YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)

15 päivänä lokakuuta 2009 *

Asiassa C-138/08,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Fővárosi Ítélőtábla (Unkari) on esittänyt 13.2.2008 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 7.4.2008, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Hochtief AG ja

Linde-Kca-Dresden GmbH

vastaan

Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,

* Oikeudenkäyntikieli: unkari.

Budapest Főváros Önkormányzatan

osallistuessa asian käsittelyyn,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: kolmannen jaoston puheenjohtaja K. Lenaerts, joka hoitaa neljännen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit R. Silva de Lapuerta (esittelevä tuomari), E. Juhász, G. Arestis ja T. von Danwitz,

julkisasiamies: P. Mengozzi,
kirjaaja: hallintovirkamies B. Fülöp,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 12.3.2009 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Hochtief AG ja Linde-Kca-Dresden GmbH, edustajinaan ügyvéd A. László ja ügyvéd E. Kiss,

– Budapest Főváros Önkormányzata, edustajinaan ügyvéd J. Molnár ja ügyvéd G. Birkás,

– Unkarin hallitus, asiamiehinään J. Fazekas, R. Somssich, K. Borvölgyi ja K. Mocsári-Gál,

– Tšekin hallitus, asiamiehenään M. Smolek,

– Italian hallitus, asiamiehenään I. Bruni, avustajanaan avvocato dello Stato S. Fiorentino,

– Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään D. Kukovec, A. Sipos, B. Simon ja M. Konstantinidis,

päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54), sellaisena kuin se on muutettuna 13.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY (EYVL L 328; jäljempänä direktiivi 93/37), 22 artiklan tulkintaa ja tämän direktiivin ja julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114) välillä siirtymävaiheessa olleita oikeudellisia suhteita.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Hochtief AG ja Linde-Kca-Dresden GmbH sekä Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (julkisia hankintoja käsittelevän neuvoston välityslautakunta, jäljempänä KTKD) ja jossa on kyse sellaisen julkisen hankintasopimuksen tekemisestä neuvottelumenettelyssä, johon liittyy hankintailmoitus.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön oikeus

3 Direktiivin 93/37 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Tässä direktiivissä

– –

g) ’neuvottelumenettelyllä’ tarkoitetaan menettelyjä, joissa hankintaviranomaiset ottavat yhteyttä valitsemiinsa urakoitsijoihin ja niistä yhden tai useamman kanssa neuvottelevat sopimuksen ehdoista

h) ’tarjoajalla’ tarkoitetaan tarjouksen jättävää urakoitsijaa; ’ehdokkaalla’ urakoitsijaa, joka pyytää kutsua osallistua rajoitettuun menettelyyn tai neuvottelumenettelyyn.”

4 Direktiivin 93/37 7 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaiset voivat seuraavissa tapauksissa noudattaa julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia tehdessään neuvottelumenettelyjä julkaistuaan ennalta sopimusta koskevan ilmoituksen ja valittuaan ehdokkaat tunnetuilla laadullisilla perusteilla:

a) avoimella tai rajoitetulla menettelyllä ei ole saatu sääntöjen mukaisia tarjouksia tai tarjouksia ei voida IV osaston säännösten mukaisten kansallisten säännösten mukaan hyväksyä, edellyttäen, että alkuperäisiä sopimusehtoja ei olennaisesti muuteta. Hankintaviranomaiset eivät julkaise sopimusta koskevaa ilmoitusta, jos ne sisällyttävät neuvottelumenettelyyn kaikki ne 24–29 artiklassa säädetyt edellytykset täyttävät yritykset, jotka ovat jättäneet aiemman avoimen menettelyn tai rajoitetun menettelyn aikana muotovaatimuksen mukaiset tarjoukset;

b) rakennustyöt tehdään vain tutkimusta, kokeilua tai kehittämistä varten eikä taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi taikka tutkimus- ja kehittämiskustannusten korvaamiseksi;

c) poikkeustapauksissa, kun rakennustöiden luonteen tai niihin liittyvien epävarmuustekijöiden vuoksi ei voida suorittaa yleistä ennakkohinnoittelua.”

