JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
8 päivänä marraskuuta 2006 [1]

I Johdanto

1. Komissio on nostanut kanteen EY 226 artiklan nojalla ja vaatinut yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan, ettei Italia ole noudattanut EY 43 ja EY 49 artiklan sekä julkisia palveluhankintoja (92/50/ETY, 18.6.1992), [2] tavaranhankintoja (93/36/ETY, 14.6.1993), [3] rakennusurakoita (93/37/ETY, samoin 14.6.1993) [4] sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja (93/38/ETY, niin ikään 14.6.1993) [5] koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettujen neuvoston direktiivien mukaisia velvoitteitaan.

2. Komissio väittää, että jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättäminen perustuu 11.2.1994 annetun Legge quadro in materia di lavori pubblicin (puitelaki julkisista hankinnoista, jäljempänä laki nro 109/94) [6] §:n 1 ja 5 momenttiin, 17 §:n 12 momenttiin, 27 §:n 2 momenttiin, 28 §:n 4 momenttiin, 30 §:n 6 a momenttiin, 37 b §:ään ja 37 c §:n 1 momenttiin. Kanteessa esitetään seuraavat täsmälliset kanneperusteet: 1) sekamuotoisten sopimusten jättäminen lain nro 109/94 soveltamisalan ulkopuolelle, jos toissijaisten rakennusurakoiden osuus on yli 50 prosenttia hinnasta; 2) sopimusten myöntäminen suoraan rakennusluvan tai rakennussuunnitelman haltijalle, jos töiden arvo ei ylitä direktiivin 93/37 mukaista kynnysarvoa; 3) suunnittelu-, johtamis- ja tarkastustehtävien myöntäminen sopimuksissa, joiden arvo alittaa yhteisön kynnysarvot; 4) johtamis-

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

2 – EYVL L 209, s. 1; direktiiviä on muutettu 13.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY (EYVL L 328, s. 1) ja 13.9.2001 annetulla komission direktiivillä 2001/78/EY (EYVL L 285, s. 1); se on kumottu sen 41 artiklaa lukuun ottamatta 31.1.2006 alkaen julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114).

3 – EYVL L 199, s. 1; tätäkin direktiiviä on muutettu ja se on kumottu edellisessä alaviitteessä mainituilla direktiiveillä.

4 – EYVL L 199, s. 54; myös tätä direktiiviä on muutettu ja se on kumottu alaviitteessä 2 mainituilla direktiiveillä.

5 – EYVL L 199, s. 84; direktiiviä on muutettu 16.2.1998 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 98/4/EY (EYVL L 101, s. 1) ja direktiivillä 2001/78; se on kumottu vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/17/EY (EUVL L 134, s. 1).

6 – GURI nro 41, 19.2.1994; lakia on muutettu useaan otteeseen. 2

tehtävien antaminen hankkeen toteuttajalle silloin, kun hankintaviranomainen ja muut julkisyhteisöt eivät pysty hoitamaan niitä; 5) tarkastustehtäviä koskevien sopimusten myöntäminen kolmansille osapuolille ja 6) yksityisesti rahoitettavien rakennusurakoiden myöntämistä koskeva järjestelmä.

3. Kahta näihin kanneperusteisiin liittyvää yleisesti kiinnostavaa seikkaa on syytä tarkastella tarkemmin: perusteita, joiden mukaisesti sekamuotoisissa sopimuksissa on noudatettava julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä, sekä avoimuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamista sopimuksissa, joiden arvo jää direktiivissä säädettyä pienemmäksi.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön lainsäädäntö*

1. EY:n perustamissopimus

4. EY 43 artiklan ensimmäisessä kohdassa määrätään seuraavaa: ”Jäljempänä olevien määräysten mukaisesti kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle. Myös kielletään rajoitukset, jotka estävät jäsenvaltion alueelle sijoittautuneita jäsenvaltion kansalaisia perustamasta kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä.”

5. EY 49 artiklan ensimmäisessä kohdassa todetaan seuraavaa: ”Jäljempänä olevien määräysten mukaisesti kielletään rajoitukset, jotka koskevat muuhun yhteisön valtioon kuin palvelujen vastaanottajan valtioon sijoittautuneen jäsenvaltion kansalaisen vapautta tarjota palveluja yhteisössä.”

2. Julkisia hankintoja koskevat direktiivit

6. Direktiivit 92/50, 93/36, 93/37 ja 93/38 on annettu EY 43 ja EY 49 artiklalla vahvistettujen sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden juurruttamiseksi samanaikaisesti julkisten hankintojen alalle. Direktiivien säännöksistä on erityisesti mainittava säännökset, joissa määritellään direktiivien soveltamisala vahvistamalla erilaisia kynnysarvoja siten, että direktiivien ulkopuolelle jätetään arvoltaan kynnysarvon alittavat työt (direktiivin 92/50 7 artikla, direktiivin 93/36 5 artikla, direktiivin 93/37 6 artikla ja direktiivin 93/38 14 artikla).

7. Viittaan muihin yksittäisiin säännöksiin tarkastellessani kanneperusteita.

B *Italian lainsäädäntö*

8. Edellä mainitut direktiivit on saatettu osaksi Italian oikeusjärjestystä lailla nro 109/94, sellaisena kuin se on muutettuna 1.8.2002 annetun lain nro 166 [7] 7 §:llä.

1. Sekamuotoiset sopimukset

9. Lain nro 109/94 2 §:n 1 momentissa määritetään lain soveltamisala sisällyttämällä julkisten rakennusurakoiden käsitteeseen rakentaminen, purkaminen, restaurointi, rakenteiden uusiminen, kunnostus ja kunnossapito; lain soveltamisala ulotetaan rakennusurakoita, tavarahankintoja ja palveluhankintoja koskeviin sekamuotoisiin sopimuksiin sekä tavarahankinta- tai palveluhankintasopimuksiin, joihin kuuluvien toissijaisten rakennusurakoiden arvo on yli 50 prosenttia.

10. Samanlainen rajaus tehdään 17.3.1995 annetun asetuksen (decreto legislativo) nro 157 [8] 3 §:n 3 momentissa sekä rakennusurakoita ja palveluhankintoja koskevien sekamuotoisten sopimusten että toissijaisia rakennusurakoita sisältävien palveluhankintasopimusten osalta.

2. Yhdyskuntatekniset rakennusurakat

11. Lain nro 109/94 2 §:n 5 momentissa jätetään seuraavat työt lain soveltamisalan ulkopuolelle: a) yksityisten suoraan toteuttamat työt, joiden kustannukset voidaan vähentää rakennusluvista suoritettavista maksuista; b) työt, jotka johtuvat 17.8.1942 annetun lain nro 1150 [9] 28 §:n 5 momentin mukaisista velvoitteista ja c) edellä mainittuihin rinnastettavat työt. Jos sopimuksen arvo eriteltynä silloin, kun sopimus kattaa monia töitä, ylittää yhteisön kynnysarvot, sopimus on tehtävä direktiivin 93/37 mukaisesti.

12. Tältä osin lain nro 1150/42 1 ja 31 §:stä ja 28.1.1977 annetun lain nro 10 [10] 3 ja 11 §:stä

7 – Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti, GURI nro 181, 3.8.2002.

8 – Attuazione della directiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, GURI nro 104, 6.5.1995.

9 – Legge urbanistica, GURI nro 244, 16.10.1942.

10 – Norme per la edificabilità dei suoli, GURI nro 27, 29.1.1977.

voidaan päätellä, että luvanhaltija voi itse toteuttaa yhdyskuntatekniset rakennusurakat siten, että niiden kustannukset vähennetään suoritettavista maksuista joko kokonaan tai osittain.

3. Rakennusurakoiden suunnittelu, johtaminen ja tarkastus sopimuksissa, joiden arvo alittaa yhteisön kynnysarvot

13. Toimivaltaiset elimet voivat lain nro 109/94 17 §:n 12 momentin nojalla myöntää alle 100 000 euron arvoisten rakennusurakoiden suunnittelu- ja johtamispalveluja koskevia sopimuksia 1 momentin d, e, f ja g kohdassa tarkoitetuille oikeussubjekteille tarkastettuaan näiden työkokemuksen ja ammattipätevyyden, kunhan ne perustelevat valintansa.

14. Lain nro 109/94 30 §:n 6 a momentissa todetaan vielä, että rakennustöiden toteutuksen tarkastustehtäviä koskevia sopimuksia voidaan myöntää hankintaviranomaisten teknisille yksiköille tai saman momentin a kohdassa tarkoitetuille valvontaelimille sekä – yhteisön kynnysarvojen alittuessa – hallintoviranomaisen luottamusta nauttiville henkilöille.

4. Rakennusurakoiden johtaminen

15. Lain nro 109/94 27 §:n 2 momentissa säädetään, että kun hankintaviranomainen ei ota hoidettavakseen rakennusurakoiden johtamista 17 §:n 4 momentissa tarkoitetuissa tapauksissa, sen on annettava – tässä järjestyksessä – tehtävä 1) muille julkisyhteisöille, 2) hankkeen vastuuhenkilölle edellä mainitun 17 §:n 4 momentin mukaisesti tai 3) muille kansallisen lainsäädännön mukaisesti ennalta valituille henkilöille.

5. Tarkastustehtävät

16. Lain nro 109/94 28 §:n 4 momentin nojalla valvontatyöt annetaan yhdelle, kahdelle tai kolmelle erittäin pätevälle asiantuntijalle rakennusurakoiden tyypin, monimutkaisuuden ja arvon perusteella; nämä henkilöt valitaan hankintaviranomaisen henkilöstön keskuudesta, paitsi jos voidaan osoittaa ja todistaa, ettei tällaisia ammattihenkilöitä ole saatavilla.

17. Näitä suuntaviivoja on täydennettävä lain nro 109/94 soveltamiseksi 21.12.1999 annetun tasavallan presidentin asetuksen nro 554 [11] 188 §:llä. Sen 1, 3, 8, 9, 11, 12 ja

11 – Regolamento d'attuazione della Legge quadro in materia di Lavori Pubblici 11 Febbraio 1994 n° 109, e successive modificazioni, GURI nro 98, 28.4.2000.

