



Oikeustapauskokoelma

UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kahdeksas jaosto)

7 päivänä syyskuuta 2016 *

Ennakkoratkaisupyyntö — Julkiset hankinnat — Direktiivi 2004/18/EY — 2 artikla — Yhdenvertaisen kohtelun periaate — Avoimuusvelvoite — Monialaisen viestintäjärjestelmän toimittamista koskeva sopimus — Täytäntöönpanohäiriöt — Sopimuspuolten vastuita koskeva erimielisyys — Sovinto — Sopimuksen laajuuden pienentäminen — Laitteiston vuokraamisen muuttaminen myynniksi — Hankintasopimuksen olennainen muutos — Perusteltavuus objektiivisella mahdollisuudella päästä sovintoratkaisuun

Asiassa C-549/14,

jossa on kyse SEUT 267 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyyntöstä, jonka Højesteret (ylin tuomioistuin, Tanska) on esittänyt 27.11.2014 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 2.12.2014, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Finn Frogne A/S

vastaan

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (kahdeksas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja D. Šváby (esittelevä tuomari) sekä tuomarit J. Malenovský ja M. Vilaras,

julkisasiamies: E. Sharpston,

kirjaaja: A. Calot Escobar,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

- Finn Frogne A/S, edustajinaan K. Dyekjær, C. Bonde, P. Gjørtler, H. B. Andersen ja S. Stenderup Jensen, advokater, sekä M. J. Grayston, solicitor,
- Tanskan hallitus, asiamiehenään C. Thorning, avustajanaan P. Hedegaard Madsen, advokat,
- Italian hallitus, asiamiehenään G. Palmieri, avustajanaan P. Grasso, avvocato dello Stato,
- Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

* Oikeudenkäyntikieli: tanska.

— Euroopan komissio, asiamiehinä L. Grønfeldt ja A. Tokár,
päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,
on antanut seuraavan

tuomion

- 1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL 2004, L 134, s. 114 ja oikaisu EUVL 2004, L 351, s. 44) 2 artiklan tulkintaa.
- 2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa vastakkain ovat Finn Frogne A/S (jäljempänä Frogne) ja Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (kansallinen poliisin hätäviestintäkeskus, Tanska, jäljempänä CFB) ja joka koskee CFB:n hankintaviranomaisena ja Terma A/S:n sopimuspuoleksi valittuna kyseisen hankintasopimuksen täytäntöön panemisen yhteydessä tekemän sovintoa koskevan sopimuksen lainmukaisuutta.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin oikeus

- 3 Direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:
”Jäsenvaltioissa valtion, paikallisten yhteisöjen ja muiden julkisoikeudellisten laitosten puolesta tehtyjen hankintasopimusten osalta on noudatettava perustamissopimuksen periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjimättömyyden periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta. Tietyn arvon ylittävien julkisten hankintojen osalta on kuitenkin suotavaa laatia säännökset, joiden mukaan näitä sopimuksia koskevat kansalliset sopimuksentekomenettelyt sovitetaan yhteisössä yhteen ja jotka perustuvat edellä mainittuihin periaatteisiin, jotta voidaan varmistaa niiden vaikutus ja taata julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle. Näitä yhteensovittamista koskevia säännöksiä olisi siten tulkittava edellä mainittujen sääntöjen ja periaatteiden sekä perustamissopimuksen muiden määräysten mukaisesti.”
- 4 Kyseisen direktiivin 2 artiklassa, jonka otsikkona on ”Julkisissa hankintasopimuksissa noudatettavat periaatteet”, säädetään seuraavaa:
”Hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti.”
- 5 Mainitun direktiivin 28 artiklassa säädetään seuraavaa:
”Hankintaviranomaiset soveltavat julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekoon kansallisia menettelyjä, jotka on mukautettu tämän direktiivin tarkoituksiin.

Hankintaviranomaiset tekevät kyseiset hankintasopimukset noudattaen avointa menettelyä tai rajoitettua menettelyä. – – Jäljempänä 30 ja 31 artiklassa nimenomaisesti säädettyissä erityistapauksissa ja -olosuhteissa hankintaviranomaiset voivat noudattaa neuvottelumenettelyä, joko julkaisemalla samalla hankintailmoituksen tai jättämällä sen julkaisematta.”

