusmenetelmän, palvelun suorittamisen tai rakennusmenetelmän taloudellisia näkökohtia;

b) valittuja teknisiä ratkaisuja tai tarjoajan käytettävissä olevia poikkeuksellisen edullisia ehtoja tuotteiden toimittamiseksi tai palvelun suorittamiseksi taikka urakan toteuttamiseksi;

c) tarjottujen rakennusurakoiden, tuotteiden tai palvelujen omintakeisuutta;

d) 18 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen velvoitteiden noudattamista;

e) 71 artiklassa tarkoitettujen velvoitteiden noudattamista;

f) tarjoajan mahdollisesti saamaa valtiontukea.

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, kun otetaan huomioon 2 kohdassa tarkoitetut tekijät.

Hankintaviranomaisten on hylättävä tarjous, jos ne ovat todenneet, että tarjous on poikkeuksellisen alhainen, koska se ei ole 18 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen sovellettavien velvoitteiden mukainen.

_ _”

III Pääasia, ennakkoratkaisukysymykset ja asian käsittely unionin tuomioistuimessa

11. Sisäministeriö (hankintaviranomainen) aloitti 7.6.2018 pääsyä oikeudelliseen tietojärjestelmään 24 kuukauden ajaksi koskevaa palveluhankintasopimusta koskevan menettelyn. Hankintasopimus muodostuu kahdesta osasta. Sisäministeriö arvioi sopimuksen arvoksi 39 959,01 euroa.

12. Ensimmäisestä osasta, joka koskee pääsyä oikeudelliseen tietojärjestelmään, ainoastaan kaksi Ljubljanaan (Slovenia) sijoittautunutta ja oikeusinformatiikkaan erikoistunutta talouden toimijaa jätti tarjouksen asetetussa määräajassa: Tax-Fin-Lex (kantaja) ja LEXPERA d.o.o. (väliintulija).

13. Kantaja tarjoutui suorittamaan tämän palvelun nollan euron hintaan.

14. Sisäministeriö päätti 11.1.2019 tekemällään päätöksellä tehdä ensimmäisestä osasta muodostuvan hankintasopimuksen väliintulijan kanssa ja hylkäsi kantajan jättämän tarjouksen sillä perusteella, että kyseinen tarjous oli hankintasääntöjen vastainen.

15. Kantaja teki tästä päätöksestä oikaisuvaatimuksen. Ennakkotarkastusvaiheessa sisäministeriö hylkäsi tämän vaatimuksen 5.2.2019. Se saattoi asian 11.2.2019 tässä asiassa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen eli Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročilin (hankintamenettelyjä valvova kansallinen lautakunta, Slovenia) käsiteltäväksi, jotta se antaisi ratkaisun kyseisen päätöksen laillisuudesta.

16. Kantaja väittää, että kyseessä olevan kaltainen tarjous on sallittu. Se vetoaa siihen, että hankintasopimusta tehtäessä tarjoajalla on oikeus vapaasti määrittää tarjottu hinta ja siten tarjota palvelu ilmaiseksi. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että kantaja ei saisi vastiketta kyseisen hankintasopimuksen täytäntöönpanosta. Se katsoo, että sopimuksen tekeminen tuottaisi sille etua, joka muodostuisi uusille markkinoille pääsystä ja uusien käyttäjien saamisesta.

17. Sisäministeriö väittää sen sijaan, että direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu hankintasopimuksen käsite ei voi kattaa sopimusta, jolla talouden toimija tarjoutuu suorittamaan palvelun ilmaiseksi hankintaviranomaiselle. Se katsoo, että talouden toimijalle hankintasopimuksen saamisesta koituva etu eli mahdollinen pääsy uusille markkinoille ja referenssikohteiden saaminen ei ole vastike hankintasopimuksen täytäntöönpanosta. Se väittää, että tällainen etu merkitsee kaikille talouden toimijoille lisäarvoa, jota ei kuitenkaan ole mahdollista ilmaista rahallisena arvona ja siten laskuttaa hankintaviranomaiselta. Sisäministeriö katsoo näin ollen, että toimi, jossa palvelu suoritettaisiin ilmaiseksi, ei voisi johtaa vastiketta vastaan tehtävän sopimuksen tekemiseen.

18. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa ennakkoratkaisupyynnössään, että sisäministeriö tutki tämän tarjouksen poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia koskevien säännösten kannalta. Se ei kuitenkaan hylännyt tätä tarjousta sillä perusteella, että se olisi ollut poikkeuksellisen alhainen tai hankintaperiaatteiden vastainen, vaan ainoastaan sen vuoksi, että se oli nollan euron suuruinen.

19. Ennakkoratkaisua pyytäneellä tuomioistuimella on epäilyjä direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa olevassa hankintasopimuksen määritelmässä tarkoitetun vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsitteen tulkinnasta. Se tuo ensinnäkin esille, että yksi tässä säännöksessä tarkoitettu hankintasopimuksen käsitteen olennainen osatekijä on hankintaviranomaisen ja talouden toimijan välillä tehdyn sopimuksen vastikkeellisuus. Se täsmentää tältä osin, että hankintasopimuksen käsite on merkityksellinen paitsi ennen sopimuksen tekemistä, sillä se velvoittaa hankintaviranomaisen noudattamaan direktiivin 2014/24 yhteydessä määritettyjä sääntöjä, myös sopimuksen tekemisen jälkeen, jotta voidaan arvioida, onko sopimus tosiasiallisesti tehty kyseisten sääntöjen mukaisesti.

20. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii myös, voidaanko sopimusta, jolla talouden toimija sitoutuu suorittamaan hankintaviranomaiselle ilmaiseksi hankintailmoituksessa tarkoitetun palvelun ilman muuta etua kuin uusille markkinoille pääsyä ja referenssikohteiden saamista koskevaa etua, pitää direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettuna vastiketta vastaan tehtynä sopimuksena ja miltä osin näin mahdollisesti on. Kyseinen tuomioistuin myöntää, että hankintasopimuksen saaminen ja referenssikohteiden hankkiminen voivat itsessään merkitä etua kyseiselle toimijalle. Taloudelliselta kannalta tätä etua ei voida arvioida määrällisesti hankintasopimusta tehtäessä. Se voi kuitenkin merkitä sopimuksen täytäntöönpanoon liittyvää tulevaa taloudellista etua.

21. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo myös, että tilanteessa, jossa hankintaviranomainen ei maksa talouden toimijalle korvausta palvelun suorittamisesta, on mahdollista, että tehty sopimus ei ole sopimus hankintasopimuksen täytäntöönpanosta, sillä kyseessä olisi ilmaiseksi, esimerkiksi lahjan muodossa, tehty sopimus. Kyseinen tuomioistuin pohtii tässä tilanteessa, voiko direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohta olla oikeusperustana päätökselle hylätä talouden toimijan jättämä tarjous.