13 momentista käy ilmi, että hankintaviranomaisen on 30 vuorokauden kuluessa töiden päättämisestä annettava toteutuksen tarkastus henkilöstönsä tehtäväksi rakennusurakan tyypin, luokan, monimutkaisuuden ja arvon sekä tiettyjen ennalta vahvistettujen perusteiden mukaan; jollei kenelläkään ole vaadittuja ominaisuuksia, sen on käytettävä ulkopuolisia asiantuntijoita, jotka mainitaan Ministero dei Lavori Pubblicin (julkisista hankinnoista vastaava ministeriö), alueiden tai autonomisten maakuntien luetteloissa, sekä valittava vaatimukset täyttävä henkilö edellyttäen, että tämä on suorittanut tutkinnon vähintään 10 vuotta sitten – kun kyse on rakenteellisista töistä tai vähintään 5 miljoonan euron arvoisista rakennusurakoista – tai vähintään 5 vuotta sitten – kun kyse on alle 1 miljoonan euron rakennusurakoista – tiettyjen ehtojen mukaisesti. Jollei tällaisia luetteloja ole, hankintaviranomainen voi harkintansa mukaan antaa tehtävät kenelle tahansa säädetyt vaatimukset täyttävälle henkilölle.

6. Yksityisesti rahoitettavat rakennusurakat

18. Lain nro 109/94 37 a, 37 b ja 37 c §:ssä käsitellään yksityisten kokonaan tai osittain rahoittamien julkisten rakennusurakoiden myöntämistä.

19. Lain 37 a §:n mukaan on mahdollista tehdä julkisia tai yleishyödyllisiä rakennusurakoita koskevia tarjouksia ja allekirjoittaa niistä rahoituksen ja hallinnoinnin kattavia sopimuksia, mutta hallintoviranomaisen on hyvissä ajoin etukäteen julkaistava niistä alustava hankintailmoitus.

20. Lain 37 b §:ssä säädetään rakennuttajan valintaa koskevista menettelyistä. Ensiksi tarjoukset arvioidaan siten, että otetaan huomioon rakentaminen, yhdyskuntasuunnittelu, ympäristö, hankkeen laatu, toimivuus, tarkoitus, saavutettavuus käyttäjien kannalta, tuotto, hallinnointi- ja ylläpitokulut, käyttöoikeussopimuksen kesto, rakennusurakoiden aikataulu, maksut, tarkistusmenetelmä ja suunnitelmien rahallinen arvo. Kun on varmistettu, ettei mikään seikka estä toteutusta, ja kun on kuultu urakkaa hakevaa rakennuttajaa, selvitetään, onko jokin tarjous yleisen edun mukainen; tässä tapauksessa noudatetaan 37 c §:n 1 momentin mukaisesti rajoitettua menettelyä, jotta saadaan vielä kaksi tarjousta. Käyttöoikeussopimus myönnetään neuvottelumenettelyssä, jossa keskustellaan rakennuttajan tarjouksesta ja kahdesta muusta tarjouksesta; tähän liittyy 37 b §:n lopussa mainittu erityissääntö, jonka mukaan sopimus myönnetään sille rakennuttajalle, joka menettelyn aikana mukauttaa tarjoustaan hankintaviranomaisen ehdotusten mukaisesti.

III Oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely

21. Saatuaan useita kanteluja lain nro 109/94 vaikutuksista ja tutkittuaan lain muutosesityksen komissio ilmoitti 12.4.2002 Italian viranomaisille, että tietyt lain säännökset olivat yhteisön oikeuden vastaisia.

22. Italia ilmaisi 17.6.2002 päivätyssä kirjeessä ja Roomassa 23.7.2002 pidetyssä kokouksessa aikomuksensa muuttaa lakia nro 109/94 asianomaisten seikkojen osalta.

23. Kun kyseistä lakia oli muutettu lailla nro 166/2002, komissio arvioi, että tietyt sen säännökset olivat ristiriidassa unionin oikeusjärjestyksen kanssa; komissio lähetti 19.12.2002 virallisen huomautuksen, mutta se ei pitänyt siihen saamaansa vastausta vakuuttavana, joten se antoi 15.10.2003 perustellun lausunnon ja nosti sitten yhteisöjen tuomioistuimessa EY 226 artiklan nojalla jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan kanteen.

IV Asian käsittelyn vaiheet yhteisöjen tuomioistuimessa

24. Kanteessa, joka saapui yhteisöjen tuomioistuimen kirjaamoon 24.9.2004, yhteisöjen tuomioistuinta vaaditaan toteamaan, että ”Italian tasavalta ei ole noudattanut direktiivien 93/37/ETY, 93/36/ETY, 92/50/ETY ja 93/38/ETY, EY 43 ja EY 49 artiklan eikä näiden välittömänä seurauksena olevien avoimuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukaisia velvoitteitaan, koska se on antanut seuraavat säännökset: 11.2.1994 annetun lain nro 109 2 §:n 1 momentti, 17 §:n 12 momentti, 27 §:n 2 momentti, 30 §:n 6 a momentti, 37 b § ja 37 c §:n 1 momentti, sellaisina kuin ne ovat viimeksi muutettuina 1.8.2002 annetun lain nro 166 7 §:llä, lain nro 109/94 2 §:n 5 momentti, sellaisena kuin se on viimeksi muutettuna lailla nro 166/2002, yhdessä lain nro 1150/42 ja lain nro 10/77 kanssa, sellaisina kuin ne ovat muutettuina, lain nro 109/94 28 §:n 4 momentti luettuna yhdessä 21.12.1999 annetun tasavallan presidentin asetuksen nro 554 188 §:n ja lain nro 166/2002 7 §:n kanssa, sekä 17.3.1995 annetun asetuksen (decreto legislativo) nro 157 3 §:n 3 momentti”. Kanteessa vaaditaan vielä, että vastaaja velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

25. Vastaaja vaatii 16.12.2004 jättämässään vastineessa, että komissio luopuu kanteestaan ja että – toissijaisesti – perustellussa lausunnossa moitittuun Italian lainsäädäntöön tehdyt muutokset hyväksytään ja ”lain nro 109/94 2 §:n 5 momenttiin” liittyvä väite hylätään.

26. Kantajan vastaus jätettiin 26.1.2005 ja vastaajan vastaus 16.3.2005.

27. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentti hyväksyi 6.4.2004 antamallaan määräyksellä väliintulijoiksi Alankomaat – joka esitti väliintulokirjelmänsä 14.7.2005 – ja Suomen – jonka väliintulokirjelmä on päivätty 18.7.2005 – Italian tueksi; [12] Italia puolestaan esitti huomautuksia väliintulokirjelmistä 14.9.2005.

28. Kun menettelyn kirjallisen vaiheen päätyttyä kumpikaan asianosaisista ei pyytänyt suullista käsittelyä, asia oli 11.7.2006 valmis tämän ratkaisuehdotuksen laatimista varten.

V Sekamuotoiset sopimukset

29. Tahdonautonomian perusteella on mahdollista kehittää uusia sopimusmuotoja, joissa yhdistyvät erityyppiset [13] osatekijät, ja edistää näin parhaiten sopimuspuolten asettamien päämäärien saavuttamista.

30. Mahdollisia yhdistelmiä on lukemattomia, kun otetaan huomioon velvoitteen sisältö, [14] sillä yksi oikeustoimi saattaa pitää sisällään useita oikeustoimia, sopimuksella voi olla eri kohteita ja kuhunkin niistä voi liittyä tuolloin erilaisia suorituksia.

31. Kaikkein vaikeinta on valita sovellettavat säännökset, joista voidaan johtaa tiettyjä oikeusvaikutuksia, kuten tavanomaista tiukempien menettelyjen soveltaminen tai tiettyjen tarjoajien sulkeminen tarjouskilpailun ulkopuolelle.

32. Rajaamisessa voidaan käyttää yhdistämisperustetta, jolloin saman sopimuksen osiin sovelletaan alkuperältään erilaisia säännöksiä, tai sulautumaperustetta, jolloin

12 – Myös Ranska hyväksyttiin väliintulijaksi, mutta se ei esittänyt huomautuksia.

13 – Teoksessa Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, s. 456, todetaan, että tyyppiä käytetään ajattelumallina ”tiettyjen oikeussuhteiden luokkien, erityisesti subjektiivisten oikeuksien ja sitovien sopimussuhteiden, täsmällisessä luokittelussa”.

14 – Teoksessa Moreno Molina, J. A. ja Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, La Ley, Madrid, 2002, s. 36, todetaan, että nämä sopimukset muodostavat runsaan ja monimuotoisen kasuistiikan.

noudatetaan sitä sopimusta koskevaa sääntelyä, johon hallitseva osatekijä kuuluu. [15]

– Jos sopimus koskee tavarahankintoja, mutta siihen kuuluu tuotteiden luovutuksen ohella kokoamis- ja asennustöitä, sovelletaan direktiiviä 93/36. [17]

33. Ensimmäisessä perusteessa korostetaan kunkin tyypin erityispiirteitä, mutta tätä perustetta ei siihen liittyvien suurten käytännön hankaluuksien vuoksi ole tapana käyttää muulloin kuin esimerkiksi sellaisissa sopimuksissa, joissa näennäisen yhtenäisen muodon taakse kätkeytyy monta sopimusta.

– Jos sopimus koskee palveluja ja sisältää toissijaisesti rakennusurakoita, on pitäydyttävä direktiivissä 92/50. [18]

– Jos sopimus koskee julkista käyttöoikeusurakkaa, on noudatettava julkaisemista koskevia direktiivin 93/37 täsmällisiä sääntöjä. [19]

34. Toiseen perusteeseen turvaudutaan tavallisesti monimutkaisissa tilanteissa, kuten direktiiveissä erikseen säädetyissä tilanteissa, jotka määritellään sopimuksen kohteen mukaan:

35. Lisäksi direktiivissä 92/50 säädetään, että jos sama sopimus käsittää sekä liitteessä I A että liitteessä I B lueteltuja palveluja, hankintasopimuksia koskeva sovellettava sääntely määräytyy tällaisten palvelujen arvon perusteella [20] (10 artikla). [21] Direktiivi 93/38 sisältää vastaavan säännöksen (17 artikla).