5 Direktiivin 93/37 18 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Sopimukset on tehtävä tämän osaston 3 luvussa säädetyin perustein ottaen huomioon 19 artiklan säännökset sen jälkeen, kun hankintaviranomaiset ovat 26–29 artiklassa tarkoitetuin taloudellista, rahoituksellista ja teknistä suorituskykyä koskevin perustein tarkastaneet niiden urakoitsijoiden soveltuvuuden, joita ei ole 24 artiklan nojalla jätetty sopimuksen tekomenettelyn ulkopuolelle.”

6 Direktiivin 22 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Noudattaessaan rajoitettuja menettelyjä ja neuvottelumenettelyjä hankintaviranomaisten on valittava 24–29 artiklassa asetetut edellytykset täyttävien ehdokkaiden joukosta kunkin urakoitsijan henkilökohtaisesta asemasta saamiensa tietojen sekä niiden tietojen ja muodollisuuksien perusteella, jotka ovat tarpeen tälle asetettavien taloudellisten ja teknisten vähimmäisedellytysten täyttämisen arvioimiseksi, ne, joilta pyydetään tarjousta tai jotka kutsutaan neuvotteluihin.

2. Tehdessään sopimuksen rajoitettua menettelyä noudattaen hankintaviranomaiset voivat ennalta rajata suuruusluokaltaan niiden yritysten lukumäärän, joille tarjouspyyntö aiotaan esittää. Tämä lukumäärän suuruusluokka on mainittava sopimusta koskevassa ilmoituksessa. Lukumäärän suuruusluokka on määrättävä toteutettavan rakennusurakan luonteen mukaan. Suuruusluokan alarajan on oltava vähintään viisi. Suuruusluokan yläraja voi olla enintään 20.

Kaikissa tapauksissa tarjoamaan hyväksyttävien ehdokkaiden lukumäärän on oltava riittävän suuri todellisen kilpailun varmistamiseksi.

3. Tehdessään sopimuksen 7 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa neuvottelumenettelyä noudattaen hankintaviranomaisten on kelpuutettava neuvotteluun vähintään kolme ehdokasta, jos sopivia ehdokkaita on riittävästi.

4. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että hankintaviranomaiset ketään syrjimättä pyytävät tarjoukset asetetut edellytykset täyttäviltä muista jäsenvaltioista olevilta tarjoajilta samoilla edellytyksillä kuin kotimaisilta tarjoajilta.”

7 Direktiivin 2004/18 80 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on saatettava tämän direktiivin noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset voimaan viimeistään 31 päivänä tammikuuta 2006. Niiden on ilmoitettava tästä komissiolle viipymättä.

– –”

8 Mainitun direktiivin 82 artiklassa säädetään otsikon ”Kumoaminen” alla seuraavaa:

”Kumotaan direktiivi 92/50/ETY, lukuun ottamatta sen 41 artiklaa, sekä direktiivit 93/36/ETY ja 93/37/ETY 80 artiklassa säädetystä päivästä alkaen – – sanotun kuitenkaan rajoittamatta liitteessä XI olevia kansallisen lainsäädännön osaksi saattamisen ja soveltamisen määräaikoja koskevia jäsenvaltioiden velvoitteita.

Viittauksia kumottuihin direktiiveihin pidetään viittauksina tähän direktiiviin liitteessä XII olevan vastaavuustaulukon mukaisesti.”

9 Direktiivi 2004/18 tuli voimaan 30.4.2004.

Kansallinen lainsäädäntö

10 Direktiivi 93/37 on saatettu voimaan Unkarin oikeusjärjestyksessä julkisista hankinnoista vuonna 2003 annetulla lailla CXXIX (a közbeszerzésekről szóló 2003 évi CXXIX. Törvény; Magyar Közlöny 2003/157; jäljempänä Kbt).