22. Tässä tilanteessa Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu sopimussuhteen vastikkeellisuus olemassa hankintasopimuksen osatekijänä siinä tapauksessa, että hankintaviranomainen ei ole velvollinen suorittamaan mitään vastiketta, mutta talouden toimija saa sopimuksen täytäntöönpanon yhteydessä pääsyn uusille markkinoille ja referenssikohteita?

2) Onko mahdollista tai tarpeen tulkita direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohtaa siten, että se on oikeusperustana sellaisen tarjouksen hylkäämiselle, jossa hinta on 0 euroa?”

23. Kantaja, sisäministeriö, Itävallan hallitus sekä Euroopan komissio ovat toimittaneet kirjallisia huomautuksia.

IV Asian tarkastelu

24. Tämä ratkaisuehdotus rakentuu seuraavasti. Aloitan tarkastelemalla tämän ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä (A). Tämän jälkeen tutkin direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetun vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsitteen ulottuvuutta ja etenkin siihen liittyvää vastikkeen käsitettä (B). Lopuksi käsittelen kysymystä siitä, voidaanko nollan euron suuruista tarjousta pitää aina ”poikkeuksellisen alhaisena tarjouksena”, jotta se voidaan tutkia ja mahdollisesti hylätä tämän direktiivin 69 artiklan säännösten perusteella (C).

A Tutkittavaksi ottaminen

25. Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamiseen ei liity mielestäni minkäänlaisia vaikeuksia.

26. Tarkasteltaessa ensinnäkin Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročilin toimivaltaa ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen on muistettava, että unionin tuomioistuin katsoi 8.6.2017 antamassaan tuomiossa Medisanus,[5] että se täyttää kriteerit, joiden perusteella sitä voidaan pitää SEUT 267 artiklassa tarkoitettuna ”kansallisena tuomioistuimena”.[6]

27. Siltä osin kuin kyse on pääasiassa kyseessä olevan hankinnan arvosta, on totta, että se alittaa direktiivin 2014/24 4 artiklan b alakohdassa säädetyn 144 000 euron kynnysarvon, jota sovelletaan keskushallinnon viranomaisten tekemiin palveluhankintasopimuksiin.

28. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa kuitenkin, että saattaessaan tämän direktiivin säännöksiä osaksi kansallista oikeusjärjestystä Slovenian lainsäätäjä on päättänyt, että julkisista hankinnoista 30.5.2015 annetun lain (Zakon o javnem naročanju)[7] 2 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettua hankintasopimuksen käsitettä sovelletaan suoraan ja ehdottomasti hankintoihin, joiden arvo on direktiivin 2014/24 4 artiklassa määritettyä kynnysarvoa alempi ja jotka on lähtökohtaisesti jätetty tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

29. Tuomion Dzodzi mukaisen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan se, että unionin toimen säännöksiä tulkitaan tilanteissa, jotka jäävät tämän toimen soveltamisalan ulkopuolelle, on perusteltua, jotta voidaan varmistaa, että kansallisessa oikeudessa säänneltyjä tilanteita ja unionin oikeudessa säänneltyjä tilanteita kohdellaan samalla tavoin, kun kyseisiä säännöksiä sovelletaan kansallisen oikeuden nojalla tällaisiin tilanteisiin suoraan ja ehdottomasti.[8]

30. Käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät tiedot, joita yksikään huomautuksia esittäneistä osapuolista ei ole riitauttanut, vahvistavat, että kansallinen lainsäätäjä on päättänyt laajentaa unionin hankintasääntöjen soveltamisalaa arvoltaan vähäisiin hankintoihin varmistaakseen juuri sen, että kansallisessa oikeudessa säänneltyihin tilanteisiin ja unionin oikeudessa säänneltyihin tilanteisiin sovelletaan samoja sääntöjä. Tuomion Dzodzi taustalla oleva logiikka on siis täysin sovellettavissa käsiteltävässä asiassa.

31. Tässä tilanteessa unionin tuomioistuin voi vastata sille esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin.

B Onko kyseessä vastiketta vastaan tehty sopimus?

32. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää unionin tuomioistuinta lähinnä täsmentämään direktiivin 2014/24 aineellista soveltamisalaa. Unionin tuomioistuimen on ratkaistava, voiko toimi, jolla tarjoaja sitoutuu suorittamaan palvelun nollan euron hintaan, johtaa tämän direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetun vastiketta vastaan tehtävän sopimuksen tekemiseen ja voidaanko sitä näin ollen pitää palveluhankintasopimuksena ja miltä osin näin mahdollisesti on. Tässä suhteessa on huomattava, että unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ”ainoastaan vastiketta vastaan tehty sopimus voi olla direktiivin 2004/18 soveltamisalaan kuuluva julkista hankintaa koskeva sopimus”.[9]

5 C-296/15, EU:C:2017:431.

6 Ks. kyseisen tuomion 38 kohta.

7 Uradni list RS, nro 91/15.

8 Ks. tuomio 18.10.1990, Dzodzi (C-297/88 ja C-197/89, EU:C:1990:360, 36–42 kohta) (jäljempänä tuomio Dzodzi) ja uudemmista tuomioista tuomio 14.2.2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, ei julkaistu, EU:C:2019:116, 22 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 24.10.2019, Belgische Staat (C-469/18 ja C-470/18, EU:C:2019:895, 22 ja 23 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

9 Ks. tuomio 25.3.2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, 47 kohta) ja tuomio 21.12.2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, 43 kohta). Muistutan, että direktiivi 2004/18 on kumottu direktiivillä 2014/24.

33. Ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastaamiseksi on määritettävä, voiko sanamuodon mukaisen, systemaattisen ja teleologisen tulkinnan mukaan vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsite kattaa toimen, jolla tarjoaja laatii nollan euron suuruisen tarjouksen. On myös tutkittava, voidaanko unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä saada selvennystä asian käsittelyyn ja täsmennetäänkö siinä tällaisen sopimuksen olennaisia ominaispiirteitä.

1. Direktiivin 2014/24 säännöksissä tarkoitettu vastiketta vastaan tehty sopimus

34. Direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdan sanamuodon perusteella ei saada riittävää selvyyttä vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsitteen tulkintaan. Sen sanamuoto tuo pikemminkin esille ilmaisun ”vastiketta vastaan” useat mahdolliset tulkinnat ja merkitykset.