– Jos sopimuksen kohteena ovat sekä tavarat että palvelut, sovelletaan direktiiviä 92/50, kunhan palvelujen arvo ylittää tavaroiden arvon. [16]

15 – García Macho, R., *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, s. 91.

16 – Direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan d alakohdan toinen alakohta.

17 – Direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan c alakohdan toinen alakohta.

18 – Direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan d alakohdan kolmas alakohta.

19 – Direktiivin 2004/18 1 artiklan 3 kohta ja III osasto (56–65 artikla).

20 – Julkisasiamies Mischo vertailee asiassa C-411/00, Felix Swoboda, tuomio 14.11.2002 (Kok. 2002, s. I-10567), esittämänsä ratkaisuehdotuksen 31–36 kohdassa tällaista hypoteesia, jossa valitaan säännöksiä direktiivin sisältä, ja aiempia hypoteeseja, joissa mainitaan kyseessä oleva direktiivi. Tuomiossa korostetaan tältä osin, että direktiivissä 92/50 ”annetaan – – erillisistä palveluista koostuvaan hankintasopimukseen sovellettavien sääntöjen määrittämiseksi yksiselitteinen peruste”, joka pohjautuu niiden arvoon (52 kohta), ja siinä torjutaan ”hankintasopimuksen pääasiallinen kohde” tällaisena perusteena (49 kohta).

21 – Direktiivin 2004/18 22 artikla.

36. Esittelemäni vaihtoehdot eivät kuitenkaan kata kaikkia mahdollisuuksia; koska direktiiveissä on aukkoja eikä niissä myöskään esitetä yhteisiä puitteita kaikille hankintasopimuksille,[22] kansallisen lainsäätäjän on täsmennettävä muita sekamuotoisten sopimusten tapauksia koskevaa järjestelmää, ja sillä on tässä direktiiveillä ja perustamissopimuksella rajattu laaja harkintavalta.

37. On syytä muistuttaa, että direktiivit perustuvat hankintasopimuksen pääasialliseen kohteeseen ja – kun kohteita on enemmän kuin yksi tai sopimus kattaa useita suorituksia – sen taloudellisesti merkittävimpään osaan. Asiallinen soveltamisala voidaan rajata käyttämällä kumpaakin tekijää.

38. Sopimuksen pääasiallista kohdetta voidaan itse asiassa pitää sen olennaisena osana.[23] Yhteisöjen tuomioistuin totesikin asiassa Gestión Hotelera Internacional 19.4.1994 antamassaan tuomiossa[24] tarkastellessaan sopimusta, joka koski tavaroiden luovutusta ja sen ohella rakennusurakoiden suorittamista,[25] ettei näitä rakennusurakoita voida asettaa etusijalle silloin, kun ne ovat luonteeltaan toissijaisia, joskin kansallisen tuomioistuimen on tutkittava kyseinen seikka (26–29 kohta). Tätä lausumaa on kuitenkin täsmennettävä, sillä töiden tai rakennusurakoiden luokitteleminen ”toissijaisiksi” (direktiivin 92/50 johdanto-osan 16 perustelukappale ja direktiivin 93/36 1 artiklan a alakohdan loppuosa) ei tee tästä ominaisuudesta järjestelmän kannalta ratkaisevaa. Näin ollen tuomiota on tulkittava siten, ettei toissijaisten velvoitteiden perusteella voida osoittaa sovellettavia sääntöjä, vaan ne on täsmennettävä ensisijaisuusperusteen mukaisesti.[26]

39. Arvoa voidaan pitää puolueettomana tietona, jota ei suinkaan pidä väheksyä valittaessa kohdetta tai merkittävintä suoritusta, kun otetaan huomioon arvon alkuperäinen tehtävä: liiketoimien sisällyttäminen direktiivien soveltamisalaan tai niiden jättäminen direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle. Tältä osin asiassa Teckal 18.11.1999 annetussa tuomiossa[27] yhteisöjen tuomioistuin katsoi direktiivin 92/50 2 artiklaa e contrario tulkiten, että tavaroita ja palveluja koskeva

22 – Tämä pitää paikkansa kansallisen siviilioikeuden sisällöstä riippumatta. Teoksessa Messineo, F., *Doctrina general del contrato,* nide I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, s. 382, käsitellään tätä ongelmaa kyseisellä oikeudenalalla ja viitataan Italian Codice Civilen 1323 §:ään, jonka mukaan ”tähän osastoon [siviililain II osasto] sisältyviä yleisiä säännöksiä sovelletaan kaikkiin sopimuksiin, vaikka ne eivät kuuluisi niihin sopimustyyppeihin, joista on annettu erityisiä sääntöjä”.

23 – Direktiivien 93/36 ja 93/37 1 artiklan a alakohta; direktiivin 93/38 1 artiklan 4 alakohta; direktiivin 2004/18 johdanto-osan kymmenes perustelukappale ja 1 artiklan 2 kohta.

24 – Asia C-331/92 (Kok. 1994, s. I-1329).

25 – Kuten julkisasiamies Lenz totesi asiassa esittämänsä ratkaisuehdotuksen 19 kohdassa, ennakkoratkaisukysymys koski pelikasinon avaamista ja pitämistä sekä hotellin pitämistä koskevien lupien myöntämistä, johon sisältyi uudistustöiden toteuttamista koskeva velvoite.

26 – Artikkelissa Greco, G., ”Contratti 'misti' e appalti comunitari”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 1994, s. 1265 päätellään, että ensisijaisuusperusteen avulla voidaan parhaiten yksilöidä oikeussäännöt valtaosassa sekamuotoisten sopimusten tapauksia, sillä toissijaisuutta koskeva peruste ei toisinaan riitä.

27 – Asia C-107/98 (Kok. 1999, s. I-8121).

sopimus kuuluu ensiksi mainittuja koskevien sääntöjen soveltamisalaan, kunhan niiden ”arvo” ylittää viimeksi mainittujen arvon (38 kohta); sama todetaan asiassa Carbotermo ja Consorzio Alisei 11.5.2006 annetussa tuomiossa [28] (31 ja 47 kohta).

41. Jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva kanne on siten asiallisesti erittäin kattava, sillä se ei koske pelkästään johdettua oikeutta, jossa direktiivit muodostavat otollisen maaperän tällaisille menettelyille.

VI Yhteisön periaatteet direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä sopimuksissa

42. Näiden ajatusten valossa on ymmärrettävää, ettei kanteessa esitetä, että Italian sääntely rikkoo julkisia hankintoja koskevien direktiivien yksittäisiä säännöksiä, vaan siinä keskitytään EY 43 ja EY 49 artiklaan sisältyvien yhteisön periaatteiden loukkaamiseen.

A *Jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva kanne, joka on nostettu yhteisön periaatteiden loukkaamisen vuoksi*

40. EY 10 artiklasta voidaan päätellä, että yhteisöön kuuluminen asettaa yhteisön muodostaville valtioille kaksi velvollisuutta: toinen velvollisuus on positiivinen, sillä niiden on toteutettava ”kaikki yleis- ja erityistoimenpiteet, jotka ovat aiheellisia [perustamissopimuksesta] tai yhteisön toimielinten säädöksistä johtuvien velvoitteiden täyttämisen varmistamiseksi”, ja toinen on negatiivinen, sillä niiden täytyy pidättyä ”toimenpiteistä, jotka ovat omiaan vaarantamaan [asetettujen] tavoitteiden saavuttamista”. EY 226 ja EY 227 artiklassa annetaan komissiolle ja jäsenvaltioille mahdollisuus saattaa asia yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi silloin, kun ne katsovat jonkin jäsenvaltion laiminlyöneen tällaisia velvoitteita.

43. Toisin sanoen komissio lähtee liikkeelle siitä tosiseikasta, että julkisia hankintoja koskeva sääntely vaihtelee siitä riippuen, miten direktiivien sovellettavuus määritetään kansallisissa täytäntöönpanosäännöksissä, ja se perustaa kanteensa siihen, ettei lainsäädännössä ole nimenomaista säännöstä avoimuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamisesta arvon perusteella poissuljettujen sopimusten myöntämisen yhteydessä.

B *Avoimuusperiaate ja yhdenvertaisen kohtelun periaate direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä sopimuksissa*

44. Olen todennut aiemmissa ratkaisuehdotuksissa, että julkisia hankintoja koskevan

28 – Asia C-340/04 (Kok. 2006, s. I-4137).

avoimen kilpailun kehittyminen saavutetaan, jos ne, jotka haluavat osallistua tarjouskilpailuun, ovat yhdenvertaisessa asemassa, ilman että olisi pelkoa yhden hakijan perusteettomasta suosimisesta, jolloin ei riitä, että menettelyssä noudatetaan objektiivisia sääntöjä, vaan lisäksi edellytetään, että julkisuus taataan. [29]

45. Yhteisöjen tuomioistuin on jo muissa yhteyksissä tarkastellut avoimuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vaikutusta myönnettäessä hankintasopimuksia, jotka jäävät arvoltaan direktiivien ja siten myös täytäntöönpanosäädösten ulkopuolelle.

46. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi asiassa Telaustria ja Telefonadress 7.12.2000 antamassaan tuomiossa [30] direktiivin 93/38 ulkopuolelle jäävistä sopimuksista, että ”niitä tekevien hankintayksiköiden on kuitenkin yleisesti noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta” (60 kohta). Asiassa Unitron Scandinavia ja 3-S 18.11.1999 annetun tuomion [31] mukaisesti edellä mainittu periaate ”edellyttää muun muassa avoimuutta”, joka varmistaa sen noudattamisen (31 kohta) ja jonka tehtävänä on ensiksi mainitun tuomion mukaan ”taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa” (62 kohta). Kuten asiassa Parking Brixen 13.10.2005 annetussa tuomiossa [32] todetaan, tästä syystä se, ettei sopimuksen tekemistä ole lainkaan kilpailutettu, ”ei ole EY 43 ja EY 49 artiklan vaatimusten eikä myöskään yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja avoimuuden periaatteiden mukaista” (50 kohta), vaikkei avoimuus asiassa Coname 21.7.2005 annetun tuomion [33] mukaan edellytäkään ”tarjouskilpailun pitämistä” (21 kohta).

47. Näillä sittemmin toistetuilla vaatimuksilla [34] erotetaan siis toisistaan sopimukset, jotka kuuluvat direktiivien soveltamisalaan ja joissa on noudatettava niissä säädettyjä menettelyjä, sekä näiden säädösten ulkopuoliset sopimukset, joita koskevat ainoastaan perusperiaatteet. [35]

29 – Esittämäni ratkaisuehdotukset yhdistetyissä asioissa C-285/99 ja C-286/99, Lombardini ja Mantovani, tuomio 27.11.2001 (Kok. 2001, s. I-9233, ratkaisuehdotuksen 24–29 kohta) ja asiassa C-331/04, ATI EAC ym., tuomio 24.11.2005 (Kok. 2005, s. I-10109, ratkaisuehdotuksen 21–26 kohta).

30 – Asia C-324/98 (Kok. 2000, s. I-10745). Tässä asiassa käsiteltiin ensisijaisesti kysymystä siitä, kuuluiko riidanalainen sopimus erityisen kohteensa – ”painettujen ja sähköisessä muodossa käytettävien tilaajaluetteloiden (puhelinluetteloiden) tekemi[nen] ja julkaisemi[nen]” (19 kohta) – vuoksi direktiivin 93/38 eikä direktiivin 92/50 soveltamisalaan (31–40 kohta).

31 – Asia C-275/98 (Kok. 1999, s. I-8291).

32 – Asia C-458/03 (Kok. 2005, s. I-8612).

33 – Asia C-231/03 (Kok. 2005, s. I-7287).

34 – Mm. asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok. 2006, s. I-3303, 18 kohta).

35 – Vastaavasti asia C-59/00, Vestergaard, määräys 3.12.2001 (Kok. 2001, s. I-9505, 19–21 kohta).

C *Avoimuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamista koskevan velvoitteen ulottuvuus*

48. Kun avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun noudattamista koskeva velvoite on nyt tunnustettu erityissääntöjen ulkopuolelle jäävien hankintasopimusten tekemisessä, on tarpeen rajata tuota velvoitetta ja selvittää, onko se vahvistettava kirjoitetussa oikeudessa.

49. Yhteisöjen tuomioistuin ei ratkaissut tätä seikkaa edellä mainitussa asiassa Coname antamassaan tuomiossa, vaikka julkisasiamies Stix-Hackl tarkastelikin sitä ratkaisuehdotuksessaan yksityiskohtaisesti. Vireillä on kuitenkin useita asioita, joissa keskustelu voi herätä uudelleen. [36]

50. Edellä mainitut asiat koskevat tiettyjä hankintasopimuksia, kun taas nyt käsiteltävänä oleva asia on luonteeltaan laajempi, mikä pakottaa tarkastelemaan direktiivejä ja perustamissopimusta.

1. Direktiivien sisältö

51. Kuten asiassa Stadt Halle ja RPL Lochau 11.1.2005 annetussa tuomiossa [37] korostetaan, julkisia hankintoja koskevien yhteisön säännösten päätavoitteena ei ole ainoastaan tavaroiden ja palvelujen vapaa liikkuvuus vaan myös hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa (44 kohta). [38]

52. Direktiivien tarkastelu paljastaa kuitenkin, että unionista puuttuu kattava säännöstö, [39] sillä ensiksikin direktiivit koskevat lähinnä hankintasopimusten tekemistä, vaikka ne vaikuttavat myös muihin vaiheisiin, kuten sopimusten toteuttamiseen; toiseksi niiden piiristä suljetaan pois tietyt hankintasopimukset; kolmanneksi niissä ei ole yleisiä säännöksiä, joita sovellettaisiin niiden ulkopuolelle jääviin sopimuksiin.

53. Sääntelyn rajaaminen hankintojen valmisteluun sekä niissä sovellettaviin menettelyihin ja hankintamuotoihin, mikä

36 – Asia C-507/03, komissio v. Irlanti, ja asia C-532/03, komissio v. Irlanti, joissa palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettely suoritettiin julkaisematta ennakkoilmoitusta; julkisasiamies Stix-Hackl esitti ratkaisuehdotuksen kummassakin asiassa 14.9.2006. Myös asia C-195/04, komissio v. Suomi, jossa pidettiin istunto 8.6.2006 ja jossa laiminlyönti liittyy suurkeittiölaitehankintaan.

37 – Asia C-26/03 (Kok. 2005, s. I-1).

38 – Niillä on tosin muitakin päämääriä, kuten hallinnon taloudellisten etujen turvaaminen, sillä niiden avulla valvotaan hintoja; García-Trevijano Garnica, J. A., "Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión", teoksessa *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*, koord. Pendás, B., Praxis, Barcelona, 1995, s. 258.

39 – Millett, T., "Les marchés publics en droit communautaire", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nro 452, loka-marraskuu 2001, s. 630. Kuten artikkelissa Piñar Mañas, J. L., kokoomateoksessa *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2. painos, Civitas, Madrid, 2004, s. 79 huomautetaan, direktiiveillä kuitenkin "edistetään yhteistä hankintajärjestelmää".

paljastuu jo direktiivien nimistä, on perusteltua siksi, että nämä vaiheet vaikuttavat tavaroiden vapaaseen liikkuvuuteen, sijoittautumisvapauteen, palvelujen tarjoamisen vapauteen ja näistä vapauksista johdettuihin periaatteisiin.

54. Myös tiettyjen hankintasopimusten jättämiseen direktiivien ulkopuolelle löytyy selitys: niiden kohde on arkaluonteinen, kuten salaisissa tai vahvojen turvatoimien alaisissa sopimuksissa, ne kuuluvat muiden direktiivien soveltamisalaan, kuten televiestintää koskevat sopimukset, tai ne ovat arvoltaan pieniä eli vähämerkityksisiä.

55. Yhtä helppoa ei ole käsittää, ettei julkisia hankintoja varten ole olemassa yhteistä säännöstöä, jossa säädettäisiin yhtäläisistä mahdollisuuksista, syrjintäkiellosta, avoimuudesta ja julkisuudesta välttämättömin poikkeuksin,[40] sillä tällaiset säännökset koituisivat yhteisön päämäärien hyväksi aiheuttamatta kuitenkaan ylitsepääsemättömiä vaikeuksia.

40 – Direktiivin 2004/18 2 artiklassa säädetään, että hankintaviranomaisten on kohdeltava ”taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti”; sen 4–6 artiklassa vahvistetaan kaikkia julkisia hankintoja varten sääntöjä, joiden aiheena ovat ”taloudelliset toimijat”, ”Maailman kauppajärjestön (WTO) puitteissa tehtyihin sopimuksiin liittyvät ehdot” ja ”luottamuksellisuus”; sen 7 artiklan mukaan edellä mainitut säännökset, samoin kuin muut direktiivin säännökset, koskevat kuitenkin vain liiketoimia, ”joita ei jätetä sen soveltamisalan ulkopuolelle”.

56. Kunkin jäsenvaltion lainsäätäjä voi vapaasti täyttää tämän tyhjiön, mutta sitä ei vaadita kehittämään sääntöjä, joita ei ole annettu edes johdetussa yhteisön oikeudessa. Onkin syytä palauttaa mieliin, että EY 249 artiklassa määrätään, että ”direktiivi velvoittaa saavutettavaan tulokseen nähden jokaista jäsenvaltiota, jolle se on osoitettu, mutta jättää kansallisten viranomaisten valittavaksi muodon ja keinot”; tämä merkitsee, että koko direktiivi – mutta vain ja ainoastaan direktiivi – on saatettava osaksi kansallista lainsäädäntöä.

57. Yhteisön oikeuden nykyvaiheessa ei direktiivien tarkoituksen eikä sisällön – eikä liioin niiden tehokkaan vaikutuksen – perusteella voida edellyttää, että niitä innoittaneisiin periaatteisiin viitattaisiin nimenomaisesti jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävien sopimusten osalta.

2. Perustamissopimuksen sisältö

58. Asiassa komissio vastaan Italia 5.12.1989 annetussa tuomiossa[41] katsotaan, että EY 43 ja EY 49 artikla ilmentävät erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatetta (8

41 – Asia C-3/88 (Kok. 1989, s. 4035, Kok. Ep. X, s. 285).

kohta); kuten asiassa komissio vastaan Belgia 25.4.1996 annetussa tuomiossa [42] todetaan, tämä merkitsee, että kaikilla, joita asia koskee, on kansalaisuudesta riippumatta oltava samat mahdollisuudet tarjoustensa laatimisessa (33 ja 54 kohta).

59. Sopimusmahdollisuuksista tiedottaminen nousee perustamissopimuksen periaatteiden kannalta avainasemaan, mutta perustamissopimuksesta puuttuvat kuitenkin määräykset, jotka osoittaisivat ilmoitusten toteuttamistavan. Oikeuskäytännössä on tältä osin jätetty tie avoimeksi, vaikka siinä asetetaankin joitakin vähimmäisehtoja. Jo mainitun oikeuskäytännön osalta asiassa Parking Brixen annetussa tuomiossa todetaan, että ”käyttöoikeuden luovuttavan viranomaisen tehtävänä on harkita toimivaltaisten tuomioistuinten valvonnan alaisuudessa kilpailuttamista koskevien menettelytapojen asianmukaisuus kulloinkin kyseessä olevan julkisia palveluita koskevan käyttöoikeussopimuksen erityispiirteisiin nähden”, eikä kilpailuttamista voida laiminlyödä (50 kohta, jossa mainitaan asiassa Telaustria ja Telefonadress annetun tuomion 61 ja 62 kohta); [43] tämä ajatus on siirrettävissä kaikkiin sopimustyyppeihin.