6 Saman direktiivin 31 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaiset voivat julkisia hankintasopimuksia tehdessään noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisematta ennakolta hankintailmoitusta seuraavissa tapauksissa:

1) rakennusurakoita, tavaroita ja palveluja koskevat julkiset hankintasopimukset, kun:

--

c) sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä hankintaviranomaisille ennalta arvaamattomista syistä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi 30 artiklassa tarkoitettulle avoimelle tai rajoitetulle menettelylle taikka neuvottelumenettelylle, johon liittyy hankintailmoituksen julkaiseminen, asetettuja määräaikoja voida noudattaa. Seikat, jotka esitetään äärimmäisen kiireen perusteiksi, eivät missään tapauksessa saa johtua hankintaviranomaisista;

--

4) julkisia rakennusurakoita ja palveluhankintoja koskevat sopimukset, kun:

a) kyseessä on alkuperäiseen hankkeeseen tai alkuperäiseen sopimukseen sisällymätön lisäurakka tai -palvelu, josta on ennalta arvaamattomista syistä tullut välttämätön palvelun suorittamisen tai urakan toteuttamisen kannalta sellaisena kuin se on kuvattu, jos sopimus lisäurakasta tehdään urakan toteuttavan tai palvelun suorittavan alkuperäisen taloudellisen toimijan kanssa:

— jos tällaista lisäurakkaa tai -palvelua ei voida erottaa teknisesti tai taloudellisesti alkuperäisestä sopimuksesta aiheuttamatta hankintaviranomaisille huomattavaa haittaa,

tai

— jos lisäurakka tai -palvelu, vaikka se voitaisiin erottaa alkuperäisen sopimuksen toteuttamisesta, on ehdottoman välttämätön tämän loppuunsaattamiseksi.

Lisäurakoista tai -palveluista tehtyjen hankintasopimusten yhteenlaskettu arvo saa kuitenkin olla enintään 50 prosenttia alkuperäisen sopimuksen arvosta;

--”

7 Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY (EYVL 1989, L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL 2007, L 335, s. 31; jäljempänä direktiivi 89/665), sisältää 2 d artiklan, jonka otsikkona on ”Pätemättömyys”. Kyseisessä artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että hankintaviranomaisesta riippumaton muutoksenhakuelin toteaa sopimuksen pätemättömäksi tai että sen pätemättömyys on tällaisen muutoksenhakuelimen päätöksen tulosta kaikissa seuraavissa tapauksissa:

a) jos hankintaviranomainen on tehnyt sopimuksen julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä, vaikkei tämä ole sallittua direktiivin 2004/18/EY mukaisesti;

--

4. Jäsenvaltioiden on säädettävä, että tämän artiklan 1 kohdan a alakohtaa ei sovelleta, jos

- hankintaviranomainen katsoo, että sopimuksen tekeminen ilman sitä koskevan hankintailmoituksen julkaisemista ennalta Euroopan unionin virallisessa lehdessä on sallittua direktiivin 2004/18/EY mukaisesti,
 - hankintaviranomainen on tämän direktiivin 3 a artiklan mukaisesti julkaissut Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoituksen, jossa se ilmaisee aikovansa tehdä sopimuksen, ja
 - sopimusta ei ole tehty ennen kuin vähintään 10 kalenteripäivää on kulunut tämän ilmoituksen julkaisemispäivää seuraavasta päivästä.
- –”