35. Joissakin kieliversioissa viitataan vastikkeellisuuden edellytykseen.[10] Taustalla on yksinkertaisesti perustelu, jonka mukaan jotain on annettava vastineeksi. Jotkin toiset kieliversiot ovat rajoittavampia: tämä jokin, joka hankintaviranomaisen on annettava vastineeksi, näyttää olevan erityisesti rahamääräistä[11] ja on siis maksettava rahana. Joissakin kieliversioissa on taas päädytty välimuotoon.[12]

36. Direktiivin 2014/24 sanamuodolle ei ehkä pitäisi tässä antaa liian suurta merkitystä, koska joissakin tämän direktiivin kieliversioissa vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsite on jopa käännetty eri ilmaisulla sen mukaan, sisältyykö se kyseisen direktiivin 4 ja 70 perustelukappaleeseen vai 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohtaan.

37. Valitettavasti myöskään *järjestelmän sisäisistä perusteluista* (direktiivin 2014/24 osalta) ei ole suurta apua. Tämän direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa unionin lainsäätäjä täsmentää, että ”hankintaa on hankintasopimuksen avulla tapahtuva – – palvelujen *hankinta*, jonka yksi tai useampi hankintaviranomainen tekee valitsemiltaan talouden toimijoilta, riippumatta siitä, onko kyseiset – – palvelut tarkoitettu julkiseen käyttöön”.[13]

38. Tämä säännös on luettava direktiivin 2014/24 johdanto-osan neljännen perustelukappaleen valossa, jossa unionin lainsäätäjä toteaa, että ”unionin hankintasäännöillä ei pyritä sääntelemään kaikkia julkisten varojen käytön muotoja vaan ainoastaan sellaista käyttöä, joka on tarkoitettu vastikkeelliseen – – palvelujen *hankkimiseen* hankintasopimuksella”.[14] Unionin lainsäätäjä toteaa vielä, että ”tällaisen – – palvelujen hankkimisen olisi kuuluttava tämän direktiivin soveltamisalaan riippumatta siitä, hankitaanko niitä osto-, leasing- vai muun muotoisilla sopimuksilla”. Tässä on olennaista tuoda esille, että unionin lainsäätäjän mukaan hankkimisen käsite on ”ymmärrettävä laajasti hyötyjen saamisena kyseisistä – – palveluista”.

39. Jos julkisia hankintoja koskevan oikeuden ensisijaisena *tarkoituksena* on säännellä viranomaisten suorittamaa tavaroiden ja palvelujen hankkimista, direktiivin 2014/24 systematiikan ja tavoitteen perusteella ei silloin voida todellisuudessa määrittää tämän direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetun vastikkeellisuuden edellytyksen ominaispiirteitä. Hankkimisen käsite on niin laaja, ettei sen avulla voida saada tietoa tämän hankkimisen yksityiskohdista, ja olennaista on se, että hankintaviranomaiset viime kädessä saavat tavarat tai palvelut. Tavarat ja palvelut voidaan hankkia laillisesti eri tavoin.

10 Mm. espanjankielisessä versiossa (”oneroso”), ranskankielisessä versiossa (”à titre onéreux”), italiankielisessä versiossa (”a titolo oneroso”), portugalinkielisessä versiossa (a título oneroso) ja romaniankielisessä versiossa (”cu titlu oneros”).

11 Muun muassa englanninkielisessä versiossa (”for pecuniary interest”) ja kroaatinkielisessä versiossa (”financijski interes”).

12 Kuten tšekin- ja slovakinkielisissä versioissa (joissa käsite ”úplatné smlouvy” tai ilmaisu ”odplatné zmluvy” merkitsevät ennen kaikkea maksua vastikkeena, mutta niiden voidaan myös tulkita käsittävän muita kuin rahamääräisiä vastikkeita) tai ruotsinkielisessä versiossa, jossa käytetään sopimuksen taloudelliseen arvoon viittaavaa ilmaisua ”kontrakt med ekonomiska villkor”.

13 Kursivointi tässä.

14 Kursivointi tässä.

40. Pelkän sanamuodon mukaisen ja systeemisen tulkinnan perusteella ei voida ymmärtää vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen merkitystä ja erityisesti vastikkeen avainkäsitettä, joka on itse sopimuksen käsitteen takana: minkä luonteinen hankintaviranomaisen vastikkeen on konkreettisesti oltava, jotta hankintasopimusta voidaan pitää pätevänä?

2. Vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsitteen oikeuskäytännön mukainen tulkinta

41. Unionin tuomioistuin katsoo, että hankintasopimuksen määritelmässä käytetyn vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsitteen tavanmukaisen oikeudellisen merkityksen mukaan tällä ilmaisulla tarkoitetaan sopimusta, jossa kukin sopijapuolista sitoutuu toteuttamaan suorituksen muuta suoritusta vastaan.[15] Hankintaviranomaisen suoritettavana oleva ”vastike” tai ”vastasuoritus” ja siten vastavuoroisuus ovat unionin tuomioistuimen mukaan ratkaisevia seikkoja arvioitaessa, onko kyseessä vastiketta vastaan tehty sopimus.[16]

42. Tämä oikeuskäytäntö noudattaa unionin tuomioistuimen muilla oikeudenaloilla, kuten arvonlisäverollisten liiketoimien alalla, puoltamaa linjaa. Unionin tuomioistuin totesi 18.1.2017 antamassaan tuomiossa SAWP,[17] että palvelujen suoritus on tehty direktiivissä 2006/112/EY[18] tarkoitetulla tavalla vastikkeellisesti vain silloin, kun palvelun suorittajan ja sen vastaanottajan välillä on oikeussuhde, johon liittyvät suoritukset ovat vastavuoroisia, ja palvelun suorittajan saama korvaus on todellinen vastasuoritus vastaanottajalle suoritetusta palvelusta.[19] Unionin tuomioistuin totesi, että ”näin on siinä tapauksessa, että suoritetun palvelun ja saadun vastasuorituksen välillä on välitön yhteys, jolloin maksetut rahamäärät muodostavat tosiasiallisen vastikkeen tällaisessa oikeussuhteessa suoritetusta yksilöitävissä olevasta palvelusta”.[20]

43. On kuitenkin katsottava, että oikeuskäytännössä vallitsee samanaikaisesti kaksi eri suuntausta, jotka koskevat vaaditun vastikkeen luonnetta, jotta vastikkeellisuuden edellytys täyttyisi. Nämä kaksi suuntausta heijastavat jossain määrin direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdan sanamuotoa koskevia eroja.[21]

44. Ensimmäisessä suuntauksessa annetaan etusija sopimuksen vastikkeellisuuden kriteerin suppealle tulkinnalle ja edellytetään, että hankintaviranomainen maksaa korvauksen tai hinnan rahassa.