60. Asiassa Coname annetussa tuomiossa korostettiin tällaisia seikkoja, kun siinä selvitettiin italialaisen paikallisyhteisön suoraan tekemää metaanikaasuverkon ylläpitoa, hoitoa ja valvontaa koskevaa palvelusopimusta. Koska kyse oli direktiivien ulkopuolisesta sopimuksesta, tarkasteltavaksi otettiin primaarioikeus (16 kohta), jonka osalta todettiin, että avoimuusperiaatteen loukkaaminen merkitsee EY 43 ja EY 49 artiklassa kiellettyä välillistä syrjintää (17–19 kohta); tämä olisi oikeutettavissa, jos ”hyvin vähäisen taloudellisen intressin kaltaisten erityisten seikkojen vuoksi voitaisiin kohtuudella väittää, että [mikään muussa maassa] sijaitseva yritys ei olisi kiinnostunut kyseisestä konsessiosopimuksesta” ja jos ”vaikutuksia kyseisiin perusvapauksiin olisi näin ollen pidettävä liian satunnaisina ja välillisinä, jotta niitä voitaisiin katsoa mahdollisesti loukatun” (20 kohta).

61. Julkisasiamies Stix-Hackl pohtii asiassa Coname esittämässään ratkaisuehdotuksessa yleisluonteisemmin, edellyttävätkö perusvapaudet kaikkia sopimuksia koskevien vaatimusten yhtenäisyyttä (70 kohta), ja hän ehdottaa yksinkertaistettua järjestelmää, jossa eri ryhmät arvioidaan sen mukaan, millainen merkitys niillä on sisämarkkinoilla (75 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

62. Päättelen edellä esitetystä yhtäältä, että perustamissopimuksesta johdettujen yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden on toteuduttava aina, ilman että tästä tarvitsee

42 – Asia C-87/94 (Kok. 1996, s. I-2043).

43 – Julkisasiamies Fennelly selittää tuossa asiassa esittämänsä ratkaisuehdotuksen 43 kohdassa, että ”kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon noudattaminen edellyttää, että konsessiosopimusten tekomenettelyssä noudatetaan julkisuutta ja avoimuutta koskevia vähimmäisvaatimuksia”, ei sitä, että ”hankintaviranomainen soveltaisi analogisesti kaikkein merkityksellisimpien – – [direktiivien] säännöksiä”.

erikseen säätää johdetussa oikeudessa tai kansallisessa lainsäädännössä,[44] ja toisaalta, että nykyisin kukin jäsenvaltio voi tietyin rajoituksin päättää siitä, missä määrin tarjouskilpailuista tiedotetaan.

D *Seuraus*

63. Katson esittämäni tulkinnan perusteella, ettei direktiiveillä eikä perustamissopimuksella velvoiteta yhteisön jäsenvaltioita antamaan direktiivien ulkopuolelle jääviä hankintasopimuksia varten erikseen yleisiä säännöksiä, jotka koskevat yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen noudattamista tai vapaan kilpailun edellyttämää julkisuutta. Jos ne haluavat tehdä tämän, niiden toiminnan vaikuttimena on valinnanvapaus, ei unionin jäsenyydestä kumpuava velvollisuus.

64. Muuten aiheutuisi merkittäviä käytännön ongelmia, joita luetellaan edellä mainitussa asiassa Coname esitetyssä ratkaisuehdotuksessa, kuten ilmoittamisvälineen valinta tai ilmoituksen vähimmäissisältö (96 ja 97 kohta), sillä itse direktiiveissä on suoritusten taloudelliseen merkitykseen perustuvia eroja. Silloin myös poikettaisiin oikeuskäytännöstä, jossa asiassa Coname annetun tuomion yhteydessä sallitaan tietyissä tilanteissa sopimusten tekeminen suoraan ilman tarjouskilpailua (21 kohta).

65. On joka tapauksessa mahdollista tutkia, onko kyseisiä periaatteita noudatettu yksittäistapauksissa, kuten esimerkiksi edellä mainituissa asioissa Parking Brixen ja Coname annetuissa tuomioissa on tehty.[45]

VII Kanneperusteiden tutkiminen

A *Alustava huomautus*

66. Olen maininnut tämän ratkaisuehdotuksen alussa, että komission mukaan Italia ei ole noudattanut sille julkisten hankintojen alalla kuuluvia sitoumuksia, koska se on jättänyt tietyt hankinnat yhteisön lainsäädännön sääntöjen ja vaatimusten ulkopuolelle lähinnä kahdella tavalla: ensiksikin se on asettanut toissijaisten rakennusurakoiden arvon ainoaksi perusteeksi, jonka mukaisesti

44 – Italian lainsäätäjä on kuitenkin korostanut näitä periaatteita vuoden 2005 muutoksessa, johon viittaan tuonnempana.

45 – Alaviitteessä 36 mainitut asiat C-507/03, C-532/03 ja C-195/04, jotka ovat vielä vireillä.

määritetään sekamuotoisten sopimusten kuuluminen direktiivien soveltamisalaan; toiseksi se on jättänyt mainitsematta, että EY 43 ja EY 49 artiklasta johdettuja avoimuusperiaatetta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta on noudatettava silloin, kun direktiivien kynnysarvoja ei saavuteta.

69. Nyt esillä olevassa asiassa on siis otettava huomioon lainsäädäntö, joka oli voimassa 15.10.2003 päivätyssä perustellussa lausunnossa asetetun kahden kuukauden määräajan päättyessä, ei sen jälkeen annettua lainsäädäntöä.

B *Sekamuotoisten sopimusten rajaaminen*

67. Vaikka vastaajana oleva hallitus kiistääkin, että erityisesti sen lainsäädäntö yksityisten toteuttamista rakennusurakoista yhdyskuntateknisten maksujen alentamiseksi on ristiriidassa yhteisön oikeuden kanssa, sen mukaan muut kantajan mainitsemat ristiriitaisuudet on poistettu 18.4.2005 annetulla lailla nro 62/2005 (Legge comunitaria 2004) tehtyjen muutosten myötä. [46]

70. Rakennusurakoita, tavarahankintoja ja palveluhankintoja koskevien sekamuotoisten sopimusten, samoin kuin toissijaisia rakennusurakoita sisältävien tavarahankinta- ja palveluhankintasopimusten, on oltava Italian täytäntöönpanolain mukaisia, jos tällaisten rakennusurakoiden osuus hinnasta on yli 50 prosenttia (lain nro 109/94 2 §:n 1 momentti ja vastaavasti asetuksen nro 157/95 3 §:n 3 momentti). Näiden sopimustyyppien tietyn osan taloudellinen arviointi on siten yksinomainen peruste lain soveltamiselle.

68. On tarpeen palauttaa mieliin oikeuskäytäntö, jonka mukaan jäsenyysvelvoitteen laiminlyöntiä arvioitaessa on otettava huomioon jäsenvaltion tilanne perustellussa lausunnossa asetetun määräajan päättyessä, eikä yhteisöjen tuomioistuin ota huomioon tämän jälkeen tapahtuneita muutoksia. [47]

71. Komissio väittää edellä mainitussa asiassa Gestión Hotelera Internacional annettuun tuomioon nojautuen, että sopimuksen kuuluminen direktiivien soveltamisalaan on ratkaistava sen pääasiallisen kohteen perusteella ja että tämä määritellään – ei yksinomaan vaan muiden parametrien lisäksi – suoritusten taloudellisen arvon mukaan, sillä muuten ulkopuolelle jätettäisiin sekamuotoiset sopimukset, joiden arvo ylittää direktiivien 92/50 ja 93/36 mukaiset

46 – Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, GURI nro 96, 27.4.2005, supplemento ordinario.

47 – Asia C-200/88, komissio v. Kreikka, tuomio 27.11.1990 (Kok. 1990, s. I-4299, 13 kohta); asia C-133/94, komissio v. Belgia, tuomio 2.5.1996 (Kok. 1996, s. I-2323, 17 kohta); asia C-103/00, komissio v. Kreikka, tuomio 30.1.2002 (Kok. 2002, s. I-1147, 23 kohta) ja asia C-333/01, komissio v. Espanja, tuomio 13.3.2003 (Kok. 2003, s. I-2623, 8 kohta).

kynnysarvot mutta – siitä yksinkertaisesta syystä, että rakennusurakat toissijaisinakin muodostavat valtaosan hinnasta – alittaa direktiivin 93/37 mukaisen kynnysarvon.

72. Vastaajana oleva valtio vetoaa Ministero delle Infrastrutture e dei Trasportin (infrastruktuuri- ja liikenneministeriö) hallinnolliseen soveltamisohjeeseen [48] ja lain nro 109/94 muutokseen, joiden mukaan toissijaisten rakennusurakoiden arvo on jätettävä huomiotta sekamuotoisissa sopimuksissa; taloudellisilla seikoilla on tällöin edelleen ensisijainen muttei enää ainutlaatuinen asema sovellettavan lainsäädännön valinnassa.

73. Katson, että edellä esitetyistä syistä on sivuutettava mainitut muutokset ja että – kuten kantajan vastauksessa todetaan – hallinnollinen soveltamisohje ei riitä kumoamaan oikeussäännöstä eikä siten osoittamaan väitettyä laiminlyöntiä perusteettomaksi; yhteisöjen tuomioistuin nimittäin katsoo, että perustamissopimuksen mukaisia velvoitteita ei voida pätevästi panna täytäntöön pelkillä hallinnollisilla käytännöillä, joita voidaan tarvittaessa hallinnon sisäisesti muuttaa ja joita ei julkaista asianmukaisella tavalla. [49]

74. Näiden täsmennysten myötä lienee selvää, että direktiivien vastaisena on pidettävä sitä, että rakennusurakoiden arvo asetetaan aina sekamuotoisia sopimuksia koskevassa sääntelyssä ratkaisevaksi perusteeksi, sillä yhteisön säädösten ulkopuolelle jäisivät silloin liiketoimet, joiden ytimen muodostavat palvelu- tai tavarahankinnat, vain siitä syystä, että ensisijaisten velvoitteiden arvo on pienempi.