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

- 8 Tanskan valtio käynnisti vuonna 2007 julkista hankintaa koskevan sopimuksetekomenettelyn kilpailullisen neuvottelumenettelyn muodossa kattavan kokonaisviestintäjärjestelmän toimittamisesta kaikille pelastusviranomaisille ja sen ylläpidosta usean vuoden ajaksi. CFB:stä tuli myöhemmin kyseisestä hankintasopimuksesta vastaava toimivaltainen viranomainen.
- 9 Mainitun hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valittiin Terma. Sen kanssa 4.2.2008 tehdyn sopimuksen kokonaisarvo oli 527 miljoonaa Tanskan kruunua (noin 70 629 800 euroa), mistä tarjouspyyntöasiakirjoissa kuvatun vähimmäisratkaisun osuus oli 299 854 699 Tanskan kruunua (noin 40 187 000 euroa), muun osuuden koskiessa optioita ja muita suoritteita, joiden täytäntöönpanoa ei välttämättä pyydetäisi.
- 10 Kun mainitun sopimuksen täytäntöönpanon aikana ilmeni oikea-aikaisia toimituksia koskevia häiriöitä, CFB ja Terma kumpikin kiistivät olevansa vastuussa siitä, että hankintasopimusta oli mahdotonta panna täytäntöön siten kuin siitä oli sovittu.
- 11 Neuvottelujen jälkeen sopimuspuolet pääsivät sopimukseen sovinnosta, jonka mukaan hankintasopimus rajataan koskemaan noin 35 000 000 Tanskan kruunua (noin 4 690 000 euroa) arvoisen radioviestintäjärjestelmän toimittamista alueellisille poliisiyksiköille, kun taas CFB hankkisi kaksi palvelinkeskusta, joiden arvo on noin 50 000 000 Tanskan kruunua (noin 6 700 000 euroa) ja jotka Terma oli itse hankkinut vuokrataksen ne CFB:lle alkuperäistä hankintasopimusta täytäntöönpanossa. Tämän sovinnon puitteissa kumpikin sopimuspuoli luopuisi kaikista muista alkuperäiseen hankintasopimukseen perustuvista oikeuksistaan paitsi tähän sovintoon perustuvista oikeuksista.
- 12 Ennen kyseisen sovinnon tekemistä CFB julkaisi 19.10.2010 Euroopan unionin virallisessa lehdessä sovintoa koskevaa sopimusta, jonka se aikoi tehdä Terman kanssa, koskevan direktiivin 89/655 2 d artiklan 4 kohdan mukaisen vapaaehtoista ex ante -avoimuutta koskevan ilmoituksen.
- 13 Frogne, joka ei ollut hakenut esivalintaa alkuperäistä hankintasopimusta koskevaan tarjouspyyntömenettelyyn osallistumiseksi, teki valituksen Klagenævnet for Udbudiin (julkisia hankintoja käsittelevä valituslautakunta, Tanska) (jäljempänä valituslautakunta). Ennen asiakysymyksestä tehtävää ratkaisua valituslautakunta teki 10.12.2010 päätöksen, jonka mukaan valituksella ei ole lykkäävää vaikutusta.
- 14 Mainittu sovintoa koskeva sopimus tehtiin 17.12.2010.
- 15 Frognen valituslautakunnalle tekemä valitus hylättiin 3.11.2011 tehdyllä päätöksellä.

- 16 Myös kanne, jonka Frogne nosti tästä päätöksestä, hylättiin Østre Landsretin (itäisen alueen muutoksenhakutuomioistuin, Tanska) 20.12.2013 antamalla ratkaisulla.
- 17 Aluksi kyseinen tuomioistuin katsoi, että alkuperäisen hankintasopimuksen muutos, sellaisena kuin se oli tehty CFB:n ja Terman välisessä sovinnossa, oli unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukainen olennainen kyseisen hankintasopimuksen muutos.
- 18 Tämän jälkeen kyseinen tuomioistuin kuitenkin katsoi yhtäältä, ettei kyseinen sovinto syntynyt sen seurauksena, että Terma ja CFB olisivat halunneet neuvotella uudelleen alkuperäisen hankintasopimuksen olennaisia ehtoja varmistaakseen yhteistyönsä ihanteellisen jatkumisen olennaisesti muuttunein ehdoin, vaan se muodosti sopimuspuolten välille syntyneen riidan vaihtoehtoisen ratkaisun, jolla korvataan kyseisen hankintasopimuksen irtisanominen tilanteessa, jossa hankintasopimuksen toteuttaminen vaikutti mahdottomalta, ja jonka puitteissa kumpikin sopimuspuoli hyväksyi merkittäviä myönnytyksiä, jotta päästäisiin hyväksyttävään ratkaisuun, joka oli merkittävästi mainittua hankintasopimusta suppeampi, samalla kun mahdollistettiin se, että kumpikin välttäisi ilmeisen kohtuuttomien tappioiden riskit. Mikään ei toisaalta anna aihetta olettaa, että CFB:n tai Terman aikomuksena olisi ollut kiertää julkisia hankintoja koskevia säännöksiä.
- 19 Tällaisissa olosuhteissa Østre Landsret katsoi, että yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteet eivät ole esteenä kyseisen sovinnon tekemisen kanssa edellyttäen, että alkuperäisen hankintasopimuksen ja sovinnossa määrättyjen suoritusten välillä on tiivis yhteys. Näin lienee ollut paikallisille poliisiyksiköille toimitettavan radioviestintäjärjestelmän osalta, muttei kahden palvelinkeskuksen myymisen osalta. Kun otetaan huomioon viimeksi mainittu seikka, kyseinen tuomioistuin katsoi, että CFB:n päätös turvautua sovintoa koskevaan sopimukseen pääasiassa kyseessä olevassa tilanteessa ja kyseisen sopimuksen tekeminen olivat ristiriidassa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusvelvoitteen kanssa. Sillä tosiseikalla, että hankintaviranomainen saattoi mainitun sopimuksen tekemisellä välttää konfliktitilanteeseen liittyviä riskejä, ei todettu olevan merkitystä sopimuksen tekemisen lainmukaisuuden arvioinnissa.
- 20 Østre Landsret katsoi kuitenkin, ettei CFB:n näkemys, jonka mukaan sovintoa koskevan sopimuksen tekeminen Terman kanssa oli sallittua ilman julkisia hankintoja koskevien unionin säännösten mukaisen edeltävän hankintailmoituksen julkaisemista, ollut ilmeisen väärä. Kun otetaan huomioon hankintaviranomaisen Euroopan unionin virallisessa lehdessä julkaistava direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdan mukainen vapaaehtoista ex ante -avoimuutta koskeva ilmoitus sovintoa koskevasta sopimuksesta, jonka se aikoi tehdä, ja se tosiseikka, että ennen kyseisen sopimuksen tekemistä se ei ollut ainoastaan odottanut tässä säännöksessä mainitun kymmenen päivän määräajan kulumista vaan myös sitä, että valituslautakunta tekee ratkaisun Frognen sinne tekemän valituksen mahdollisesta lykkäävästä vaikutuksesta, kyseinen tuomioistuin katsoi, ettei sovintoa koskevaa sopimusta voitu todeta pätemättömäksi, joten siinä nostettua kannetta ei ollut tarpeen hyväksyä.
- 21 Højesteretissä (ylin tuomioistuin, Tanska), jonka käsiteltäväksi Frogne asian saattoi, Frogne väittää, että se, onko alkuperäistä julkisia hankintoja koskevaa sopimusta koskevan sovinnon yhteydessä suunnitellusta julkisesta hankinnasta järjestettävä julkisia hankintoja koskeva menettely, riippuu ainoastaan siitä, onko alkuperäiseen hankintasopimukseen näin tehty muutos olennainen vai ei. Käsiteltävässä tapauksessa muutos on sen mukaan olennainen, onpa kyse hankintasopimuksen kohteesta sellaisena kuin se on muutettuna tai sen huomattavasti alennetusta arvosta, koska muutettu hankintasopimus oli omiaan herättämään kiinnostusta pienempien yritysten parissa. Lisäksi luonteeltaan taloudellisiin arviointeihin tai hankintaviranomaisen tilanteen suojelemiseen ei voida vedota yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusvelvoitteen loukkaamisen oikeuttamiseksi.
- 22 CFB tarkastelee sovintoa kahdesta näkökulmasta. Yhtäältä siltä osin kuin kyse on sopimuksen rajoittamisesta koskemaan radioviestintäjärjestelmän toimittamista ainoastaan alueellisille poliisiyksiköille, se korostaa sen tosiseikan tärkeyttä, että muutos on muodostunut huomattavasta suoritusten vähennyksestä, mikä muodostaa tilanteen, jota ei säännellä unionin oikeudessa. Kahden

sellaisen palvelinkeskuksen hankkimisesta, joiden osalta ainoastaan vuokraamisesta on sovittu alkuperäisessä hankintasopimuksessa, se toteaa toisaalta, että periaatteessa näiden materiaalien hallussapito omistusoikeuden perusteella pikemminkin kuin vuokrauksen perusteella ei muodosta kyseisen hankintasopimuksen olennaista muutosta.

- 23 Yleisemmällä tasolla CFB arvioi, että kun hankintasopimuksen täytäntöönpanossa ilmenee häiriöitä – mikä ei ole harvinaista tietyn tyyppisissä hankinnoissa, kuten niissä, jotka koskevat informaatiojärjestelmien kehittämistä –, hankintaviranomaiselle täytyy myöntää laaja harkintavalta, jotta se voi saada aikaiseksi kohtuullisen ratkaisun täytäntöönpanoon liittyvissä häiriöissä. Jos näin ei olisi, sen olisi joko luovuttava kohtuullisista mukautuksista tai päätettävä sopimus tähän liittyvine riskeineen ja tappioineen. Direktiivin 2004/18 tulkitseminen siten, että siinä veloitetaan käynnistämään uusi julkisia hankintoja koskeva menettely tällaisessa tilanteessa, johtaisi käytännössä siihen, että estettäisiin sovinnon tekeminen, mikä olisi puutumista velvoiteoikeudelliseen sääntelyyn, mitä ei hyväksytä perussopimuksissa.
- 24 Højesteret pohtii direktiivin 2004/18 2 artiklan laajuutta, erityisesti saadakseen tietää, edellyttääkö yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusvelvoite sitä, ettei hankintaviranomainen voi harkita sovinnon tekemistä, jotta julkisia hankintoja koskevan sopimuksen täytäntöönpanossa ilmenneet häiriöt voitaisiin ratkaista, ilman, että automaattisesti syntyisi velvoite järjestää uusi tarjouspyyntö kyseisen hankintasopimuksen ehdoista.
- 25 Kyseisen tuomioistuimen mukaan uusi seikka unionin tuomioistuimen aikaisemmin tutkimiin tilanteisiin verrattuna on kyseiset täytäntöönpanon häiriöt, joiden syyksilukemisesta jommallekummalle sopimuspuolelta keskustellaan, ja loppujen lopuksi relevantti kysymys on se, onko niiden poistamiseksi mahdollista turvautua sovintoon ilman uuden tarjouspyynnön järjestämistä.
- 26 Tässä tilanteessa Højesteret päätti lykätä ratkaisun antamista ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko direktiivin 2004/18 2 artiklaa yhdessä 19.6.2008 annetun tuomion presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351) ja 13.4.2010 annetun tuomion Wall (C-91/08, EU:C:2010:182) kanssa tulkittava siten, että sovintoa koskeva sopimus, joka sisältää sopimuspuolten aiemman tarjouspyynnön perusteella tekemässä hankintasopimuksessa alun perin sopimien suoritusten rajoituksia ja muutoksia samoin kuin vastavuoroisen pidättymisen laiminlyöntimenettelyistä tulevien oikeusriitojen välttämiseksi, on hankintasopimus, joka itsessään edellyttää tarjouspyynnön esittämistä, jos alkuperäiseen hankintasopimukseen on kohdistunut häiriöitä?”

Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu

- 27 Kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee pääasiallisesti, onko direktiivin 2004/18 2 artiklaa tulkittava siten, ettei julkisia hankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen kyseiseen sopimukseen voida tehdä olennaisia muutoksia käynnistämättä uutta sopimuksentekomenettelyä, vaikka tämä muutos objektiivisesti muodostaa sovintoratkaisun yhden tavan, joka sisältää vastavuoroisia myönnytyksiä molemmilta sopimusosapuolilta sellaisen riidan päättämiseksi, jonka lopputulos on epävarma ja joka johtuu tämän hankintasopimuksen täytäntöönpanoon kohdistuvista häiriöistä.
- 28 Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä seuraa, että yhdenvertaisen kohtelun periaate ja siitä johtuva avoimuusvelvoite ovat esteenä sille, että julkisia hankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen hankintaviranomainen ja sopimuspuoleksi valittu tekevät tätä hankintasopimuksia koskeviin säännöksiin sellaisia muutoksia, että nämä säännökset poikkeavat luonteeltaan olennaisesti alkuperäisen julkista hankintaa koskevaa sopimusta koskevista säännöksistä. Tilanne on tällainen, mikäli aiotut muutokset johtavat joko hankintasopimuksen merkittävään

laajentamiseen aikaisemmin määrittelemättömiin tekijöihin tai sopimuksen taloudellisen tasapainon muuttamiseen sopimuspuoleksi valitun eduksi tai mikäli nämä muutokset ovat sellaisia, että niillä saatetaan kyseenalaiseksi hankintasopimuksen sopimuspuolen valinta siten, että tilanteessa, jossa mainitut muutokset olisi sisällytetty alkuperäisen hankintasopimuksen tekomenettelyä sääteleviin asiakirjoihin, joko jokin toinen tarjous olisi hyväksytty tai muita tarjoajia olisi voitu hyväksyä mukaan menettelyyn (ks. vastaavasti mm. tuomio 19.6.2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, 34–37 kohta).

- 29 Jälkimmäisen tilanteen osalta on muistutettava, että hankintasopimuksen osatekijöiden muuttamisen siten, että sen kohdetta pienennetään, seurauksena voi olla se, että se on useamman taloudellisen toimijan saatavilla. Sikäli kun hankintasopimuksen alkuperäinen laajuus on ollut sellainen, että ainoastaan tietyt yritykset saattoivat esittää hakemuksensa tai jättää tarjouksensa, mainitun hankintasopimuksen suuruuden supistuminen on omiaan tekemään sen mielenkiintoiseksi myös pienemmille taloudellisille toimijoille. Koska tietyn hankintasopimuksen osalta asetettujen soveltuvuutta koskevien vähimmäisedellytysten on liityttävä direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdan toisen alakohdan mukaan suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen nähden, sen kohteen supistaminen on omiaan aiheuttamaan sen, että hakijoille tai tarjoajille asetetut soveltuvuutta koskevat vaatimukset pienevät suhteellisesti.
- 30 Julkisia hankintoja koskevan sopimuksen olennaista muutosta sen sopimuspuolen valinnan jälkeen ei periaatteessa pitäisi tehdä suoraan hankintaviranomaisen ja sopimuspuoleksi valitun välillä vaan siitä on järjestettävä uusi näin muutettua sopimusta koskeva hankintamenettely (ks. analogisesti tuomio 13.4.2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, 42 kohta). Tilanne olisi toinen vain, mikäli tästä muutoksesta olisi määrätty alkuperäisen hankintasopimuksen ehdoissa (ks. vastaavasti tuomio 19.6.2008 pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, 37, 40, 60, 68 ja 69 kohta).
- 31 Ennakkoratkaisupyyntöstä käy kuitenkin ilmi, että Østre Landsretin analyysin, johon Højesteret viittaa, mukaan pääasiassa kyseessä olevan tilanteen erityislaatuisuus perustuu siihen, että hankintasopimuksen muutos, joka on määritelty olennaiseksi, ei johdu sopimuspuolten unionin tuomioistuimen edellä mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettusta tahdosta neuvotella uudelleen niitä sitoneen alkuperäisen hankintasopimuksen olennaiset ehdot, vaan kyseisen hankintasopimuksen täytäntöönpanossa ilmenneistä objektiivista häiriöistä ja niiden ennalta-arvaamattomista seurauksista eli häiriöistä, joiden myöskin ennalta-arvaamatonta luonnetta, kun kyseessä ovat, kuten tässä asiassa, monimutkaisen tietojenkäsittelyjärjestelmän kehittämistä edellyttävät hankintasopimukset, tietyt osapuolet, joita asia koskee ja jotka ovat esittäneet unionin tuomioistuimelle huomautuksia, korostavat.
- 32 On kuitenkin todettava, ettei se seikka, ettei hankintasopimuksen ehtoihin tehty olennainen muutos johdu hankintaviranomaisen ja hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valitun tietoisesta tahdosta neuvotella uudelleen tämän hankintasopimuksen ehtoja, vaan niiden pyrkimyksestä löytää sovintoratkaisu mainitun hankintasopimuksen täytäntöönpanossa kohdattuihin objektiivisiin häiriöihin, eikä joidenkin hankkeiden objektiivisesti epävarma luonne voi oikeuttaa sitä, että tästä muutoksesta päätetään noudattamatta yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, jota on sovellettava kaikkiin julkisia hankintoja koskevasta sopimuksesta mahdollisesti kiinnostuneihin toimijoihin.
- 33 Niistä syistä, jotka voivat johtaa hankintaviranomaisen ja sopimuspuoleksi valitun suunnittelemaan sellaista olennaista muutosta hankintasopimukseen, joka edellyttää uuden hankintamenettelyn käynnistämistä, on ensinnäkin todettava, että viittaus sopimuspuolten tietoiseen tahtoon neuvotella uudelleen tämän hankintasopimuksen ehdot ei ole määräävä tekijä. Tällaista aikomusta on tosin tarkoitettu tuomion 5.10.2000, komissio v. Ranska (C-337/98, EU:C:2000:543), joka oli ensimmäinen tuomio, jossa tätä ongelmakenttää tarkasteltiin, 44 kohdassa. Joka tapauksessa, kuten tämä tuomion 42–44 kohdasta käy ilmi, kyseinen muotoilu liittyi edellä mainittuun tuomioon johtaneeseen asiaan liittyneeseen erityiseen tosiseikastoon. Sitä vastoin sitä, onko kyse olennaisesta muutoksesta, on arvioitava objektiivisesta näkökulmasta tämän tuomion 28 kohdassa mainittuja arviointiperusteita käyttäen.

- 34 Toisaalta tuomion 14.11.2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736) 40 kohdasta käy ilmi, ettei EUT-sopimukseen perustuvia yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja syrjimättömyyden periaatetta sekä niistä johtuvaa avoimuusvelvoitetta voida jättää huomiotta silloin, kun palveluja koskevaa konsessiosopimusta tai yksinoikeuden myöntämistä koskevaa sopimusta aiotaan muuttaa olennaisesti tarkoituksena saada aikaiseksi kohtuullinen ratkaisu, jolla voidaan päättää se riita, joka julkisten yksiköiden ja taloudellisen toimijan välille on syntynyt niitä sitovan sopimuksen ulottuvuudesta täysin niiden tahdosta riippumattomista syistä. Koska nämä periaatteet ja tämä velvoite muodostavat direktiivin 2004/18 2 artiklan perustan, kuten direktiivin johdanto-osan toisesta perustelukappaleesta käy ilmi, tämä oppi pätee myös tämän direktiivin soveltamiseen.
- 35 Toiseksi joidenkin hankkeiden, joista voidaan tehdä julkisia hankintoja koskeva sopimus, objektiivisesti epävarman luonteen osalta on tosin muistutettava, että direktiivin 2004/18 31 artiklan mukaan hankintaviranomaiset voivat tehdä julkisia hankintoja koskevia sopimuksia suoraan, toisin sanoen neuvotella sellaisen taloudellisen toimijan kanssa, joka on valittu julkaisematta ennakolta hankintailmoitusta, hankintasopimuksen ehdoista eri tapauksissa, joista useimpiin liittyy tiettyjen olosuhteiden ennalta-arvaamattomuus. Kuten kyseisen direktiivin 28 artiklan toisen kohdan viimeisen virkkeen sanamuodosta käy kuitenkin ilmi, 28 artiklaa voidaan soveltaa ainoastaan mainitussa 31 artiklassa nimenomaisesti säädettyissä erityistapauksissa ja -olosuhteissa, joten kyseisten poikkeusten luettelo on pidettävä tyhjéntävänä. Pääasiassa kyseessä oleva tilanne ei kuitenkaan vaikuta vastaavan yhtäkään kyseisistä tilanteista.
- 36 Se seikka itsessään, että tiettyjä julkisia hankintoja koskevia sopimuksia voidaan kohteensa perusteella automaattisesti pitää luonteeltaan epävarmoina, tekee häiriöiden ilmenemistä täytäntöönpanovaiheessa koskevan riskin lisäksi ennakoitavaksi. Täten tällaisen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen osalta hankintaviranomaisen tehtävänä on paitsi käyttää parhaiten soveltuvia julkisia hankintoja koskevia menettelyjä myös erityisesti määritellä tämän hankintasopimuksen kohde erittäin huolellisesti. Kuten lisäksi tämän tuomion 30 kohdasta käy ilmi, hankintaviranomainen voi varata itselleen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen mahdollisuuden tehdä tiettyjä, jopa olennaisia muutoksia hankintasopimukseen, kunhan se on ottanut sen huomioon hankintamenettelyä säätelevissä asiakirjoissa.
- 37 Vaikka yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusvelvoitteen noudattaminen on taattava myös erityisissä julkisia hankintoja koskevissa sopimuksissa, tämä ei estä ottamasta huomioon niiden erityispiirteitä. Kyseisen oikeudellisen velvoitteen ja tämän konkreettisen tarpeen yhteensovittaminen tapahtuu yhtäältä hankintasopimusta koskevien ehtojen, sellaisena kuin ne on määritetty hankintasopimusta koskevissa asiakirjoissa, tarkalla noudattamisella aina kyseisen hankintasopimuksen täytäntöönpanovaiheen päättymiseen saakka, mutta toisaalta myös sillä, että on mahdollista määrätä näissä asiakirjoissa nimenomaisesti, että hankintaviranomaisella on oikeus sopeuttaa tämän hankintasopimuksen tiettyjä, jopa olennaisia, ehtoja kyseisen julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen. Määräämällä nimenomaisesti tästä oikeudesta ja säätämällä sen soveltamistavoista näissä asiakirjoissa hankintaviranomainen takaa, että kaikki mainittuun hankintamenettelyyn osallistumisesta kiinnostuneet taloudelliset toimijat ovat siitä tietoisia heti alusta lähtien ja ovat siten yhdenvertaisessa asemassa tarjoustensa laatimishetkellä (ks. vastaavasti tuomio 29.4.2004, komissio v. CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, 112, 115, 117 ja 118 kohta).
- 38 Sitä vastoin tällaisten määräysten puuttuessa hankintasopimusta koskevista asiakirjoista tarve soveltaa tiettyä julkisia hankintoja koskevaa sopimusta varten kaikkiin taloudellisiin toimijoihin samoja ehtoja edellyttää, mikäli kyseistä hankintasopimusta muutetaan olennaisesti, uuden hankintamenettelyn avaamista (ks. vastaavasti tuomio 29.4.2004, komissio v. CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, 127 kohta).
- 39 Lopuksi on täsmennettävä, että kaikki nämä seikat kokonaisuudessaan eivät kuitenkaan vaikuta pääasiassa kyseessä olevan julkisia hankintoja koskevan sopimuksen puitteissa julkaistun vapaaehtoisen ex ante -avoimuutta koskevan ilmoituksen mahdollisiin seurauksiin.

- 40 Edellä esitetyn perusteella ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava, että direktiivin 2004/18 2 artiklaa on tulkittava siten, ettei julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen kyseiseen sopimukseen voida tehdä olennaista muutosta käynnistämättä uutta hankintamenettelyä, vaikka tämä muutos objektiivisesti muodostaa sovintoratkaisun yhden tavan, joka sisältää vastavuoroisia myönnytyksiä molemmilta sopimuspuoilta sellaisen riidan päättämiseksi, jonka lopputulos on epävarma ja joka johtuu tämän hankintasopimuksen täytäntöönpanoon kohdistuvista häiriöistä. Asia olisi toisin vain, mikäli mainitun hankintasopimuksen asiakirjoissa määrättäisiin oikeudesta sopeuttaa tämän hankintasopimuksen tiettyjä, jopa olennaisia, ehtoja kyseisen sopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen ja vahvistettaisiin tämän oikeuden soveltamistavat.

Oikeudenkäyntikulut

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

Näillä perusteilla unionin tuomioistuin (kahdeksas jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 2 artiklaa on tulkittava siten, ettei julkisia hankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen kyseiseen sopimukseen voida tehdä olennaista muutosta käynnistämättä uutta hankintamenettelyä, vaikka tämä muutos objektiivisesti muodostaa sovintoratkaisun yhden tavan, joka sisältää vastavuoroisia myönnytyksiä molemmilta sopimuspuoilta sellaisen riidan päättämiseksi, jonka lopputulos on epävarma ja joka johtuu tämän hankintasopimuksen täytäntöönpanoon kohdistuvista häiriöistä. Asia olisi toisin vain, mikäli mainitun hankintasopimuksen asiakirjoissa määrättäisiin oikeudesta sopeuttaa tämän hankintasopimuksen tiettyjä, jopa olennaisia, ehtoja kyseisen sopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen ja vahvistettaisiin tämän oikeuden soveltamistavat.

Allekirjoitukset