45. Unionin tuomioistuin katsoi 13.7.2017 antamassaan tuomiossa Malpensa Logistica Europa,[22] että sopimusta, jolla Milanon Malpensan (Italia) lentoaseman pitäjä ei ollut hankkinut palvelua, jonka palveluntarjoaja olisi suorittanut korvausta vastaan, ei voitu luokitella direktiivin 2004/17 1 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitetuksi ”palveluja koskevaksi hankintasopimukseksi”, eikä siihen voitu soveltaa tällaista hankintasopimusta koskevia sääntöjä.[23] Kyseisessä tuomiossa

15 Ks. mm. tuomio 18.1.2007, Auroux ym. (C-220/05, EU:C:2007:31, 45 kohta) ja tuomio 18.10.2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, 28 kohta).

16 Ks. tältä osin tuomio 21.12.2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, 43 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen), joka koskee direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitetun julkisia hankintoja koskevan sopimuksen käsitteen tulkintaa.

17 C-37/16, EU:C:2017:22.

18 Yhteisestä arvonlisäverojärjestelmästä 28.11.2006 annettu neuvoston direktiivi (EUVL 2006, L 347, s. 1).

19 Ks. tuomio 18.1.2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, 25 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

20 Tuomio 18.1.2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, 26 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

21 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 35 kohta.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. Kyseinen tuomio koskee vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY (EUVL 2004, L 134, s. 1) 1 artiklan 1 kohdan a alakohdan tulkintaa. Tämän artiklan mukaan ”tavaroita, rakennusurakoita ja palveluja koskevilla hankintasopimuksilla” tarkoitetaan ”rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia”.

23 Ks. kyseisen tuomion 29 kohta.

unionin tuomioistuin viittasi nimenomaisesti komission puoltamaan lähestymistapaan, jonka mukaan palveluja koskevasta hankintasopimuksesta syntyvän sopimussuhteen vastikkeellisuus merkitsee selvästi sitä, että tämän hankintasopimuksen täytyy sisältää hankintaviranomaisen suoraan maksama korvaus, jotta palvelu ”hankitaan” suoraan palveluntarjoajalta.

46. Toinen oikeuskäytännön suuntaus puoltaa sitä vastoin vastikkeellisuuden edellytyksen laajempaa tulkintaa ”vastikkeen”[24] tai ”vastasuorituksen”[25] merkityksessä. Tämä on vallitseva suuntaus, johon myös komissio yhtyy julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta 30.4.2004 esittämässään vihreässä kirjassa.[26]

47. Tämän oikeuskäytännön suuntauksen mukaan vastikkeellisuuden käsite ei välttämättä edellytä sitä, että hankintaviranomainen maksaa jonkin rahasumman. Unionin tuomioistuimen mukaan sopimukset, joissa suoritus korvataan vastikkeen muilla muodoilla, kuten sovitun palvelun suorittamisesta aiheutuvien kulujen korvauksena tai maksuista vapauttamisena, voivat olla vastiketta vastaan tehtyjä ja niitä voidaan pitää hankintasopimuksina. Näin on myös silloin, kun maksetuilla vastikkeilla ei voida kompensoida tarjoajalle aiheutuneita kustannuksia.[27]

48. Tässä suhteessa seuraavat kaksi tuomiota ovat erityisen havainnollisia.

49. Tuomiossa Ordine degli Architetti ym.,[28] joka annettiin 12.7.2001, katsottiin, että direktiivissä 93/37/ETY[29] tarkoitetun julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen käsitteen määritelmän eri osatekijöitä on arvioitava siten, että voidaan varmistaa tämän direktiivin tehokas vaikutus ja erityisesti edistää toimivaa kilpailua hankintailmoitusten julkisuudella.[30] Kyseisen tuomion mukaan sopimusta voidaan pitää vastikkeellisena ja ”julkista rakennusurakkaa koskevana sopimuksena” tilanteessa, jossa rakennusluvan saanut talouden toimija toteuttaa urakan hyödyntäen *vapautusta yhdyskuntateknisestä maksusta*, josta säädetään kansallisessa lainsäädännössä. Kyseisen tuomion mukaan sopimuksen vastikkeellisuutta koskevan edellytyksen oli katsottava täyttyneen, koska kyseisen urakan toteuttaessaan talouden toimija suoritti samansuuruisen kunnalle syntyneen saatavan.[31]

50. Unionin tuomioistuin katsoi 18.10.2018 antamassaan tuomiossa IBA Molecular Italy[32] niin ikään, että ”sopimus, jossa määrätään suoritteiden vaihdannasta, kuuluu – – julkisia hankintoja koskevan sopimuksen käsitteen alaan myös silloin, kun sopimuksesta maksettava vastike rajoittuu ainoastaan *sopimuksen kohteena olevasta palvelusta aiheutuvien kustannusten osittaiseen korvaamiseen*”.[33] Kyseisessä tuomiossa unionin tuomioistuin korosti, että sopimus, jolla talouden toimija sitoutuu valmistamaan ja toimittamaan tuotetta eri viranomaisille tämän tavoitteen toteuttamiseen kokonaan

24 Ks. tältä osin tuomio 25.3.2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, 47–52 kohta) ja tuomio 21.12.2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, 43 kohta).

25 Tuomio 12.7.2001, Ordine degli Architetti ym. (C-399/98, EU:C:2001:401, 77–86 kohta).

26 KOM(2004) 327 lopullinen. Tämän vihreän kirjan 10 kohdassa komissio toteaa, että ”kyseisen sopimuksen rahallinen luonne ei – – välttämättä edellytä julkiselta kumppanilta maksun suorittamista, vaan kysymykseen voi tulla muodoltaan hyvin monenlainen yksityisen kumppanin saama vastasuorite”.

27 Ks. unionin tuomioistuimen 25.3.2010 antamassaan tuomiossa Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168) esittämät perustelut, joiden mukaan maa-alueen kauppaa koskeva sopimus voi olla julkista rakennusurakkaa koskeva sopimus, vaikka kyseisen maa-alueen luovutusta lukuun ottamatta hankintaviranomainen ei suorita sopimuskumppanille minkäänlaista vastiketta.

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1993, L 199, s. 54).

30 Kyseisen tuomion 52 kohta.

31 On huomattava, että yhteisöjen tuomioistuin ei noudattanut julkisasiamies Léger’n ratkaisuehdotuksessaan Ordine degli Architetti ym. puoltamaa lähestymistapaa (C-399/98, EU:C:2000:671), jonka mukaan vastikkeellisuuden kriteeri ei ollut täyttynyt.