11 Neuvottelumenettelyyn, johon liittyy hankintailmoitus, sovellettavassa Kbt:n 130 §:n 1, 2 ja 7 momentissa säädetään seuraavaa:

”1) Hankintaviranomaisen on tässä menettelyssä määritettävä tarjoajien lukumäärä tai niiden vähimmäis- ja enimmäismäärä [vaihteluväli], ja tämän jälkeen esitettävä tarjouspyyntö pätevän ehdokkuuden esittäneille sopiville ehdokkaille, joiden lukumäärä saa olla enintään säädetyn enimmäismäärän suuruinen tai joita on ainakin oltava riittävä määrä.

2) Ehdokkaiden lukumäärän ja tämän vaihteluvälin alarajan on oltava vähintään kolme. Tämä lukumäärä tai tämän vaihteluvälin vähimmäis- ja enimmäismäärä on määritettävä suhteessa hankinnan kohteeseen, ja sillä on taattava todellinen kilpailu kaikissa olosuhteissa.

– –

7) Hankintaviranomaisen on samanaikaisesti, välittömästi ja kirjallisesti kehotettava valittuja tarjoajia, joiden lukumäärä on – jos se sopivina pidettävien ehdokkaiden lukumäärään nähden on mahdollista – vahvistetun vaihteluvälin mukainen – ottaen huomioon niiden rahoitukselliset ja taloudelliset voimavarat sekä sen, täyttävätkö ne tekniset ja ammatilliset vaatimukset –, esittämään tarjouksen. Jos hankintaviranomainen ei ole rajoittanut ehdokasmäärää tai tämän vaihteluväliä, sillä on velvollisuus pyytää tarjous kaikilta sopivilta ehdokkailta. Ehdokkaat, joita on kehotettu esittämään tarjous, eivät voi esittää yhteistä tarjousta."

12 Direktiiviä 2004/18 ei pääasian tosiseikkojen tapahtuessa ollut vielä saatettu osaksi Unkarin oikeusjärjestystä.

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

13 Pääasian riita liittyy yhteisön kynnysarvon ylittävän, julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekemiseen neuvottelumenettelyssä. Asianosaisina siinä on kaksi Saksaan sijoittautunutta kauppayhtiötä, Hochtief AG ja Linde-Kca-Dresden GmbH sekä KTKD. Tämän hankinnan hankintaviranomainen, jona on Budapest Főváros Önkormányzata (Budapestin kaupunginhallitus), esiintyy tässä riidassa KTKD:n vaatimuksia tukevana väliintulijana.

14 Budapest Főváros Önkormányzata julkaisi 5.2.2005 Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoituksen, jossa se kehotti asiasta kiinnostuneita osallistumaan pääasiassa kyseessä olevaan hankintamenettelyyn. Tarjoukset voitiin pyytää vähintään kolmelta ja enintään viideltä ehdokkaalta.

15 Ehdokkuuksien esittämiselle asetetun määräajan päättymiseen mennessä ilmoittautui viisi ehdokasta, joiden joukossa oli kantajien muodostama konsortio. Budapest Főváros Önkormányzata otti huomioon näin esitetyt ehdokkuudet ja sulki tämän konsortion ehdokkuuden menettelyn ulkopuolelle jättämällä sen ”yhteensoveltumattomana” tutkimatta, ja se päätti jatkaa menettelyä kahden muun ”sopivana” pitämänsä ehdokkaan kanssa ja esitti niille tarjouspyynnön.

16 Pääasian kantajat valittivat Budapest Főváros Önkormányzatan päätöksestä KTKD:hen ja väittivät muun muassa Kbt:n 130 §:ssä säädettävän, että jos sopivien ehdokkaiden lukumäärä ei saavuta säädettyä vähimmäismäärää, menettelyä ei voida jatkaa. KTKD hylkäsi tämän kanteen.

17 Pääasian kantajat hakivat tämän jälkeen muutosta KTKD:n päätökseen, ja ne perustivat muutoksenhakunsa muun muassa direktiivin 93/37 22 artiklan 2 ja 3 kohtaan. Asiaa ensimmäisenä asteena käsitelleen tuomioistuimenkin hylättyä pääasian kantajien muutoksenhaun ne valittivat ennakkoratkaisua pyytävään tuomioistuimeen.

