

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

CHRISTINE STIX-HACKL

14 päivänä syyskuuta 2006¹

I Alustavat huomautukset

1. Tämä jäsenyysoikeuksien noudattamatta jättämistä koskeva menettely koskee samanaikaisesti vireille pannun jäsenyysoikeuksien noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn² tavoin sitä, mitä primaarioikeudessa määrätään sopimusten tekemättömyyden avoimuudesta. Erityisesti on kyse oikeuksista, jotka voidaan johtaa perusvapauksista ja yleisistä oikeusperiaatteista, jotka koskevat muita kuin ensisijaisia palveluja, toisin sanoen palveluja, joita varten – tällä välin niin sanotussa lainsäädäntöpaketilla korvatussa – julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemättömyyden yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetussa neuvoston direktiivissä 92/50/ETY³ (jäljempänä direktiivi 92/50) on säädetty erityisjärjestely, nimittäin helpotettu järjestely.

2. Lisäksi on kyse yhteisöjen tuomioistuimen asioissa *Telaustria* ja *Telefonadress*⁴ ja *Coname*⁵ noudattaman oikeuskäytännön tulkinnasta ja kehittämisestä.

II Asiaa koskeva lainsäädäntö

3. Direktiivin 92/50 21. perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Tämän direktiivin täysimittainen soveltaminen on rajoitettava siirtymäkauden ajaksi sellaisiin palveluhankintoihin, joiden osalta sen säännökset tekevät mahdolliseksi toteuttaa kaikki valtioiden välisen kaupan lisäämismahdollisuudet; muita palveluhankintoja koskevia sopimuksia on seurattava tietyn ajan ennen kuin

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

2 – Asiassa C-532/03, komissio v. Irlanti, tänään antamani ratkaisuehdotus.

3 – EYVL L 209, s. 1.

4 – Asia C-324/98, *Telaustria* ja *Telefonadress*, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-10745).

5 – Asia C-231/03, *Coname*, tuomio 21.7.2005 (Kok. 2005, s. I-7287).

tämän direktiivin täysimittaisesta soveltamisesta päätetään; tätä seuranta varten on luotava järjestelmä; tämän järjestelmän on samalla tehtävä asianomaisille mahdolliseksi saada asiaa koskevaa tietoa.”

4. Direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohdan mukaan hankintaviranomaisten on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti.

5. Direktiivin 92/50 II osastossa säädetään ns. kaksitasoisesta soveltamisesta. Direktiivin 8 artiklan mukaan liitteessä I A lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä III–VI osaston säännösten eli 11–37 artiklan mukaisesti. Muita kuin ensisijaisia palveluja eli liitteessä I B käsiteltäviä palveluja koskevissa sopimuksissa on sitä vastoin 9 artiklan mukaan otettava huomioon ainoastaan 14 ja 16 artiklan säännökset.

6. Liitteessä I B luetellaan useita palveluluokkia. Luokka 27 koskee muita palveluja.

7. Direktiivin 14 artikla sisältää määräyksiä teknisistä eritelmistä, jotka on sisällytettävä kunkin sopimuksen yleisiin asiakirjoihin tai sopimusasiakirjoihin.

8. Direktiivin 16 artiklassa todetaan muun muassa seuraavaa:

”1. Hankintaviranomaisten, jotka ovat tehneet julkista palveluhankintaa koskevan sopimuksen tai järjestäneet suunnittelukilpailun, on lähetettävä sopimuksen tekomenettelyn tuloksia koskeva ilmoitus Euroopan yhteisöjen virallisten julkaisujen toimistolle.

--

3. Liitteessä I B lueteltuja palveluja koskevien julkisyhteisöjen sopimusten osalta hankintaviranomaisten on mainittava ilmoituksessaan, saako sen julkaista.

4. Komissio laatii edellä 3 kohdassa mainittuihin ilmoituksiin perustuvien säännöllisten kertomusten antamista ja niiden julkaisemista koskevat säännöt 40 artiklan 3 kohdassa säädettyä menettelyä noudattaen.

--”

III Tosiseikat, oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely ja oikeudenkäynti yhteisöjen tuomioistuimessa

9. Irlannin sosiaaliministeri teki ilman edeltävää tarjouspyyntöä 4.12.1992 sopimuksen An Postin, Irlannin postin kanssa. Sen mukaan sosiaalietuuksia saavat voivat nostaa etuutensa perustoimistosta.

10. Tämä alkuperäinen sopimus oli voimassa 1.1.1992–31.12.1996. Toukokuussa 1997 sopimusta jatkettiin 31.12.1999 asti. Irlannin toimivaltainen viranomais julkaisi suunniteltua sopimusta koskevan ennakoilmoituksen Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä 16.2.1999. Toukokuussa 1999 sopimusta päätettiin kuitenkin jatkaa 31.12.2002 asti. Tämän päätöksen soveltaminen keskeytettiin myöhemmin.

11. Komissio aloitti kantelusta johtuvan kirjeenvaihdon Irlannin viranomaisten kanssa lokakuussa 1999.

12. Komission asiaan puuttumisen vuoksi Irlanti ei virallisesti jatkanut sopimusta. An Post tuottaa kuitenkin edelleen palvelut,

mutta tilapäispohjalta, jotta sosiaalietuuksien maksaminen ei keskeydy.

13. Komissio katsoo, että Irlanti ei ole ehdottanut esille tuotujen ongelmien ratkaisua komission vireille paneman EY 226 artiklaan perustuvan jäsenyyssoveltoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn yhteydessä. Niiden vastausten nojalla, jotka Irlanti on antanut 26.6.2002 esitettyyn viralliseen huomautukseen ja 17.12.2002 esitettyyn perusteltuun lausuntoon, komissio pitää Irlannin sopimuksen jatkamista koskevaa menettelyä EY:n perustamissopimuksen määräysten vastaisena, minkä vuoksi se on nostanut kanteen yhteisöjen tuomioistuimessa.