32 C-606/17, EU:C:2018:843.

33 Kyseisen tuomion 29 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen. Kursivointi tässä. Ks. myös tuomio 19.12.2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ym. (C-159/11, EU:C:2012:817, 29 kohta); tuomio 13.6.2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, 31 kohta) ja tuomio 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” ym. (C-113/13, EU:C:2014:2440, 37 kohta).

sidottua rahoitusta vastaan, kuuluu direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a alakohdan käsitteen ”vastiketta vastaan” tehty sopimus alaan, ”*vaikka* mainittu tuki tai toimituskulut, jotka voivat tulla laskutetuiksi näiltä viranomaisilta, *eivät korvaisikaan kokonaan kyseisen tuotteen valmistus- ja jakelukustannuksia*”. [34]

51. On huomattava, että julkisasiamies Campos Sánchez-Bordona kannatti tätä samaa lähestymistapaa ratkaisuehdotuksessaan Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung. [35] Kyseinen asia koskee muun muassa siitä, onko hankintaviranomaisten välillä kirjallisesti sovittu ohjelmiston käyttöönantaminen direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetulla tavalla vastikkeellinen, jos ohjelmiston luovutuksensaajana olevan yksikön ei tarvitse maksaa hintaa eikä korvata ohjelmiston kustannuksia mutta sen on lähtökohtaisesti annettava toisen sopimuspuolen käyttöön maksutta ohjelmiston jatkokehitystyön tulokset ja myöhemmät muutokset.

52. Julkisasiamies katsoi kyseisessä ratkaisuehdotuksessa, että vastikkeellisuuden edellytys täyttyy. Hän totesi, että vastikkeella eli ohjelmiston myöhemmillä muutoksilla ja jatkokehitystyön tuloksilla on taloudellinen arvo. Hän katsoi, että tämä vastike on sitoumus, jonka täyttämistä voidaan vaatia, koska se on välttämätön sen julkisen palvelun tarjoamiseksi, joka kyseisten yksikköjen on suoritettava. [36]

3. Vastikkeen laaja käsite ja sen rajat

53. Suuntaus, joka on nähdäkseni oikeuskäytännössä vallitseva (ja johon yhdyn täysin), voidaan esittää tiivistäen seuraavasti.

54. Ensinnäkin vastikkeellisuuden edellytykseen läheisesti liittyvä hankintaviranomaisen suorittama vastike voidaan suorittaa muissa muodoissa kuin rahassa maksettavana hintana. Ei siis välttämättä ole tarpeen siirtää rahasummaa. Myös muut maksutavat, mukaan lukien muut kuin rahamääräiset suoritukset, ovat ajateltavissa.

55. Toiseksi vastikkeella on oltava jokin taloudellinen arvo, mutta sen ei kuitenkaan tarvitse vastata tarkasti toimitettujen tavaroiden tai suoritettujen palvelujen arvoa. Hankintaviranomainen ja tarjoaja voivat siis sopia mahdollisuudesta suorittaa maksu eri muodoissa, kunhan näillä muodoilla on selvä taloudellinen arvo.

56. Kolmanneksi hankintaviranomaisen suoritettavana olevan vastikkeen luonteen ja sisällön täytyy ilmetä sopimuksesta siihen perustuvana välittömänä ja täytäntöönpanokelpoisena oikeudellisena velvoitteena. Ymmärrän juuri tässä yhteydessä unionin tuomioistuimen ja julkisasiamies Mengozzin esittämän viittauksen hankintasopimuksen *vastavuoroisuuteen*, joka ilmenee molempia sopimuspuolia *oikeudellisesti sitovien velvoitteiden syntymisenä*. [37]

57. Sen määrittämiseksi, sisältyykö sopimukseen vastike (ja seuraavaksi, täyttyykö direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu vastikkeellisuuden edellytys), katson, että tarkastelun kannalta keskeistä ei ole sopimukseen kirjattu tarkka rahasumma. Pikemminkin on selvitettävä, ovatko sopimuspuolet tämän sopimuksen perusteella sidottuja sellaisten vastavuoroisten oikeudellisten velvoitteiden suhteeseen, joiden täytäntöönpanoa kumpikin sopimuspuoli voi vaatia toiselta ja joiden perusteella hankintaviranomainen antaa vähintään selvän ja täsmällisen taloudellisen vastikkeen.

34 Kyseisen tuomion 31 kohta. Kursivointi tässä.

35 C-796/18, EU:C:2020:47.

36 Ks. tältä osin kyseisen ratkaisuehdotuksen 52–63 kohdassa esitetyt perustelut.

37 Ks. tuomio 21.12.2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, 43 kohta), jossa puolestaan noudatetaan julkisasiamies Mengozzin ratkaisuehdotusta Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, 36 kohta). Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 16.

58. Tällaisessa lähestymistavassa vaaditun ”vastikkeen” täsmällisestä luonteesta käytävä keskustelu saatetaan varta vasten koskemaan laajempaa kysymystä siitä, miten kummankin sopimuspuolen vastavuoroisen velvoitteen täsmällinen sisältö on määriteltävä. Vaikka on mahdollista, että vastikkeen käsite vaihtelee hyvin paljon Euroopan eri maissa,[38] laaja yksimielisyys näyttää vallitsevan siitä, että sopimuksen syntyminen edellyttää, että sopimuspuolet pääsevät riittävän tarkasti yhteisymmärrykseen sopimuksen ehdoista, mikä edellyttää keskinäisten oikeuksien ja velvoitteiden selkeyttä, jotta sopimus voidaan panna täytäntöön.[39] Tietyltä kannalta tämä keskustelu johtaa alkuperää koskevaan roomalaiseen oikeuteen ja siviilioikeusjärjestelmissä edelleen voimassa olevaan peruserotteluun vastavuoroisten (esimerkiksi sopimukset) ja yksipuolisten oikeustoimien (esimerkiksi lahjat ja lahjoitukset) välillä.

59. Vastiketta vastaan tehty sopimus on siis ennen kaikkea vastavuoroinen sopimus, joka merkitsee sitä, että sopimuspuolet sitoutuvat toisiinsa nähden täsmällisiin ja vastavuoroisiin suorituksiin. Näiden suoritusten luonne on määritettävä jo sopimuksen syntyessä. Kyseisten suoritusten on oltava tämän sopimuksen perusteella täytäntöönpanokelpoisia. Vastike, jonka suorittamista voidaan vaatia, on sen sijaan joustavampi. Sen ei tarvitse välttämättä muodostua rahamääräisestä korvauksesta. Merkitystä on sillä, että tämä vastike on allekirjoitetun sopimuksen perusteella selvä, täsmällinen ja täytäntöönpanokelpoinen.

4. Soveltaminen käsiteltävässä asiassa

60. Toisin kuin edellä tässä ratkaisuehdotuksessa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitetuissa asioissa, on heti alkuun huomattava, että käsiteltävässä asiassa hankintaviranomaisen ja tarjoajan välillä ei ole tehty sopimusta, sillä asia on saatettu kansallisen tuomioistuimen käsiteltäväksi siinä vaiheessa, jossa kyseisen tarjoajan tarjous on hylätty. Tässä menettelyn vaiheessa ei siis ole sopimusmääräyksiä, jotka mahdollisesti osoittaisivat, että hankintaviranomaisen on suoritettava vastike muodossa tai toisessa.