18 Tässä tilanteessa Fővárosi Ítélőtábla päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Sovelletaanko direktiivin 2004/18 – – 44 artiklan 3 kohtaa, jolla korvataan – – direktiivin 93/37 – – 22 artikla, jos julkinen hankintamenettely on alkanut ajankohtana, jona direktiivi 2004/18 – – oli kylläkin jo tullut voimaan, mutta jona sen täytäntöönpanolle asetettu määräaika ei ollut päättynyt, mistä syystä sitä ei vielä ollut saatettu osaksi kansallista oikeusjärjestystä?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, kysytään edelleen, onko direktiivin 2004/18 – – 44 artiklan 3 kohta, jossa säädetään, että ’joka tapauksessa niiden ehdokkaiden lukumäärän, joille aiotaan esittää tarjous- tai neuvottelu-

pyyntö, on oltava riittävä, jotta varmistetaan todellinen kilpailu', ymmärrettävä siten, että sopivia ehdokkaita neuvottelumenettelyissä, joihin liittyy hankintailmoitus, on tarjousmenettelyn toisessa vaiheessa edelleen oltava tietty vähimmäismäärä (kolme)?

3) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi, yhteisöjen tuomioistuimelta kysytään, onko – – direktiivin 93/37 – – 22 artiklan 3 kohdassa asetettu edellytys, jonka mukaan sopivia ehdokkaita on oltava riittävä määrä, ymmärrettävä siten, että jollei sopivien ehdokkaiden vähimmäismäärää (kolme) saavuteta, menettelyä ei voida jatkaa pyytämällä tarjoukset?

4) Jos yhteisöjen tuomioistuin vastaa kolmanteen kysymykseen kieltävästi, siltä kysytään edelleen, sovelletaanko direktiivin 93/37 – – 22 artiklan 2 kohdan toista alakohtaa, jolla on erityinen asema rajoitettuja menettelyjä koskevien sääntöjen joukossa ja jossa säädetään, että 'joka tapauksessa tarjoamaan hyväksyttävien ehdokkaiden lukumäärän on oltava riittävän suuri todellisen kilpailun varmistamiseksi' 3 kohdassa tarkoitettuun, kaksivaiheiseen neuvottelumenettelyyn?"

Ennakkoratkaisukysymykset

Alustavia huomautuksia

19 Pääasian kantajien mukaan ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen olisi pitänyt lisätä esittämiinsä kysymyksiin toinen kysymys, joka koskee sitä, ettei Unkarin lainsäädännössä noudateta yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteita eikä suhteellisuusperiaatetta, koska tuossa lainsäädännössä suljetaan automaattisesti julkisten hankintasopimusten tekomenettelyjen ulkopuolelle ne henkilöt tai yritykset, jotka ovat osallistuneet hankinnan valmistelutöihin ilman että niille olisi annettu mahdollisuutta todistaa, ettei kilpailu vaarannu. Näiden kantajien mukaan muiden jäsenvaltioiden kansallisessa oikeudessa säädettyjä vastaavia toimenpiteitä on yhdis-

tetyissä asioissa C-21/03 ja C-34/03, Fabricom, 3.3.2005 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-1559) ja asiassa C-213/07, Michaniki, 16.12.2008 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-9999) pidetty yhteensoveltumattomina yhteisön oikeuden kanssa.

20 Tältä osin on huomautettava, että EY 234 artiklan mukaisessa yhteisöjen tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten välisessä yhteistyössä yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on sen käsiteltävänä olevan asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta (ks. mm. asia C-306/99, BIAO, tuomio 7.1.2003, Kok., s. I-1, 88 kohta; asia C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, tuomio 14.12.2006, Kok., s. I-11987, 16 kohta ja asia C-260/07, Pedro IV Servicios, tuomio 2.4.2009, Kok., s. I-2437, 28 kohta).