75. Direktiiveissäkin viitataan sopimuksen kohteeseen sekoittamatta sitä sen perustaan tai siihen kuuluviin suorituksiin, [50] joskin jälkimmäisissä yksilöidään kohde ja – jos niitä on useita – lajitellaan ne suoritusten arvon mukaan, sillä direktiivien soveltamisala rajataan helposti todennettavissa olevien rahamäärien avulla.

76. Ehtoja ei saa kääntää päälaelleen, eikä – kuten italialaisissa säännöksissä on tehty – liitännäistöiden taloudellista puolta saa ottaa huomioon, joten jäsenyysvelvoitetta voidaan tältä osin katsoa jätetyn noudattamatta.

48 – Circolare nro B1/2316, 18.12.2003, GURI nro 79, 3.4.2004.

49 – Asia C-80/92, komissio v. Belgia, tuomio 24.3.1994 (Kok. 1994, s. I-1019, 20 kohta); asia C-151/94, komissio v. Luxemburg, tuomio 26.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3685, 18 kohta); asia C-159/99, komissio v. Italia, tuomio 17.5.2001 (Kok. 2001, s. I-4007, 32 kohta); asia C-394/00, komissio v. Irlanti, tuomio 17.1.2002 (Kok. 2002, s. I-581, 11 kohta); asia C-415/01, komissio v. Belgia, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-2081, 21 kohta) ja asia C-296/01, komissio v. Ranska, tuomio 20.11.2003 (Kok. 2003, s. I-13909, 54 kohta).

50 – Julkisasiamies Lenz huomauttaa asiassa Gestión Hotelera Internacional esittämänsä ratkaisuehdotuksen 37 kohdassa, että se, ettei pääasiallinen velvoite ole siirrettävissä, ei tee siitä sopimuksen pääasiallista kohdetta.

C *Yhdyskuntatekniset työt*

77. Rakennusurakoihin, joita yksityiset suorittavat a) rakennusluvista suoritettavien maksujen alentamiseksi tai b) tiettyjen lakisääteisten velvollisuuksien täyttämiseksi tai c) jotka ovat rinnastettavissa kahteen edellä mainittuun ryhmään, ei tarvitse soveltaa lakia nro 109/94, mutta jos töiden arvo erikseen tarkasteltuna ylittää yhteisön kynnysarvot, rakennusurakat myönnetään direktiivin 93/37 mukaisesti (lain nro 109/94 2 §:n 5 momentti).

78. Komissio väittää yhtäältä, että nämä säännökset luettuina yhdessä lain nro 1150/42 ja lain nro 10/77 kanssa sallivat sopimuksen myöntämisen suoraan rakennusluvan tai rakennussuunnitelman haltijalle, mutta ne eivät takaa avoimuusperiaatetta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, joista määrätään EY:n perustamissopimuksessa ja joita on noudatettava silloinkin, kun sopimuksen arvo jää unionin kynnysarvojen alapuolelle. Toisaalta se väittää, että kynnysarvojen saavuttamista arvioitaessa on tutkittava kaikki sopimukseen kuuluvat työt, ei vain osaa niistä.

79. Italian hallitus kiistää painokkaasti, että Italian lainsäädäntö rikkoisi väitetyllä tavalla yhteisön oikeutta. Ensinnäkin se vetoaa Ministero delle Infrastrutture e dei Trasportin hallinnolliseen soveltamisohjeeseen [51] ja Dipartimento per le Politiche Comunitarien (yhteisön politiikan osasto edellä mainitussa ministeriössä) antamaan toiseen hallinnolliseen soveltamisohjeeseen, [52] joissa täsmennetään yhteisön sääntöjen noudattamiseksi annettuja sääntöjä. Toiseksi sen mielestä on liioiteltua, että saatettaessa direktiivejä osaksi kansallista oikeusjärjestystä olisi viitattava kuhunkin perustamissopimuksen määräykseen ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Kolmanneksi se korostaa rakennuttajan yhdyskuntasuunnittelun alalla toteuttamien töiden erityisyyttä, sillä tämä toimii paikallisyhteisöjen puolesta. Lopuksi se on eri mieltä komission ehdottamasta asiassa Ordine degli Architetti ym. 12.7.2001 annetun tuomion [53] tulkinnasta, sillä sen mielestä siinä ei tutkittu yksityisen toteuttamia erilaisia rakennusurakoita hallintoviranomaisen toimeksisaajana.

1. Avoimuusperiaate ja yhdenvertaisen kohtelun periaate

80. Edellä esitetyn perusteella kansallisia kirjoitettuja oikeussääntöjä ei voida moittia siitä, ettei niissä mainita yleisesti

51 – Circolare nro 462, 18.12.2001, "Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione) 12 luglio 2001 (c-n. 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi", GURI nro 300, 28.12.2001.

52 – Circolare nro 8756, 6.6.2002, "Normativa applicabile agli appalti pubblici 'sottosoglia'", GURI nro 178, 31.7.2002.

53 – Asia C-399/98 (Kok. 2001, s. I-5409).

avoimuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamista koskevaa velvoitetta; velvoite on luonteeltaan joustava, joten sen noudattamatta jättäminen on todettava kunkin hankintatilanteen perusteella.

81. Italia ei siten ole jättänyt noudattamatta jäsenyysvelvoitettaan väitetyllä tavalla.

84. Kuten olen todennut, Italian hallitus huomauttaa yhdyskuntasuunnittelun erityispiirteistä ja riidanalaisen hankintajärjestelmän ominaispiirteistä, mutta se sivuuttaa sen, että tässä kanteessa tarkoitetun järjestelmän arvioinnin on perustuttava julkisia hankintoja koskeviin direktiiveihin. Tilanne vääristyy, jos painotetaan yhtä oikeudellista tasoa – kansallista tasoa – ja sivuutetaan toinen – yhteisön – taso. Olen lisäksi jo korostanut, että asiassa Ordine degli Architetti ym. annetussa tuomiossa katsottiin, että yhdyskuntasuunnittelun erityispiirteet eivät riitä rakennusurakan jättämiseksi direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle (66 kohta).

2. Italian lainsäädännön soveltamisala

82. Rakennusurakoiden myöntämistä rakennusluvan tai rakennussuunnitelman haltijalle koskeva toinen kanneperuste liittyy siihen, että hankintamenettelyjä on noudatettava aina, kun hallintoviranomaisen ja yksityisen välinen sopimus käsittää rakennusurakoita, joiden arvo yksitellen arvioituna ylittää yhteisön kynnysarvot.

83. Tämä sääntö rikkoo komission mielestä direktiiviä 93/37, sillä siitä aiheutuu, että kokonaisarvoltaan kynnysarvot ylittävä hankintasopimus jää direktiivin ulkopuolelle siksi, ettei kunkin siihen sisältyvän osatekijän arvo ole riittävä.

85. Direktiivin 93/37 1 artiklassa määritellään, mitä direktiivissä tarkoitetaan ”julkisia rakennusurakoita koskevilla sopimuksilla” (a alakohta)[54] ja ”rakennusurakalla” (c alakohta);[55] sen 6 artiklan 3 kohta koskee tapausta, jossa rakennusurakka on jaettu useisiin osiin, jolloin jokaisesta osasta tehdään eri sopimus; saman 6 artiklan 4 kohdassa kielletään osittaminen sen vuoksi, ettei direktiiviä tarvitsisi soveltaa.[56]

54 – ”– – julkisia rakennusurakoita koskevilla sopimuksilla tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty urakoitsijan ja b alakohdassa tarkoitetun hankintaviranomaisen kesken ja joiden tarkoituksena on johonkin liitteessä II tarkoitettuun toimialaan liittyvän rakennustyön tai c alakohdassa tarkoitetun rakennusurakan toteuttaminen tai sekä sen toteuttaminen että suunnittelu taikka hankintaviranomaisen asettamat vaatimukset täyttävän rakennusurakan toteuttaminen millä tahansa tavalla;”

55 – ”– – rakennusurakalla tarkoitetaan sellaista talon- tai maanrakennustöiden kokonaisuutta, joka itsessään on tarkoitettu täyttämään taloudellisen tai teknisen tarkoituksen.”

56 – Vastaavia säännöksiä löytyy direktiivin 7 artiklasta, direktiivin 93/36 5 artiklasta, direktiivin 93/38 14 artiklasta ja direktiivin 2004/18 9 artiklasta, jonka aiheena ovat ”julkista hankintaa koskevien sopimusten, puitejärjestelyjen ja dynaamisten hankintajärjestelmien ennakoidun arvon laskentamenetelmät”.

86. Näin saadaan käsitteitä ja suuntaviivoja, jotka on selitettävä yhteisön oikeudesta käsin;[57] yhteisön oikeuden tasolle on sijoitettava myös edellä mainitussa asiassa Ordine degli Architetti ym. annettu tuomio, jonka mukaan siihen, että ”rakennusluvan tai hyväksytyn rakennuspaikkasuunnitelman haltija voi toteuttaa suoraan yhdyskuntateknisiä töitä, joiden kustannukset vähennetään kokonaan tai osittain rakennusluvan myöntämisen yhteydessä suoritettavista maksuista”, on sovellettava direktiiviä 93/37, ”silloin kun kyseisten töiden arvo on vähintään yhtä suuri kuin tässä direktiivissä vahvistettu kynnysarvo”.