61. Unionin tuomioistuimen on siis vastattava kysymykseen siitä, voiko tilanteessa, jossa tarjoajan tarjous merkitsee sitä, ettei hankintaviranomainen maksa palvelusta minkäänlaista välitöntä korvausta, etu, jonka tarjoaja voi olettaa saavansa itse hankintasopimuksen tekemisestä, merkitä ”vastiketta”, jonka perusteella voidaan tehdä direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu vastiketta vastaan tehtävä sopimus.

62. Kun otetaan huomioon käsiteltävän asian tosiseikat, sellaisina kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on ne esittänyt, en ymmärrä, mistä tällainen vastike voisi muodostua, edes käsitettäessä tämä käsite hyvin laajasti, kuten edellisessä osassa. Käsiteltävän asian yhteydessä voitaisiin ottaa huomioon kolme mahdollista etua: aluksi asian kannalta merkityksellisen kokemuksen hankkiminen, sitten referenssikohteiden saaminen tulevia hankintasopimuksia varten ja lopuksi maineen saavuttaminen saman hankintaviranomaisen muista osista esittämiä tulevia tarjouspyyntöjä varten.

38 Osoituksena sopimuksiin sovellettavien oikeusjärjestysten merkittävistä eroista ks. mm. Kötz, H., ”Comparative Contract Law” teoksessa Reimann, M. ja Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. painos, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 902–932, erityisesti s. 910–912, tai Chloros, A. G., ”The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis”, *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, Lontoo, 1968, osa 17, nro 1, s. 137–166.

39 Ks. mm. ”Principles of European Contract Law” (Euroopan sopimusoikeuden periaatteet), 2:101 artikla (Conditions for the Conclusion of a Contract) ja 2:103 artikla (Sufficient Agreement) (ks. Lando, O., ja Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Haag, 2000); tai *Draft Common Frame of Reference* (yhteistä viitekehystä koskeva luonnos), II.–I:101(I) artikla (sopimuksen määritelmä) ja III.–I:102(4) artikla (velvoitteiden vastavuoroisuus) (ks. von Bar, C. ym., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition*, Sellier European Law Publishers, München, 2009). Ks. vastaavasti myös *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, kokoelmassa ”Droit comparé et européen”, Pariisi, 2008, osa 6, s. 25, Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française ja Société de législation comparée.

63. Ensinnäkin asian kannalta merkityksellisen kokemuksen hankkiminen on varmasti tärkeää uusille toimijoille tai kasvuhaluisille pienille ja keskisuurille yrityksille. Kyse ei kuitenkaan ole selvästi vastikkeesta, jonka hankintaviranomainen suorittaa vastineeksi. Se on pelkkä hankintasopimuksen tekemiseen perustuva oikeustosiseikka.

64. Toiseksi on myös kiistatonta, että referenssikohteiden saaminen voi merkitä etua. Näillä referenssikohteilla voi olla strateginen merkitys tulevien hankintasopimusten tekemisessä. On kuitenkin todettava, että referenssikohteiden saaminen ei riitä osoittamaan suunnitellun sopimuksen vastavuoroisuutta. Se ei nimittäin ole hankintaviranomaiselle asetettu velvoite eikä siis merkitse vastiketta, jonka suorittamista tältä voitaisiin vaatia. Tämä etu on edellytys, jonka toteuttaminen on sattumanvaraista ja epävarmaa, sillä referenssikohteet, joihin yritys voi vedota tulevaisuudessa, riippuvat todellisuudessa hankintasopimuksen asianmukaiseen toteuttamiseen liittyvistä tosiseikoista. Referenssikohteista, joihin tarjoaja voi vedota, ei siis ole minkäänlaisia takeita. Kyse on pelkästä sopimukseen liittyvästä spekulaatiosta.

65. Kolmanneksi ennakkoratkaisupyynnössä todetaan, että käsiteltävässä asiassa hankintasopimus muodostui kahdesta osasta.[40] Tässä kyseessä oleva tarjouspyyntö koski vain ensimmäistä osaa. Ensimmäisen ja toisen osan mahdollisesta yhteydestä ei ole esitetty lisätietoa. Tuskin kuitenkaan olisi ajateltavissa, että tällaisella tilanteella olisi merkitystä siten, että vastike määriteltäisiin hankintaviranomaisen molempia osia koskevana oikeudellisena velvoitteena suhteessa tarjoajaan. Ei varmasti ole toivottavaa hyväksyä tai edistää sellaista nimenomaista tai implisiittistä politiikkaa, jossa yritys jättäisi selvästi kustannuksia alhaisemman tarjouksen, nollan euron suuruinen tarjous mukaan lukien, hankintasopimuksen yhden osan yhteydessä ja samalla toivoisi myöhemmin perivänsä nämä kustannukset takaisin hankintasopimuksen toista osaa koskevaa sopimusta tehtäessä.

66. Yhteenvetona on todettava, että yksikään kolmesta tilanteesta, jotka vastaavat mahdollisia ”etuja”, joihin voitaisiin vedota tiettyjä palveluja ilmaiseksi tarjoavan tarjoajan saamana vastikkeena, ei kuulu direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetun vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsitteeseen. Yhdessäkään näistä tilanteista ei ole vastiketta, jonka suorittamista voitaisiin laillisesti vaatia sopimuksen perusteella hankintaviranomaiselta. Näiden etujen yhteisenä nimittäjänä on se, että ne ovat kaikki vedonlyöntiä tulevaisuudesta.

67. Johtopäätöksenä voitaisiin lisätä, että tämän viimeksi mainitun tosiseikan perusteella käsiteltävä asia voidaan erottaa selvästi vastiketta ja vastikkeellisuutta koskevasta vielä joustavammasta lähestymistavasta, jonka esimerkiksi julkisasiamies Campos Sánchez-Bordona omaksui ratkaisuehdotuksessaan Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung.[41] Erityisesti ohjelmistojen kehittämisen kaltaisella pikemminkin dynaamisella alalla useita vastikkeita on mahdollista pitää varsin epätyypillisinä. Ensimmäinen ohjelmisto voidaan toimittaa ilmaiseksi, toisin kuin sen jatkokehitystyön tulokset. Hankintaviranomainen voi suorittaa maksun luontoissuorituksena siirtämällä vastineeksi omia tietojaan, jotta ohjelmoija voi käyttää niitä myöhemmissä sovelluksissa. Hankintaviranomainen voi luvata antaa säännöllisin väliajoin palautetta, jolloin ohjelmiston kehittäjä voi parantaa tuotettaan ja lisätä sen myyntiä jne. Kaikki nämä tilanteet voisivat johtaa vastiketta vastaan tehtävien sopimusten tekemiseen, koska nämä velvoitteet ilmenevät selvästi hankintaviranomaisen kanssa tehdystä sopimuksesta ja näissä velvoitteissa määritellään oikeudellisesti täytäntöönpanokelpoinen vastike, vaikka kutakin konkreettista vastiketta ei aina olekaan helppoa hinnoitella.

