



## Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (toinen jaosto)

13 päivänä lokakuuta 2015\*

Julkiset palveluhankinnat — Tarjouspyyntömenettely — Tekninen apu Serbian tullihallinnolle tullijärjestelmän nykyaikaistamisen yhteydessä — Eturistiriita — Serbian tasavallassa olevan unionin edustuston suorittama tarjoajan tarjouksen hylkääminen — Tarjouksen hylkäämisestä tehdyn oikaisuvaatimuksen implisiittinen hylkääminen

Asiassa T-403/12,

**Intrasoft International SA**, kotipaikka Luxemburg (Luxemburg), edustajanaan asianajaja S. Pappas,  
kantajana,

vastaan

**Euroopan komissio**, asiamiehinään F. Erlbacher ja E. Georgieva,

vastaajana,

jossa vaaditaan kumoamaan yhtäältä 10.8.2012 päivätty komission, joka toimii Euroopan unionin Serbian tasavallassa olevan edustuston välityksellä, kirje, jossa todetaan, että tarjouspyyntömenettelyä EuropeAid/131367/C/SER/RS, jonka otsikko on ”Tekninen apu Serbian tullihallinnolle tullijärjestelmän nykyaikaistamisen yhteydessä” (EUVL 2011/S 160-262712), koskevan palveluhankintasopimuksen sopimuspuoleksi ei voitu valita sitä konsortiota, johon Intrasoft International SA kuuluu, ja toisaalta sellainen väitetty implisiittinen päätös, jolla hylätään kantajan 10.8.2012 päivätystä kirjeestä tekemä oikaisuvaatimus,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (toinen jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. E. Martins Ribeiro sekä tuomarit S. Gervasoni ja L. Madise (esittelevä tuomari),

kirjaaja: hallintovirkamies L. Grzegorzcyk,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 27.1.2015 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

\* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

## tuomion

### Asian tausta

- 1 Kantajana oleva Intrasoft International SA on Luxemburgiin (Luxemburg) sijoittautunut yhtiö.
- 2 Euroopan unionin virallisen lehden lisäosassa (EUVL 2011/S 160-262712) julkaistiin 23.8.2011 hankintailmoitus, jonka viite on EuropeAid/131367/C/SER/RS.
- 3 Tämä ilmoitus koski julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemistä otsikolla ”Tekninen apu Serbian tullihallinnolle tullijärjestelmän nykyaikaistamisen yhteydessä”. Sopimuksen alkuperäinen voimassaoloaika oli 24 kuukautta ja enimmäisbudjetti 4 100 000 euroa.
- 4 Tarjouspyyntö liittyi unioniin liittymistä valmistelemaan tukivälineeseen, joka on perustettu ja jota säännellään liittymistä valmistelevalta tukivälineestä 17.7.2006 annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 1085/2006 (EUVL L 210, s. 82). Liittymistä valmistelemaan tukivälineen tarkoituksena on tukea useita maita, muun muassa Serbiaa, kun ne Euroopan unionin tulevaa jäsenyyttä varten asteittain lähentyvät unionin standardeihin, politiikkoihin ja säännöstöön. Tätä tukea annetaan muun muassa Euroopan komission käynnistämällä sellaisten julkisten palvelujen hankinnoilla, joita sopimuspuoleksi valitut suorittavat edunsaajamaille eli tässä tapauksessa Serbialle, ja näiden hankintasopimusten sopimuspuolten valinnalla.
- 5 Hankintaviranomainen oli unioni, jota edusti komissio, joka toimi Serbian tasavallassa olevan edustustonsa välityksellä (jäljempänä hankintaviranomainen).
- 6 Hankintailmoituksen mukaan sopimus oli tehtävä kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella rajoitetussa menettelyssä, joka sisälsi kaksi vaihetta eli esivalinnan ja sopimuspuolen valinnan.
- 7 Esivalintavaiheessa asiasta kiinnostuneiden oli toimitettava 30.9.2011 päättyneessä määräajassa hakemuksensa, joihin oli liitettävä määrättyt tiedot, jotka osoittivat niillä olevan tarvittavat taloudelliset, tekniset ja ammatilliset voimavarat hankinnan kohteen toteuttamiseen. Hakemusten arvioinnin päätteeksi arviointikomitean piti laatia valintakelpoisista tarjoajista rajoitettu luettelo, johon sisältyi neljästä kahdeksaan tarjoajaa, joita kehoitettiin osallistumaan menettelyn toiseen vaiheeseen eli sopimuspuolen valintavaiheeseen.
- 8 Tässä tarjouspyyntömenettelyssä kantaja esitti hankintaviranomaiselle kirjallisia kysymyksiä komission yksiköiden kolmansille maille myönnettävien rahoitustukien konkreettiseksi täytäntöönpanemiseksi valmistelemaan *komission ulkoisten toimien yhteydessä toteutettavia sopimusmenettelyjä koskevan käytännön oppaan* (jäljempänä käytännön opas) 3.3.5 kohdan mukaisesti; tämän kohdan otsikko on ”Täydentävät tiedot menettelyn aikana”. Se kysyi muun muassa, katsottaisiinko yhtiön tai asiantuntijan, joka aikoo osallistua kyseessä olevaan tarjouspyyntömenettelyyn, olevan eturistiriitatilanteessa sen vuoksi, että tämä on osallistunut aikaisemman tarjouspyyntömenettelyn yhteydessä EuropeAid/128180/C/SER/RS -hankkeen täytäntöönpanoon.
- 9 Hankintaviranomainen vastasi 26.4.2012 päivätyllä kirjeellään kantajalle, että ”yhtiö tai asiantuntija, joka on osallistunut EuropeAid/128180/C/SER/RS -hankkeen täytäntöönpanoon ja joka aikoo osallistua EuropeAid/131367/C/SER/RS -tarjouspyyntömenettelyyn, ei ole eturistiriitatilanteessa, [koska] EuropeAid/128180/C/SER/RS -tarjouspyyntömenettely ei sisältänyt EuropeAid/131367/C/SER/RS -tarjouspyyntömenettelyyn liittyneen asiakirja-aineiston valmistelua”.
- 10 Kantaja toimitti asiakirja-aineistonsa osallistuakseen tarjouspyyntömenettelyyn konsortiossa, joka on perustettu Serbian Business Systems d.o.o:n ja Belit d.o.o:n kanssa.

- 11 Hankintaviranomainen ilmoitti kantajalle 10.8.2012 päivätyllä kirjeellään, että konsortiota, johon se kuului, ei voitu valita sopimuspuoleksi (jäljempänä 10.8.2012 päivätty kirje). Tämä kirje sisälsi seuraavat täsmennykset:
- kantajalla oli etuoikeutettu oikeus saada tutustua tiettyyn määrään asiakirjoja, jotka olivat kiinteä osa meneillään olevaa tarjouspyyntömenettelyä ja jotka muodostivat lähtökohdan kyseessä olevan hankinnan kohteena olevien toimintojen määrittämiseksi. Sen etuoikeutettu tutustumisoikeus oli sidoksissa siihen, että se oli osallistunut mainittujen asiakirjojen laatimiseen edeltävässä tarjouspyyntömenettelyssä EuropeAid/128180/C/SER/RS; näin ollen hankintaviranomainen katsoo käytännön oppaan 2.3.6 kohdan perusteella eturistiriitaa koskevan edellytyksen täyttyvän;
  - hankintaviranomainen on voinut varmistaa yksityiskohtaisesti nyt käsiteltävän asian olosuhteet vasta tutkittuaan huolellisesti kaikki hakemukset tapauskohtaisesti;
  - kantaja voi esittää vastalauseensa tai pyytää lisätietoja 17.8.2012 asti, jolloin hankintaviranomainen jatkaa sopimuspuolen valintamenettelyä.
- 12 Kantaja pyysi 13.8.2012 päivätyllä kirjeellään hankintaviranomaista käsittelemään uudelleen 10.8.2012 päivätyyn kirjeeseen sisältyneen päätöksensä hylätä sen konsortion tarjous, johon kantaja kuului, ja se pyysi tätä myös keskeyttämään tarjouspyyntömenettelyn, kunnes se olisi saanut enemmän tietoja tarjouksen hylkäämisen syistä.
- 13 Hankintaviranomainen ilmoitti kantajalle 12.9.2012 päivätyllä kirjeellään, ettei se voi valita sopimuspuoleksi konsortiota, johon kantaja kuuluu, 10.8.2012 päivätyssä kirjeessä mainitun eturistiriidan vuoksi, ja se ilmoitti tälle myös sen konsortion nimen, joka valittaisiin sopimuspuoleksi arviointikomitean lausunnon mukaisesti (jäljempänä 12.9.2012 päivätty kirje).

### **Oikeudenkäyntimenettely ja asianosaisten vaatimukset**

- 14 Kantaja nosti 11.9.2012 unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon toimittamallaan kirjeellä nyt käsiteltävän kanteen, jolla vaaditaan 10.8.2012 päivätyyn kirjeeseen sisältyvän päätöksen kumoamista ja sen oikaisuvaatimuksesta tehdyksi väitetyn implisiittisen päätöksen kumoamista.
- 15 Kantaja haki 21.9.2012 unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon toimittamallaan erillisellä asiakirjalla 10.8.2012 päivätyyn kirjeeseen sisältyneen päätöksen, sen oikaisuvaatimuksesta tehdyksi väitetyn implisiittisen päätöksen sekä 12.9.2012 päivätyyn kirjeeseen sisältyneen päätöksen, joka oli tehty unionin yleisessä tuomioistuimessa nostetun kumoamiskanteen nostamisen jälkeen, täytäntöönpanon lykkäämistä.
- 16 Välimiöistä määräävä tuomari hylkäsi välimiöihakemuksen 14.11.2012 antamallaan määräyksellä Intrasoft International v. komissio (T-403/12 R, EU:T:2012:600) kiireellisyyden puuttumisen vuoksi.
- 17 Koska unionin yleisen tuomioistuimen jaostojen kokoonpanoa muutettiin, esittelevä tuomari määrättiin toiseen jaostoon, jonka käsiteltäväksi esillä oleva asia siis siirrettiin.
- 18 Unionin yleinen tuomioistuin (toinen jaosto) päätti esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella aloittaa suullisen käsittelyn.
- 19 Asianosaisten lausumat ja vastaukset unionin yleisen tuomioistuimen esittämiin suullisiin kysymyksiin kuultiin 27.1.2015 pidetyssä istunnossa.
- 20 Suullinen menettely päättyi 12.2.2015.

- 21 Kantaja vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin:
- kumoaa unionin Serbian tasavallassa olevan edustuston päätöksen, joka sisältyy 10.8.2012 päivättyyn kirjeeseen, sekä kantajan tästä päätöksestä tekemästä oikaisuvaatimuksesta tehdyn implisiittisen hylkäyspäätöksen niin, että sillä on lupa osallistua tarjouspyyntömenettelyn myöhempisiin vaiheisiin
  - velvoittaa vastaajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 22 Komissio vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- jättää kanteen tutkimatta,
  - toissijaisesti hylkää kanteen perusteettomana
  - velvoittaa kantajan vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan ja korvaamaan komissiolle tässä oikeusasteessa ja asian T-403/12 R välitoimimenettelyssä aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.
- 23 Vastauksena istunnossa esitettyyn kysymykseen ja kuten istunnon pöytäkirjaan on merkitty, kantaja täsmensi, että 12.9.2012 päivätty kirje, jonka hankintaviranomainen oli lähettänyt seuraavana päivänä sen päivän jälkeen, jona kantaja oli nostanut kanteen unionin yleisessä tuomioistuimessa, ei ollut mainitun kanteen eikä sen vaatimusten mukautusten kohteena. Tältä osin kantaja selitti, että 12.9.2012 päivätty kirje oli vain 10.8.2012 päivätyn kirjeen vahvistava toimi ja näin ollen sitä pitäisi käsitellä sellaisena.

## Oikeudellinen arviointi

### *Tutkittavaksi ottaminen*

- 24 Aluksi on muistutettava, että tämän kanteen kohteena olevat toimet (jäljempänä riidanalaiset toimet) ovat ensinnäkin 10.8.2012 päivätty kirje, jossa todetaan, ettei kyseessä olevan palveluhankintasopimuksen sopimuspuoleksi voitu valita sitä konsortiota, johon kantaja kuului, koska se oli eturistiriitatilanteessa, ja toiseksi kantajan 10.8.2012 päivätystä kirjeestä tekemästä oikaisuvaatimuksesta tehdyksi väitetyn implisiittinen hylkäyspäätös.
- 25 Komissio esittää tekemättä muodollisesti unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 114 artiklaan perustuvaa oikeudenkäyntiväitettä vastineessaan väitteitä, joilla se kiistää sen, että kanteen tutkittavaksi ottamisen edellytykset täyttyisivät riidanalaisiin toimiin nähden.
- 26 Se väittää, ettei 10.8.2012 päivätty kirje ole kannekelpoinen toimi, koska sen tarkoituksena on yksinkertaisesti ilmoittaa kantajalle, että sen ehdokkuuteen katsotaan liittyvän eturistiriita, ja ilmoittaa syyt tälle arvioinnille. Ainoa toimi, josta voidaan nostaa kumoamiskanne, on vastaajan mukaan 12.9.2012 päivätyllä kirjeellä tiedoksi annettu päätös, joka on tullut kantajaan nähden lopulliseksi, koska sitä ei ole riitautettu säädetyssä määräajassa.
- 27 Komissio täsmentää oikaisuvaatimuksen hylkäämisestä tehdyksi väitetystä implisiittisestä päätöksestä, että käytännön oppaan 2.4.1.5.1 kohdassa mainittu 15 arkipäivän määräaika oikaisuvaatimukseen vastaamiselle on vain ”parhaan pyrkimyksen sääntö”, joka on luotu hyvän hallinnon intressin perusteella, ja että näin ollen sitä, ettei vastausta anneta tässä määräajassa, ei voida pitää kantajan oikaisuvaatimuksen implisiittisenä hylkäyksenä. Käytännön oppaassa ei voida vahvistaa pakollisia sääntöjä niiden määräaikojen osalta, joita sovelletaan kanteen nostamiseen unionin yleisessä tuomioistuimessa.

- 28 Kumoamiskanteiden tutkittavaksi ottamista koskevasta vakiintuneesta oikeuskäytännöstä nimittäin seuraa, että riitautettujen toimien määrittelyä varten tarkastelun kohteeksi on otettava niiden asiasisältö ja niiden laatijan aikomus. Tältä osin kannekelpoisia toimia ovat pääsääntöisesti toimenpiteet, joissa lopullisesti vahvistetaan komission kanta hallinnollisen menettelyn päätteeksi ja joilla pyritään aikaansaamaan sitovia oikeusvaikutuksia, jotka voivat vaikuttaa kantajan etuihin, mutta eivät menettelyn kuluessa tehdyt toimenpiteet, joilla valmistellaan lopullista päätöstä (ks. tuomio 17.7.2008, Athinaiki Techniki v. komissio, C-521/06 P, Kok., EU:C:2008:422, 42 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 29 Toimen tai päätöksen muodolla ei lähtökohtaisesti ole merkitystä, kun kyse on siitä, voiko tämä toimi tai päätös olla kumoamiskanteen kohteena. Sillä, vastaako kyseessä oleva toimi tiettyjä muotovaatimuksia vai ei, toisin sanoen onko toimen laatija antanut sille asianmukaisen otsikon, ovatko sen perustelut riittävät tai mainitaanko siinä säännökset, joista sen oikeusperusta muodostuu, ei siis pääsääntöisesti ole vaikutusta tämän toimen määrittelyyn. Näin ollen sillä, että tätä toimea ei ole määritelty ”päätökseksi” tai että siinä ei viitata SEUT:n määräyksiin, joissa määrätään sitä koskevista muutoksenhakekeinoista, ei ole merkitystä (ks. analogisesti tuomio Athinaiki Techniki v. komissio, edellä 28 kohta, Kok., EU:C:2008:422, 43 ja 44 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 30 Jos asia olisi eri tavoin, komissio voisi vapautua unionin tuomioistuinten valvonnasta yksinkertaisesti vain laiminlyömällä nämä muotovaatimukset. Oikeuskäytännöstä käy nimittäin ilmi, että koska unionin on oikeusyhteisö, jossa valvotaan sitä, että sen toimielinten toteuttamat toimenpiteet ovat perussopimuksen määräysten mukaisia, unionin tuomioistuinten käsiteltäväksi saatettuihin kanteisiin sovellettavia menettelysääntöjä on tulkittava niin pitkälle kuin mahdollista siten, että näitä sääntöjä sovelletaan tavalla, joka myötävaikuttaa sen tavoitteen täytäntöönpanoon, joka koskee tehokkaan oikeussuojan takaamista yksityisille unionin oikeuden perusteella kuuluvien oikeuksien osalta (ks. tuomio Athinaiki Techniki v. komissio, edellä 28 kohta, Kok., EU:C:2008:422, 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 31 Näiden näkökohtien valossa on aluksi ratkaistava, ovatko edellä 24 kohdassa mainitut riidanalaiset toimet kantajalle vastaisia toimia, joista voidaan täten nostaa kumoamiskanne, kuten kantaja väittää.

