

## JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

CHRISTINE STIX-HACKL

12 päivänä huhtikuuta 2005<sup>1</sup>

### I Johdanto

lainsäädäntötoimet (jäljempänä direktiivit), jotka on sittemmin korvattu uusilla direktiiveillä (ns. lainsäädäntöpaketti):

1. Tämä ennakkoratkaisumenettely koskee primäärioikeuden merkitystä julkisten hankintojen alalla. Erityisesti on pohdittava, mitä velvoitteita perusvapauksista aiheutuu hankintaviranomaisille. Tässä oikeudenkäynnissä on siten samalla tilaisuus konkretisoida tarkemmin yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä ja erityisesti asiassa *Tel-austria* annettua tuomiota.<sup>2</sup>

- ns. perinteisistä direktiiveistä julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY<sup>3</sup> (jäljempänä palveludirektiivi) sekä

### II Asiaa koskeva lainsäädäntö

#### A Yhteisön oikeus

2. Johdetusta yhteisön oikeudesta julkisten hankintojen alalla on mainittava seuraavat

- vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoinnin alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi 93/38/ETY<sup>4</sup> (jäljempänä sektoridirektiivi).

<sup>1</sup> — Alkuperäinen kieli: saksa.

<sup>2</sup> — Asia C-324/98, *Tel-austria* ja *Telefonadress*, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-10745).

<sup>3</sup> — EYVL L 209, s. 1, sellaisena kuin se on muutettuna.

<sup>4</sup> — EYVL L 199, s. 84, sellaisena kuin se on muutettuna.

*B Kansallinen lainsäädäntö*

3. Alueellisesta itsehallinnosta 8.6.1990 annetun lain nro 142<sup>5</sup> 22 §:n 3 momentissa annettiin kunnille ja maakunnille mahdollisuus hoitaa toimivaltaansa kuuluvat paikalliset julkiset hankinnat jollain kyseisen momentin a–e kohdassa mainituista tavoista:

- a) alueellisena yhtiönä, mikäli laitoksen tai yrityksen perustaminen ei tehtävän vähäisyyden tai erityispiirteiden vuoksi ole asianmukaista;
- b) tekemällä sopimuksen ("concessione") kolmansien osapuolten kanssa, mikäli tekniset, taloudelliset tai sosiaaliset perusteet puoltavat tätä;
- c) erityisyrittysten avulla, myös useampien taloudellisten ja kaupallisten tehtävien hoitamista varten;
- d) laitosten avulla sellaisten sosiaalisten tehtävien hoitamiseksi, joihin ei liity kaupallista intressiä;

- e) sellaisten osakeyhtiöiden tai rajavastuuyhtiöiden avulla, joiden pääomasta julkisyhteisöllä on enemmistöosuus tai jonka julkista palvelua hoitava laitos perustaa taikka jossa tämä laitos on osakkaana.

**III Tosiseikasto, pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisukysymys**

4. Consorzio Aziende Metano (jäljempänä Co.Na.Me.) teki Cingia de' Bottin kunnan kanssa ajanjaksoksi 1.1.1999–31.12.2000 sopimuksen "metaanikaasuverkon ylläpidosta, hoidosta ja valvonnasta".

5. Cingia de' Bottin kunta ilmoitti Co.Na.Me.lle 30.12.1999 päivätyllä kirjeellä, että kunnanhallitus oli 21.12.1999 tekemälään päätöksellä hyväksynyt "Padania Acque SpA:n kanssa kaasun jakelulaitosten hoitamisesta ja ylläpidosta tehdyn sopimuksen". Samalla päätöksellä hyväksyttiin myös Padania Acque SpA:n (jäljempänä Padania) ja Cingia de' Bottin kunnan välinen sopimusluonnos.

6. Padania on yritys, jossa valtio on enemmistöosakkaana ja joka perustettiin siinä yhteydessä, kun aikaisempi Consorzio per l'acqua potabile (juomavesikonsortio) luovutettiin Cremonan maakunnan kunnille.

5 — GURI nro 135, 12.6.1990. Tämä säädös muutettiin laiksi 18.8.2000 annetun Decreto legislativo nro 267 113 §:llä. Tätä säännöstä muutettiin myöhemmin 28.12.2001 annetun lain nro 448 (vuoden 2002 legge finanziaria) 35 §:n 1 momentilla.

Lähes kaikki maakunnan kunnat ovat siinä osakkaina, mukaan lukien Cingia de' Bottin kunta, jolla on 0,97 prosentin osuus sen osakepääomasta, samoin kuin Cremonan maakunta.

pääomasta kunta omistaa sellaisen osan, ettei sillä ole mahdollisuutta yritysjohdon välittömään valvontaan, ja kun näin ollen on todettava, kuten nyt esillä olevassa asiassa, että osuuden ollessa 0,97 prosenttia talonsäisen hankinnan edellytykset eivät täyty?"

7. Yrityksen omistussuhteiden vuoksi riidanalaisista palveluista tehtiin sopimus suoraan lain nro 142 22 §:n 3 momentin e kohdan mukaisesti.

#### IV Tutkittavaksi ottaminen

9. Nyt käsiteltävä ennakkoratkaisupyyntö herättää useita tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymiseen liittyviä kysymyksiä.

8. Co.Na.Me. valitti Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Bresciaan ja vaati erityisesti kunnan päätöksen kumoamista. T.A.R. on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

A EY 81 artikla

"Onko EY 43, EY 49 ja EY 81 artiklaa, joilla kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltioiden kansalaisten vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle ja tarjota palveluja yhteisössä, sekä yritysten kauppatavat ja menettelytavat, jotka ovat omiaan estämään, rajoittamaan tai vääristämään kilpailua Euroopan unionissa, tulkittava siten, että on niiden vastaista, jos kaasunjakelua koskeva julkinen palveluhankintasopimus tehdään tarjouskilpailumenettelyä toimittamatta suoraan sellaisen yrityksen kanssa, jonka yhtiö-

10. Ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymistä voidaan epäillä EY 81 artiklan kannalta.

11. Kuten yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, kansallisen tuomioistuimen on ainakin ilmoitettava täsmällisesti ne syyt, joiden perusteella se on päättänyt pyytää yhteisön oikeuden tulkintaa ja päätyttyä siihen, että ennakkoratkaisun

esittäminen yhteisöjen tuomioistuimelle on tarpeellista.<sup>6</sup> Yhteisöjen tuomioistuin on esimerkiksi todennut, että on välttämätöntä, että kansallinen tuomioistuin antaa edes vähäisen selostuksen niistä syistä, joiden perusteella se on valinnut ne yhteisön oikeuden säännökset tai määräykset, joiden tulkintaa se pyytää, sekä siitä yhteydestä, jonka se katsoo vallitsevan näiden säännösten tai määräysten ja käsillä olevassa asiassa sovellettavan kansallisen lainsäädännön välillä.<sup>7</sup>

12. Tämän lisäksi yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että se ei ole toimivaltainen vastaamaan ennakkoratkaisukysymyksiin, mikäli on ilmeistä, että yhteisön oikeuden tulkittamisella, jota kansallinen tuomioistuin on pyytänyt, ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen.<sup>8</sup>

13. Näiden yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymiselle asetettujen vaatimusten osalta on todettava, että ennakkoratkaisupyynnössä esitetyt viittaukset EY 81 artiklaan rajoittuvat sen sanamuodosta riippumatta siihen, että vapaa kilpailu on yhteisön oikeuden yleisperiaate ja että siihen puuttuminen on aivan

erityinen poikkeustapaus, joka voidaan sallia vain tiettyjen edellytysten täytyessä.

14. Ennakkoratkaisupyynnö ei kuitenkaan tällä tavoin täytä edellä mainitussa oikeuskäytännössä yhteisön oikeussäännön tulkintapyynnön perustelemiselle asetettuja vaatimuksia.

15. Lisäksi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ennakkoratkaisukysymykset voidaan tutkia vain siltä osin kuin ennakkoratkaisupyynnössä esitetään riittävät tiedot pääasian oikeudenkäyntiin liittyvästä tosiseikastosta.<sup>9</sup>

16. Kilpailuoikeudessa, johon myös kartellikieltoa koskeva EY 81 artikla kuuluu, on tässä yhteydessä sovellettava erityisen ankaraa arviointiperustetta.<sup>10</sup>

17. Ennakkoratkaisupyynnö ei täytä myöskään tosiseikkojen esittämistä koskevia vaatimuksia EY 81 artiklan osalta. Ennakkoratkaisupyynnöstä puuttuvat erityisesti tiedot asianomaisista yrityksistä ja menettelytaavoista, jotka kansallisen tuomioistuimen mielestä kuuluvat EY 81 artiklan soveltamisalaan.

6 — Asia C-54/03, Austroplant-Arzneimittel, määräys 12.3.2004, 11 kohta (ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa); asia C-101/96, Italia Testa, määräys 25.6.1996 (Kok. 1996, s. I-3081, 6 kohta); yhdistetyt asiat C-128/97 ja C-137/97, Testa ja Modesti, määräys 30.4.1998 (Kok. 1998, s. I-2181, 15 kohta) ja asia C-9/98, Agostini, määräys 8.7.1998 (Kok. 1998, s. I-4261, 6 kohta).

7 — Edellä alaviiteessä 6 mainittu asia Austroplant-Arzneimittel, määräyksen 11 kohta; asia C-167/94, Grau Gomis ym., määräys 7.4.1995 (Kok. 1995, s. I-1023, 9 kohta) ja asia C-116/00, Laguillaumie, määräys 28.6.2000 (Kok. 2000, s. I-4979, 16 kohta).

8 — Edellä alaviiteessä 6 mainittu asia Austroplant-Arzneimittel, määräyksen 12 kohta sekä asia C-379/98, PreussenElektra, tuomio 13.3.2001 (Kok. 2001, s. I-2099, 39 kohta) ja asia C-390/99, Canal Satélite Digital, tuomio 22.1.2002 (Kok. 2002, s. I-607, 19 kohta).

9 — Yhdistetyt asiat C-320/90, C-321/90 ja C-322/90, Telemarsicabruzzo ym., tuomio 26.1.1993 (Kok. 1993, s. I-393, Kok. Ep. XIV, s. I-1, 6 kohta) ja asia C-157/92, Banchemo, määräys 19.3.1993 (Kok. 1993, s. I-1085, 4 kohta); edellä alaviiteessä 6 mainitut yhdistetyt asiat Testa ja Modesti, määräyksen 5 kohta; alaviiteessä 6 mainittu asia Agostini, määräyksen 4 kohta ja alaviiteessä 6 mainittu asia Austroplant-Arzneimittel, määräyksen 10 kohta.

10 — Asia C-176/96, Lehtonen ja Castors, tuomio 13.4.2000 (Kok. 2000, s. I-2681, 22 kohta) sekä edellä alaviiteessä 9 mainittu asia Banchemo, määräyksen 5 kohta; alaviiteessä 7 mainittu asia Laguillaumie, määräyksen 19 kohta ja yhdistetyt asiat C-438/03, C-439/03, C-509/03 ja C-2/04, Antonio Cannito, määräys 11.2.2004 (Kok. 2004, s. I-1605, 6 kohta).

18. Ennakkoratkaisupyynnön ei näin ollen täydy ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottamiselle asetettuja edellytyksiä EY 81 artiklan osalta.

## B Perusvapaudet

19. Ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymistä koskevia ongelmia ilmenee kuitenkin myös edellä mainittujen perusvapauksien (EY 43 ja EY 49 artikla) osalta.

20. Yhteisöjen tuomioistuin totesi esimerkiksi samasta jäsenvaltiosta ja niinkään julkisten hankintojen osalta esitetyn ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamisen edellytysten jäävän täyttymättä, koska siinä yrityksellä, joka epäili kunnan tekemän valinnan lainmukaisuutta, oli kotipaikka Italiassa eikä sen toiminta Italiassa perustunut sijoittautumisvapauden tai palvelujen tarjoamisen vapauden käyttämiseen. Yhteisöjen tuomioistuin teki sen päätelmän, että asiassa ei näin ollen ollut minkäänlaista liittymäkoh-  
taa yhteisön oikeudessa säännelyihin henkilöiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskeviin tilanteisiin. Kun asiassa kaikki osatekijät rajoittuvat kuitenkin yhteen jäsenvaltioon, minkä vuoksi asiassa ei ole minkäänlaista liittymäkoh-  
taa yhteisön oikeudessa säännelyihin henkilöiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskeviin tilanteisiin,

perusvapauksia ei voida soveltaa. Yhteisöjen tuomioistuin teki tämän päätelmän asiassa R.I.S.A.N.<sup>11</sup>

21. Yhteisöjen tuomioistuin on tosin myös katsonut ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttyneen ja antanut vastauksessaan viitteitä primäärioikeuden tulkinnasta ja soveltamisesta, vaikka kyseessä ovat olleet niin ikään täysin valtion-sisäiset tosiseikat.<sup>12</sup> Julkisten hankintojen alalta on tässä yhteydessä mainittava asia Telaustria,<sup>13</sup> johon liittyneen pääasian oikeudenkäynnin osapuolet olivat samasta jäsenvaltiosta. Lisäksi on mainittava asia Buchhändler-Vereinigung,<sup>14</sup> jossa sovellettiin asiassa Telaustria kehitettyjä periaatteita. Myös viimeksi mainitussa asiassa kaikki osapuolet olivat samasta jäsenvaltiosta. Sama pätee asiaan ARGE, jossa yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin vastasi perusvapauden tulkintamisesta esitettyyn ennakkoratkaisukysymykseen.<sup>15</sup>

22. On siis pohdittava, miksi yhteisöjen tuomioistuin ratkaisi asiakysymyksen näiden kolmen julkisia hankintoja koskeneen ennakkoratkaisupyynnön.

11 — Asia C-108/98, R.I.S.A.N., tuomio 9.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5219, 21 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

12 — Vrt. myös yhdistetyt asiat C-515/99, C-519/99–C-524/99 ja C-526/99–C-540/99, Reisch ym., tuomio 5.3.2002 (Kok. 2002, s. I-2157, 24 kohta ja sitä seuraavat kohdat.), joka ei tosin koskenut julkisia hankintoja.

13 — Edellä alaviiteessä 2 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress.

14 — Asia C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, määräys 30.5.2002 (Kok. 2002, s. I-4685).

15 — Asia C-94/99, ARGE Gewässerschutz, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-11037), erityisesti kolmannen ennakkoratkaisukysymyksen osalta.

koratkaisupyynnön osalta, vaikka niihin liittynyt tilanne oli samankaltainen kuin asiassa RI.SAN. Yksi mahdollinen syy saattoi olla se, että asioissa Telaustria ja Buchhändler-Vereinigung itse ennakkoratkaisukysymykset koskivat nimenomaisesti direktiivien tulkintaa. Siitä poiketen nyt käsiteltävässä asiassa esitetty ennakkoratkaisukysymys koskee nimenomaisesti primäärioikeutta, erityisesti kahta perusvapautta.

23. Tästä voitaisiin päätellä, että ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottamisen edellytysten täytyminen riippuu siitä, mitä kysymys nimenomaisesti koskee eli koskeeko se primäärioikeutta vai johdettua oikeutta.<sup>16</sup>

24. Ennakkoratkaisukysymyksen tutkimista riidanalaisten perusvapauksien osalta myös nyt käsiteltävässä asiassa puoltavat kaksi seikkaa: ensinnäkin prosessuaalinen peruste ja toiseksi aineellinen peruste.

25. Prosessuaaliselta kannalta on muistutettava siitä, että yhteisöjen tuomioistuimen on ennakkoratkaisumenettelyssä kyettävä antamaan ennakkoratkaisupyynnön esittäville tuomioistuimelle hyödyllinen vastaus. Tämä merkitsee tietyissä tapauksissa jopa sitä, että yhteisöjen tuomioistuimen on muotoiltava ennakkoratkaisukysymykset uudelleen. Tässä menettelyssä se ei ole kuitenkaan mahdollista, koska kysymys koskee nimenomaisesti

primäärioikeuden tulkintaa eikä direktiivejä, ja kansallinen tuomioistuin on vahvistanut tämän yhteisöjen tuomioistuimen tätä koskevaan kysymykseen toimittamassaan vastauskirjelmässä.

26. Kysymys siitä, onko pääasian oikeudenkäynnissä kyse yhteisön oikeudessa tarkoitettua käyttöoikeussopimuksesta vai julkisesta hankinnasta, voidaan viime kädessä jättää avoimeksi. Yhteisöjen tuomioistuimelle näet riittää, että ennakkoratkaisukysymyksissä esitetään ”muuta tulkintaa koskevia seikkoja, jotka *saattavat* olla hyödyksi pääasian oikeudenkäynnissä annettavan ratkaisun kannalta”.<sup>17</sup> Se, että sitä myös *tosiasiallisesti* sovelletaan pääasian oikeudenkäynnin konkreettiseen tosiseikastoon, ei siis saisi olla tältä osin edellytyksenä.

27. Aineelliselta kannalta on varoitettava asiassa RI.SAN. valitun näkemyksen dogmatisoimisesta. Nimenomaan julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö, jolla pyritään kansallisten markkinoiden avaamiseen, ei nimittäin saa riippua siitä, ovatko konkreettisessa sopimuksentekomenettelyssä ja/tai siihen liittyvissä kansallisissa valvontamenettelyissä kaikki osapuolet samasta jäsenvaltiosta kuin hankintaviranomainen.<sup>18</sup> Tätä voitaisiin näet myös pitää indisiona siitä, että sopimuksentekomenettelyssä ei ole noudatettu tarvittavaa julkisuutta ja että tästä syystä yksikään ulkomaalainen yritys ei ole kyennyt osallistumaan siihen. Tämä ei päde

16 — Ks. sitä vastoin asia C-448/98, Guimont, tuomio 5.12.2000 (Kok. 2000, s. I-10663). Kyseisessä asiassa ennakkoratkaisukysymys koski nimenomaisesti primäärioikeuden tulkintaa.

17 — Edellä alaviiteessä 2 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 59 kohta; kursivointi tässä.

18 — Ks. esim. myös tilanne edellä alaviiteessä 15 mainittu asia ARGE Gewässerschutz.

ainoastaan hankintadirektiiveihin vaan myös asianomaisiin perusvapauksiin. Suojan tarpeessa eivät siten ole ainoastaan sopimuskentekomenettelyyn tosiasiallisesti osallistuneet yritykset vaan myös potentiaaliset tarjoajat. Se, että muiden jäsenvaltioiden yrityksille on saattanut aiheutua vahinkoa, riittää näin ollen jo siihen, että tosiseikasto koskee useaa jäsenvaltiota ja että yksi perusvapauksien soveltamisedellytyksistä näin ollen täyttyy.

28. Nämä seikat puoltavat ennakkoratkaisukysymyksen tutkimista siltä osin kuin se koskee EY 43 ja EY 49 artiklan mukaisia perusvapauksia.

## V Perusteltavuus

29. Ennakkoratkaisukysymys koskee, siinä laajuudessa kuin se on tutkittava, olennaisilta osin EY 43 ja EY 49 artiklan ulottuvuutta ja nimenomaan niistä johdettavissa olevia sopimuskentekomenettelyjä koskevia sääntöjä ja kieltoja.

30. Näin ollen se koskee olennaista osaa määräyksistä, joiden yhteisöjen tuomioistuin

on todennut olevan yleisesti noudatettavia ”perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa” koskevia periaatteita.<sup>19</sup>

### *A Alustavia huomautuksia sovellettavista oikeussäännöistä*

31. Vaikka ennakkoratkaisukysymyksessäkin viitataan nimenomaisesti primäärioikeuden tiettyjen määräysten tulkintaan, tämä ei kuitenkaan sellaisenaan vielä johda siihen, että näitä määräyksiä olisi myös sovellettava.

32. Niiden sovellettavuus riippuu pikeminkin siitä, täyttääkö pääasian oikeudenkäynnin kohteena oleva konkreettinen sopimuskentekomenettely näiden primäärioikeuden määräysten kulloisetkin soveltamisedellytykset.

33. Siinä yhteydessä ei ole ratkaisevaa, että kansallinen tuomioistuin on luonnehtinut sopimuskentekomenettelyä nimellä ”concession”, koska tämä ilmaisu saattaa liittyä myös kansalliseen oikeuteen, jossa tämä käsite tunnetaan. Kansallisen käsitteen ei kuitenkaan välttämättä tarvitse olla sama kuin yhteisön oikeuden käsitteen. Vaikka

<sup>19</sup> — Edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 60 kohta, joka on vahvistettu toisella sanamuodolla asiassa C-59/00, Vestergaard, 3.12.2001 annetulla tuomiolla (Kok. 2001, s. I-9505, 20 kohta).

kansallinen tuomioistuin olisikin tarkoittanut yhteisön oikeuden käsitettä käyttö-oikeussopimus, tämä ei kuitenkaan vielä tarkoita sitä, että tämä luonnehdinta olisi myös pääasian oikeudenkäynnissä paikkansapitävä.

34. Siinäkin tapauksessa, että johdetun oikeuden soveltamisedellytykset täyttyvät, jää edelleen yksi epäselvyyden aihe eli se, minkä direktiivin soveltamisalaan konkreettinen tosiseikasto kuuluu. Tältä osin on näet huomautettava, että konkreettinen tosiseikasto ei ole kaikilta olennaisilta yksityiskohdiltaan yhteisöjen tuomioistuimen tiedossa.

35. Koska kunnat ovat alueellisina yhteisöinä sekä perinteisissä hankintadirektiiveissä että myös sektoridirektiiveissä tarkoitettuja hankintaviranomaisia, hankinnan tarkoitus pitäisi näin ollen selvittää. Tästä tarkoituksesta riippuu, mitä direktiiviä on sovellettava.<sup>20</sup>

36. Vaikka selvittäisiin, että sektoridirektiivejä ei — muihin erityisdirektiiveihin nähden — pidä soveltaa, ei edelleenkaan ole kuitenkaan selvää, minkä perinteisen hankintadirektiivin soveltamisalaan sopimus kuuluu. Tältä osin on ratkaisevaa, mikä on sopimuksen kohteena, eli onko kyseessä tavaroiden luovutus, esimerkiksi energian toimittami-

nen, vai palvelujen suorittaminen, esimerkiksi huolto. Mikäli kyseessä on sekamuotoinen sopimus, kohteena ovat siis molemmat, ja palveludirektiivin 2 artiklan mukaan sopimuksen osatekijöiden arvo ratkaisee.

37. Sitä, että pääasian oikeudenkäynnissä olisi kyseessä tällainen sekamuotoinen sopimus, ei kylläkään voida päätellä asiakirja-aineistosta, mutta asianomaisessa jäsenvaltiossa vallitsevan käytännön perusteella sitä ei voida poissulkea, minkä osoittaa myös yksi yhteisöjen tuomioistuimen jo ratkaisema ennakkoratkaisumenettely.<sup>21</sup>

38. Kuten jo asiassa RI.SAN. todettiin, yhteisöjen tuomioistuin ei voi tutkia kansallisen tuomioistuimen esittämien sellaisten tietojen paikkansapitävyyttä, joiden mukaan pääasian kohteena olevassa riidassa ei ole kyse julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemisestä.<sup>22</sup>

39. Vaikka tietty hankinta lähtökohtaisesti täyttäisikin kaikki direktiivin soveltamisedellytykset, varsinainen sopimuksentekomenetely saattaisi kuitenkin jäädä kyseisen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Esimerkiksi nyt käsiteltävässä asiassa saatettaisiin soveltaa jotakin direktiivien nimenomaisista

20 — Ks. tästä yhdistetyt asiat C-20/01 ja C-28/01, komissio v. Saksa, tuomio 10.4.2003 (Kok. 2003, s. I-3609) ja asia C-126/03, komissio v. Saksa, tuomio 18.11.2004 (Kok. 2004, s. I-11195).

21 — Asia C-310/01, Comune di Udine, määräys 14.11.2002.

22 — Edellä alaviitteessä 11 mainittu asia RI.SAN., tuomion 20 kohta.



poikkeuksista, kuten esimerkiksi sektori-direktiivin 13 artiklaa, ja sen lisäksi vielä jotakin yhteisöjen tuomioistuimen kehittämistä kirjoittamattomista poikkeuksista, kuten asiassa Stadt Halle<sup>23</sup> tulkittua Teckal-poikkeusta<sup>24</sup> niin sanottujen lähes yrityksensisäisten hankintojen osalta. Mikäli näin olisi, sovellettaisiin jälleen primääri-oikeutta.

40. Tämä olisi myös yksi syy siihen, että kansallinen tuomioistuin rajoittaa ennakkoratkaisukysymyksen koskemaan primääri-oikeuden tulkintaa.

41. Mikäli näet mitään direktiiviä ei voitaisi käytännössä soveltaa, saattaisi perusvapauksilla olla merkitystä nyt käsiteltävän asian kannalta, koska niissä jäsenvaltiot veloitetaan erityisesti noudattamaan yhdenvertaisen kohtelun ja menettelyjen avoimuuden periaatteita muiden jäsenvaltioiden elinkeinonharjoittajia kohtaan.

## B Perusvapaudet ja toimintavelvoitteet

42. Tämä oikeudenkäynti, jossa on kyse siitä, mitä velvoitteita hankintaviranomaiselle joh-

tuu EY 43 ja EY 49 artiklan mukaisista perusvapauksista, koskee lähinnä sitä, vahvistetaanko perusvapauksissa jäsenvaltioiden toiminnalle rajoitusten muodossa asetettujen kieltojen lisäksi myös toimintavelvoitteita, ja mikäli näin on, mitä nämä velvoitteet ovat.

43. Muutamia perusvapauksista johdettavissa olevia kieltoja voidaan vaikeuksitta pitää rajoituksina, jotka ovat lisäksi olleet lukemattomien oikeudenkäyntien kohteena yhteisöjen tuomioistuimessa. Sopimusten tekomenettelyjen osalta mainittakoon vain esimerkiksi tavaroiden vapaasta liikkuvuudesta johdettavissa oleva kiello, jonka mukaan ei ole mahdollista, että "hankintaviranomainen ottaa kyseiseen hankintasopimukseen ehdon, jossa edellytetään, että sopimusta täytäntöönpannaessa on käytettävä tietynmerkkistä tuotetta liittämättä tähän mainintaa 'tai vastaavaa'".<sup>25</sup>

44. Kyseisen oikeusriidan tausta ja sen käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa osoittavat kuitenkin hyvin selvästi, että kiello, jonka mukaan jotakin on jätettävä tekemättä eli tietty lisäys esittämättä, voidaan ymmärtää myös kehotukseksi tehdä jotain eli käyttää tiettyä lisäystä.

23 — Asia C-26/03, Stadt Halle, tuomio 11.1.2005 (Kok. 2005, s. I-1).

24 — Asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8121).

25 — Edellä alaviiteessä 19 mainittu asia Vestergaard, määräyksen 24 kohta.

45. Tämä merkitsee tämän ennakkoratkaisumenettelyn pääasian oikeudenkäynnin tilanteeseen sovellettuna sitä, että tämä voidaan ymmärtää ainakin kahdella tavalla. Ensinnäkin voitaisiin tutkia, määrätäänkö perusvapauksissa — kun ne ymmärretään rajoituksiksi — siitä, että sopimusten tekeminen vapaasti on kiellettyä, vai niiden tekemisestä suoraan. Toiseksi voitaisiin tutkia, velvoittavatko ne tiettyyn julkisuuden tasoon vai tiettyyn ilmoittamiseen. Näin ollen sen mukaan, otetaanko lähtökohdaksi tekemättä jättäminen vai aktiivinen tekeminen, päädytään toimintavelvoitteeseen tai ei päädytä siihen.

46. On kuitenkin olemassa toinenkin syy, jonka vuoksi on ehdottoman välttämätöntä, että tässä tilanteessa käsitellään toimintavelvoitteisiin liittyviä ongelmia, jotta ennakkoratkaisukysymykseen kyetään vastaamaan.

47. Tätä tilannetta voidaan näet tarkastella myös niin sanotun puolustautumisaseman näkökulmasta. Hankintaviranomaisen tai käyttöoikeuden antajan menettelyä voidaan näet pitää myös puuttumisena toisen henkilön oikeuteen ja nimenomaan yrityksen oikeuteen osallistua sopimuksetekomenettelyyn tai jättää tarjous. Jäsenvaltioiden, hankintaviranomaisen tai käyttöoikeuden antaja mukaan lukien, on huolehdittava siitä, että tätä yhteisön lainsäädäntöön perustuvaa oikeutta kunnioitetaan.

48. Täydellisyyden vuoksi on lopuksi huomautettava, että tätä tilannetta voitaisiin

tarkastella myös sen perusteella, ratkaisu taanko sillä asianomaisen alueellisen yhteisön suojelunvelvoite tai takeiden antamista koskeva velvoite. On joka tapauksessa kiistatonta, että jäsenvaltio, johon myös oikeudenkäynnin vastaajana olevan kunnan on katsottava kuuluvan, on velvollinen takaamaan tässä tapauksessa yritysten eli potentiaalisten tarjoajien perusvapaudet.

49. Olennainen lähtökohta vastattaessa kysymykseen siitä, onko perusvapauksia ylipäänsä pidettävä *toimintavelvoitteina* ja mikä sisältö niillä on, on oikeuksien vastavuoroista tunnustamista koskeva yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö.

50. Tästä oikeuskäytännöstä voidaan jopa johtaa jäsenvaltioille velvoite ottaa käyttöön tietty menettely ja myös noudattaa sitä. Aktiivista toimimista koskeva kehoitus kohdistuu lainsäätäjään kuten myös hallintoon ja lainkäyttäjään. Perusvapauksista johdettavat säännöt koskevat erityisesti menettelyn sisältöä, esimerkiksi tietyn tutkimuksen tekemistä. Prosessuaaliselta kannalta tätä tutkimusta täsmennetään tarkemmin vielä sillä, että säädetään sen tavoitteista ja menetelmästä eli tiettyjen asiakirjojen vertaamisesta.

Sen lisäksi päätökset on perusteltava ja niiden on oltava oikeusteitse valvottavissa.<sup>26</sup>

51. Nämä määräykset ovat sovellettavissa myös sopimuksentekomenettelyyn, jossa myös tässä tapauksessa on kysymys tiettyjen prosessioikeudellisten periaatteiden noudattamisesta. Näin ollen oikeuksien vastavuoroista tunnustamista koskevasta tähänastisesta oikeuskäytännöstä voidaan johtaa, että perusvapauksilla asetetaan jäsenvaltioille ilman muuta myös tiettyjä menettelyä koskevia *kehotuksia*.

52. Perusvapauksien lisäksi toinen primääri-oikeuden oikeuslähde, josta voidaan johtaa menettelyä koskevia sääntöjä, on EY 10 artikla. Sen ensimmäiseen kohtaan sisältyy yksiselitteisesti jäsenvaltioille osoitettu toimintakehotus ("jäsenvaltiot toteuttavat kaikki yleis- ja erityistoimenpiteet, jotka ovat aiheellisia —"). Tästä yleisestä ja hyvin perustavanlaatuisesta määräyksestä voidaan johtaa ainakin kehotus järjestää menettely ja näin ollen sopimuksentekomenettely siten, että jäsenvaltiot täyttävät yhteisön oikeuteen perustuvat aineelliset velvoitteensa.

53. Siltä osin kuin yhteisön oikeudesta, tässä oikeudenkäynnissä siis perusvapauksista,

voidaan johtaa tiettyjä velvoitteita, jäsenvaltioiden samoin kuin kuntien on myös hankintasopimusten tai käyttöoikeussopimusten osalta toteutettava vastaavia toimenpiteitä, kuten noudatettava tiettyjä määräaikoja tai julkaistava tiettyjä asiakirjoja.

54. EY 10 artiklaan liittyvät lisäksi siitä kehitetyt vastaavuus- ja tehokkuusvelvoitteita koskevat yhteisön oikeuden periaatteet, joissa asetetaan jäsenvaltioiden prosessioikeudelle, mukaan lukien julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö, tiettyjä rajoja. Nämä säännöt eivät koske yksinomaan oikeussuojaa vaan jo aikaisempaa vaihetta eli sopimuksentekomenettelyn toteuttamista. Siinä yhteydessä tosin jokaista tapausta on tarkasteltava ottaen huomioon tämän säännön merkitys koko oikeudenkäynnin, sen kulun sekä sen erityispiirteiden kannalta.<sup>27</sup>

55. Näille primääri-oikeuden säännöille, jotka täydentävät jäsenvaltioille perusvapauksista johtuvia velvoitteita, on annettava suuri arvo nimenomaan hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolella.

56. Lopuksi on vielä mainittava yleiset oikeusperiaatteet, joista voidaan myös johtaa kansallista prosessioikeutta koskevia sään-

26 — Asia C-340/89, Vlassopoulou, tuomio 7.5.1991 (Kok. 1991, s. I-2357, Kok. Ep. XI, s. I-201, 16 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

27 — Asia C-276/01, Steffensen, tuomio 10.4.2003 (Kok. 2003, s. I-3735, 66 kohta) ja asia C-327/00, Santex, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1877, 56 kohta).

töjä, joilla saattaa olla merkitystä myös sopimuksetekomenettelyn kannalta. Tämä pätee erityisesti yleiseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen (yhdenvertaisen kohtelun periaate), joka menee pidemmälle kuin kansalaisuuden perustuvan syrjinnän kieltö.

dessä tulevat kyseeseen nimenomaisesti säädettyjen perusteiden, kuten yleisen turvallisuuden tai kansanterveyden<sup>28</sup> lisäksi myös Cassis-de-Dijon -tapaukseen liittyvässä oikeuskäytännössä tarkoitetut yleiseen etuun liittyvät syyt.

### *C Perusvapauksista johtuvat velvoitteet sopimuksetekomenettelyssä*

#### 1) Perusvapauksien rajoitettu soveltamisala

57. Vaikka katsottaisiin, että perusvapaudet ovat lähtökohtaisesti sovellettavissa hankintaviranomaisiin ja käyttöoikeuden antajiin, tämä ei kuitenkaan vielä missään tapauksessa merkitse sitä, että perusvapauksia jo tämän perusteella sovellettaisiin jokaiseen sopimuksetekomenettelyyn.

58. Ei esimerkiksi ole mahdotonta, että hankintaviranomainen tai käyttöoikeuden antaja vetoaa perustellusti johonkin useista syistä, joilla perusvapauksien soveltamatta jättäminen on perusteltavissa. Siinä yhtey-

59. Myös komissio on tiedonannoissaan hyväksynyt sen, että oikeuttamisperusteet ovat lähtökohtaisesti sovellettavissa käyttöoikeussopimusten yhteydessä.<sup>29</sup> Luonnollisesti myös julkisissa hankinnoissa on täytettävä oikeuttamisperusteiden edellytykset, joita ei esitetä tässä yhteydessä tarkemmin, kuten kansallisen toimenpiteen oikeasuhteisuutta koskevat edellytykset.

60. Näihin perusvapauksiin liittyviin oikeuttamisperusteisiin on lisättävä vielä perustamissopimuksessa nimenomaisesti vahvistetut poikkeusmääräykset. Myös näitä voidaan soveltaa käyttöoikeuden antamiseen sillä seurauksella, että käyttöoikeuden antaja ei ole sidottu perusvapauksiin sisältyviin sääntöihin.

61. Tässä yhteydessä tulevat kysymykseen erityisesti sisäisen tai ulkoisen turvallisuuden eri näkökohtia koskevat määräykset, joihin viitattiin myös suullisessa käsittelyssä. Esimerkiksi EY 296 artiklan 1 kohdan

28 — Sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden osalta näitä ovat EY 45 ja EY 55 artikla.

29 — Komission tulkitseva tiedonanto käyttöoikeussopimuksista (konsessio) yhteisön oikeudessa (EYVL 2000 C 121, 3.1 kohta).

b alakohdassa sallitaan se, että jäsenvaltiot toteuttavat toimenpiteitä, jotka ne katsovat tarpeelliseksi keskeisten turvallisuusetujensa turvaamiseksi. Julkisissa hankinnoissa tämä koskee puolustusvoimien tiettyjen laitteiden hankintaa. Tämä ala ei tosin välttämättä sovellu käyttöoikeussopimuksille, vaikkakaan tämä ei olisi yhteisön oikeuden perusteella mahdotonta.

62. EY 297 artiklassa puolestaan annetaan jäsenvaltioille oikeus turvautua tiettyihin toimenpiteisiin tietyissä kriisitilanteissa. Myös tämä määräys on lähtökohtaisesti sovellettavissa myös hankintoihin.

63. Kuten erityisesti EY 298 artiklasta ilmenee, jäsenvaltioiden valtuudet kummankaan edellä mainitun perustamissopimuksen määräyksen soveltamisessa eivät ole rajattomat ja niitä valvovat erityisesti komissio ja yhteisöjen tuomioistuin.

64. Lopuksi on mainittava vielä yksi primäärioikeuden määräys, joka ei kylläkään koske perusvapauksia mutta saattaa kuitenkin vaikuttaa niistä tehtävänä poikkeuksena. EY 86 artiklan 2 kohdassa näet määrätään, että "tämän sopimuksen määräyksiä" eli myös perusvapauksia sovelletaan "siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä". Tähän lisätään vielä yksi edellytys eli se, että kaupan kehitykseen ei vaikuteta

tietyllä tavalla. Tämän määräyksen adressaateina ovat — toisin kuin EY 10 artiklan yhteydessä, sillä sitä sovelletaan jäsenvaltioihin — tosin vain yritykset ja niistäkin vain ne, jotka tuottavat tiettyjä palveluja tai jotka ovat fiskaalisia monopoleja. Näin ollen sitä sovelletaan ainoastaan sellaisiin käyttöoikeuden antajiin, joita on pidettävä tällaisina yrityksinä.

65. Tämän ennakkoratkaisumenettelyn yhteydessä pitäisi siten tutkia, kuuluuko käyttöoikeuden antaja sellaiseen yritysten ryhmään, jota poikkeus koskee, ja oliko tapa, jolla sopimus tehtiin, välttämätön, jotta se voi hoitaa yleiseen tarkoitukseen liittyvän tehtävänsä taloudellisesti hyväksyttävien edellytyksin.<sup>30</sup> On tosin myös mahdollista, että kyseinen jäsenvaltio vetoaa EY 86 artiklaan perustellakseen oikeuksien myöntämistä yritykselle.<sup>31</sup>

66. Lopuksi on käsiteltävä oikeudenkäynnissä mainittua asioissa Teckal<sup>32</sup> ja Stadt Halle<sup>33</sup> annettuihin tuomioihin liittyvää oikeuskäytäntöä sekä sektoridirektiivin 13 artiklassa säädettyä poikkeusta, joka koskee tiettyjen sopimusten tekemistä hankintaviranomaisiin sidoksissa olevien yritysten kanssa.

30 — Asia C-475/99, Ambulanz Glöckner, tuomio 25.10.2001 (Kok. 2001, s. I-8089, 57 kohta) ja asia C-320/91, Corbeau, tuomio 19.5.1993 (Kok. 1993, s. I-2533, Kok. Ep. XIV, s. I-223, 16 kohta).

31 — Asia C-157/91, komissio v. Alankomaat, tuomio 23.10.1997 (Kok. 1997, s. I-5699, 32 kohta).

32 — Edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Teckal.

33 — Edellä alaviitteessä 23 mainittu asia Stadt Halle.

67. Tässä oikeuskäytännössä tai säännöksessä sallitaan tarkasti määriteltyjen edellytysten täytyessä se, että perinteisiä hankintadirektiivejä tai sektoridirektiivejä ei sovelleta hankintoihin, jotka kuuluvat näiden poikkeusten soveltamisalaan eikä niihin siten sovelleta johdetun oikeuden hankintasäännöksiä. Tämän perusteella se ei kuitenkaan automaattisesti kuulu primäärioikeuden eikä siten myöskään tässä asiassa riidanalaisten perusvapauksien soveltamisalaan.

68. Mainittu oikeuskäytäntö sen enempää kuin sektoridirektiivin nimenomainen säännöskään eivät kuitenkaan johda siihen, että primäärioikeutta ei sovellettaisi. Näin pitkälle menevälle yhteisön oikeudesta tehtävälle poikkeukselle ei näet löydy perustaa primäärioikeudesta eikä oikeuskäytännöstä. Mikäli siis pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevaan hankintaan on sovellettava primäärioikeutta, kysymys mainitun oikeuskäytännön tai sektoridirektiiviin säännöksen sovellettavuudesta ei tule enää esiin, koska siinä tapauksessa on kysymys johdetun oikeuden soveltamisesta tehtävistä poikkeuksista.

2) Primäärioikeuden sisällä tehtävät porras-  
tukset vai yhtenäinen hankintoihin sovellet-  
tava järjestely?

69. Vaikka todettaisiin, että primäärioikeutta ja esimerkiksi perusvapauksia pitäisi soveltaa tiettyyn hankintaan, on seuraavassa vaiheessa

selvitettävä, mitä konkreettisia velvoitteita hankintaviranomaisella tai käyttöoikeuden antajalla on. Kyseessä on siis perusvapauksista mahdollisesti johtuvan sopimuksen-  
tekojärjestelyn selvittäminen.

70. Siinä yhteydessä on ensinnäkin pohdittava, vahvistetaanko perusvapauksilla ylipäänsäkään mitään järjestelyä ja vieläpä yhtenäinen järjestely eli sellainen, jossa kaikkiin siihen kuuluviin sopimukseen sovellettaisiin samoja säännöksiä. Hyvin abstraktisti ajatellen asia saattaa olla näin. Jäsenvaltioihin kuuluviksi katsottavien hankintaviranomaisten ja käyttöoikeuden antajien on esimerkiksi otettava syrjintäkielto ja tietyt sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden rajoitukset huomioon.

71. Jo yksinomaan siitä, että perusvapauksista ei voida johtaa mitään lähellekään niin konkreettisia sääntöjä kuin direktiiveistä, puhuu kuitenkin sitä vastaan, että kaikkiin sopimukseen pitäisi soveltaa suurin piirtein samoja menettelysääntöjä, esimerkiksi julkaisemisen tapaa ja sisältöä koskevia sääntöjä.

72. Olisi tosin lainsäädännön selkeyden ja oikeusvarmuuden kannalta niin hankintaviranomaisten ja käyttöoikeuden antajien kuin potentiaalisiin tarjoajiin kuuluvien yritystenkin kannalta edullista, että olisi olemassa primäärioikeudellinen hankintoja koskeva järjestely tai ainakin vain muutamia tällaisia järjestelyjä: silloin voitaisiin esimerkiksi käy-

tännössä välttää toisinaan ilmenevät ongelmat, jotka johtuvat siitä, että käyttöoikeuden antamista koskevan menettelyn aikana tästä hankinnasta tulee vasta neuvottelujen aikana tilaus.<sup>34</sup>

73. Toisaalta hankintojen yhteydessä on kuitenkin eduksi, että osapuolilla on tiettyä liikkumavaraa käytettävissään. Jo direktiiveissä säädetään useista toimintavaihtoehdoista. Saman pitäisi päteä erityisesti primäärioikeuden soveltamisalalla.

74. Ongelma aiheutuu ainoastaan siitä, kun määritetään sopimusten ryhmät, joihin tiettyä järjestelyä sovelletaan. Perustamissopimuksen sanamuodon sen enempää kuin perusvapauksia ja varsinkaan julkisia hankintoja koskevan oikeuskäytännön perusteella ei tosin voida päätellä perusteita, joiden mukaan eri julkisten hankintojen tapaukset (ryhmät) voidaan erottaa toisistaan. Se, että porrastaminen on tässä yhteydessä kuitenkin tarpeen, johtuu jo yksinomaan suhteellisuusperiaatteesta.

75. Olisi tosin ajateltavissa, että myös tässä yhteydessä turvauduttaisiin asioissa Teckal ja Stadt Halle annettuihin tuomioihin liittyvän oikeuskäytännön ja sektoridirektiivin 13 artiklan mukaisiin poikkeuksiin siinä

mielessä, että niissä tarkoitettuihin sopimukseen sovelletaan kevennettyä järjestelyä. Sitä vastaan, että näitä poikkeuksia sovellettaisiin analogisesti rajaamisperusteina, puhuu tosin se, että ei nimenomaan ole olemassa mitään yhtenäistä primäärioikeuteen perustuvaa sopimuksentekojärjestelyä, josta voitaisiin poiketa.

76. Olisi näin ollen asianmukaista viitata perusteisiin, joista säädetään myös direktiiveissä sopimusten ryhmittelyn osalta.

77. Tässä yhteydessä olennainen lähtökohta on sopimuksen arvioitu arvo.<sup>35</sup> Tähän on lisättävä se, ovatko kyseessä palvelut, tavaroiden luovutukset vai rakennustyöt. Palvelujen sisällä voitaisiin, jälleen samoin kuin direktiiveissä, joissa erotetaan toisistaan poikkeuksen piiriin kuuluvat, muut kuin ensisijaiset ja ensisijaiset palvelut, tehdä ero tarkemman sisällön perusteella. Lisäksi pitäisi tarkastella hankinnan monimutkaisuutta eli sitä, ovatko kyseessä pikemminkin standardoidut tavarat vai monimutkaiset infrastruktuurihankkeet, joiden teknisiä, oikeudellisia tai rahoituksellisia edellytyksiä ei kyetä sopimuksentekomenettelyn alussa lainkaan ilmoittamaan.

34 — Vihreä kirja julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta KOM(2004) 327 lopull., 34 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

35 — Yhteisön lainsäätäjä katsoi siis, että näissä direktiiveissä säädetty menettelyt eivät ole arvoltaan alhaisiin julkisiin hankintoihin soveltuvia (edellä alaviitassa 19 mainittu asia Vestergaard, tuomion 19 kohta).

78. Tämän direktiiveistä johdettavissa olevan ryhmittelyn takana on se julkisten hankintojen yhteydessä yleisesti pätevä näkemys, jonka mukaan tietyillä hankinnoilla on suurempi merkitys sisämarkkinoiden kannalta kuin muilla hankinnoilla, eli niillä on merkitystä suuremmalle taloudellisten toimijoiden piirille ja myös muiden jäsenvaltioiden yrityksille. Tällä seikalla pitäisi olla merkitystä nimenomaan perusvapauksien soveltamisen kannalta, sillä ne edellyttävät jäsenvaltioiden välistä osatekijää.

79. Lisäksi voitaisiin ryhmien erottamiseksi toisistaan eli tietyn sopimuksen luokitteluksi tiettyyn ryhmään ja siten myös tiettyyn järjestelyyn kuuluvaksi, kuten direktiiveissä, ottaa huomioon myös tietyt seikat, kuten yksinoikeuksien olemassaolo tai kiireellisyys. Tällä tavalla voitaisiin tietyt perusvapauksien soveltamisalaan kuuluvat hankinnat vapauttaa jopa kokonaan sopimusta koskevan ilmoituksen julkaisemisesta.

80. Huippuunsa vietynä järjestely, joka käsittää kaikki hankinnat — ja joka koostuu useista ryhmistä, joille jokaiselle on olemassa tietty järjestely — tarkoittaa viime kädessä kuitenkin direktiivien mukaan laadittua monikerroksista primäärioikeuden sopimuskentekojärjestelyä tai tarkemmin sanoen useampia järjestelyjä. Tässä ennakkoratkaisumenettelyssä vaadittu avoimuus on kuitenkin vain yksi sääntelyn ala monien joukossa.

81. Lopuksi on viitattava tehokkuusperiaatteen, jota sovelletaan myös sopimuksentekomenettelyyn. Sen mukaan on otettava huomioon tämän säännön merkitys koko konkreettisen oikeudenkäynnin, sen kulun sekä sen erityispiirteiden kannalta.<sup>36</sup>

### 3) Primäärioikeuteen perustuvat määräykset

82. Lähtökohtana on pidettävä sitä, että primäärioikeuden yhteydessä ei missään tapauksessa pidä soveltaa samaa sopimuskentekojärjestelyä kuin direktiivien soveltamisalalla. Näin kattavaa soveltamista vastaan voidaan esittää ennen kaikkea kaksi perustetta.

83. Ensinnäkin direktiivien soveltamisalan ulkopuolellakin olisi — ilman primäärioikeuden mukaisen lainsäädäntömenettelyn noudattamista — voimassa vain direktiivin kattamia sopimuksia koskeva järjestely. Tämä merkitsisi yhteisön lainsäädäntömenettelyn kiertämistä. Toiseksi kierrettäisiin itse direktiivejä, joissa vahvistetaan säännöt nimenomaan vain tiettyjä julkisia hankintoja varten.

<sup>36</sup> — Asia C-276/01, Steffensen, tuomio 10.4.2003 (Kok. 2003, s. I-3735, 66 kohta) ja — erityisesti julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön osalta — asia C-327/00, Santex, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1877, 56 kohta).



84. Aluksi on tosin muistutettava siitä, että perusvapauksista johdettavissa olevat säännöt koskevat lähtökohtaisesti sopimusten kaikkia osatekijöitä eli ensinnäkin aineellista puolta, kuten suorituksen kohteen kuvausta (esim. teknisiä eritelmiä tai käyttöoikeuden kestoja) tai soveltuvuusperusteita (ennen kaikkea pätevyyttä) ja sopimuksen tekemistä, missä yhteydessä on otettava huomioon erityisesti oikeuksien vastavuoroisen tunnustamisen periaate. Toiseksi nämä säännöt koskevat myös prosessuaalista puolta eli menettelyä suppeammassa merkityksessä, kuten menettelytavan valintaa — johon myös sopimusta koskevan ilmoituksen julkaiseminen kuuluu — ja määräaikoja (esim. osallistumishakemuksen tai tarjouksen jättämistä).

85. Tämän oikeudenkäynnin kohteena olevan avoimuusvelvoitteen lisäksi on mainittava vielä siihen liittyvä yhdenvertaisen kohtelun periaate,<sup>37</sup> kilpailuperiaate ja suhteellisuusperiaate sääntöinä, joita sovelletaan myös primäärioikeuden soveltamisalalla.

86. Yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta voidaan esimerkiksi päätellä, että käyttöoikeuksien saajat on valittava objektiivisin

perustein. Tämä merkitsee myös sitä, että sopimuksentekomenettelyn alkuvaiheessa vahvistettuja vaatimuksia on noudatettava ja sovellettava kaikkiin tarjoajiin samalla tavoin.

87. Koska tässä ennakkoratkaisumenettelyssä on kuitenkin kyse yksinomaan avoimuusvaatimuksesta, käsittelen jäljempänä ainoastaan tätä seikkaa.

#### a) Avoimuus

88. Selvennettäköön aluksi, että direktiivien mukainen avoimuus käsittää enemmän kuin pelkät konkreettisten sopimuksentekomenettelyjen julkisuuteen liittyvät seikat. Viimeksi mainittuihin kuuluvat esimerkiksi erilaiset ilmoitukset, olipa kyseessä sitten kehoitus osallistua sopimuksentekomenettelyyn tai tarjouskilpailuun eli kutsu tarjousten jättämiseen.

89. Tämän lisäksi direktiiveissä tunnetaan muitakin ilmoittamisvelvoitteita, kuten velvollisuus ilmoittaa tehdystä sopimuksesta. Direktiiveissä säädetään myös sisäisistä arkistointivelvoitteista esimerkiksi sopimuksia

37 — Asia C-275/98, Unitron Scandinavia ja 3-S, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8291, 31 kohta) ja edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 61 kohta.

koskevia selvityksiä laatimalla tai tiettyjä asiakirjoja säilyttämällä.<sup>38</sup> Nämä velvoitteet ovat sovellettavissa myös primäärioikeuteen.

90. Avoimuusperiaate on tämän lisäksi pikemminkin koko sopimuskentekomenettelyn johtava periaate. Siihen kuuluvat samoin esimerkiksi hankintaviranomaisten päätösten muutoksenhakukelpoisuus ja yleisesti arvioiden objektiivinen menettelytapa sopimuskentekomenettelyn aikana.

91. Yhteisöjen tuomioistuimen on nyt käsiteltävässä asiassa konkretisoitava tarkemmin ilmoittamisvelvollisuutta koskevaa oikeuskäytäntöään. Asiassa Telaustria antamassaan tuomiossa se näet ratkaisi asian lähtökohtaisesti siten, että hankintaviranomaisten on taattava ”potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan *asianmukaisessa laajuudessa*, minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa”.<sup>39</sup>

92. Lähtökohtana ”ilmoittamisen asianmukaisen laajuuden” selvittämiseksi on tulkittavan avoimuussäännön tavoite. Kuten direktiivien, myös primäärioikeuden soveltamis-

alalla pätee se, että avoimuudella pyritään takaamaan vääristymätön kilpailu ja edistämään kansallisten markkinoiden avautumista.

93. Sopimuksen ”ilmoittamisen asianmukainen laajuus” koskee ensinnäkin sitä, onko ilmoitus ylipäänsä tarpeen. Ei voida poissulkea sitä, että saattaa olla myös tapauksia, joissa sopimuksen tekeminen vapaasti eli sopimuskentekomenettely ilman aikaisempaa sopimusta koskevaa ilmoitusta on mahdollista. Sen, mikä on direktiivien mukaan mahdollista, pitäisi näet olla sallittua varsinkin primäärioikeuden soveltamisalalla. Jotta direktiivien ja primäärioikeuden välistä eroa ei hämärrettäisi, olisi liian ankaraa, mikäli sopimuskentekomenettely voitaisiin toteuttaa ainoastaan direktiiveissä säädetyn edellytyksin eli niissä tyhjentävästi säädetyn perusteiden. Lisäksi olisi liian ankaraa, mikäli tällaisen menettelyn sallittavuus riippuisi siitä, että kaikkiin potentiaalsiin tarjoajiin otetaan yhteyttä. Mikäli hankintaviranomainen tai käyttöoikeuden luovuttaja kuitenkin menettelisi näin, avoimuusvaatimus täytyisi joka tapauksessa.<sup>40</sup>

94. On sitä vastoin estettävä se, että hankintaviranomainen tai käyttöoikeuden antaja käyttävät niille myönnettyä harkintavalttaa väärin. Lähtökohtana voitaisiin näin ollen pitää primäärioikeuteen perustuvaa ilmoittamisvelvoitetta, josta tehdään useita poik-

38 — Ks. tältä osin palveludirektiivin 12 artikla ja sektoridirektiivin 41 artikla.

39 — Edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 62 kohta; kursivointi tässä.

40 — Julkisasiames Fennelly tekee tällaisen oletuksen asiassa Telaustria antamansa ratkaisuehdotuksen 43 kohdassa pääasian oikeudenkäynnin osalta siinä tilanteessa, että kaikki tarjoajat tai suurin osa niistä eivät sijaitse samassa valtiossa kuin hankintaviranomainen.

keuksia. Sen mukaan hankintaviranomaisen tai käyttöoikeuden antajan pitäisi yksittäistapauksessa perustella, miksi se poikkeaa ilmoittamista koskevasta säännöstä.

95. Siinäkin tapauksessa, että lähtökohtana on ilmoittamisvelvollisuus, useita yksityiskohtia jää vielä avoimeksi.

96. Ainakin herää ilmoittamisvälinettä koskeva kysymys. Ensinnäkin kyseessä on maantieteellisen levityksen laajuus eli paikallinen, alueellinen, kansallinen tai Euroopan taso. Toiseksi tämä liittyy itse väliin laatuu. Perinteisten painettujen tiedotusvälineiden, kuten virallisten lehtien, päivälehtien tai kyseisen talouden alan julkaisujen lisäksi on olemassa myös sähköisiä ilmoituskanavia, kuten internet. Tietyissä tilanteissa voidaan turvautua jopa ikiaikaisiin julisteisiin.<sup>41</sup>

97. Ilmoittamistapa on kuitenkin vain yksi seikka. Sen lisäksi on tärkeää, että hankintaviranomainen tai käyttöoikeuden antaja tietävät, mitä sääntöjä niille asetetaan perusvapauksissa ilmoituksen vähimmäissisällön

osalta. Yleisesti arvioiden tässä yhteydessä on perusteena se, että on annettava niin paljon tietoa kuin on tarpeen, että yritykset kykenevät tekemään päätöksen osallistumisestaan sopimuskentkemenettelyyn tai tarjouksen antamisesta. Missään tapauksessa perusvapauksista ei voida kuitenkaan johtaa niin monia ja kaikkiin tapauksiin sovellettavia yksityiskohtia, jotka sitten kokonaisuutena toimisivat ilmoitusten mallina, kuin joista direktiiveissä säädetään. Periaatteena on näin ollen myös ilmoituksen vähimmäissisällön osalta seuraava: perusvapauksilla ei velvoiteta kaikissa tapauksissa niiden tietojen ilmoittamiseen, joista johdetun oikeuden mukaisissa ilmoitusmalleissa säädetään.

98. Sekä ilmoituksen laadun että sen sisällön tavoitteena on kuitenkin primäärioikeuden sisällön mukaisten sopimusryhmien luominen ja sen tuloksena mainittujen perusteiden porrastaminen.

99. Kun otetaan huomioon, että asiakirjaineistosta ja varsinkaan ennakkoratkaisupyynnöstä ei ilmene tarvittavia yksityiskohtia, jotta kyettäisiin määrittämään, mikä on ilmoittamisen asianmukainen laajuus pääasian oikeudenkäynnin osalta, ja kun otetaan huomioon periaate, jonka mukaan yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei EY 234 artiklan mukaisessa ennakkoratkaisumenettelyssä ole soveltaa yhteisön oikeussääntöjä konkreetti-

<sup>41</sup> — Myös komissio pitää tätä sallittuna edellä alaviitteessä 29 mainitussa tiedonannossaan.

seen tosiseikastoon, kansallisen tuomioistuimen asiana on antaa ratkaisu siitä, onko avoimuusvelvollisuus täytetty pääasian kohteena olevassa menettelyssä.<sup>42</sup>

100. Siinä yhteydessä kansallisen tuomioistuimen on markkina-analyysin perusteella otettava huomioon, mille taloudellisille toimijoille suunnitellulla sopimuksella on potentiaalisen kilpailun kannalta mielenkiintoa, missä yhteydessä sopimuksen arvolla ja kohteella on ratkaiseva merkitys.

b) Tiettyjä lähes yrityksensisäisiä hankintoja koskeva poikkeus

101. Kuten edellä on jo todettu, johdettuun oikeuteen perustuva, asioissa Teckal ja Stadt Halle annettuihin tuomioihin liittyvässä oikeuskäytännössä tehty poikkeus sen enempää kuin sektoridirektiivin 13 artiklan mukainen poikkeuskaan eivät johda siihen, että primäärioikeutta eli myös tähän asiaan liittyviä perusvapauksia ei voitaisi soveltaa.

102. Mikäli pääasian oikeuskäynnin kohteena olevaa sopimusta on todellisuudessa pidettävä palveluja koskevana käyttöoikeus-sopimuksena eikä se tämän vuoksi kuulu direktiivien soveltamisalaan, ei ole tarpeen vastata kysymykseen siitä, eikä direktiiviä voida soveltaa konkreettiseen sopimukseen jonkin muun seikan vuoksi, esimerkiksi siksi, että on sovellettava oikeuskäytännön tai sektoridirektiivin mukaista poikkeusta. Primäärioikeutta on näet jo muista syistä sovellettava.

103. Lisäksi yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei EY 234 artiklan mukaisessa ennakoratkaisumenettelyssä ole soveltaa yhteisön oikeussääntöjä konkreettiseen tosiseikastoon. Tätä yhteisöjen tuomioistuin on korostanut useaan kertaan nimenomaan julkisten hankintojen osalta.<sup>43</sup> Olisi pikemminkin kansallisen tuomioistuimen tehtävänä tutkia, täytyvätkö yhteisöjen tuomioistuimen kehittämät perusteet tai sektoridirektiivissä asetetut edellytykset pääasian kohteena olevassa menettelyssä. Sitä varten pitäisi kuitenkin ensin selvittää, voidaanko jotain direktiiveistä ylipäänsä soveltaa.

104. Mikäli kyseessä on palveluja koskeva käyttöoikeussopimus eikä direktiivejä näin ollen voida soveltaa, kumpakaan lähes yrityksensisäisiä hankintoja koskevasta poikkeuksista ei voida missään tapauksessa soveltaa.

42 — Ks. tällaisen ratkaisun osalta edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 63 kohta.

43 — Ks. tästä esim. alaviitteessä 2 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 63 kohta; asia C-18/01, Korhonen, tuomio 22.5.2003 (Kok. 2003, s. I-5321); asia C-448/01, EVN AG ja Wien-Strom, tuomio 4.12.2004 (Kok. 2004, s. I-14527) ja edellä alaviitteessä 21 mainittu asia Comune di Udine, määräys.

## VI Ratkaisuehdotus

105. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

EY 43 ja EY 49 artiklaa on tulkittava siten, että niissä asetetaan lähtökohtaisesti avoimuusvelvoite. EY 43 ja EY 49 artikla eivät kuitenkaan kaikissa tapauksissa estä sopimuksen tekemistä suoraan eli sopimuksen tekemistä ilman sopimusta koskevan ilmoituksen tai tarjouspyyntöilmoituksen julkaisemista. Arvioitaessa sitä, onko sopimuksen tekeminen suoraan sallittua pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevan kaltaisessa sopimuksentekomenettelyssä, kansallisen tuomioistuimen on markkina-analyysin perusteella otettava huomioon, mille taloudellisille toimijoille suunnitellulla sopimuksella on potentiaalisen kilpailun kannalta mielenkiintoa, missä yhteydessä sopimuksen arvolla ja kohteella on ratkaiseva merkitys.