40 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 11 kohta.

41 C-796/18, EU:C:2020:47. Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 51 ja 52 kohta.

68. Sen sijaan käsiteltävässä asiassa mikään erillinen hankintaviranomaisen suoritettavana oleva vastike ei perustu suunnitellusta sopimuksesta ilmenevään selvään ja täytäntöönpanokelpoiseen velvoitteeseen. Ensimmäinen ”etu” on pelkästään automaattinen oikeustosiseikka. Toinen on puhtaasti spekulatiivinen ja epävarma. Kolmas taas, jos se olisi edes ajateltavissa, olisi erittäin ongelmallinen. Ilman hankintaviranomaisen suoritettavana olevaa vastiketta tulevaa sopimusta ei näin ollen voida pitää direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettuna vastiketta vastaan tehtynä sopimuksena.

C Onko nollan euron suuruinen tarjous poikkeuksellisen alhainen tarjous?

69. Toiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastaaminen edellyttää puolestaan, että määritetään oikeusperusta, jonka nojalla käsiteltävänä olevan kaltainen nollan euron suuruinen tarjous voidaan hylätä.

70. Vaikka ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin keskittyy kysymyksessään direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdan säännöksiin, on kuitenkin syytä muistaa, että sen toimittamien tietojen mukaan sisäministeriö tutki kyseessä olevan tarjouksen tämän direktiivin 69 artiklan ”poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia” koskevien säännösten kannalta. Se ei kuitenkaan hylännyt kantajan tarjousta sen vuoksi, että se oli poikkeuksellisen alhainen tai että sen perusteella ei voitu täyttää hankintailmoituksessa mainittuja vaatimuksia ja velvoitteita, vaan sen vuoksi, että se oli nollan euron suuruinen.

71. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämä toinen kysymys koskee menettelyä: jos hankintaviranomainen vastaanottaa tarjouksen, jonka kohdassa ”hinta” ilmoitetaan nolla euroa, i) onko hankintaviranomaisen automaattisesti jätettävä tarjous menettelyn ulkopuolelle suoraan direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdan perusteella, koska yksikään tämänkaltainen tarjous ei voi koskaan johtaa pätevän hankintasopimuksen tekemiseen; vai ii) onko tällainen tarjous tutkittava myös direktiivin 2014/24 69 artiklassa tarkoitetun poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia koskevan menettelyn mukaisesti?

72. Kun otetaan huomioon ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen ehdotettu vastaus (vastike, jonka suorittamista voidaan vaatia hankintasopimuksen yhteydessä, ei välttämättä edellytä rahasumman välitöntä siirtämistä, vaan se voi olla luontoissuorituksena maksettava vastike, jos sillä on ainakin jokin taloudellinen arvo), toiseen kysymykseen on loogisesti vastattava ii kohdassa ehdotetulla tavalla: tarjousta, jossa ilmoitetaan nollan euron nimellinen hinta, on käsiteltävä myös poikkeuksellisen alhaisena tarjouksena.

73. Direktiivin 2014/24 69 artiklan mukainen menettely koskee tarjous- ja neuvotteluvaiheita. Kyseisessä artiklassa unionin lainsäätäjä nimittäin edellyttää, että hankintaviranomainen antaa tarjoajalle mahdollisuuden antaa selvitys tarjouksensa summasta ja perustella tarjouksen varteenotettavuutta. Tämän jälkeen siinä edellytetään, että hankintaviranomainen ottaa huomioon paitsi esitetyt oikeuttamisperusteet, erityisesti ne, joissa viitataan palvelun suorittamisen taloudellisiin näkökohtiin, valittuihin teknisiin ratkaisuihin tai tarjoajan käytettävissä oleviin poikkeuksellisen edullisiin ehtoihin palvelun suorittamiseksi,[42] myös kaikki muut kyseisen palvelun suorittamisen kannalta merkitykselliset seikat ja sen toteuttamiseen liittyvät velvoitteet.[43]

74. Jollei hankinnan luonteesta tai itse tarjouksesta ilmene yksiselitteisesti, ettei mikään muu vastike ole mahdollinen ja että tarjoajan on siten tarpeetonta antaa esittää selvityksiä tarjouksestaan, ei voida pitää poissuljettuna, että tuleva sopimus voi viime kädessä olla direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu vastiketta vastaan tehty sopimus.

42 Nämä oikeuttamisperusteet on esitetty direktiivin 2014/24 69 artiklassa 2 kohdassa.

43 Ks. tuomio 16.5.2019, Transtec v. komissio (T-228/18, EU:T:2019:336, 69 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

75. Tämä kaikki tuo mieleen Schrödingerin kissan paradoksin. Niin kauan kuin laatikkoa ei ole avattu ja sen sisältöä tutkittu, ei voida pitää poissuljettuna, että sisällä oleva kissa on elossa. Vastaavasti niin kauan kuin hankintaviranomainen ei tarjoa direktiivin 2014/24 69 artiklan perusteella tarjoajalle mahdollisuutta selvittää tarjoukseensa vaikuttavien kustannusten logiikkaa ja rakennetta, ei voida pitää poissuljettuna, että kyseinen tarjous voi johtaa hankintasopimuksen tekemiseen, sanotun kuitenkaan rajoittamatta hankintaviranomaisen mahdollisuutta lopulta hylätä tarjous. Tällainen hylkääminen ei kuitenkaan voi perustua yksinkertaisesti vain siihen, että nollan euron nimellinen tarjous ei täytä tämän direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa säädettyä vastikkeellisuuden edellytystä.

76. On myös todettava, että direktiivissä 2014/24 ei määritellä poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen käsitettä eikä liioin täsmennetä numeroina sen kattamaa summaa.[44] Unionin lainsäätäjän käyttämä ilmaisu on yleisluonteinen, ja unionin tuomioistuin käyttää myös ilmaisua ”tarjouksessa ehdotetun hinnan alhaisuus”.[45]

77. Oikeuskäytännöstä ilmenee kuitenkin, että unionin tuomioistuin vastustaa matemaattisen poissulkemisperusteen käyttöönottamista. Unionin tuomioistuin pyrkii edistämään toimivaa kilpailua hankintasääntöjen tavoitteiden mukaisesti. Tuomiossa Costanzo,[46] joka annettiin 22.6.1989, katsottiin, että matemaattinen poissulkemisperuste vie poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen esittäneiltä tarjouksen tekijöiltä mahdollisuuden todistaa tarjoustensa asianmukaisuus ja on siten vastoin direktiivin 71/305/ETY[47] tavoitetta, jona oli edistää toimivan kilpailun kehittymistä julkisten hankintojen alalla.