14. Kanteessa komissio vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

1) toteaa, että Irlanti ei ole noudattanut perustamissopimuksen mukaisia velvoitteitaan, koska se on antanut palvelujen tarjoamisen An Postin tehtäväksi ilman minkäänlaista edeltävää julkistamista

2) velvoittaa Irlannin maksamaan komission oikeudenkäyntikulut.

15. Irlanti vaatii, että yhteisöjen tuomioistuim

dellaan tasapuolisesti, vahvistetaan jäsenvaltioiden velvollisuus noudattaa yleisiä periaatteita. Tämä velvollisuus koskee Irlannin viranomaisia sekä liitteen I B että liitteen I A mukaisten palvelujen osalta.

- 1) hylkää komission kanteen
- 2) velvoittaa komission maksamaan Irlannin oikeudenkäyntikulut.

IV Asianosaisten ja väliintulijoiden lausumat

A Komissio

16. Komission mukaan se tosiseikka, että käsiteltävänä oleva sopimus kuuluu direktiivin 92/50 soveltamisalaan, ei sulje pois niiden yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistettujen oikeusohjeiden soveltamista, jotka seuraavat perustamissopimuksen mukaisista perusvapauksista ja sellaisten yleisten periaatteiden soveltamisesta, jotka ilmenevät erityisesti näistä perusvapauksista.

17. Direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa, jonka mukaan hankintaviranomaisten on yleisesti varmistettava, että palvelujen suorittajia koh-

18. Komission mukaan ainoastaan sen tulkintaa voidaan pitää perustamissopimuksen sisämarkkinalogiikan mukaisena. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä todetaan selkeästi, että perustamissopimuksen sijoitautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevat määräykset velvoittavat jäsenvaltioita julkisten hankintojen tekemisessä direktiivien soveltamisalan ulkopuolellakin. Tämä koskee sekä sellaisia sopimustyppejä, joista direktiiveissä ei ole nimenomaisia säännöksiä (kuten esim. julkisia palveluja koskevia käyttöoikeussopimuksia l. konsessioita), että sellaisia sopimustyppejä, joista direktiiveissä on säännöksiä mutta joiden arvo alittaa eri direktiiveissä asetetut kynnsarvot.

19. Komission käsityksen mukaan on sen vuoksi suorastaan sisämarkkinalogiikan vastaista, että vaikka yhteisön oikeudessa edellytetään riittävän laajaa tarjouskilpailua myös sellaisissa tapauksissa, joissa sopimukset eivät kuulu direktiivien soveltamisalaan rakenteensa tai arvonsa puolesta, jäsenvaltiot voisivat kuitenkin olla järjestämättä tarjouskilpailuja sopimuksista, joiden arvo ylittää

rahamääräisen kynnysarvon, ainoastaan sillä perusteella, että palvelut, joita hankinnat koskevat, kuuluvat direktiivin liitteen I B soveltamisalaan.

20. Komissio katsoo, että kansallisia toimia on arvioitava yksin direktiivin säännösten eikä lisäksi EY:n perustamissopimuksen määräysten mukaan ainoastaan siinä tapauksessa, että direktiivillä on säädetty tyhjentävästä yhdenmukaistamisesta.

21. Väitteeseen, jonka mukaan direktiivin tavoite voidaan saavuttaa ainoastaan lainsäädäntöteitse, komissio vastaa, että direktiivi ei voi poiketa primaarioikeudesta. Primaarioikeudesta johtuvat velvoitteet ja direktiivien velvoitteet ovat päällekkäisiä. Johdetun oikeuden tarkoituksena on täydentää primaarioikeutta ja helpottaa sen tavoitteiden saavuttamista.

22. Komissio korostaa lopuksi, että primaarioikeus sisältää paljon lievempiä normeja kuin direktiivit. Toisin kuin väliintulijat olettavat, komissio ei edellytä tarjouskilpailun järjestämistä kaikissa tapauksissa. Komissio ei myöskään vaadi Irlantia soveltamaan muihin kuin ensisijaisiin palveluihin samoja säännöksiä kuin ensisijaisiin palveluihin.

23. Oikeusvarmuuden periaatteesta komissio muistuttaa, että primaarioikeudellisten rajoitusten noudattaminen julkisten hankintojen alalla ei ole mitenkään erikoista.

B Irlanti

24. Irlanti kiistää komission lausumat. Irlanti katsoo ensinnäkin, että komission lainaama yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö ei koske tätä asiaa ja todistaa tämän kommentoimalla yksittäisiä asioita sekä komission niiden yhteydessä esittämiä perusteluja. Toiseksi direktiivin 92/50 sovellettavuuden vuoksi Irlannin toimia on arvioitava yksin direktiivin nojalla eikä lisäksi perusvapauksien nojalla.

25. Komission toiminta on lisäksi avoimuuden, luottamuksensuojan sekä oikeusvarmuuden periaatteiden vastaista. Sen sijaan, että komissio olisi tehnyt ehdotuksen direktiivin muuttamisesta, mihin se olisi ollut velvoitettu direktiivin 43 artiklan nojalla, sen lähestymistapa on epäselvä. Lisäksi komissio

on jättänyt sisällyttämättä vastaavaa muutosta ehdotukseensa, joka johti direktiivin 2004/18/EY hyväksymiseen vuonna 2004.

kilpailu. Niin ikään on muistutettava oikeusvarmuuden periaatteesta, jota komission edustama laaja tulkinta loukkaisi. Tässä yhteydessä viitattiin myös siihen, että hankintaviranomaisten menettelysääntöjen rikkominen saattaa johtaa vahingonkorvausvelvoitteeseen.

26. Irlannin mukaan komissio haluaa yhteisöjen tuomioistuimen astuvan lainsäätäjänä neuvoston tilalle. Irlannin mielestä komission tavoitteena on sellaisten velvoitteiden säilyttäminen Irlannille, jotka nimenomaisesti eivät kuulu direktiivin 92/50 soveltamisalaan. Näin ollen se horjuttaa myös toimielinten välistä tasapainoa. Jos komissio perustelee tarjouskilpailuvelvoitetta yhdenvertaisen kohtelun periaatteella, herää kysymys direktiivin mielekkyydestä.

29. Tanskan hallituksen mielestä velvoitetta käyttää tiettyä hankintamenettelyä ei voi perustella direktiivin 3 artiklalla eikä EY 12, EY 43 tai EY 49 artiklalla. Yksityiskohtaisten menettelysääntöjen kohdistaminen muihin kuin ensisijaisiin palveluihin olisi sitä paitsi suhteellisuusperiaatteen ja toissijaisuusperiaatteen vastaista.

C Väliintulijat

27. Alankomaiden kuningaskunta, Ranskan tasavalta, Suomen tasavalta ja Tanskan kuningaskunta tukevat Irlantia.

30. Kansallisia toimia on arvioitava ainoastaan yhdenmukaistamissäännösten nojalla eikä lisäksi primaarioikeuden nojalla. Tanskan hallituksen oikeudellisen näkemyksen mukaan komission olisi näin ollen pitänyt asettaa kyseenalaiseksi direktiivin pätevyys.

28. Alankomaiden, Ranskan, Suomen ja Tanskan hallitusten mielestä riidanalaisiin palveluihin sovelletaan ainoastaan direktiivin 14 ja 16 artiklaa. Muut ilmoituksia koskevat säännökset eivät sen vuoksi koske muita kuin ensisijaisia palveluja. Myöskään yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöllä ei voida perustella velvoitetta järjestää aina tarjous-

31. Väliintulijat viittaavat ensinnäkin direktiivin 92/50 syntyhistoriaan ja tavoitteenasetteluun. Toiseksi ne muistuttavat – osittain direktiivin 92/50 mukaiseen uudelleentarkasteluvelvoitteeseen viitaten – siitä, että komissiokaan ei ottanut julkisia hankintoja koskevien direktiivien muuttamisesta antamaansa

ehdotukseen, joka johti muun muassa direktiivin 2004/18/EY antamiseen, muutosta järjestelmään, jonka mukaan muihin kuin ensisijaisiin palveluihin sovelletaan edelleen helpotettua järjestelyä.

tettävä arviointiperusteina. Kannemenetelyssä, kuten jäsenyysselvointteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä, arviointiperuste määräytyy kantajan, tässä tapauksessa siis komission vaatimuksen mukaan.

V Arviointi

A Jäsenyysselvointteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn kohde

32. Osapuolet ovat yhtä mieltä useista jäsenyysselvointteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn kohteen osatekijöistä. Tämä pätee ensinnäkin siihen, että oikeudenkäynnin kohteena oleva hankinta kuuluu Yhdistyneiden Kansakuntien CPC-nimikkeistön (yhteisen tavaraluokituksen) luokkaan 913. Se kuuluu direktiivin 92/50 liitteen I B luokkaan 27 ”muut palvelut”. Näin ollen se on luokiteltava muuksi kuin ensisijaiseksi palveluksi. Lisäksi on varmaa, että tarkasteltavassa tapauksessa on ylitetty direktiivin 92/50 7 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukainen asian kannalta merkityksellinen kynnysarvo.

33. Siihen kysymykseen, kuuluuko oikeudenkäynnin kohteena oleva hankinta direktiivin 92/50 ja siis siihen liittyvän erityisjärjestelyn soveltamisalaan, on suhteellisen helppo vastata, mutta lisäksi on selvitetävä, mitä muita yhteisön oikeussääntöjä on käy-

34. Kuten kannekirjelmästä käy ilmi, komissio vaatii yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan kaksi rikkomusta. Sen moite kohdistuu ensinnäkin perusvapauksien, erityisesti EY 43 ja EY 49 artiklan, loukkaamiseen. Toiseksi se moittii Irlantia yhteisön lainsäädännön yleisten periaatteiden, erityisesti avoimuuden ja yhdenvertaisuuden (syrjintäkiellon) periaatteiden, loukkaamisesta.

35. Yhteisöjen tuomioistuimessa käsiteltiin lisäksi vielä yhtä säännöstä, nimittäin direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohtaa. Sen mukaan hankintaviranomaisten on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti.

36. Komissio haluaa johtaa tästä säännöksestä vaatimuksen, joka koskee kaikenlaisia palveluja ja samalla myös oikeudenkäynnin kohteena olevia eli muita kuin ensisijaisia palveluja.

37. Komissio ei ole kuitenkaan sisällyttänyt direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohdan rikkomista vaatimuksiinsa. Komissio tosin viittaa tähän säännökseen kannekirjelmässään,⁶ mutta tämä ei riitä. Komissio haluaa nimitäin viittauksellaan vain todistaa, että direktiivissäkin säädetään nimenomaisesti syrjintäkiellosta. Komissio ilmeisesti pitää tätä vahvistuksena sille, että jäsenvaltioiden on otettava huomioon vastaavat yleiset oikeusperiaatteet. Lisäksi komissio on perustellussa lausunnossaankin moittinut Irlantia ainoastaan EY 43 ja EY 49 artiklan rikkomisesta.

38. Komissio ei kuitenkaan käsittele yleisten oikeusperiaatteiden väitettyä loukkausta yksinomaan tosiseikkojen oikeudellisen arvioinnin yhteydessä, vaan myös kannekirjelmän siinä osassa, jossa komissio tekee lopuksi yhteenvedon käsityksensä mukaan rikotuista säännöksistä (56 kohta). Sama pätee myös EY 43 ja EY 49 artiklan rikkomista koskevaan väitteeseen.

39. Tämän vuoksi ei ole tarpeen käsitellä lähemmin sitä, mitä oikeusvaikutuksia direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohdalla on muihin kuin ensisijaisiin palveluihin.

B *Direktiivien täydentäminen primaarioikeudella*

40. Vireillä oleva oikeudenkäynti ei koske sitä – ainakaan lähtökohtaisesti – selvitettyä ongelmaa, että primaarioikeutta on sovellettava julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolella. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön⁷ mukaan primaarioikeudellisia määräyksiä sovelletaan, jos sopimuksen tekeminen ei kuulu minkään direktiivin soveltamisalaan. Tässä on kuitenkin kysymys siitä, sovelletaanko primaarioikeudellisia määräyksiä myös tosiseikkoihin, jotka kuuluvat direktiivien soveltamisalaan.

41. Tämäkään oikeudellinen ongelma ei ole aivan uusi. Muistutettakoon yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, jonka mukaan primaarioikeudellisia määräyksiä, erityisesti perusvapauksia, sovelletaan myös hankintoihin, jotka kuuluvat julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan.

42. Yhteisöjen tuomioistuin on päättänyt jäsenyysveloitteiden noudattamatta jättämisestä koskevassa menettelyssä, joka sekin koski Irlantia, ”että Irlanti on jättänyt noudattamatta sille ETY:n perustamissopimuksen 30 artiklan nojalla kuuluvia jäsenyysveloitteita sallimalla, että julkisia rakennusura-

6 – 43 kohta.

7 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia C-231/03, tuomion 16 kohta ja asia C-264/03, komissio v. Ranska, tuomio 20.5.2005 (Kok. 2005, s. I-8831, 32 kohta).

koita koskevaan tarjouspyyntöilmoituksen asiakirja-aineistoon liitetään lauseke – ”.⁸ Yhteisöjen tuomioistuin on antanut samankaltaisen päätöksen toisessakin jäsenyysselvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeneessa menettelyssä: Storebæltiä koskeneessa asiassa yhteisöjen tuomioistuin totesi Tanskan rikkoneen ETY:n perustamissopimuksen 30, 48 ja 59 artiklaa.⁹

43. Näihin on lisättävä yhteisöjen tuomioistuimen äskettäisessä jäsenyysselvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeneessa menettelyssä antama tuomio, jossa se totesi hankintaviranomaisen rikkoneen EY 49 artiklaa. Siinä oli Storebæltiä koskeneen asian tavoin kyse hankintaehdojen sisällöstä, erityisesti sopimusten tekemisen perusteiden alakriteereistä.¹⁰

44. Yhteisöjen tuomioistuin on muissakin tilanteissa vahvistanut direktiivien primaarioikeuden avulla tapahtuvan täydentävän tulkinnan periaatteen.

45. Tästä tarjoaa arvokkaan osoituksen asiassa Hospital Ingenieure annettu tuomio. Tässä asiassa yhteisöjen tuomioistuin päätti, että ”vaikka on totta, että direktiivissä 92/50/ETY ei ole erityistä säännöstä, tarjouspyynnön peruuttamista koskevien perusteiden

ilmoittamiseen liittyvää edellytystä lukuun ottamatta, joka koskisi tällaisen päätöksen aineellisoikeudellisia tai muotoa koskevia edellytyksiä, on kuitenkin todettava, että päätökseen on tällöinkin sovellettava yhteisön oikeuden perustavanlaatuisia sääntöjä ja erityisesti EY:n perustamissopimuksessa määrättyjä sijoittautumisoikeutta ja palveluiden tarjoamisen vapautta koskevia periaatteita”.¹¹

46. Mainitun tuomion 47 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin toteaa yleisemmin seuraavaa: ”Siitä huolimatta, että direktiivissä 92/50/ETY ei ole erityisiä yksityiskohtaisia säännöksiä, jotka koskevat julkisia palveluhankintoja koskevan tarjouspyynnön peruuttamista, – –.”

47. Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut primaarioikeuden täydentävän käytön myös toisessa ratkaisussaan.¹² Se, että yhteisöjen tuomioistuin on antanut ratkaisunsa määräyksen muodossa, osoittaa, että se pitää ainakin tätä oikeudellista kysymystä ratkaisu-

48. Vastaavasti yhteisöjen tuomioistuin on päättänyt asiassa Makedoniko Metro, että ”vaikka julkisia hankintoja koskevissa yhteisön direktiiveissä ei ole erityisesti sovel-

8 – Asia 45/87, komissio v. Irlanti, tuomio 22.9.1988 (Kok. 1988, s. 4929, Kok. Ep. IX, s. 651, 27 kohta).

9 – Asia C-243/89, komissio v. Tanska, tuomio 22.6.1993 (Kok. 1993, s. I-3353, Kok. Ep. XIV, s. I-263).

10 – Asia C-158/03, komissio v. Espanja, tuomio 27.10.2005 (EUVL 2005, C 330, s. 1; ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa) ja rinnakkainen ennakkoratkaisumenettely asiassa C-234/03, Contse, tuomio 27.10.2005 (Kok. 2005, s. I-9315).

11 – Asia C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002 (Kok. 2002, s. I-5553, 42 kohta).

12 – Asia C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy, määräys 16.10.2003 (Kok. 2003, s. I-12139, 31 ja 33 kohta).

*lettavia säännöksiä, yhteisön oikeuden yleisiä periaatteita – sovelletaan – julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin”.*¹³

49. Vireillä olevassa asiassa käsitelty asiassa Unitron¹⁴ annettu tuomio koskee tosin myös avoimuutta, mutta tuossa asiassa oli kyse kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellostä eikä yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta yleisenä oikeusperiaatteena eli yleisestä yhdenvertaisuusperiaatteesta.

50. Näin ollen voidaan todeta, että yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut periaatteen, jonka mukaan primaarioikeutta sovelletaan myös sellaisiin hankintoihin, jotka kuuluvat julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan. Nyt on vielä selvitettävä tämän periaatteen vaikutusalue. Primaarioikeuden ja johdetun oikeuden suhdetta hallitsevan periaatteen mukaan primaarioikeutta ei voi soveltaa, mikäli kyseisestä tilanteesta säädetään johdetun oikeuden säännöksissä tyhjentävästi.¹⁵ Primaarioikeuden täydentävällä soveltamisella on siis yhteisön oikeudessa rajat.

13 – Asia C-57/01, Makedoniko Metro ja Michaniki, tuomio 23.1.2003 (Kok. 2003, s. I-1091, 69 kohta), kursivointi tässä.

14 – Asia C-275/98, Unitron Scandinavia ja 3-S, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8291, 30 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

15 – Asia C-37/92, Vanacker ja Lesage, tuomio 12.10.1993 (Kok. 1993, s. I-4947, 9 kohta); asia C-324/99, Daimler Chrysler, tuomio 13.12.2001 (Kok. 2001, s. I-9897, 32 kohta) ja asia C-322/01, Deutscher Apothekerverband, tuomio 11.12.2003 (Kok. 2003, s. I-14887, 64 kohta).

51. Vaikka yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössäkin on jo selvitetty, että julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä ei ole tyhjentävästi säädetty sopimusten tekemisen perusteiden sisällöstä eikä peruuttamissäännöistä, on selvitettävä, miten on tulkittava sääntelyä, joka koskee muihin kuin ensisijaisiin palveluihin liittyvää avoimuusvelvoitetta.

C Onko direktiivin 92/50 muihin kuin ensisijaisiin palveluihin liittyvää avoimuusvelvoitetta koskeva säännös tyhjentävä?

52. Vireillä olevassa asiassa on tunnuso- maista, että on kyse primaarioikeuden sovellettavuudesta sellaisen hankinnan yhteydessä, jota varten julkisia hankintoja koskevassa direktiivissä on säädetty erityisjärjestely.

53. Muiden kuin ensisijaisten palvelujen luokka ei myöskään ole ainoa luokka, jota varten julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä on säädetty erityisjärjestelystä. Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetussa neuvoston direktiivissä 93/37/ETY (jäljempänä rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annettu direktiivi)¹⁶ on säädetty käyttöoikeusurakoita koskevasta helpotetusta järjestelystä. Tämän direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa säädetään direktiivin 92/50 9 artiklan tavoin siitä, mitä direktiivin

16 – EYVL L 199, s. 54.

säännöksiä on sovellettava. Direktiivin 92/50 muita kuin ensisijaisia palveluja koskevasta säännöksestä poiketen rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetussa direktiivissä säädetään, että käyttöoikeusurakoihin liittyy velvoite julkaista ilmoitus, jolla on tietty vähimmäissisältö (direktiivin 93/37 11 artikla).

54. Asian selventämiseksi todettakoon, että käsiteltävänä olevassa asiassa ei ole kyse siitä, koskevatko velvoitteet, jotka direktiivissä 92/50 liittyvät ensisijaisiin palveluihin, myös muita kuin ensisijaisia palveluja, siis siitä, onko näitä velvoitteita sovellettava suoraan tai ainakin analogisesti.

55. Lisäksi on todettava, ettei ole myöskään kyse siitä, onko koko direktiivi katsottava tyhjentäväksi yhdenmukaistamistoimeksi, vaan on kyse siitä, koskeeko asian kannalta merkityksellistä näkökohtaa tyhjentävä sääntely. Yhteisön oikeudelle on jopa tyypillistä, että direktiivit sisältävät tiettyjä tilanteita koskevia tyhjentäviä säännöksiä ja toisia tilanteita eivät.¹⁷ Yhteisöjen tuomioistuin on todennut yhden julkisia hankintoja koskevan direktiivin käsittelyn yhteydessä, ettei se muodosta yhtenäistä ja tyhjentävää yhteisön lainsäädäntöä ja että jäsenvaltioiden

on noudatettava kaikkia asian kannalta merkityksellisiä yhteisön lainsäädännön säännöksiä.¹⁸

56. Primaarioikeudellisia määräyksiä voidaan soveltaa muihin kuin ensisijaisiin palveluihin liittyviin sopimuksiin, jos *niitä* ei ole yhdenmukaistettu tyhjentävästi. Edellytyksenä ei kuitenkaan ole se, että direktiivillä 92/50 ei ole miltään osin yhdenmukaistettu tyhjentävästi muut kuin ensisijaiset palvelut. Käsiteltävänä olevassa asiassa on tutkittava vain, onko direktiivissä 92/50 säädetty tyhjentävästi avoimuusvelvoitteesta, kuten Irlanti, Ranska ja Alankomaat väittävät. Jos näin ei ole, voidaan soveltaa edellä mainittua sopimusten tekemisen perusteisiin ja peruuttamissääntöihin liittyvää oikeuskäytäntöä.

57. Tässä yhteydessä on mainittava asiassa Contse annettu tuomio, jossa yhteisöjen tuomioistuin lähti siitä, että muihin kuin ensisijaisiin palveluihin sovelletaan perusvapauksia. Sivuhuomautukseksi jääköön se, että muihin kuin ensisijaisiin palveluihin ei direktiivin 92/50 9 artiklan viittauksen johdosta sovelleta edes direktiivin 92/50 sopimusten tekemisen perusteita koskevia, täydennystä kaipaavia säännöksiä.

17 – Ks. esim. asia C-1/96, *Compassion in World Farming*, tuomio 19.3.1998 (Kok. 1998, s. I-1251, 55 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja asia C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft ja S. Spitz*, tuomio 14.12.2004 (Kok. 2004, s. I-11763, 53 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

18 – Näin rakennusurakoiden yhteensovittamisesta vuonna 1971 annettu direktiiviin osalta yhdistetyt asiat 27/86–29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles ym.*, tuomio 9.7.1987 (Kok. 1987, s. 3347, 15 kohta).

58. Käsiteltävänä olevassa asiassa ei ole kuitenkaan kyse sopimusten tekemisen perusteiden muodosta tai tarjouskilpailun peruuttamisesta, vaan avoimuuden tietystä näkökohdasta, nimittäin sopimusten ilmoittamisesta etukäteen. Sitä, yhdenmukaistetaan direktiivissä 92/50 avoimuusveloitteen asian kannalta merkityksellinen näkökohta tyhjentävästi, on yhteisön oikeuskäytännön mukaan tarkasteltava asian kannalta merkityksellisen säännöksen sanamuodon, yhteyden, jossa se on, ja säännöksen sisältävän säädöksen tavoitteiden nojalla.¹⁹

59. Kuten yhteisöjen tuomioistuin jo on todennut, tulkinnassa on lähdeittävä liikkeelle direktiivin 92/50 21. perustelukappaleesta ja 9 artiklasta.²⁰

60. Direktiivin 92/50 21. perustelukappaleessa todetaan, että tämän direktiivin täysimittainen soveltaminen on rajoitettava siirtymäkauden ajaksi sellaisiin palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, joiden osalta sen säännökset tekevät mahdolliseksi toteuttaa kaikki valtioiden välisen kaupan lisäämismahdollisuudet, kun taas muita palveluhankintoja koskevia sopimuksia varten luotiin vain seurantajärjestelmä.

61. Keskeisen säännöksen, nimittäin direktiivin 92/50 9 artiklan, sanamuodosta käy ilmi, että muita kuin ensisijaisia palveluja hankitaan nimenomaisesti mainittujen säännösten mukaisesti. Niitä ovat 14 ja 16 artikla. Näistä 14 artikla koskee tekniikan alan yhteisiä sääntöjä, kun taas 16 artiklassa säädetään avoimuuden *tietyistä* näkökohdista. Muiden kuin ensisijaisten palvelujen avoimuuden osalta yhteisön lainsäätävä ei ole siis viitannut direktiivin koko V osastoon, jonka nimi on ”Julkistamista koskevat yhteiset säännöt”, vaan ainoastaan osaston yhteen osaan.

62. Yhteisön lainsäätävä on siis tietoisesti päättänyt säätää vain muihin kuin ensisijaisiin palveluihin liittyvistä tietyistä avoimuusvelvoitteista. Esimerkiksi 16 artiklan 1 kohdassa asetetaan velvoite lähettää sopimuksen tekomenettelyn tuloksia koskeva ilmoitus Euroopan yhteisöjen virallisten julkaisujen toimistolle.

63. Tämän jäsenyyssvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn kannalta keskeisen tärkeä on yhteisön lainsäätäjän päätös olla viittaamatta myös 11 artiklan tärkeään säännökseen. Tässä säännöksessä säädetään muun muassa edellytyksistä, joiden vallitessa hankintaviranomaiset voivat noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta. Tämä mahdollistaa sopimuksen tekemisen vapaasti tai suoraan, siis ilman edeltävää tarjouspyyntöä. Näitä ehtoja ei ole siis sovellettu muihin kuin ensisijaisiin palveluihin.

19 – Edellä alaviitteessä 17 mainittu asia C-1/96, tuomion 49 kohta ja sitä seuraavat kohdat, ja asia C-128/94, Hönlig, tuomio 19.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3389, 9 kohta).

20 – Asia C-411/00, Swoboda, tuomio 14.11.2002 (Kok. 2002, s. I-10567, 46 kohta ja sitä seuraava kohta).

64. Direktiivin 16 artiklan 2 kohdan mukaan 17–20 artiklan säännökset koskevat ainoastaan muita kuin ensisijaisia palveluja. Näissä säännöksissä säädetään pääasiassa ilmoituksissa käytettävistä malleista ja huomioitavista määräajoista.

65. Komissio on näin ollen oikeassa väittäessään, että direktiivin 14 ja 16 artiklassa ei säädetä oikeudenkäynnin kohteena olevasta näkökohdasta. Komissio päättelee kuitenkin siitä ennenaikaisesti, että sen vuoksi on sovellettava primaarioikeutta. Ensin on kuitenkin tutkittava, onko sen perusteella, että nimenomaisesti on säädetty ainoastaan tietyistä näkökohdista, pääteltävä, että yhdenmukaistaminen ei ole tyhjentävää.

66. Se on pohjustava kysymys sille, onko muiden kuin ensisijaisten palvelujen yhteydessä noudatettava direktiivin 92/50 tiukkojen säännösten sijasta ainakin primaarioikeuden vähemmän tiukkoja säännöksiä.

67. Tähän pohjustavaan kysymykseen on vastattava, että direktiivi 92/50 ei sisällä muihin kuin ensisijaisiin palveluihin liittyvien hankintojen avoimuuteen liittyvää tyhjentävää sääntelyä, vaan apuna on käytettävä täydentävästi primaarioikeutta.

68. Vastakkainen näkemys johtaisi siihen, että kokonaan direktiivin 92/50 soveltamisalan ulkopuolelle jääviin sopimuksiin, kuten julkisia palveluja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin, sovellettaisiin tiukempia normeja kuin muihin kuin ensisijaisiin palveluihin, nimittäin asioissa Telaustria ja Telefonadress ja Coname sovelletun oikeuskäytännön mukaisia normeja. Vaihtoehtoisena ratkaisuna olisi tosin se, että direktiivin soveltamisalan ulkopuolella alennettaisiin tasoa eli avoimuutta, ja muihin kuin ensisijaisiin palveluihin sovellettaisiin tätä alennettua tasoa tai hiukan sen yläpuolella olevaa tasoa.

D Sen säännöksen konkreettinen sisältö, jonka rikkomiseen vedotaan

69. Jotta yhteisöjen tuomioistuin voisi todeta yhteisön lainsäädäntöä rikutun, sen on aluksi selvitettävä sen säännöksen sisältö, jonka rikkomiseen vedotaan. Kyseisen jäsenvaltion toiminnan arviointi ei nimittäin ole mahdollista ilman arviointiperusteen täsmentämistä.

70. Käsiteltävänä olevan jäsenyyssvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn kaltaisessa kannamenettelyssä

kantajan, tässä siis komission, on selitettävä, mistä vastaajana olevan jäsenvaltion velvoite on muodostunut.

71. Komissio ei ole kirjallisessa menettelyssä kuitenkaan tyytynyt vain viittaamaan EY 43 ja EY 49 artiklasta sekä tietyistä periaatteista johtuviin velvoitteisiin, vaan on väittänyt, että näihin primaarioikeuden määräyksiin perustuvan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan on varmistettava riittävä avoimuus. Tähän komissio sitten pääasiallisesti tyytyikin.

72. Komissio lainaa tässä yhteydessä kahta jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevaa menettelyä koskevaa tuomiota.²¹ Tähän on huomautettava, että näissä asioissa velvoite oli selvä, nimittäin direktiivin 93/37 nojalla. Siinä oli nimenomaisesti säädetty veloitteesta julkaista sopimuksesta ilmoitus, jonka vähimmäissällöstä jopa säädettiin tietyissä malleissa.

73. Käsiteltävänä olevaan asiaan ei liity yhteisön lainsäädännön tällaisia säännöksiä. Tässä asiassa sovellettavassa direktiivissä ei säädetä mistään tietynlaisesta ennakoilmoituksesta. Sama pätee perusvapauksiin ja yleisiin oikeusperiaatteisiin liittyvään oikeuskäytäntöön, johon on viitattu usein oikeu-

denkäynnin kuluessa. Edes yhteisöjen tuomioistuimen asian kannalta merkityksellistä ongelmaa koskevassa tuoreimmassa ja erittäin tärkeässä ratkaisussa, asiassa Coname annetussa tuomiossa, ei esitetä konkreettisia velvoitteita vaan ainoastaan yleisiä periaatteita.

74. Jos käsiteltävänä oleva jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva menettely olisi koskenut kansallisen hankintalainsäädännön yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa, kantajan todisteluvaatimukseen voitaisiin suhtautua suurpiirteisemmin. Käsiteltävänä olevassa asiassa on kuitenkin kyse konkreettiseen toimintaan eli konkreettiseen hankintaan liittyvästä seurauksesta. Siksi komission selitystenkin on oltava vastaavasti konkreettisia.

75. Käsiteltävänä oleva jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva menettely koskee tosin muodollis-juridisesti vain yksittäistapausta, mutta sen kohteena on oikeudellinen ongelma, jolla on yleistä käytännön merkitystä. Meidän tulisi antaa monilukuisen hankintaviranomaisten ja käyttöoikeuden antajien jäsenvaltioissa muovata käytäntöjään, jos oikeusperusta on näin epämääräinen ja jollei edes komissio, joka jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä on jäsenvaltioiden vastapuolena – ja tämä pätee jo oikeudenkäyntiä edeltäneeseen hallinnolliseen menettelyyn –, voi tai halua esittää konkreettisesti, mitkä

21 – Yhdistetyt asiat C-187/04 ja C-188/04, komissio v. Italia (EUVL 2006, C 36, s. 11; ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

säännökset on otettava huomioon. Se, että puuttuvien tulkitsevien kannanottojen vuoksi on vasta muutama viikko sitten selvinnyt, mikä on komission täsmällinen kanta, ei saa koitua asianomaisten jäsenvaltioiden vahingoksi. Nimenomaan tämän seikan olisi pitänyt saada komissio antamaan konkreettisempia tietoja sen veloitteen sisällöstä, jonka rikkomiseen se vetoaa.

76. Julkisasiamies Jacobsin toisen sopimuksen tekomenettelyn yhteydessä komissiosta esittämää toteamusta voidaan näin ollen käyttää tässäkin asiassa: ”Se ei kuitenkaan täsmentänyt, miten nuo vaatimukset voidaan konkreettisesti täyttää.”²²

77. Periaate, jonka mukaan on huolehdittava riittävästä avoimuudesta, tarkoittaa siis sääntönä hankintaa koskevan ilmoituksen julkaisemista (tarjouspyyntöä). Tästä on tosin useita poikkeuksia ja niiden oikeuttamisperusteita, joita olen käsitellyt jo asiassa Coname²³ ja tänään tämän jäsenyysoikeuksien noudattamatta jättämistä koskevaa menettelyä koskevan asian kanssa rinnakkaisessa asiassa C-532/03²⁴ antamissani ratkaisuehdotuksissa. Seuraavaksi on siis tutkittava, voidaanko käsiteltävänä olevassa asiassa soveltaa jotakin poikkeusta tai oikeuttamisperustetta. Koska yhteisöjen tuomioistuin ei

tutki sitä viran puolesta, seuraavat näkemykset rajoittuvat asiassa esitettyihin asiaa koskeviin perusteluihin.

78. Aluksi on todettava, että vastaajana oleva jäsenvaltio ei ole kyennyt osoittamaan perustamissopimuksessa nimenomaan määrättyä tai oikeuskäytännössä hyväksyttyä oikeuttamisperustetta. Sama pätee direktiiveissä säädettyjen poikkeusten soveltuvuuteen soveltuvin osin.²⁵

79. Ei voi nimittäin jättää huomiotta, että on myös tapauksia, joissa sopimuksen tekomenettely voidaan suorittaa julkaisematta sopimusta koskevaa ilmoitusta, eli ilman tarjouspyyntöä. Tässä tapauksessa tällaisia tosiseikkoja ei ollut tai ainakaan niitä ei osoitettu olevan.

80. Edes se tosiseikka, että avoimuuden määrä riippuu sopimuksen konkreettisista tosiseikoista, kuten sen kohteesta ja arvosta, ei tarkasteltavassa tapauksessa johda siihen, että ainakin jonkinlaisen ilmoituksen tekemistä koskevasta veloitteesta voitaisiin luopua.

81. Lisäksi on käsiteltävä Irlannin väitettä, jonka mukaan komission toiminta on luottamuksensuojan sekä oikeusvarmuuden peri-

22 – Julkisasiamies Jacobsin 21.4.2005 antama ratkaisuehdotus asiassa C-174/03, Impresa Portuale di Cagliari, ratkaisuehdotuksen 77 kohta (määräys 23.3.2006, ei julkaistu oikeustauskoelmassa).

23 – Asiassa C-231/03, Coname, 12.4.2005 antamani ratkaisuehdotus, 58 kohta ja sitä seuraavat kohdat (tuomio mainittu edellä alaviitteessä 5).

24 – 86 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

25 – Esim. direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohta sekä direktiivin 2004/18/EY 31 artikla.

aatteen vastaista. Sen osalta on viitattava tosiseikkaan, jota ei ole vielä käsitelty. Vastaajana oleva jäsenvaltio toteutti komission arvosteleman toimen jo toukokuussa 1999, kun taas asiassa Telaustria ja Telefonadress annettu tuomio, jossa avoimuuden primaarioikeudellinen perusta tuotiin esiin, julistettiin vasta vuonna 2000.

82. Tässä yhteydessä on kuitenkin muistutettava siitä, että EY 234 artiklan mukaisessa ennakkoratkaisumenettelyssä annettavilla tulkintatuomioilla on lähtökohtaisesti taannehtiva vaikutus. Siitä ei ole poikettu asiassa Telaustria ja Telefonadress eikä asiassa Coname annetuissa tuomioissa. Käsiteltävänä olevan menettelyn kaltaisessa EY 226 artiklaan perustuvassa jäsenyysoikeuksien noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä tällaista mahdollisuutta ei ole.

83. Oikeudelliset kysymykset, jotka koskevat yhteisöjen tuomioistuimen sellaisten tuomioiden arviointia, joissa vahvistetaan jäsenvaltioiden odottamattomia velvoitteita, voitaisiin selvittää EY 228 artiklan mukaisessa toisessa jäsenyysoikeuksien noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä, mutta ainoastaan, jos käsiteltävänä olevassa jäsenyysoikeuksien noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä annettua tuomiota ei noudateta. Tämä voitaisiin sitten ottaa huomioon rahamääräisiin seuraamuksiin vaikuttavana tosiseikkana.

84. Komission moittiman menettelyn tutkinnan tuloksena on siis, että yksikään tosiseikka ei olisi oikeuttanut riidanalaisten palvelujen suorittamiseen minkäänlaista ilmoitusta julkaisematta.

VI Oikeudenkäyntikulut

85. Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska Irlanti on hävinnyt asian ja komissio on vaatinut sitä korvaamaan oikeudenkäyntikulunsa, Irlanti on siis velvoitettava korvaamaan komission oikeudenkäyntikulut.

86. Väliintulijoina ovat olleet Alankomaiden kuningaskunta, Ranskan tasavalta, Suomen tasavalta ja Tanskan kuningaskunta. Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 4 kohdan 1 alakohdan mukaan väliintulijoiden on vastattava omista oikeudenkäyntikuluisaan.

VII Ratkaisuehdotus

87. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

- 1) toteaa, että Irlanti ei ole noudattanut perustamissopimuksen mukaisia velvoitteitaan, koska se on antanut palvelujen tarjoamisen An Postin tehtäväksi ilman minkäänlaista edeltävää julkistamista, vaikka yksikään tosiseikka ei ole oikeuttanut sopimusta koskevien ilmoitusten julkaisematta jättämiseen
- 2) velvoittaa Irlannin korvaamaan komission oikeudenkäyntikulut
- 3) velvoittaa Alankomaiden kuningaskunnan, Ranskan tasavallan, Suomen tasavallan ja Tanskan kuningaskunnan vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluis-taan.