87. Lausumaa on kuitenkin syytä täsmentää, sillä hallintoviranomainen tai myös kolmas osapuoli toteuttaa suoraan yhdyskuntateknisiä töitä sisältävät julkiset rakennusurakat lain tai sopimuksen nojalla, jolloin sopimukseen sovelletaan yhteisön sääntelyä,[58] ja hallintoviranomaisen asemesta toimivan luvanhaltijan[59] on täytettävä samat julkisuuteen ja kilpailuun liittyvät vaatimukset.[60]

88. Direktiivissä 93/37 täsmennetään myös ”rakennusurakan” käsitettä, jonka olemassaoloa asiassa komissio vastaan Ranska 5.10.2000 annetun tuomion[61] mukaan arvioidaan kyseisten töiden tuloksen taloudellisen ja teknisen tarkoituksen kannalta (36 kohta). Sen, täytyykö säännöksiä noudattaa, ratkaisee kokonaisarvo, joka saadaan tarvittaessa laskemalla yhteen eri osat, eivätkä yhdyskuntasuunnittelun erityispiirteet – kuten olen jo huomauttanut – ole objektiivisia syitä sopimuksen osittamiseen.

89. Edellä esitetyt huomiot osoittavat, että direktiivin soveltamisalaan kuuluvissa yhdyskuntateknisissä töissä on noudatettava myös hankintasopimusten arvon laskemista koskevia direktiivin sääntöjä, jolloin on hylättävä lain nro 109/94 2 §:n 5 momentin kaltaiset säännöt, joissa muutetaan näitä sääntöjä, kun niissä asetetaan yksi ainoa yleinen peruste, joka aiheuttaa kielletyn poikkeamisen yhteisön säännöksistä, ja estetään arvoon liittyvien objektiivisten syiden vuoksi

57 – Huelin Martínez de Velasco, J., ”Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001”, *Cuadernos de Derecho local,* nro 4, 2004, s. 19 ja sitä seuraavat sivut.

58 – Julkisasiamies Léger toteaa osuvasti asiassa Ordine degli Architetti ym. esittämässään ratkaisuehdotuksessa, että silloin, kun ”yhdyskuntateknisten töiden toteuttamisesta vastaavasta toimijasta on yksinkertaisesti säädetty laissa”, sopimussuhteesta puuttuu olennainen tekijä (68 kohta).

59 – Fernández Rodríguez, T. R., ”La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto ’proyecto Scala 2001’) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español”, *Documentación Administrativa,* nro 261–262, syyskuu 2001–huhtikuu 2002, s. 23.

60 – Huelin Martínez de Velasco, J., mt., s. 28.

61 – Asia C-16/98 (Kok. 2000, s. I-8315). Vaikka tuomiossa tarkasteltiinkin direktiiviä 93/38, vastaavia säännöksiä koskevat perustelut on syytä ulottaa koskemaan direktiiviä 93/37.

muiden jäsenvaltioiden yrityksiä tekemästä tarjouksia niitä kiinnostavissa kilpailuissa. [62]

90. Edellä mainittu italialaisen lain säännös rikkoo siten direktiiviä 93/37.

D *Rakennusurakoiden suunnittelu-, johtamis- ja tarkastustehtävien myöntäminen sopimuksissa, joiden arvo alittaa yhteisön kynnysarvot*

91. Laissa nro 109/94 sallitaan rakennusurakoiden suunnittelun ja johtamisen sekä niiden toteutuksen tarkastuksen antaminen hankintaviranomaisen luotettavina pitämien henkilöiden tehtäväksi sopimuksissa, joiden arvo alittaa direktiivien kynnysarvon (17 §:n 12 momentti ja 30 §:n 6 a momentti).

62 – Alaviitteessä 61 mainittu asia komissio v. Ranska, erityisesti tuomion 38–47 kohta. Julkisasiamies Jacobs katsoo tuossa asiassa esittämässään ratkaisuehdotuksessa, että sellaisilla eri töillä, jotka toteutetaan tietyn ajanjakson kuluessa verkoissa, joilla on yhteinen taloudellinen ja tekninen tarkoitus, pyritään itsessään täyttämään yhteinen taloudellinen ja tekninen tarkoitus (72 kohta); tämä näkemys voidaan ulottaa koskemaan yhdyskuntateknisiä töitä, samoin kuin asiassa C-385/02, komissio v. Italia, 14.9.2004 annetussa tuomiossa (Kok. 2004, s. I-8121) esitetty ajatus, jonka mukaan ”pelkkä toteamus rakennustöiden kokonaisuuden vaikeudesta ja arkaluonteisuudesta ei riitä osoittamaan sitä, että kyseisen kokonaisuuden toteuttaminen voidaan osoittaa ainoastaan yhdelle ja samalle urakoitsijalle” (21 kohta).

92. Komissio väittää, että yhteisön oikeussääntöjen soveltamisalan ulkopuolellakin syrjintäkiellon, yhdenvertaisen kohtelun, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteita katsotaan loukatun silloin, kun hankintasopimuksen myöntämisessä ei ole noudatettu julkisuutta, eikä tätä ole korjattu valitun ehdokkaan työkokemuksen ja ammattipätevyyden toteamista tai valinnan perustelemista koskevilla vaatimuksilla.

93. Vastaajana oleva hallitus viittaa lain nro 109/94 muutokseen, jossa lakiin on lisätty nimenomainen maininta näistä periaatteista, ja se toistaa aiemmat perustelunsa, joiden mukaan kantajan esittämissä väitteissä ei ole perää.

94. Esitetyt väitteet ovat sisällöltään samantapaiset kuin lain nro 109/94 2 §:n 5 momentin yhteydessä, joten se on syytä ratkaista samalla tavoin eli siten, että yhteisön oikeusjärjestyksessä ei toistaiseksi edellytetä, että velvoite mainittujen periaatteiden noudattamisesta direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä sopimuksissa olisi erikseen vahvistettava kirjallisesti, kun on kyse kyseisiä tehtäviä koskevien sopimusten myöntämisestä, sanotun kuitenkaan rajoittamatta kunkin menettelyn tutkimista ja sitä, että velvoitteiden noudattamatta jättäminen on käsiteltävä kansallisissa tuomioistuimissa tai yhteisöjen tuomioistuimissa.

95. Ei siis voida katsoa, että lain nro 109/94 17 §:n 12 momentti ja 30 §:n 6 a momentti rikkoisivat yhteisön oikeutta tässä menettelyssä väitetyllä tavalla.

väitteiden kumoamiseksi muuttanut lakia nro 109/94 ja ottanut käyttöön useita varotoimia, jotta hankintaviranomainen siirtää vastuun hankkeen toteuttajalle ainoastaan, jos tästä mainitaan tarjouskilpailua koskevassa ilmoituksessa ja sen arvo on laskettu kustannusarviossa.

E *Rakennusurakoiden johtamista koskevien sopimusten tekeminen*

96. Töiden johtaminen kuuluu hankintaviranomaiselle, mutta se voidaan antaa hankkeen toteuttajan tehtäväksi silloin, kun hankintaviranomainen tai muu hallintoviranomainen ei pysty hoitamaan sitä (lain nro 109/94 27 §:n 2 momentti).

99. Avoimuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ulottamista hankintasopimuksiin, jotka eivät yllä kynnysarvoon, on perusteltava samalla tavoin kuin edellä kuvattuja tähän rinnastettavia tilanteita, sillä niissä on samoja piirteitä. Tältä osin komission mainitseman laiminlyönnin ei voida katsoa tapahtuneen.

97. Komissio moittii säännön yleisen luonteen olevan ristiriidassa direktiivien 92/50 ja 93/38 kanssa, joilla pyritään siihen, että johtamistehtäviin sovelletaan julkisuutta ja kilpailua koskevia sääntöjä niin yhteisön kynnysarvojen ylittyessä, sillä tästä säädetään direktiiveissä, kuin myös niiden alle jäätäessä, jolloin vaikuttavat perustamissopimuksen periaatteet.

100. Hankintasopimukset, joihin niiden arvon vuoksi sovelletaan valintamenettelyjä, edellyttävät toisenlaista ratkaisua, sillä yhteisön oikeussäännöt ovat selkeitä. Näissä tapauksissa on muitta mutkitta hyväksyttävä kaikki säännökset, olipa menettelyjen laiminlyönti sitten kuinka houkuttelevaa tahansa, sillä direktiivin 92/50 11 artiklan 1 kohdan ja direktiivin 93/38 4 artiklan 1 kohdan mukaan [63] hankintasopimuksia tehtäessä on ehdottomasti noudatettava säädettyjä menettelyjä – avointa menettelyä, rajoitettua menettelyä tai neuvottelumenettelyä – siten,

98. Italian hallitus korostaa, että sen järjestelmässä vältytään tietyiltä hankaluuksilta, mutta se lisää, että se on esitettyjen

63 – Myös direktiivin 93/36 6 artiklan 1 kohta ja direktiivin 93/37 7 artiklan 1 kohta.

että oikeuskäytännön mukaisesti vain erikseen säädetyt poikkeukset sallitaan. [64]

101. Töiden johtamistehtävät kuuluvat direktiivin 92/50 liitteessä I A ja direktiivin 93/38 liitteessä XVI A olevaan pääluokkaan 12, joten niitä koskevat hankintasopimukset myönnetään kyseisissä direktiiveissä asetettujen vaatimusten mukaisesti.

102. Kaiken edellä mainitun perusteella ei ole epäilystäkään, että lain nro 109/94 27 §:n 2 momentti rikkoo direktiivejä 92/50 ja 93/38.

F *Tarkastustehtäviä koskevien sopimusten tekeminen*

103. Tarkastustehtävät kuuluvat hankintaviranomaisten omille yksiköille, mutta jos voidaan osoittaa ja todistaa pätevän henkilöstön puuttuminen (lain nro 109/94 28 §:n 4 momentti), ne annetaan sellaisten kolmansien henkilöiden tehtäväksi, jotka mainitaan hallintoviranomaisten luetteloissa (tasavallan presidentin asetuksen nro 554/99 188 §).