21 Yksin kansallisen tuomioistuimen kuuluu siis päättää yhteisöjen tuomioistuimelle esitettävistä kysymyksistä, eivätkä asianosaiset voi muuttaa niiden sisältöä (ks. mm. asia 44/65, Singer, tuomio 9.12.1965, Kok., s. 1191 ja 1198; asia C-412/96, Kainuun Liikenne ja Pohjolan Liikenne, tuomio 17.9.1998, Kok., s. I-5141, 23 kohta ja asia C-402/98, ATB ym., tuomio 6.7.2000, Kok., s. I-5501, 29 kohta).

22 Ennakkoratkaisukysymysten aineellinen muuttaminen tai vastaaminen pääasian kantajien huomautuksissa mainittuihin lisäkysymyksiin olisi lisäksi yhteensopimatonta yhteisöjen tuomioistuimelle EY 234 artiklassa annetun tehtävän samoin kuin sen velvollisuuden kanssa, joka yhteisöjen tuomioistuimella on sen varmistamiseksi, että jäsenvaltioiden hallituksille ja muille, joita asia koskee, annetaan mahdollisuus esittää huomautuksensa yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 23 artiklan mukaisesti, kun otetaan huomioon se seikka, että tämän määräyksen mukaan ainoastaan ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevat päätökset annetaan tiedoksi asianomaisille tahoille (ks. vastaavasti mm. yhdistetyt asiat 141/81–143/81, Holdijk, tuomio 1.4.1982, Kok., s. 1299, Kok. Ep. VI, s. 379, 6 kohta; asia C-178/95, Wiljo, tuomio 30.1.1997, Kok., s. I-585, 30 kohta; asia C-352/95, Phytheron International, tuomio 20.3.1997, Kok., s. I-1729, 14 kohta ja em. asia Kainuun Liikenne ja Pohjolan Liikenne, tuomion 24 kohta).

23 Koska kansallinen tuomioistuin ei ole myöntänyt, että kysymys pääasian kantajien jättämistä kyseisen julkisen hankintasopimuksen tekomenettelyn ulkopuolelle koskevista perusteluista tai olosuhteista olisi tarpeellinen tai merkityksellinen, yhteisöjen tuomioistuin ei voi sitä tarkastella.

Ensimmäinen kysymys

24 Kansallinen tuomioistuin tiedustelee ensimmäisessä kysymyksessään pääasiallisesti, sovelletaanko direktiiviä 2004/18 sellaisessa julkisen hankintasopimuksen tekomenettelyssä, joka on aloitettu tämän direktiivin voimaantulon jälkeen mutta ennen sen täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä, joten kyseistä direktiiviä ei vielä ollut saatettu osaksi kansallista oikeusjärjestystä.

25 Aluksi on syytä todeta, ettei jäsenvaltioita voida ennen direktiivin täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä moittia siitä, etteivät ne ole vielä saattaneet direktiiviä osaksi kansallista oikeusjärjestystään (ks. asia C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, tuomio 18.12.1997, Kok., s. I-7411, 43 kohta ja asia C-212/04, Adeneler ym., tuomio 4.7.2006, Kok., s. I-6057, 114 kohta).

26 Pääasiassa kyseessä olevaa julkisen hankintasopimuksen tekomenettelyä aloitettaessa direktiiviä 2004/18 ei ollut saatettu osaksi Unkarin kansallista oikeusjärjestystä, sillä sen täytäntöönpanolle asetettu määräaika ei vielä ollut päättynyt, joten tuossa menettelyvaiheessa sovellettiin edelleen direktiiviä 93/37.

27 Koska pääasiassa kyseessä oleva menettely oli yhä vireillä direktiivin 2004/18 täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättyessä, herää myös kysymys siitä, voidaanko tätä direktiiviä mahdollisesti soveltaa pääasiassa.

28 Unkarin hallituksen istunnossa tästä antamista tiedoista ilmenee, että hankintaviranomaisen päätös sivuuttaa pääasian kantajien muodostaman konsortiumin ehdotus ja jatkaa menettelyä sopivana pidetyn kahden ehdokkaan kanssa tehtiin ennen direktiivin 2004/18 täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä.

29 Näin ollen olisi vastoin oikeusvarmuuden periaatetta määrittää pääasiassa sovellettava oikeus käyttämällä hankintamenettelyn ratkaisemisen ajankohtaa, vaikka se päätös, jolla pääasiassa väitetään rikottavan yhteisön oikeutta, on tehty ennen tämän tuomion edellisessä kohdassa tarkoitettua ajankohtaa (ks. analogisesti asia C-337/98, komissio v. Ranska, tuomio 5.10.2000, Kok., s. I-8377, 40 kohta).

30 Tämän perusteella ensimmäiseen kysymykseen on vastattava, että direktiiviä 2004/18 ei voida soveltaa hankintaviranomaisen julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekomenettelyssä tekemään päätökseen ennen tämän direktiivin täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä.

Toinen kysymys

31 Kun otetaan huomioon ensimmäiseen kysymykseen annettu vastaus, toiseen kysymykseen ei ole tarpeen vastata.

Kolmas kysymys

32 Kansallinen tuomioistuin kysyy kolmannessa kysymyksessään pääasiallisesti, onko direktiivin 93/37 22 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, ettei julkisen hankintasopimuksen tekemistä neuvottelumenettelyssä voida jatkaa, jollei sopivien ehdokkaiden lukumäärä ole riittävä tässä säännöksessä vahvistetun vähimmäismäärän, joka on kolme ehdokasta, saavuttamiseksi.

33 Tästä on syytä muistuttaa, että direktiivi 93/97 sisältää menettelyn kulkua koskevia säännöksiä.

34 Direktiivin 93/37 18 artiklassa säädetään julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelylle ainakin kaksi eri vaihetta, joita ovat yhtäältä tarjoajien tai ehdokkaiden mahdollinen jättäminen 24 artiklan nojalla sopimuksen tekomenettelyn ulkopuolelle ja 26–29 artiklassa tarkoitetuin ja kyseistä menettelyä varten säädetyin, taloudellista, rahoituksellista ja teknistä suorituskykyä koskevin perustein tapahtuva niiden tarjoajien tai urakoitsijoiden soveltuvuuden tarkastaminen, joita ei ole jätetty sopimuksen tekomenettelyn ulkopuolelle, ja toisaalta sopimuksen tekeminen kyseistä menettelyä koskevien arviointiperusteiden, mukaan lukien saman direktiivin liitteessä IV olevassa 3 luvussa säädetyt perusteet, nojalla ja ottaen huomioon viimeksi mainitun 19 artiklan säännökset.

35 Neuvottelumenettelyssä edellä mainitun ensimmäisen vaiheen ja hankintamenettelyn ratkaisemisvaiheen välillä on hankintaviranomaisen ja niiden ehdokkaiden välinen neuvotteluvaihe, jotka on kelpuutettu neuvotteluihin.

36 Direktiivin 93/37 22 artiklan 3 kohdassa säädetään, että kun sopimus tehdään neuvottelumenettelyä noudattaen, hankintaviranomaisten on kelpuutettava neuvotteluun vähintään kolme ehdokasta edellyttäen, että sopivia ehdokkaita on riittävä määrä.

37 Tuon säännöksen sanamuodosta siis ilmenee, että hankintaviranomaisten on ainakin noudatettava neuvotteluun kelpuutettujen ehdokkaiden suhteen säännöksiä säädettyä vähimmäismäärää, jos sopivien ehdokkaiden lukumäärä sen sallii.

38 Tästä on todettava, että direktiivin 93/37 22 artiklan 3 kohdassa tarkoitettuna ”sopivana ehdokkaana” on pidettävä jokaista urakoitsijaa, joka on pyytänyt kutsua osallistua kyseiseen menettelyyn ja joka tämän direktiivin 24–29 artiklassa vaaditut edellytykset täyttävien ehdokkaiden joukossa täyttää tätä menettelyä varten vahvistetut taloudelliset ja tekniset edellytykset.

39 ”Ehdokas” määritellään direktiivin 93/37 1 artiklan h alakohdassa urakoitsijaksi, joka on pyytänyt kutsua osallistua rajoitettuun menettelyyn tai neuvottelumenettelyyn.

40 Direktiivin 93/37 22 artiklan 1 kohdassa säädetään, että noudattaessaan neuvottelumenettelyjä hankintaviranomaisten on valittava kyseisen direktiivin 24–29 artiklassa asetetut edellytykset täyttävien ehdokkaiden joukosta kunkin urakoitsijan henkilökohtaisesta asemasta saamiensa tietojen sekä niiden tietojen ja muodollisuuksien perusteella, jotka ovat tarpeen tälle asetettavien taloudellisten ja teknisten vähimmäisedellytysten täyttämisen arvioimiseksi, ne, joilta pyydetään tarjousta tai jotka kutsutaan neuvotteluihin.

41 Tästä seuraa, että direktiivin 93/37 22 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että kun hankintasopimus tehdään neuvottelumenettelyssä, neuvotteluihin hyväksyttyjen ehdokkaiden lukumäärä ei saa alittaa kolmea edellyttäen, että sellaisia urakoitsijoita, jotka ovat pyytäneet kutsua osallistua kyseiseen menettelyyn ja jotka tämän direktiivin 24–29 artiklassa vaaditut edellytykset täyttävien ehdokkaiden joukossa täyttävät tätä menettelyä varten vahvistetut taloudelliset ja tekniset edellytykset, on riittävä määrä.

42 Silloin kun hankintasopimus tehdään neuvottelumenettelyssä ja kun sopivien ehdokkaiden lukumäärä ei saavuta tälle menettelylle asetettua vähimmäismäärää, joka ei voi olla kolmea pienempi, hankintaviranomainen voi kuitenkin jatkaa menettelyä kutsumalla sopivan ehdokkaan tai sopivat ehdokkaat neuvottelemaan hankintasopimuksen ehdoista.

43 Kuten komissio on aivan oikein todennut, jos asia olisi toisin, hankintaviranomaisen toteamaa ja määrittelemää sosiaalista tarvetta, jonka viimeksi mainittu aikoi tyydyttää kyseisellä hankintasopimuksella, ei voitaisi tyydyttää – ei sopivien ehdokkaiden puuttumisen vaan sen vuoksi, että niiden lukumäärä olisi kyseistä vähimmäismäärää pienempi.

44 Kun otetaan huomioon edellä lausuttu, kolmanteen kysymykseen on vastattava, että direktiivin 93/37 22 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että silloin kun hankintasopimus tehdään neuvottelumenettelyssä ja kun sopivien ehdokkaiden lukumäärä ei saavuta tälle menettelylle asetettua vähimmäismäärää, hankintaviranomainen voi silti jatkaa menettelyä kutsumalla sopivan ehdokkaan tai sopivat ehdokkaat neuvottelemaan hankintasopimuksen ehdoista.

Neljäs kysymys

45 Kansallinen tuomioistuin kysyy neljännessä kysymyksessään, sovelletaanko direktiivin 93/37 22 artiklan 2 kohdan toista alakohtaa silloin, kun julkista rakennusurakkaa koskeva sopimus tehdään neuvottelumenettelyssä.

46 Tästä on todettava, että direktiivin 93/37 22 artiklan sisäinen rakenne osoittaa, että tämän artiklan 2 kohdan toisessa alakohdassa viitataan vain rajoitetussa menettelyssä tehtyihin hankintasopimuksiin.

47 On kuitenkin syytä tuoda esille, että direktiivin 93/37 kymmenennen perustelukappaleen mukaan direktiivin tavoitteena on todellisen kilpailun kehittyminen julkisten rakennusurakoiden alalla (ks. asia C-27/98, Fracasso ja Leitschutz, tuomio 16.9.1999, Kok., s. I-5697, 26 kohta; yhdistetyt asiat C-285/99 ja C-286/99, Lombardini ja Mantovani, tuomio 27.11.2001, Kok., s. I-9233, 34 kohta; asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002, Kok., s. I-11617, 89 kohta ja asia C-247/02, Sintesi, tuomio 7.10.2004, Kok., s. I-9215, 35 kohta).

48 Tehokkaan kilpailun kehittymisen tavoitteen saavuttamiseksi direktiivillä 93/37 pyritään järjestämään tarjouskilpailujen ratkaiseminen siten, että hankintaviranomainen kykenee vertaamaan eri tarjouksia ja valitsemaan niistä edullisimman objektiivisten kriteerien avulla (em. asia Fracasso ja Leitschutz, tuomion 31 kohta ja em. asia Sintesi, tuomion 37 kohta).

49 Tästä seuraa, että kun direktiivin 93/37 22 artiklan 2 kohdan toisessa alakohdassa säädetään, kun hankintaviranomaiset tekevät sopimuksen rajoitettua menettelyä noudattaen, että tarjoamaan hyväksyttävien ehdokkaiden lukumäärän on joka tapauksessa oltava riittävän suuri todellisen kilpailun varmistamiseksi, siinä vain toistetaan nimenomaisesti yksi kyseisen direktiivin yleisistä tavoitteista (ks. vastaavasti em. asia Sintesi, tuomion 36 kohta).

50 Tästä seuraa, että vaikka direktiivi 93/37 ei sisälläkään sen 22 artiklan 2 kohdan toisen alakohdan kanssa analogista säännöstä neuvottelumenettelyjen osalta, hankintaviranomaisen, joka käyttää tällaista menettelyä kyseisen direktiivin 7 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa, on silti varmistettava todellinen kilpailu.

51 Tästä on aivan aluksi todettava, että näissä tapauksissa neuvottelumenettelyn käyttämisen edellytyksenä on se, että ennakolta julkaistaan hankintailmoitus ehdokkuuksien saamiseksi. Kuten tämän tuomion 14 kohdassa on todettu, pääasiassa on menetelty näin.

52 Tämän jälkeen on todettava, että direktiivin 93/37 22 artiklan 3 kohdassa säädetään, että hankintaviranomaisen on hankintasopimuksen neuvotteluvaiheessa kutsuttava riittävä määrä ehdokkaita osallistumaan tähän vaiheeseen. Päätettäessä, onko tämä määrä riittävä varmistamaan todellisen kilpailun vai ei, on otettava huomioon kyseisen hankintasopimuksen ominaispiirteet ja tarkoitus.

53 Jos tällaisessa menettelyssä sopivien ehdokkaiden lukumäärä ei saavuta tälle menettelylle vahvistettua vähimmäismäärää – joka direktiivin 93/37 mukaan ei voi olla vähempää kuin kolme –, on todettava, että kunhan tälle menettelylle ominaiset taloudelliset ja tekniset edellytykset on asianmukaisesti vahvistettu ja niitä on asianmukaisesti sovellettu, hankintaviranomainen on joka tapauksessa varmistanut todellisen kilpailun.

54 Kaikesta edellä todetusta seuraa, että neljänteen kysymykseen on vastattava, että direktiiviä 93/37 on tulkittava siten, että hankintaviranomainen on noudattanut velvollisuuttaan todellisen kilpailun varmistamiseen, kun se käyttää neuvottelumenettelyä kyseisen direktiivin 7 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa.

Oikeudenkäyntikulut

55 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä yhteisöjen tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla yhteisöjen tuomioistuin (neljäs jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

1) **Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2004/18/EY ei voida soveltaa hankintaviranomaisen julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekomenettelyssä tekemään päätökseen ennen tämän direktiivin täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä.**

2) **Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna 13.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY, 22 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että silloin kun hankintasopimus tehdään neuvottelumenettelyssä ja kun sopivien ehdokkaiden lukumäärä ei saavuta tälle menettelylle asetettua vähimmäismäärää, hankintaviranomainen voi silti jatkaa menettelyä kutsumalla sopivan ehdokkaan tai sopivat ehdokkaat neuvottelemaan hankintasopimuksen ehdoista.**

3) **Direktiiviä 93/37, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 97/52, on tulkittava siten, että hankintaviranomainen on noudattanut velvollisuuttaan todellisen kilpailun varmistamiseen, kun se käyttää neuvottelumenettelyä kyseisen direktiivin 7 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa.**

Allekirjoitukset