10.8.2012 päiväystä kirjeestä nostetun kanteen tutkittavaksi ottaminen

- 32 Toimen sitovia oikeusvaikutuksia on arvioitava kyseisen toimen sisällön kaltaisten objektiivisten kriteerien perusteella (ks. analogisesti tuomio 20.3.1997, Ranska v. komissio, C-57/95, Kok., EU:C:1997:164, 9 kohta) ottaen tarpeen vaatiessa huomioon se asiayhteys, jossa se on toteutettu (ks. analogisesti määräys 13.6.1991, Sunzest v. komissio, C-50/90, Kok., EU:C:1991:253, 13 kohta ja tuomio 26.1.2010, Internationale Hilfsfonds v. komissio, C-362/08 P, Kok., EU:C:2010:40, 58 kohta) sekä toimen toteuttaneen toimielimen toimivalta (ks. analogisesti tuomio 1.10.2005, Italia v. komissio, C-301/03, Kok., EU:C:2005:727, 28 kohta).
- 33 Nyt käsiteltävässä asiassa on tutkittava, voidaanko 10.8.2012 päivätty kirje sen sisällön, sen tosiasiallisen ja oikeudellisen asiayhteyden, johon se kuuluu, sekä sen laatineen toimielimen toimivallan perusteella luokitella kantajalle vastaiseksi päätökseksi.
- 34 Tältä osin on aluksi todettava ensinnäkin, ettei nyt käsiteltävässä asiassa ole kiistetty, että unionin Serbian tasavallassa olevan edustuston laatimista riidanalaisista toimista vastaa komissio, joka on siten legitiimi vastaaja nyt käsiteltävässä kanteessa. Kuten kantaja perustellusti väittää, unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, että toimet, jotka mainittu edustusto on tehnyt komission edelleenvaltuutettuna tulojen ja menojen hyväksyjänä, eivät ole sellaisia, että kyseiselle edustustolle voidaan tunnustaa vastaaja-asema, ja näistä toimista vastaa näin ollen komissio (ks. vastaavasti määräys 4.6.2012, Elti v. Délégation de l'Union au Monténégro, T-395/11, Kok., EU:T:2012:274, 64 kohta).

- 35 Toiseksi ei myöskään ole kiistetty sitä, että kantaja on konsortion jäsenenä konsortiolle osoitettujen toimien adressaatti mainitun konsortion avoimen jäsenrakenteen vuoksi (ks. vastaavasti tuomio 19.3.2010, Evropaïki Dynamiki v. komissio, T-50/05, Kok., EU:T:2010:101, 40 kohta).
- 36 Ensinnäkin on muistettava 10.8.2012 päivätyn kirjeen sisällöstä, että se on laadittu seuraavia ilmaisuja käyttäen:
- ”Joudun valitettavasti ilmoittamaan Teille - -, että ehdokkuutenne on katsottu aiheuttavan eturistiriidan ja että konsortiotanne ei siis voitu valita [hankintasopimuksen] sopimuspuoleksi. Hankintaviranomainen on tullut siihen tulokseen, ettei sopimuksen sopimuspuoleksi voitu valita konsortiota [johon kuulutte], koska olette eturistiriitatilantessa. Hankintaviranomainen toteaa [käytännön oppaan] 2.3.6 kohdan perusteella, että eturistiriidan [määrittävät] edellytykset ovat täyttyneet - -”
- 37 Näin ollen tämän kirjeen sanamuodosta ilmenee, ettei sen laatija ole yksinomaan ilmoittanut kantajalle, kuten kantaja väittää, oikeustaan sulkea tämä sopimuksetekomenettelyn ulkopuolelle, vaan se on myös ilmoittanut tälle päätöksestä olla valitsematta sopimuspuoleksi sitä konsortiota, johon kantaja kuuluu.
- 38 Tätä päätelmää ei horjuta 10.8.2012 päivätyssä kirjeessä oleva maininta määräajasta, joka koskee eriävän kannan ilmoittamista hankintaviranomaiselle taikka lisätietojen pyytämistä siltä. Tällaisen käytännön oppaan 2.4.15.1 kohdan mukaisen maininnan tarkoituksena on yhtäältä antaa toimen adressaatille oikaisuvaatimuksen avulla mahdollisuus suojella niitä etujaan, joita kyseinen päätös koskee, joutumatta käyttämään oikeusteitä, ja toisaalta antaa sille mahdollisuus saada selvennyksiä jo tehdystä päätöksestä.
- 39 Erityisesti käytännön oppaan 2.4.15.3 kohdassa ja alaviitteessä, johon tässä kohdassa viitataan, olevassa selityksessä mainittu mahdollisuus tehdä oikaisuvaatimus, ei estä toimen adressaatin oikeutta saattaa asia unionin yleisen tuomioistuimen käsiteltäväksi unionin oikeudessa nimenomaisesti tarkoitettussa määräajassa (ks. vastaavasti tuomio 15.9.2011, CMB ja Christof v. komissio, T-407/07, EU:T:2011:477, 103 kohta). Tästä johtuu, ettei tällainen mahdollisuus vapautta kantajaa velvollisuudesta noudattaa mainittuja määräaikoja kumoamiskanteen nostamiseksi unionin yleisessä tuomioistuimessa.
- 40 Toiseksi siitä asiayhteydestä, johon 10.8.2012 päivätty kirje kuuluu, on huomattava, että se koskee sopimuspuolen valintamenettelyyn valittujen tarjoajien poissulkemisedellytysten arviointia, sellaisina kuin näitä edellytyksiä tarkoitetaan käytännön oppaan 2.3.3 kohdassa, hankintailmoituksen 15 kohdassa olevan maininnan mukaisesti. Tällainen arviointi päättyi mainintaan siitä, ettei sopimuksen sopimuspuoleksi voitu valita sitä konsortiota, johon kantaja kuului. Asiakirja-aineistosta ei nimittäin ilmene, että 10.8.2012 päivätyn kirjeen jälkeen olisi arvioitu uudelleen sen konsortion tarjous, johon kantaja kuului.
- 41 On lisättävä, että 10.8.2012 päivätyssä kirjeessä sen laatija totesi, että koska vastalauseita tai lisätietopyyntöjä ei ollut esitetty, ”[se] jatkaa hankintasopimuksen sopimuspuolen valintamenettelyä käytännön oppaan sääntöjen mukaisesti”. On kuitenkin huomattava, että 12.9.2012 päivätty kirje, joka lähetettiin kantajalle päivä sen jälkeen, kun kanne ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa oli nostettu, sisältää arviointikomitean ehdottaman sopimuspuoleksi valitun nimen. Tästä johtuu, että huolimatta kantajan 13.8.2012 tekemässä oikaisuvaatimuksessa esittämästä pyynnöstä keskeyttää meneillään oleva tarjouspyyntömenettely, hankintaviranomainen jatkoi sitä ja nimesi jäljellä olevista tarjoajista mahdollisen sopimuspuoleksi valittavan.
- 42 Tältä osin on lisättävä, että 12.9.2012 päivätyn kirjeen viimeisellä rivillä oleva maininta käytännön oppaan 2.4.15 kohdan mukaisesta mahdollisuudesta nostaa kanne kyseessä olevan päätöksen riitauttamiseksi voidaan tulkita niin, että siinä viitataan mahdollisuuteen riitauttaa päätös toisen tarjoajan valinnasta sopimuspuoleksi Näin ollen kyseessä oleva maininta ei ole ratkaiseva 12.9.2012 päivätyn kirjeen luokitteluksi kantajan poissulkemista koskevaksi lopulliseksi päätökseksi. Sitä

vastoin tällainen maininta osoittaa jälleen kerran ja kuten kantaja perustellusti toteaa, että tarjouspyyntömenettelyä ei keskeytetty ja se johti arviointikomitean viittaukseen mahdollisesta sopimuspuoleksi valittavasta.

- 43 Näin ollen on todettava, että sen asiayhteyden perusteella, johon 10.8.2012 päivätty kirje kuuluu, sen laatija on ottanut kantaa kantajan kykyyn osallistua hankintasopimuksen sopimuspuolen valintavaiheeseen ja se on myös todennut, että kantaja oli eturistiriitatilanteessa, ja näin ollen katsonut, ettei hankintasopimuksen sopimuspuoleksi voitu valita sitä konsortiota, johon kantaja kuului.
- 44 Kolmanneksi ja viimeiseksi siitä toimivallasta, jota oli riidanalaisen kirjeen laatijalla eli unionin Serbian tasavallassa olevalla edustustolla, on niin, että – kuten edellä 5 kohdassa on todettu – viimeksi mainittu toimi komission edelleenvaltuuttamana hankintaviranomaisena. Näin ollen kyseessä oleva toimi ei ole pelkkä arviointikomitean lausunto tarjoajan poissulkemisedellytyksistä eturistiriitasyistä, vaan hankintaviranomaisen päätös, jolla sellaisenaan voi olla sitovia oikeusvaikutuksia siihen nähden, jolle se on osoitettu.
- 45 Kaikista edellä esitetyistä huomautuksista johtuu, että kun otetaan huomioon 10.8.2012 päivätyn kirjeen sisältö, se oikeudellinen ja tosiseikkoja koskeva asiayhteys, johon se kuuluu, ja sen laatineen hankintaviranomaisen toimivalta, sillä voi olla oikeusvaikutuksia, jotka vaikuttavat kantajan etuihin, joten kyseessä on tälle vastainen toimi, josta voidaan nostaa kumoamiskanne unionin yleisessä tuomioistuimessa.
- 46 Toisin kuin komissio väittää, kantaja, jolle osoitettiin edellä 28-30 ja 32 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettu tälle vastainen toimi, on virheettömästi nostanut nyt käsiteltävän kanteen määräajassa, joka lasketaan mainitun toimen toteuttamishetkestä lukien. Sen ei tarvinnut odottaa vastausta 13.8.2012 tekemäänsä oikaisuvaatimukseen nyt käsiteltävän kanteen nostamiseksi, mikä ilmenee edellä 39 kohdassa mainitusta oikeuskäytännöstä ja lisäksi käytännön oppaan 2.4.15.1 ja 2.4.15.3 kohdasta.
- 47 Koska 10.8.2012 päivätty kirje on luokiteltu kannekelpoiseksi toimeksi, on vastattava komission väitteisiin, joiden mukaan 12.9.2012 päivätty kirje sisältää kantajalle vastaisen päätöksen, jota ei ole riitautettu kanteen nostamisen määräajassa, joten sillä on lopullisesti suljettu kantaja tarjouspyyntömenettelystä eturistiriitasyistä. Tällaisen väitteen perusteella on tarkistettava, säilyykö kantajan oikeussuojan tarve sen jälkeen, kun hankintaviranomainen laati 12.9.2012 kirjeen, mikä edellyttää, että kanteen tulos on omiaan tuottamaan sen nostajalle jotakin hyötyä (ks. vastaavasti määräys 25.6.2014, *Accorinti ym. v. EKP*, T-224/12, EU:T:2014:611, s. 68).
- 48 Tältä osin oikeuskäytännöstä ilmenee, että vahvistavan toimen kumoaminen seuraa aikaisemman toimen kumoamista, joten aiemman toimen kumoaminen merkitsee automaattisesti vahvistavan toimen kumoamista (ks. vastaavasti tuomio 5.5.1998, *Yhdistynyt kuningaskunta v. komissio*, C-180/96, Kok., EU:C:1998:192, 28 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Siten siinä tapauksessa, että vahvistettu päätös ei ole vielä lopullinen, henkilöllä, jota asia koskee, on oikeus nostaa kanne joko vahvistetusta tai vahvistavasta päätöksestä taikka näistä molemmista (ks. tuomio 16.9.1998, *Waterleiding Maatschappij v. komissio*, T-188/95, Kok., EU:T:1998:217, 108 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 49 Ensinnäkin nyt käsiteltävässä asiassa on huomattava, että 12.9.2012 päivätyssä kirjeessä oleva maininta arviointikomitean sitä koskevasta lausunnosta, että hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valitaan toinen konsortio, ei anna kyseessä olevalle kirjeelle 10.8.2012 päivätyn kirjeen korvaavan toimen luonnetta sen konsortion, johon kantaja kuuluu, tarjouksen hylkäämisen osalta. Tämä maininta ei nimittäin muuta 10.8.2012 päivättyyn kirjeeseen sisältyvän päätöksen perusteluita, sisältöä eikä sen vaikutuksia erityisesti siltä osin kuin kantaja on suljettu pois tarjouspyyntömenettelystä eturistiriitasyistä ja kuin sen konsortion tarjous, johon kantaja kuuluu, on tämän vuoksi hylätty.

- 50 Toiseksi sen väitteen osalta, että hankintaviranomainen on ottanut huomioon kantajan 13.8.2012 päivättyssä kirjeessään esiin tuomat seikat, on huomattava, että vaikka pitää paikkansa, että 12.9.2012 päivätty kirje on vastaus kantajan oikaisuvaatimukseen, viimeksi mainitun tässä kirjeessä esiin tuomat seikat eivät mitenkään ole uusia tai olennaisia seikkoja hankintaviranomaisen tiedossa jo 10.8.2012 päivätyn kirjeen laatimishetkellä olleisiin seikkoihin nähden, kuten oikeuskäytännössä todetaan tosiseikkojen luonnehdinnasta uusiksi ja olennaisiksi (ks. vastaavasti tuomio 7.2.2001, Inpesca v. komissio, T-186/98, Kok., EU:T:2001:42, 50 ja 51 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Kantajan esittelemillä seikoilla vain muistutetaan hankintaviranomaista siitä, että se oli aikaisemmin sulkenut pois eturistiriidan olemassa olon kantajan osalta ja ilmoittanut kantajalle tästä 26.4.2012 päivättyllä kirjeellä (ks. edellä 9 kohta). Lisäksi 12.9.2012 päivätty kirje ei anna tietoja mahdollisesta 10.8.2012 päivätyn kirjeen lähettämisen jälkeen tapahtuneesta kantajan aseman uudelleen tarkastelusta tai sen tarjouksen arvioinnista.
- 51 Lisäksi on niin, että vaikka Euroopan yhteisöjen yleiseen talousarvioon sovellettavasta varainhoitoasetuksesta annetun neuvoston asetuksen (EY, Euratom) N:o 1605/2002 soveltamissäännöistä 23.12.2002 annetun komission asetuksen (EY, Euratom) N:o 2342/2002 (EYVL L 357, s. 1) 149 artiklan 3 kohdan neljännen alakohdan mukaan hylätyt tarjoajat voivat kirjallisesti pyytää hankintaviranomaiselta ”lisätietoja hylkäämisen syistä”, tällaisten lisätietojen ilmoittaminen ei korvaa päätöstä kyseessä olevan tarjoajan tarjouksen hylkäämisestä, koska tällainen päätös voidaan perustella useammassa vaiheessa (ks. tuomio 22.5.2012, Sviluppo Globale v. komissio, T-6/10, EU:T:2012:245, 29 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 52 Edellä todetusta johtuu, että hankintaviranomainen lähinnä vain vahvistaa 12.9.2012 päivättyllä kirjeellään sen 10.8.2012 päivättyssä kirjeessä jo esitetyn kannan samojen tosiseikkojen ja oikeusseikkojen perusteella. Mikään tässä kirjeessä olevista tiedoista ei ole uusi tai olennainen seikka, joka voisi tehdä siitä kantajan poissulkemista koskevan päätöksen, jolla korvataan 10.8.2012 päivätty kirje.
- 53 Näin ollen 12.9.2012 päivätty kirje ei poista nyt käsiteltävältä kanteelta, joka on nostettu 10.8.2012 päivättyyn kirjeeseen sisältyvästä päätöksestä, sen kohdetta, joten kantajan oikeussuojan tarve, jolla pyritään korjaamaan sen poissulkeminen tarjouspyyntömenettelystä ja sen konsortion, johon kantaja kuuluu, tarjouksen hylkääminen, säilyy nyt käsiteltävässä tapauksessa. Toisin kuin komissio väittää ja kuten jo edellä 46 kohdassa on todettu, kantaja on perustellusti nostanut kumoamiskanteen 10.8.2012 päivättyyn kirjeeseen sisältyneestä päätöksestä toimenpiteenä, jolla on oikeusvaikutuksia, jotka vaikuttavat kantajan etuihin, ja joka velvoittaa tätä sitovasti. Päinvastaisessa tapauksessa kantajalla olisi riski siitä, että komissio väittää sen nostaneen kanteen myöhässä sillä perusteella, että 12.9.2012 päivätty kirje on lähinnä – ja kuten kantaja perustellusti väittää – vain 10.8.2012 päivätyn kirjeen vahvistava toimi.
- 54 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan silloin, kun kantaja on antanut päätöksen riitauttamiselle asetetun määräajan päättävä ja kun päätöksessä määrätään yksiselitteisesti toimenpiteestä, jolla on oikeusvaikutuksia, jotka vaikuttavat kantajan etuihin, kantaja ei voi saada tätä määräaika palautetuksi pyytämällä toimielintä käsittelemään asia uudelleen ja nostamalla kanteen siitä päätöksestä, jolla tästä kieltäydytään ja jolla vahvistetaan aikaisemmin tehty päätös (ks. määräys 10.10.2006, Evropaiki Dynamiki v. komissio, T-106/299, EU:T:2006:299, 55 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 55 Näin ollen 10.8.2012 päivättyyn kirjeeseen sisältyneen päätöksen kumoamiskanne on otettava tutkittavaksi.



## Kantajan oikaisuvaatimuksen hylkäämisestä tehty implisiittinen päätös

- 56 Kantajan oikaisuvaatimuksen hylkäämisestä tehdyksi väitetyn implisiittisen päätöksen kumoamisvaatimuksen osalta on tutkittava, voidaanko tämä väitetty päätös luokitella SEUT 263 artiklassa tarkoitetuksi kannekelpoiseksi toimeksi.
- 57 Tältä osin on muistutettava, että kun toimielintä on kehoitettu ottamaan kantaa, pelkällä sen toimettomuudella ei sellaisenaan voi olla oikeusvaikutuksia, ellei tällaisesta seurauksesta säädetä nimenomaisesti unionin oikeuden säännöksessä. Kun ei ole olemassa nimenomaisia unionin oikeuden säännöksiä, joissa säädettäisiin määräajasta, jonka päättyessä implisiittisen päätöksen on katsottava syntyneen, ja joissa määriteltäisiin tämän päätöksen sisältö, toimielimen toimettomuutta ei voida rinnastaa päätökseen, koska muussa tapauksessa vaarannettaisiin perussopimuksella käyttöön otettu oikeussuojakeinojärjestelmä (tuomio 13.12.1999, SGA v. komissio, T-189/95, T-39/96 ja T-123/96, Kok., EU:T:1999:317, 26 ja 27 kohta).
- 58 Oikeuskäytännön mukaan käytännön opas on kuitenkin pelkkä työväline, jossa selitetään tietyllä alalla sovellettavat menettelyt ja joka ei sellaisenaan voi olla oikeudellisen perustana pakollisen ennakkollisen hallinnollisen oikaisuvaatimuksen käyttöön ottamiselle (tuomio 8.10.2008, Sogelma v. AER, T-411/06, Kok., EU:T:2008:419, 66 kohta). Samoin nyt käsiteltävässä asiassa mainittu opas ei myöskään voi olla oikeudellinen perusta preklusiivisen määräajan käyttöön ottamiselle oikaisuvaatimukseen vastaamisesta vastuussa olevan viranomaisen eduksi. Näin ollen hankintaviranomaisen passiivisuutta käytännön oppaan 2.4.15.1 kohdassa vahvistetun määräajan päättyessä ei voida luokitella kantajan oikaisuvaatimuksen implisiittiseksi hylkäyspäätökseksi. Niinpä käytännön oppaassa ei määrätä mistään vaikutuksesta, joka johtuu kyseessä olevan määräajan päättymisestä.
- 59 Edellä esitettyjen huomautusten perusteella kanne on jätettävä tutkimatta siltä osin kuin se koskee kantajan oikaisuvaatimuksesta tehdyn implisiittisen hylkäyspäätöksen kumoamisvaatimusta.

## *Asiakysymys*

- 60 Kantaja vetoaa kanteensa tueksi kahteen kanneperusteeseen. Ensimmäinen kanneperuste sisältää kaksi väitettä, joista toinen koskee kyseessä olevan tarjouspyynnön tarjouseritelmän rikkomista ja toinen hyvän hallinnon periaatteen loukkaamista. Toisella kanneperusteellaan kantaja väittää, että Euroopan yhteisöjen yleiseen talousarvioon sovellettavasta varainhoitoasetuksesta 25.6.2002 annetun neuvoston asetuksen (EY, Euratom) N:o 1605/2002 (EYVL L 248, s. 1) (jäljempänä varainhoitoasetus) 94 artiklaa on rikottu.
- 61 Ensimmäiseksi on tutkittava toinen kanneperuste.
- 62 Toisella kanneperusteella, joka koskee varainhoitoasetuksen 94 artiklan rikkomista, kantaja väittää yhtäältä ensimmäisessä väitteessä, ettei se ole voinut esittää huomautuksiaan ennen sen lopullista poissulkemista tarjouspyyntömenettelystä, ja toisaalta toisessa väitteessä, ettei mitään tosiasiallista näyttöä eturistiriitatilanteen olemassaolon tueksi sen osalta ole esitetty. Se viittaa oikeuskäytäntöön, jossa on sovellettu varainhoitoasetuksen 94 artiklaa (18.4.2007 annettu tuomio, Deloitte Business Advisory v. komissio, T-195/05, Kok., EU:T:2007:107, 67 kohta), sekä käytännön oppaan 2.3.6 kohtaan osoittaakseen lähinnä, että tarjoajan poissulkemisen on perustuttava eturistiriitatilannetta koskevaan todelliseen riskiin, jota tukevat erityiset asiaa koskevat seikat, ja sille, jota asia koskee, on jätettävä mahdollisuus osoittaa, ettei eturistiriitaa ole.
- 63 Kantaja korostaa erityisesti seikoista, joiden avulla voidaan sulkea pois eturistiriidan olemassaolo, ettei se ole osallistunut tarjouseritelmän valmisteluun taikka EuropeAid/131367/C/SER/RS -tarjouspyyntöhankkeeseen liittyvien ehtojen valmisteluun. Lisäksi se täsmentää, ettei sillä ole ollut käytettävissään muita seikkoja kuin ne, jotka on annettu kaikkien

tarjoajien käyttöön. Näin ollen kantajan mukaan se, että se on osallistunut tiettyjen asiakirjojen valmisteluun toisen tarjouspyyntömenettelyn yhteydessä ilman, että niitä olisi mitenkään valmisteltu uutta hankintaa varten, ei voi itsessään olla riittävä syy sen päättelemiseksi, että on olemassa sitä koskeva eturistiriitatilanne. Se katsoo lisäksi, että oikeuskäytännöstä (3.3.2005 annettu tuomio *Fabricom*, C-21/03 ja C-34/03, Kok., EU:C:2005:127) ilmenee, että aikaisemman hankintasopimuksen perusteella hankittu kokemus ei voi olla omiaan vääristämään kilpailua, koska tässä tapauksessa suurin osa tarjoajista pitäisi tästä syystä sulkea uusien tarjouspyyntömenettelyjen ulkopuolelle.

- 64 Komissio väittää, että 10.8.2012 päivätyllä kirjeellä tunnustetaan nimenomaisesti kantajan mahdollisuus selvittää tilannettaan ennen kuin 12.9.2012 päivätyyn kirjeeseen sisältyvä päätös tehdään. Lisäksi viimeksi mainitusta kirjeestä ilmenee, että hankintaviranomainen oli ”asianmukaisesti ottanut huomioon ne seikat, jotka [kantaja] o[li] esittänyt 13.8.[2012] päivätyssä kirjeessä[än]” ja se oli perustanut päätöksensä konkreettisten tarjousten tarkasteluun.
- 65 Komissio väittää kyseessä olevaa eturistiriitaa koskevasta näytöstä, että kuten 12.9.2012 päivätystä kirjeestä ilmenee, tietty määrä kantajan edeltävän hankintasopimuksen puitteissa laatimia asiakirjoja oli liitetty uuden tarjouspyynnön tarjouseritelämään. Nämä asiakirjat ”o[li]vat perusta merkittävälle osalle meneillään olevan tarjouspyyntömenettelyn kohteena olevista toiminnoista”. Kuten kantaja toteaa, komissio ei kiistä sitä, että asiakirjat on annettu kaikkien mahdollisten tarjoajien käyttöön. Se väittää kuitenkin, että kantajalla on ollut mahdollisuus tutustua mainittuihin asiakirjoihin ennen muita tarjoajia, joten sillä oli kilpailuetu erityisesti pätevien asiantuntijoiden etsimisen osalta. Komissio esittää väittämättä, että näin olisi nyt käsiteltävässä tapauksessa, että koska kantaja on osallistunut kyseisten asiakirjojen laatimiseen, se on voinut laatia kyseessä olevat asiakirjat niin, että se sai kilpailuetua kyseessä olevan hankintasopimuksen suhteen.
- 66 Lopuksi komissio toteaa, että kantajan mainitsema oikeuskäytäntö (tuomio *Fabricom*, edellä 63 kohta, EU:C:2005:127, 29 ja 36 kohta) ei tue kantajan näkemystä, vaan se tukee pikemminkin komission kantaa eli sitä, että henkilö, joka on osallistunut tiettyihin valmistelutöihin, voi olla etulyöntiasemassa tarjouksensa muotoilussa niiden tietojen avulla, joita se on voinut saada kyseessä olevasta julkisesta hankintasopimuksesta mainittuja valmistelutöitä suorittaessaan. Kaikilla tarjoajilla on kuitenkin oltava samat mahdollisuudet niiden tarjouksen muotoilussa. Näin ollen komissio katsoo sen riittävän, että se on todennut kantajan kilpailuedusta muodostuvan riskin olemassaolon ilman, että olisi tarpeen osoittaa, että mainitusta edusta on ollut konkreettisia seurauksia nyt käsiteltävässä tapauksessa.
- 67 On täsmennettävä, että komission julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemistä säännellään varainhoitoasetuksen V osaston ensimmäisen osan säännöksissä.
- 68 10.8.2012 päivätyn kirjeen oikeudellinen perusta on varainhoitoasetuksen 94 artiklassa, joka toistetaan tarjouseritelmän 15 kohdassa. Kyseessä olevaa asetusta sovelletaan sen sanamuodon mukaan kaikkiin julkisiin hankintoihin, jotka ovat kokonaan tai osittain rahoitetut yhteisöjen, sittemmin unionin talousarviosta.
- 69 Varainhoitoasetuksen 94 artikla sisältää seuraavat säännökset:
- ”Hankintamenettelyn ulkopuolelle suljetaan ehdokas tai tarjoaja, joka kyseisen hankintamenettelyn yhteydessä:a)
- on jäävi - -”
- 70 Tarjouseritelmän 15 kohdassa, jonka otsikko on ”Poissulkemisperusteet”, todetaan seuraavaa:
- ”Tarjoajien on esitettävä yhdessä tarjouksen kanssa vakiokaavakkeelle laadittu allekirjoitettu ilmoitus, jossa vakuutetaan, etteivät ne ole jossakin [käytännön oppaan] 2.3.3 kohdassa luetelluista poissulkemistilanteista.”

71 Käytännön oppaan 2.3.3 kohdassa todetaan seuraavaa:

”Hankintamenettelyn ulkopuolelle suljetaan ehdokas tai tarjoaja, joka kyseisen hankintamenettelyn yhteydessä:a)

on jäävi;

--

On muistettava, että ennen kuin ehdotetaan (arviointikomitea) ehdokkaan/tarjoajan/hakijan poissulkemista ja päätetään siitä (hankintaviranomainen), on noudatettava puolustautumisoikeuksien kunnioittamisen periaatteen ja suhteellisuusperiaatteen kaltaisia periaatteita. Näin ollen on niin, että jollei näyttö ole sellaista, ettei mikään muu kysymys ole tarpeellinen (kuten esimerkiksi, tunteeko ehdokas/tarjoaja/hakija nimenomaisesti ne seikat, jotka aiheuttavat poissulkemisen), poissulkeminen perustuu kontradiktorseen menettelyyn kyseessä olevan ehdokkaan/tarjoajan/hakijan kanssa.”

72 Käytännön oppaan 2.3.6 kohdassa, joka mainitaan 10.8.2012 päivätyssä kirjeessä, on käsite eturistiriita, joka selitetään seuraavasti:

”Eturistiriita: kyseessä on eturistiriita, kun hankintaviranomaisen tehtävien puolueeton ja objektiivinen tehtävien hoitaminen tai ehdokkaan/tarjoajan/hakijan yhdenvertainen kohtelu hankintamenettelyssä tai sopimuksen täytäntöönpanossa vaarantuu perhe-, tunne-, poliittisista tai kansallisista syistä, taloudellista etua koskevista syistä tai jostain muusta [unionin] rahoittamien ohjelmien edunsaajan yhteisiä etuja koskevasta syystä. Eturistiriita on olemassa, kun esimerkiksi yksilö, joka osallistuu menettelyyn (arviointikomitea, hankintaviranomainen jne.), voi myöntää itselleen tai muille perusteettomia välittömiä tai välillisiä etuja vaikuttamalla menettelyn lopputulokseen; tai kun asiantuntijalla/yhtiöllä [on] mahdollisuus saada sisäpiiritietoja, jotka johtavat vilpilliseen kilpailuun myöhemmissä tai liitännäisissä menettelyissä.

Esimerkiksi hankkeen valmisteluun (esimerkiksi tehtäväkuvauksen laatimiseen) osallistuvat yhtiöt tai asiantuntijat on yleisesti suljettava tähän valmisteluun perustuviin tarjouspyyntömenettelyihin osallistumisen ulkopuolelle, ellei hankintaviranomaiselle esitetä näyttöä siitä, ettei [niiden] osuus tarjouspyyntömenettelyä edeltäneissä vaiheissa merkitse vilpillistä kilpailua.

Ehdokkaat/tarjoajat/hakijat, jotka ovat eturistiriitatilanteessa hankintamenettelyssä/tuen myöntämisenmenettelyssä, on suljettava mainitun menettelyn ulkopuolelle. Poissulkemissyitä on analysoitava tapauskohtaisesti. Euroopan unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan poissulkemisen on perustuttava todelliseen eturistiriidan riskiin, jota kyseessä olevaan asiaan liittyvät erityiset seikat tukevat. Automaattinen pois sulkeminen estää ehdokkaan/tarjoajan/hakijan oikeuden esittää näyttöä, joka voi poistaa eturistiriitaa koskevat epäilyt.

--”

73 Nyt käsiteltävässä asiassa on tutkittava, voiko hankintaviranomainen katsoa, että kantajan osalta kyseessä on eturistiriidan riski varainhoitoasetuksen 94 artiklan a kohdan perusteella, sellaisena kuin sitä on tulkittu oikeuskäytännössä, sen käytettävissä 10.8.2012 päivätyyn kirjeeseen sisältyneen päätöksen tekohetkellä olleiden tietojen perusteella.

74 Tältä osin on muistettava, että varainhoitoasetuksen 94 artiklan perusteella tarjoaja saadaan sulkea julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyn ulkopuolelle vain, jos siinä tarkoitettu eturistiriitatilanne on todellinen eikä hypoteettinen. Tämä ei tarkoita, että eturistiriidan riski olisi riittämätön tarjouksen poissulkemiseksi. Eturistiriita voi periaatteessa konkretisoitua vain sopimuksen täytäntöönpanon yhteydessä. Ennen sopimuksen tekemistä eturistiriita voi olla vain potentiaalinen, ja varainhoitoasetuksen mainittu säännös tarkoittaa siis riskiä koskevaa päätelmää. Tämän riskin on

kuitenkin oltava tosiasiallisesti todettu tarjouksen ja tarjoajan tilanteen konkreettisen arvioinnin perusteella, jotta tarjoaja voitaisiin sulkea menettelyn ulkopuolelle. Pelkkä eturistiriidan mahdollisuus ei tätä varten riitä (tuomio Deleoitte Business Advisory v. komissio, edellä 62 kohta, EU:T:2007:107, 67 kohta).

- 75 Eturistiriidan käsite on objektiivinen, ja sitä luonnehdittaessa on jätettävä huomiotta asianomaisten aikomukset, erityisesti heidän vilpityn mielensä (ks. tuomio 20.3.2013, Nexans France v. Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, Kok., EU:T:2013:141, 115 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 76 Hankintaviranomaisilla ei ole mitään ehdotonta velvollisuutta sulkea järjestelmällisesti pois eturistiriitatilanteessa olevat tarjoajat, koska tällainen poissulkeminen ei ole perusteltua silloin, kun on mahdollista näyttää toteen, että eturistiriitatilanne ei ole vaikuttanut niiden käyttäytymiseen tarjouspyyntömenettelyssä eikä aiheuta todellista riskiä sellaisten menettelytapojen esiintymisestä, jotka ovat omiaan vääristämään kilpailua tarjoajien välillä. Eturistiriitatilanteessa olevan tarjoajan sulkeminen pois on sitä vastoin välttämätöntä, kun ei ole asianmukaisempaa keinoa, jolla pystyttäisiin estämään kaikenlainen tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen loukkaaminen (tuomio Nexans France v. Entreprise commune Fusion for Energy, edellä 75 kohta, EU:T:2013:141, 116 ja 117 kohta).
- 77 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan hankintaviranomaisella on velvollisuus valvoa kussakin tarjouspyyntömenettelyn vaiheessa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamista ja siten kaikkien tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamista (ks. tuomio 12.7.2007, Evropaiki Dynamiki v. komissio, T-250/05, EU:T:2007:225, 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 78 Tarkemmin ottaen tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää oikeuskäytännön mukaan sitä, että kaikilla tarjoajilla on samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimisessa, ja näin ollen sitä, että tarjouksille on asetettu samat ehdot kaikkien tarjoajien osalta. Mainitusta periaatteesta seuraavasta avoimuuden periaatteesta on todettava, että sen pääasiallisena tarkoituksena on taata, ettei hankintaviranomainen suosi ketään tai käytä mielivaltaa. Se edellyttää, että kaikki sopimuspuolen valintamenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt esitetään selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai tarjouseritelmässä (tuomio 9.9.2009, Brink's Security Luxembourg v. komissio, T-437/05, Kok., EU:T:2009:318, 114 ja 115 kohta). Avoimuusperiaate edellyttää lisäksi, että kaikki hankintailmoituksen tai tarjouseritelmän hyvän ymmärtämisen kannalta keskeiset tekniset tiedot annetaan mahdollisimman pian kaikkien julkiseen hankintaan osallistuvien yritysten käyttöön niin, että yhtäältä kaikki kohtuullisen informoidut ja tavanomaisen huolelliset tarjoajat voivat ymmärtää sen täsmällisen ulottuvuuden ja tulkita sitä samalla tavoin, ja toisaalta niin, että hankintaviranomainen voi tarkistaa, vastaavatko tarjoajien tarjoukset todellakin kyseistä hankintaa sääteleviä kriteerejä (ks. tuomio 29.1.2014, European Dynamics Belgium ym., v. Euroopan lääkevirasto, T-158/12, EU:T:2014:36, 60 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 79 Edellä 74-78 kohdassa mainitusta oikeuskäytännöstä ilmenee, että eturistiriidan riskiä koskeva päätely edellyttää yhtäältä tarjouksen tai toisaalta kyseessä olevan tarjoajan tilanteen konkreettista arviointia ja että kyseisen tarjoajan poissulkeminen on keino, jolla pyritään takaamaan avoimuusperiaatteen ja tarjoajien yhtäläisten mahdollisuuksien periaatteen noudattaminen.
- 80 Sen määrittämiseksi, onko nyt käsiteltävässä tapauksessa rikottu varainhoitoasetuksen 94 artiklaa, on siis tutkittava kantajan aikomukset huomioon ottamatta tapahtuvassa objektiivisessä analyysissä, ilmeneekö viimeksi mainitun tilanteesta ja sen tarjouksen konkreettisesta arvioinnista eturistiriidan riski.
- 81 Ensinnäkin on muistettava, että komission mukaan kantajan poissulkemisella eturistiriitasyistä pyritään takaamaan yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen. Tältä osin se väittää, että kantaja oli voinut tutustua ennen muita tiettyihin asiakirjoihin, joita käytettiin perustana kyseessä olevaan tarjouspyyntöhankeeseen liittyvien

toimintojen osalle, siitä syystä, että kantaja oli kuulunut konsortioon, joka oli laatinut kyseessä olevat asiakirjat toisen tarjouspyyntömenettelyn yhteydessä. 10.8.2012 päivätystä kirjeestä ilmenee, että tämän tutustumisoikeuden perusteella kantaja oli saanut käyttöönsä käytännön oppaan 2.3.6 kohdassa tarkoitettuja ”sisäpiiritietoja”. Komissio katsoo siten kyseessä olevan kirjeen mukaisesti, että tämä tietojen saaminen ennen muita tarjoajia oli antanut kantajalle kilpailuedun suhteessa muihin tarjoajiin.

- 82 Ei kuitenkaan voida hyväksyä sitä, että eturistiriitariski voisi perustua pelkkään siihen seikkaan, että kantaja on voinut tutustua ennen muita tarjoajia toisen tarjouspyyntömenettelyn asiakirjoihin, koska se on kuulunut konsortioon, joka oli laatinut nämä asiakirjat, joita sittemmin on käytetty mallina nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevaan tarjouspyyntömenettelyyn liittyville toiminnoille.
- 83 Komission väite siitä, että koska kantaja kuului konsortioon, joka on laatinut kyseessä olevat asiakirjat, se on voinut vaikuttaa niiden laatimiseen niin, että se saa kilpailuetua nyt kyseessä olevassa tarjouspyyntömenettelyssä, ei voi menestyä. Edellä 74 ja 75 kohdassa mainitusta oikeuskäytännöstä ilmenee selvästi, että eturistiriidan on oltava luonteeltaan objektiivinen, mikä edellyttää sen, jota asia koskee, aikomusten huomioon ottamista jättämistä, ja että pelkkä eturistiriidan mahdollisuus ei riitä, koska mainittu riski on todella todettava nyt käsiteltävässä asiassa. Näin ollen eturistiriita ei voi perustua pelkkään olettamaan siitä, että sillä hetkellä, kun kyseessä olevia asiakirjoja laadittiin toisen tarjouspyyntömenettelyn yhteydessä, kantaja tiesi hankintaviranomaisen aikomuksesta julkaista uusi tarjouspyyntöilmoitus ja sen aikomuksesta valita sen konsortion, johon kantaja kuului, laatimat asiakirjat perustaksi tietyille uuden tarjouspyyntömenettelyn kohteena olevan julkisen hankinnan toiminnoille.
- 84 Edellä 66 kohdassa mainitun oikeuskäytännön ja käytännön oppaan 2.3.6 kohdan mukaan eturistiriitariski on olemassa sellaisen henkilön osalta, joka vastaa valmistelutöistä julkisen hankinnan yhteydessä ja joka osallistuu tähän samaan hankintaan. Tältä osin on korostettava, että kun edellä 63 kohdassa mainitun tuomion *Fabricom* (EU:C:2005:127) 29 kohdassa on käytetty ilmaisua ”valmistelevat työt”, siinä viitataan töihin, jotka on suoritettu yhden ja saman tarjouspyyntömenettelyn yhteydessä.
- 85 Näin ollen komission ei ollut perusteltua rinnastaa toisen tarjouspyyntömenettelyn yhteydessä laadittujen asiakirjojen laatimista sellaisten valmistelevien töiden tapaukseen, jotka kuuluvat kyseessä olevaan tarjouspyyntömenettelyyn edellä 63 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettulla tavalla, ellei se osoita objektiivisesti ja konkreettisesti yhtäältä, että mainitut asiakirjat oli valmisteltu kyseessä olevaa tarjouspyyntömenettelyä varten, ja toisaalta, että ne olivat antaneet todellista etua kantajalle. Tällaisen näytön puutteessa toisen tarjouspyyntömenettelyn yhteydessä laadittuja ja hankintaviranomaisen myöhemmin malliksi eri tarjouspyyntömenettelyn toimintojen osalle valitsemaa asiakirjoja ei siis voida pitää oikeuskäytännössä tai käytännön oppaan 2.3.6 kohdassa tarkoitettuina ”valmistelevinä töinä”; viimeksi mainitussa yksilöidään valmisteleviksi töiksi muun muassa ne, jotka koskevat ”hankkeen valmistelua”, kuten tarjouseritelmän laatiminen.
- 86 Nyt käsiteltävässä asiassa on todettava, että kantajan poissulkeminen sopimuspuolen valintamenettelystä perustui pelkästään siihen seikkaan, että se kuului konsortioon, joka oli laatinut asiakirjat, jotka kuuluivat aiempaan tarjouspyyntömenettelyyn, vaikka ei ole väitetty, ettei muilla tarjoajilla ollut ollut oikeutta tutustua näihin samoihin asiakirjoihin ajoissa. Mainittujen asiakirjojen laatiminen ei myöskään merkinnyt kantajan osallistumista kyseessä olevan tarjouspyyntömenettelyn tarjouseritelmän laatimiseen. Näin ollen ei ole osoitettu, että kantajalla oli enemmän tietoa kuin muilla tarjoajilla, mikä olisi merkinnyt yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen loukkaamista.
- 87 Tästä seuraa, että kyseessä olevat asiakirjat eivät ole käytännön oppaan 2.3.6 kohdassa tarkoitettuja ”sisäpiiritietoja”. Toisin kuin komissio väittää, käytännön oppaan mainittu kohta ei siis koske kantajan poissulkemista eikä se siis siten ole oikeutettua sillä perusteella, että yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusperiaatetta olisi loukattu.

- 88 Lisäksi se, että toisen tarjouspyyntömenettelyn yhteydessä laaditut asiakirjat luokitellaan ”valmisteleviksi töiksi” sillä perusteella, että hankintaviranomainen on ottanut ne malliksi myöhempään tarjouspyyntömenettelyyn liittyville toiminnoille, merkitsi siten sitä, kuten kantaja perustellusti väittää, että katsottaisiin automaattisesti, että aikaisempaan tarjouspyyntömenettelyyn osallistumisen vuoksi hankittu asiantuntemus voi vääristää kilpailua.
- 89 Toiseksi ei näytä siltä, että 10.8.2012 päivättyyn kirjeeseen sisältyvä päätös olisi tehty kantajan tarjouksen konkreettisen arvioinnin perustella. Tässä kirjeessä vain todetaan ilman muuta täsmennystä, että käytännön oppaan 2.3.6 kohdassa tarkoitettuna kaltaisen eturistiriidan riski, joka kantajaan on katsottu liittyvän, on voitu pätevästi todeta vasta tarjoajien hakemusten tapauskohtaisen tutkimisen jälkeen.
- 90 Viittauksessa ”tapauskohtaiseen” tutkimiseen, sellaisena kuin se on 10.8.2012 päivätyssä kirjeessä, toistetaan käytännön oppaan 2.3.6 kohdan sanamuoto, joka perustuu edellä 74 kohdassa mainittuun oikeuskäytäntöön. On kuitenkin todettava, että tällaista viittausta ei tue mikään näyttö, joka osoittaisi, että tällainen konkreettinen tutkimus on tehty.
- 91 Tältä osin on korostettava, että komissio on ensimmäisen kerran vastineessaan ja ilman, että tätä olisi mainittu 10.8.2012 päivätyssä kirjeessä, esittänyt oletettaman siitä, että kantaja olisi sen vuoksi, että sillä on väitetty olleen ”etuoikeutettu tutustumisoikeus” tiettyihin asiakirjoihin, jotka on valittu perustaksi merkittävälle osalle toimintoja, jotka ovat meneillään olevan hankinnan kohteena, saanut kilpailuedun valitessaan päteviä asiantuntijoita suorittamaan näitä tehtäviä.
- 92 Yhtäältä komissio ei kuitenkaan esitä mitään näyttöä, jonka perusteella voitaisiin todentaa, ilmeneekö kantajan tarjouksen muotoilusta, että sillä olisi ollut enemmän tietoja muihin tarjoajiin verrattuna, koska kuten edellä 86 on täsmennetty, on selvää, että kyseessä olevat asiakirjat on laadittu toisessa tarjouspyyntömenettelyssä, etteivät ne sisällä kyseessä olevan tarjouspyyntömenettelyn tarjouseritelmän laatimista ja että ne on annettu kaikkien tarjoajien käyttöön nyt kyseessä olevassa tarjouspyyntömenettelyssä.
- 93 Toisaalta komission väitteestä, joka koskee pätevien asiantuntijoiden valintaa, on todettava, ettei asiakirja-aineistossa ole mitään seikkaa, joka voisi osoittaa yhteyden kyseessä olevien asiakirjojen ja kantajan tekemän valinnan kanssa, eikä sitä suuremmalla syyllä sitä, että mainitulla valinnalla olisi ollut vaikutusta kantajan tarjouksen menestymismahdollisuuksiin.
- 94 Kaikista edeltävistä huomautuksista ilmenee, ettei hankintaviranomaisella ollut perusteita katsoa, että kantajan osalta olisi voitu todeta eturistiriidan riski tämän tarjouksen konkreettisen arvioinnin johdosta. Sitä vastoin on katsottava, ettei eturistiriidan riskiä ole todettu objektiivisesti ja että sen konsortion, johon kantaja kuului, tarjouksen hylkääminen osoittautuu perusteettomaksi ja varainhoitoasetuksen 94 artiklan säännösten vastaiseksi.
- 95 Näin ollen ilman, että olisi tarpeen tutkia kantajan esittämää ensimmäistä kanneperustetta ja toisen kanneperusteen ensimmäistä väitettä, toinen kanneperuste on hyväksyttävä ja 10.8.2012 päivättyyn kirjeeseen sisältyvä päätös on kumottava siltä osin kuin siinä todetaan, ettei hankintasopimuksen sopimuspuoleksi voitu valita sitä konsortiota, johon kantaja kuului. Sitä vastoin, kuten edellä 59 kohdasta ilmenee, vaatimus, joka koskee kantajan oikaisuvaatimuksen hylkäämisestä tehdyksi väitetyn implisiittisen päätöksen kumoamista, on jätettävä tutkimatta.

### **Oikeudenkäyntikulut**

- 96 Työjärjestyksen 134 artiklan 1 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska komissio on hävinnyt olennaisen osan vaatimuksistaan ja koska kantaja on vaatinut oikeudenkäyntikulujensa korvaamista,

komissio on velvoitettava vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan sekä korvaamaan kantajalle tässä oikeudenkäynnissä ja välimiehakemusta koskevassa oikeudenkäynnissä aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (toinen jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

- 1) **Euroopan unionin Serbiassa olevan edustuston Euroopan komission edelleenvaltuutettuna hankintaviranomaisena laatimaan, 10.8.2012 päivättyyn kirjeeseen sisältynyt päätös sen konsortion, johon Intrasoft International SA kuului, tarjouksen hylkäämisestä tarjouspyyntömenettelyssä EuropeAid/131367/C/SER/RS, jonka otsikko on ”Tekninen apu Serbian tullihallinnolle tullijärjestelmän nykyaikaistamisen yhteydessä”, kumotaan.**
- 2) **Kanne hylätään muilta osin.**
- 3) **Komissio velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, välimiehenettelyyn liittyvät kulut mukaan lukien.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Julistettiin Luxemburgissa 13 päivänä lokakuuta 2015.

Allekirjoitukset