78. Nämä seikat huomioon ottaen on siis selvää, ettei mikään ole esteenä sille, että poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen käsite voi sisältää nollan euron suuruisen tarjouksen. Nollan euron määrä vaikuttaa toki eräänlaiselta psykologiselta esteeltä. Taloudelliselta kannalta mikään ei kuitenkaan oikeuta erottamaan sitä 10 euron tai 100 euron suuruisesta tarjouksesta edellyttäen, että kaikki nämä tarjoukset alittavat markkinakustannukset.

79. Nollan euron suuruisten tarjousten tutkimisesta kieltäytymiselle voitaisiin epäilemättä esittää useita lisäperusteluja. Tällaisten tarjousten salliminen voisi nimittäin olla vastoin *avoimuuden* tavoitetta julkisten varojen ja korruption torjunnan alalla: todelliset kustannukset ja myöhemmät maksut vain siirrettäisiin ja kätkettäisiin muihin rinnakkaisiin liiketoimiin. Vaikka tällaisesta menettelystä vaikuttaisi ensi arviolta olevan hyötyä *julkiselle taloudelle*, nollan euron nimelliseen hintaan tehty hankintasopimus voisi viime kädessä osoittautua hankintaviranomaiselle pikemminkin kalliiksi ja vaikeaksi toteuttaa, ja näin ollen se voisi lisätä kustannuksia sen sijaan, että alun perin yksinkertaisesti vain maksettaisiin asianmukainen hinta. Lisäksi hankintaviranomaisen tukema saalistushinnoittelu voisi aiheuttaa huolta *kilpailuoikeuden* kannalta.

80. Näiden huolenaiheiden oikeutuksesta riippumatta samoja perusteluja voitaisiin joka tapauksessa käyttää tukemaan vastakkaista kantaa, jonka mukaan tällaiset tarjoukset on tutkittava.[48] Ennen kaikkea näitä kaikkia perusteluita voitaisiin kuitenkin käyttää poikkeuksellisen alhaisten tarjousten kaikkea tutkimista vastaan. Samat perustelut, jotka on esitetty tämän ratkaisuehdotuksen edellisessä kohdassa, soveltuisivat erotuksetta kaikkiin poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin: tämä koskisi esimerkiksi

44 Unionin tuomioistuin totesi 18.12.2014 antamassaan tuomiossa Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), että jäsenvaltioiden ja erityisesti hankintaviranomaisten on määritettävä ”poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen” poikkeuksellisuuden kynnyksen laskutapa (49 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

45 Ks. tältä osin tuomio 18.12.2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, 46 kohta).

46 103/88, EU:C:1989:256, 18 kohta.

47 Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26.7.1971 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1971, L 185, s. 5).

48 Muun muassa kilpailun osalta voitaisiin esittää, että nämä säännöt todellisuudessa suosivat kilpailua: on todennäköistä, että pienillä ja keskisuurilla yrityksillä ja startup-yrityksillä on pienemmät kiinteät kulut ja että ne voivat sisällyttää tiettyyn sopimukseen nollamarginaaleja. Tällaisessa tilanteessa nollan euron suuruiset tarjoukset voivat osoittautua kilpailua edistäviksi, koska niiden perusteella nämä pienet yritykset voivat päästä markkinoille.

150 000 euron suuruiseksi arvioidusta hankinnasta jätettyä 1 000 euron, 101 euron tai 1 euron symbolista tarjousta. Vaikka kaikki nämä tarjoukset alittaisivat selvästi todelliset kustannukset, hankintaviranomainen ei voisi automaattisesti hylätä niitä. Sen on tutkittava ne direktiivin 2014/24 69 artiklassa tässä tarkoituksessa nimenomaisesti säädetyn menettelyn mukaisesti.

81. Jos unionin lainsäätäjä on tehnyt julkisia hankintoja koskevan oikeuden osalta tällaisen lainsäädännöllisen ratkaisun kaikkia poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin liittyviä etuja ja haittoja punnittuaan, mielestäni ei voida loogisesti perustella nollan euron suuruisten tarjousten jättämistä tällaisen järjestelmän ulkopuolelle. Näitä tarjouksia on kohdeltava samalla tavoin. Jos unionin tuomioistuin hyväksyy ensimmäistä kysymystä koskevan ehdotukseni (direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu vastiketta vastaan tehty sopimus ei välttämättä edellytä rahasumman maksamista, vaan se voi käsittää hankintaviranomaisen luontoissuorituksena maksettavana olevan vastikkeen), sopimustarjouksessa mainitulla nimellisellä summalla ei ole ratkaisevaa merkitystä.

82. Katson näin ollen, että hankintaviranomaisen on tutkittava nollan euron suuruinen tarjous direktiivin 2014/24 69 artiklassa asetettujen edellytysten kannalta, jotta se tarvittaessa voi hylätä tarjouksen muun muassa sillä perusteella, että se ei voi johtaa tämän direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetun vastiketta vastaan tehtävän sopimuksen tekemiseen, koska hankintaviranomainen ei suorittaisi tarjouspyyntömenettelyn yhteydessä minkäänlaista taloudellista vastiketta.

V Ratkaisuehdotus

83. Ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročilin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU, sellaisena kuin se on muutettuna 18.12.2017 annetulla komission delegoidulla asetuksella (EU) 2017/2365, 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettua vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsitettä on tulkittava siten, että sen perusteella toimea, jolla tarjoaja tarjoutuu suorittamaan hankintaviranomaiselle palvelun nollan euron hintaan, ei voida pitää palveluhankintasopimuksena, jos sopimuspuolet eivät ole sopineet hankintaviranomaisen suoritettavana olevasta vastikkeesta, jolla on taloudellista arvoa.

2) Nollan euron suuruinen tarjous on tutkittava direktiivin 2014/24, sellaisena kuin se on muutettuna delegoidulla asetuksella 2017/2365, 69 artiklan poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia koskevien säännösten mukaisesti, tarvittaessa sen jälkeen, kun tarjoajalta on saatu lisäselvitys hankintaviranomaisen suoritettavana olevan vastikkeen, jolla on taloudellista arvoa, täsmällisestä luonteesta. Tällainen tarjous on hylättävä tilanteessa, jossa se ei voi johtaa erityisesti tarjouspyyntömenettelyssä tämän direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetun vastiketta vastaan tehtävän sopimuksen tekemiseen.