104. Komissio pysyy tässä yhteydessä tämän ratkaisuehdotuksen VII E kohdassa esittämässään väitteessä, että direktiivien 92/50 ja 93/38 mukaisia menettelyjä on sovellettava, jos hankintasopimuksen arvo ylittää asianomaiset kynnysarvot, ja muissa tapauksissa on noudatettava perustamissopimuksen periaatteita.

105. Italian hallitus vetoaa oikeussääntöjen (tarkemmin sanottuna tasavallan presidentin asetuksen nro 554/99 188 §:n 8–11 momentin) tulevaan kumoamiseen. [65]

106. Nämä pitkän aikavälin hyvät aikeet voidaan jättää huomiotta, koska kyseistä kanneperustetta on kohdeltava samalla tavoin kuin edellistä kanneperustetta, sillä EY 43 ja EY 49 artiklan osalta aihetta kritiikkiin ei ole; sitä paitsi direktiivin 92/50 liitteessä I A ja direktiivin 93/38 liitteessä XVI A olevan pääluokan 12 mukaiset tarkastustehtävät toteutetaan direktiivien mukaisesti.

107. Kaiken edellä mainitun perusteella lain nro 109/94 28 §:n 4 momentti luettuna yhdessä tasavallan presidentin asetuksen nro

64 – Asia C-71/92, komissio v. Espanja, tuomio 17.11.1993 (Kok. 1993, s. I-5923, 10 kohta); em. asia Teckal, tuomion 43 kohta ja em. asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 45 kohta.

65 – Vastaaja huomauttaa vastauksessaan, että Corte Constituzionale on asiassa nro 302/03 antamassaan tuomiossa (5.1 kohta) todennut em. asetuksen 188 §:n 8–10 momentin perustuslain vastaisiksi.

554/99 188 §:n kanssa on ristiriidassa direktiivien 92/50 ja 93/38 kanssa.

G *Yksityisesti rahoitettavat rakennusurakat*

108. Hallintoviranomaiset antavat kolmansien osapuolten toteuttaa julkisia rakennusurakoita, joita voidaan hyödyntää kaupallisesti. Ensimmäisessä vaiheessa ne pyytävät ilmoituksella yksityisiltä tarjouksia – jolloin yksityiset saavat rakennuttajan aseman – sellaisten käyttöoikeussopimusten tekemiseksi, joissa yksityiset vastaavat kustannuksista joko kokonaan tai osittain ja sitoutuvat vastineeksi hallinnoimaan hanketta. Kun tehdyt tarjoukset on arvioitu, toisessa vaiheessa valitaan yleisen edun mukaiset tarjoukset ja aloitetaan kunkin valitun tarjouksen osalta rajoitettu menettely, jonka tarkoituksena on valita vielä kaksi tarjousta; tarjouksia käytetään vertailukohtana hankintasopimuksen tekemiseen johtavissa neuvotteluissa, joissa suositaan sitä rakennuttajaa, joka pystyy mukauttamaan ehdotustaan hankintaviranomaisen toivomalla tavalla (lain nro 109/94 37 a, 37 b ja 37 c §).

109. Komissio katsoo yhtäältä, että Italia on loukannut yhdenvertaisen kohtelun periaatetta edellä kuvatussa järjestelmässä, koska rakennuttaja saa kaksi etua muihin kilpailijoihin verrattuna: silloinkin, kun rakennuttajan alkuperäinen tarjous on epäsopivin, se nimittäin osallistuu menettelyyn automaattisesti ja on valinnassa etusijalla. Tämä olisi oikeutettavissa, jos kaikki osallistujat olisivat tietoisia tällaisista erioikeuksista ja arviointiperusteista, mutta laki ei edellytä näiden seikkojen mainitsemista alkuperäisessä ilmoituksessa; toisaalta jo aloitetut menettelyt johtavat komission mukaan yhteisön yleisten vaatimusten vastaisiin päätöksiin, sillä ilmoituksesta tehtiin pakollinen vasta 18.8.2002 alkaen lain nro 166/2002 tultua voimaan.

110. Vastaajana olevan hallituksen mielestä kumpikin väite on otettu huomioon lain nro 109/94 muutoksessa, jossa ilmoitukseen on lisätty maininta rakennuttajan eduista ja jossa mainitaan lainsäännös niiden 31.1.2004 käynnissä olleiden menettelyjen osalta, joista tällainen maininta puuttuu.

111. Vaikka Italian hallitus ei kiistä kanteessa esitettyä, on komission tehtävä näyttää toteen, että jäsenyysvelvoitteita ei ole noudatettu, eikä se saa turvautua olettamuksiin, [66]

66 – Asia 96/81, komissio v. Alankomaat, tuomio 25.5.1982 (Kok. 1982, s. 1791, 6 kohta); asia C-408/97, komissio v. Alankomaat, tuomio 12.9.2000 (Kok. 2000, s. I-6417, 15 kohta) ja asia C-494/01, komissio v. Irlanti, tuomio 26.4.2005 (Kok. 2005, s. I-3331, 41 kohta).

mutta kun riittävät tiedot on esitetty, jäsenvaltion tehtävänä on kiistää ne riittävästi ja yksityiskohtaisesti. [67]

112. Periaatteessa kumpikin väite on perusteltu. Ensimmäinen väite on perusteltu siksi, että – kuten komissio toteaa – kansallisessa lainsäädännössä annetaan aloitteen tekijälle etuuksia, joista muut, joita asia koskee, eivät tiedä ja joita ne eivät siten voi vastustaa; edellä mainitussa asiassa komissio vastaan Belgia 25.4.1996 annetussa tuomiossa on jo todettu, että kun hankintayksikkö ottaa huomioon ainoastaan yhden tarjoajan alkuperäiseen tarjoukseen tehdyt muutokset, tämä tarjoaja on edullisemmassa asemassa kilpailijoihinsa verrattuna, mikä rikkoo yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja vahingoittaa menettelyn avoimuutta (56 kohta). Lisäksi kantajana oleva toimielin mainitsee muutamia tapauksia, joiden osalta erioikeuksista ei ole mainittu ilmoituksessa eikä objektiivisia valintaperusteita ole asetettu. [68]

113. Toinen väite on perusteltu siksi, että riidanalaisen tilanteen puutteet on korjattu jälkikäteen eli liian myöhään.

67 – Asia C-365/97, komissio v. Italia, tuomio 9.11.1999 (Kok. 1999, s. I-7773, 84 ja 86 kohta).

68 – Kannekirjelmän 87 kohta ja alaviite 12, jossa valaistaan asiaa.

114. Edeltävissä kohdissa esitetyn vuoksi on pidettävä toteen näytettynä, että lain nro 109/94 37 b § ja 37 c §:n 1 momentti rikkovat EY 43 ja EY 49 artiklasta johdettua yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.

H *Seuraukset*

115. Edellä esitetystä voidaan päätellä seuraavaa:

– lain nro 109/94 2 §:n 1 momentti ei ole sopusoinnussa direktiivien 92/50, 93/36, 93/37 ja 93/38 kanssa

– lain nro 109/94 2 §:n 5 momentti luettuna yhdessä lain nro 1150/42 ja lain nro 10/77 kanssa rikkoo direktiiviä 93/37

– lain nro 109/94 27 §:n 2 momentti on direktiivien 92/50 ja 93/38 vastainen

– lain nro 109/94 28 §:n 4 momentti luettuna yhdessä tasavallan presidentin asetuksen nro 554/99 188 §:n kanssa rikkoo direktiivejä 92/50 ja 93/38

– lain nro 109/94 37 b § ja 37 c §:n 1 momentti eivät ole EY 43 ja EY 49 artiklan mukaisia.

116. Lain nro 109/94 2 §:n 5 momentti, 17 §:n 12 momentti, 27 §:n 2 momentti ja 30 §:n 6 a momentti eivät sen sijaan ole ristiriidassa EY 43 ja EY 49 artiklan kanssa.

VIII Oikeudenkäyntikulut

117. Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Työjärjestyksen 69 artiklan 3 kohdassa todetaan, että jos asiassa osa vaatimuksista ratkaistaan toisen asianosaisen ja osa toisen asianosaisen hyväksi, yhteisöjen tuomioistuin voi määrätä oikeudenkäyntikulut jaettaviksi asianosaisten kesken tai määrätä, että kukin vastaa omista kuluistaan.

118. Koska sekä komissio että Italian tasavalta ovat vaatineet vastapuolta korvaamaan oikeudenkäyntikulut ja koska ehdotan kanteen hyväksymistä osittain, kyseisen valtion on korvattava puolet komission oikeudenkäyntikuluista, ja komission on puolestaan korvattava puolet vastapuolen oikeudenkäyntikuluista.

119. Työjärjestyksen 69 artiklan 4 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaan jäsenvaltiot, jotka ovat asiassa väliintulijoina, vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan.

IX Ratkaisuehdotus

120. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

1) toteaa, että Italian tasavalta ei ole noudattanut EY 43 ja EY 49 artiklan mukaisia velvoitteitaan, koska se on antanut 11.2.1994 annetun lain nro 109 37 b §:n ja

37 c §:n 1 momentin; julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY, julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY mukaisia velvoitteitaan, koska se on antanut edellä mainitun lain nro 109/94 2 §:n 1 momentin; edellä mainitun direktiivin 93/37 mukaisia velvoitteitaan, koska se on pitänyt voimassa saman lain nro 109/94 2 §:n 5 momentin; eikä edellä mainittujen direktiivien 92/50 ja 93/38 mukaisia velvoitteitaan, koska se on säätänyt kyseisen lain nro 109/94 27 §:n 2 momentin ja 28 §:n 4 momentin

2) hylkää kanteen muilta osin

3) velvoittaa Italian tasavallan korvaamaan puolet komission oikeudenkäyntikuluista

4) velvoittaa komission korvaamaan puolet Italian tasavallan oikeudenkäyntikuluista

5) velvoittaa Suomen tasavallan ja Alankomaiden kuningaskunnan vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan.