

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (toinen jaosto)
3 päivänä maaliskuuta 2005 *

Yhdistetyissä asioissa C-21/03 ja C-34/03,

joissa on kyse EY 234 artiklaan perustuvista ennakkoratkaisupyynnöistä, jotka Conseil d'État (Belgia) on esittänyt 27.12.2002 tekemillään päätöksillä, jotka ovat saapuneet yhteisöjen tuomioistuimeen 29.1. ja 22.1.2003, saadakseen ennakkoratkaisun asioissa

Fabricom SA

vastaan

Belgian valtio,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (toinen jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja C. W. A. Timmermans (esittelevä tuomari) sekä tuomarit C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric ja J. N. Cunha Rodrigues,

julkisasiamies: P. Léger,

kirjaaja: R. Grass,

* Oikeudenkäyntikieli: ranska.

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

- Fabricom SA, edustajinaan avocat J. Vanden Eynde ja avocat J.-M. Wolter,
- Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,
- Suomen hallitus, asiamiehenään T. Pynnä,
- Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään K. Wiedner ja B. Stromsky,

kuultuaan julkisasiamiehen 11.11.2004 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

¹ Ennakkoratkaisupyynnöt koskevat julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neu-

voston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna 13.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY (EYVL L 328, s. 1; jäljempänä direktiivi 92/50), ja erityisesti sen 3 artiklan 2 kohdan, julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 97/52 (jäljempänä direktiivi 93/36), ja erityisesti sen 5 artiklan 7 kohdan, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54), sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 97/52 (jäljempänä direktiivi 93/37), ja erityisesti sen 6 artiklan 6 kohdan sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84), sellaisena kuin se on muutettuna 16.2.1998 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 98/4/EY (EYVL L 101, s. 1; jäljempänä direktiivi 93/38), ja erityisesti sen 4 artiklan 2 kohdan tulkintaa yhdessä suhteellisuusperiaatteen, kaupan ja teollisuuden vapauden sekä omaisuuden suoja koskevan oikeuden kanssa. Samat pyynnöt koskevat lisäksi julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33) ja erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 5 artiklan sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25 päivänä helmikuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/13/ETY (EYVL L 76, s. 14) ja erityisesti sen 1 ja 2 artiklan tulkintaa.

- 2 Nämä pyynnöt on esitetty asioissa, joissa asianosaisina ovat Fabricom SA (jäljempänä Fabricom) ja Belgian valtio ja jotka koskevat sellaisten kansallisten säännösten laillisuutta, joissa tietyissä olosuhteissa kielletään se, että henkilö, jolla on valmistelutehtäviä julkisen hankinnan yhteydessä, tai tähän henkilöön sidossuhteissa oleva yritys osallistuu kyseiseen hankintaan.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön lainsäädäntö

- 3 Julkisia hankintoja koskevan sopimuksen, joka on liitteenä Uruguayn kierroksen monenvälisissä kauppaneuvotteluissa (1986–1994) laadittujen sopimusten tekemisestä Euroopan yhteisön puolesta yhteisön toimivaltaan kuuluvissa asioissa 22 päivänä joulukuuta 1994 tehdyssä neuvoston päätöksessä 94/800/EY (EYVL L 336, s. 1; jäljempänä julkisia hankintoja koskeva sopimus), VI artiklan 4 kohdassa todetaan seuraavaa:

”Hankintayksiköt eivät saa pyytää eivätkä ottaa vastaan kilpailua rajoittavalla tavalla vaikuttavaa neuvontaa, jota voidaan käyttää tietyssä hankinnassa käytettävien eritelmien valmistelussa, sellaiselta yritykseltä, jolla voi olla kaupallista mielenkiintoa tätä hankintaa kohtaan.”

- 4 Direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti.”

- 5 Direktiivin 93/36 5 artiklan 7 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten on huolehdittava, ettei eri tavarantoimittajia kohdella eriarvoisesti.”

- 6 Direktiivin 93/37 6 artiklan 6 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Hankintaviranomaisten on huolehdittava, ettei eri urakoitsijoita kohdella eriarvoisesti."

- 7 Direktiivin 93/38 4 artiklan 2 kohdassa todetaan seuraavaa:

"Hankintayksiköiden on huolehdittava, ettei ketään tavarantoimittajaa, urakoitsijaa tai palvelujen suorittajaa syrjitä."

- 8 Direktiivin 97/52 kymmenennessä perustelukappaleessa, jonka sanamuoto on otettu olennaisilta osiltaan sellaisenaan direktiivin 98/4 13 perustelukappaleeseen, todetaan seuraavaa:

"Hankintaviranomaiset saavat pyytää tai ottaa yritykseltä neuvoja, joita voitaisiin käyttää eritelmien laatimiseen tietyssä hankinnassa ainoastaan edellyttäen, että näillä neuvoilla ei aiheuteta kilpailun rajoittumista."

- 9 Direktiivin 89/665 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että 1 artiklassa säädettyihin muutoksenhakumenettelyihin liittyviin toimenpiteisiin sisältyy valtuudet:

- a) ryhtyä mahdollisimman aikaisessa vaiheessa ja kiireellisesti väliaikaisiin toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena on saada väitetty virheellinen menettely päättymään tai estää kyseisiin etuihin kohdistuvat lisävahingot, mukaan lukien toimenpiteet julkisen hankintasopimusmenettelyn taikka hankintaviranomaisen tekemän päätöksen täytäntöönpanon keskeyttämiseksi tai niiden keskeyttämisen varmistamiseksi;

— —”

- 10 Direktiivin 92/13 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on toteutettava aiheelliset toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintayksiköiden tekemiin päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti mahdollisimman nopeasti seuraavien artiklojen ja erityisesti 2 artiklan 8 kohdan mukaisesti, jos nämä päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia säännöksiä, kun on kyse

- a) neuvoston direktiivin 90/531/ETY soveltamisalaan kuuluvista sopimuksentekomenettelyistä

ja

- b) siitä, vastaavatko kyseisen direktiivin 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan soveltamisalaan kuuluvat hankintayksiköt kyseisen säännöksen vaatimuksia.

2. Jäsenvaltioiden on varmistettava, ettei yrityksiä, jotka voivat vaatia sopimuksentekomenettelystä johtuvaa vahingonkorvausta, syrjitä yhteisön oikeuden saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettujen ja muiden kansallisten säännösten välisen eron perusteella, tämän direktiivin mukaisesti.

3. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että käytettävissä on muutoksenhakumenettelyt, joiden yksityiskohtaisista säännöksistä kukin jäsenvaltio voi itse päättää ja jotka ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa tiettyä sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata. Jäsenvaltiot voivat edellyttää erityisesti, että ennen muutoksenhakumenettelyn käynnistämistä hakijan on täytynyt ilmoittaa hankintayksikölle väitetystä virheellisestä menettelystä sekä aikomuksestaan hakea muutosta.”

11 Direktiivin 92/13 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että 1 artiklassa tarkoitetuissa muutoksenhakumenettelyjen aikaansaamiseksi toteutettavissa toimenpiteissä annetaan valtuudet

joko

- a) ryhtyä kiireellisesti väliaikaisiin toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena on oikaista väitetty virheellinen menettely tai estää kyseisiin etuihin kohdistuvat lisävahingot, mukaan lukien toimenpiteet sopimuksentekomenettelyn tai hankintayksikön tekemän päätöksen täytäntöönpanon keskeyttämiseksi tai niiden keskeyttämisen varmistamiseksi,

ja

- b) kumota lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden kumoaminen, mukaan lukien sopimusilmoituksessa, määräaikaisessa ohjeellisessa ilmoituksessa, kelpuuttamisjärjestelmän olemassaoloa koskevassa ilmoituksessa, tarjouspyynnössä, sopimusasiakirjoissa tai muussa kyseiseen sopimuksentekomenettelyyn liittyvässä asiakirjassa olevien syrjintää aiheuttavien teknisten, taloudellisten tai rahoitusta koskevien eritelmien poistaminen,

tai

- c) ryhtyä kiireellisesti mahdollisuuksien mukaan väliaikaisin menettelyin ja tarvittaessa asiasisältöä koskevin lopullisin menettelyin muihin kuin a ja b alakohdassa mainittuihin toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena on oikaista havaittu virheellinen menettely ja estää kyseisiin etuihin kohdistuvat vahingot; erityisesti määräämällä maksettavaksi tietty korvaus tapauksissa, joissa virheellistä menettelyä ei ole oikaistu tai estetty.

Jäsenvaltiot voivat valita menettelyn joko kaikkien hankintayksiköiden osalta tai puolueettomin perustein määritettyjen yksikköryhmien osalta, säilyttäen kuitenkin niiden toimenpiteiden tehokkuuden, jotka on määrätty kyseisiin etuihin kohdistuvien vahinkojen estämiseksi;

— —”

Kansallinen lainsäädäntö

- 12 Rakennusurakoita, tavarantoimituksia ja palveluja koskevista julkisista hankinnoista ja julkisista käyttöoikeusurakoista 8.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen (Moniteur belge 9.4.1999, s. 11690; jäljempänä 8.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehty kuninkaan päätös) 32 §:ssä säädetään seuraavaa:

”_ _

1. Rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskeviin julkisiin hankintoihin ei voi tehdä osallistumishakemusta eikä tarjousta kukaan sellainen henkilö, jonka tehtävänä on ollut kyseisiä rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskeva tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen.

2. Kehenkään 1 momentissa tarkoitettuun henkilöön sidossuhteessa oleva yritys ei voi tehdä osallistumishakemusta eikä tarjousta, ellei se osoita, ettei se tämän sidossuhteen vuoksi saa perusteetonta etua, joka on omiaan vääristämään tavanomaisia kilpailuolosuhteita.

Tässä pykälässä tarkoitetaan sidossuhteessa olevalla yrityksellä kaikkia yrityksiä, joihin 1 momentissa tarkoitettu henkilö voi välittömästi tai välillisesti vaikuttaa määräävästi, ja kaikkia yrityksiä, jotka voivat vaikuttaa tällaiseen henkilöön määräävästi taikka jotka, samoin kuin tämä henkilö, ovat toisen yrityksen määräävän vaikutusvallan alaisina omistussuhteen, rahoitukseen osallistumisen tai sääntöjensä

nojalla. Määräävän vaikutusvallan oletetaan olevan olemassa silloin, kun yrityksellä on välittömästi tai välillisesti:

- 1 hallinnassaan pääosa toisen yrityksen merkityistä osakkeista tai
- 2 enemmistö toisen yrityksen osakkeisiin perustuvasta äänioikeudesta, tai
- 3 valtuudet nimittää yli puolet toisen yrityksen hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä.

Ennen kuin yritys hylätään sen oletettavasti saaman perusteettoman edun vuoksi hankintayksikön on kehotettava kirjatulla kirjeellä kyseistä yritystä toimittamaan 12 päivän kuluessa tai kokouskutsussa tapauskohtaisesti asetetun pitemmän määräajan kuluessa, tiedot erityisesti sen sidossuhteesta, sen itsenäisyysasteesta ja kaikista muista seikoista, joiden perusteella voidaan todeta, että tällaista määräävää vaikutusvaltaa ei ole tai että sillä ei ole vaikutusta kyseiseen hankintaan.

3. Tämän pykälän 1 ja 2 momenttia ei sovelleta:

- 1 julkisiin hankintoihin, joihin kuuluu sekä hankkeen suunnittelu että sen täytäntöönpano;
- 2 lain 17 §:n 2 momentissa tarkoitettuihin julkisiin hankintoihin, jotka tehdään neuvottelumenettelyllä ilman julkaisemista menettelyä aloitettaessa.”

- 13 Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan rakennusurakoita, tavarantoimituksia ja palveluja koskevista julkisista hankinnoista 10.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen (Moniteur belge 28.4.1999, s. 14144; jäljempänä 10.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehty kuninkaan päätös) 26 § on sanamuodoltaan pääosin samanlainen kuin 8.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 32 §.

Pääasiat ja ennakkoratkaisukysymykset

- 14 Fabricom on urakoitsija, jonka on säännöllisesti tehtävä julkisia hankintoja koskevia tarjouksia erityisesti vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla.

Asia C-21/03

- 15 Fabricom vaatii Conseil d'État:ssa 25.6.1999 nostamallaan kanteella 10.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 26 §:n kumoamista.
- 16 Fabricom korostaa, että kyseinen säännös on ristiriidassa erityisesti tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen, direktiivissä 92/13 taatun muutoksenhaun tehokkuusperiaatteen, suhteellisuusperiaatteen, kaupan ja teollisuuden vapauden sekä omaisuuden suoja koskevan oikeuden — sellaisena kuin siitä on määrätty Roomassa 4.11.1950 allekirjoitetun ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen lisäpöytäkirjan I artiklassa — kanssa.

- 17 Belgian valtio kiistää perusteet, joihin Fabricom vetoaa.
- 18 Conseil d'État toteaa 10.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 26 §:n osalta, että mainitun 25.3.1999 tehdyn päätöksen johdanto-osan ja kyseistä päätöstä edeltäneen kuninkaalle osoitetun kertomuksen mukaan kyseisellä säännöksellä pyritään estämään henkilöä, joka haluaa tehdä julkista hankintaa koskevan sopimuksen, saamasta vapaan kilpailun vastaista etua tällaiseen hankintaan liittyviä rakennusurakoita, tavarantimituksia tai palveluita koskevasta tutkimuksesta, kokeilusta, selvittelystä tai kehittelystä.
- 19 Conseil d'État'n mukaan kyseisellä säännöksellä estetään yleisesti ja erotuksetta hankintoihin osallistuminen tai tarjousten tekeminen henkilöltä, jonka tehtävänä on ollut tällainen tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, ja tämän vuoksi yritykseltä, jonka katsotaan olevan sidossuhteessa tähän henkilöön. Säännöksessä ei jätetä tälle henkilölle, toisin kuin sidossuhteessa olevalle yritykselle, mitään mahdollisuutta osoittaa, ettei se ole voinut kyseiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa saada millään näistä toimista sellaista etua, joka voisi horjuttaa tarjoajien välistä yhdenvertaisuutta. Säännöksessä ei nimenomaisesti aseteta hankintayksikölle velvollisuutta ottaa tiettyssä määräajassa kantaa sidossuhteessa olevan yrityksen esittämiin todisteisiin, joilla se pyrkii osoittamaan, että määräävää vaikutusvaltaa ei ole tai että sillä ei ole vaikutusta kyseiseen hankintaan.
- 20 Koska Conseil d'État katsoo, että sen käsiteltäväksi saatetun asian ratkaiseminen edellyttää julkisia hankintoja koskevien direktiivien tiettyjen säännösten tulkintaa, se päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko – – direktiivin 93/38 ja erityisesti sen 4 artiklan 2 kohdan ja – – direktiivin 98/4 sekä suhteellisuusperiaatteen, kaupan ja teollisuuden vapauden ja omaisuuden suoja koskevan oikeuden, joka taataan erityisesti ihmis-

oikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 20.3.1952 tehdyssä lisäpöytäkirjassa, vastaista se, ettei osallistumishakemusta eikä tarjousta rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskevaan julkiseen hankintaan saa tehdä kukaan sellainen henkilö, jonka tehtävänä on ollut kyseisten rakennusurakoiden, tavarantoimitusten tai palvelujen tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, kun tälle henkilölle ei ole jätetty mahdollisuutta osoittaa, ettei hänen kyseiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa saamansa kokemus ole voinut vääristää kilpailua?

- 2) Onko vastaus ensimmäiseen kysymykseen erilainen, jos edellä mainittuja direktiivejä, joita tarkastellaan yhdessä saman periaatteen, vapauden ja oikeuden kanssa, tulkitaan siten, että niissä tarkoitetaan ainoastaan yksityisiä tai suorituksia korvausta vastaan tehneitä yrityksiä?

- 3) Voidaanko – – direktiiviä 92/13 ja erityisesti sen 1 ja 2 artiklaa tulkita niin, että hankintayksikkö voi tarjousten tarkastelemista koskevan menettelyn loppuun asti kieltää sen, että menettelyyn osallistuu tai tarjouksen tekee sellaiseen henkilöön sidossuhteessa oleva yritys, jonka tehtävänä on ollut rakennusurakoiden, tavarantoimitusten tai palvelujen tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, vaikka hankintayksikön sitä tiedustellessa tämä yritys vakuuttaa, ettei se saa tämän sidossuhteen vuoksi mitään perusteetonta etua, joka voi vääristää tavanomaisia kilpailuolosuhteita?”

Asia C-34/03

- 21) Fabricom vaatii Conseil d'État'ssa 8.6.1999 nostamallaan kanteella 8.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 32 §:n kumoamista.

- 22) Fabricomin esittämät perusteet ovat pääasiallisesti samat kuin ne, joihin se on vedonnut asiassa C-21/03. Conseil d'État'n mainitun 32 §:n osalta antamat tiedot ovat täysin samanlaiset kuin ne, jotka on ilmoitettu asiassa C-21/03 ja jotka liittyvät 10.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 26 §:ään.
- 23) Tässä tilanteessa Conseil d'État päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko – – direktiivin 92/50 ja erityisesti sen 3 artiklan 2 kohdan, – – direktiivin 93/36 ja erityisesti sen 5 artiklan 7 kohdan, – – direktiivin 93/37 ja erityisesti sen 6 artiklan 6 kohdan ja – – direktiivin 97/52 ja erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan ja 3 artiklan 1 kohdan b alakohdan sekä suhteellisuusperiaatteen, kaupan ja teollisuuden vapauden ja omaisuuden suojaa koskevan oikeuden, joka taataan erityisesti ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 20.3.1952 tehdystä lisäpöytäkirjassa, vastaista se, ettei osallistumishakemusta eikä tarjousta rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskevaan julkiseen hankintaan saa tehdä kukaan sellainen henkilö, jonka tehtävänä on ollut kyseisten rakennusurakoiden, tavarantoimitusten tai palvelujen tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, kun tälle henkilölle ei ole jätetty mahdollisuutta osoittaa, ettei hänen kyseiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa saamansa kokemus ole voinut vääristää kilpailua?

2) Onko vastaus ensimmäiseen kysymykseen erilainen, jos edellä mainittuja direktiivejä, joita tarkastellaan yhdessä saman periaatteen, vapauden ja oikeuden kanssa, tulkitaan siten, että niissä tarkoitetaan ainoastaan yksityisiä tai suorituksia korvausta vastaan tehneitä yrityksiä?

3) Voidaanko – – direktiiviä 89/665 ja erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan a alakohtaa ja 5 artiklaa tulkita niin, että hankintayksikkö voi tarjousten

tarkastelemista koskevan menettelyn loppuun asti kieltää sen, että menettelyyn osallistuu tai tarjouksen tekee sellaiseen henkilöön sidossuhteessa oleva yritys, jonka tehtävänä on ollut rakennusurakoiden, tavarantoimitusten tai palvelujen tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, vaikka hankintayksikön sitä tiedustellessa tämä yritys vakuuttaa, ettei se saa tämän sidossuhteen vuoksi mitään perusteetonta etua, joka voi vääristää tavanomaisia kilpailuolosuhteita?"

- 24 Yhteisöjen tuomioistuimen presidentin 4.3.2003 antamalla määräyksellä asiat C-21/03 ja C-34/03 yhdistettiin kirjallista ja suullista käsittelyä sekä tuomion antamista varten.

Ennakkoratkaisukysymykset

Asioissa C-21/03 ja C-34/03 esitetty ensimmäinen kysymys

- 25 Asioissa C-21/03 ja C-34/03 esitetyllä ensimmäisellä kysymyksellä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää, onko tämän tuomioistuimen mainitsemien yhteisön oikeuden säännösten kanssa ristiriidassa sen kaltainen sääntö, josta on säädetty 10.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 26 §:ssä ja 8.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 32 §:ssä ja jonka mukaan rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskevaan julkiseen hankintaan ei saa osallistua eikä tehdä tarjousta henkilö, jonka tehtävänä on ollut kyseisiä rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskeva tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, kun tälle henkilölle ei ole jätetty mahdollisuutta osoittaa, ettei hänen kyseiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa saamansa kokemus ole voinut vääristää kilpailua (jäljempänä pääasiassa kyseessä oleva sääntö).

- 26 Tältä osin on muistettava, että velvollisuus noudattaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta vastaa julkisia hankintoja koskevien direktiivien perusajatusta, koska näiden direktiivien tarkoituksena on erityisesti varmistaa toimiva kilpailu kunkin asianomaisen direktiivin soveltamisalalla ja niissä ilmaistaan sopimuksen tekope-
rusteet, joilla tällainen kilpailu pyritään varmistamaan (asia C-513/99, Concordia
Bus Finland, tuomio 17.9.2002, Kok. 2002, s. I-7213, 81 kohta oikeuskäytäntöviit-
tauksineen).
- 27 Lisäksi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaate
edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tapauksia ei kohdella eri tavoin eikä erilaisia
tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perus-
teltua (asia C-434/02, Arnold André, tuomio 14.12.2004, Kok. 2004, s. I-11825,
68 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen, ja asia C-210/03, Swedish Match, tuomio
14.12.2004, Kok. 2004, s. I-11893, 70 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 28 Henkilö, jonka tehtävänä on ollut julkiseen hankintaan liittyviä rakennusurakoita,
tavarantoimituksia tai palveluja koskeva tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen
(jäljempänä tiettyjä valmistelevia töitä suorittanut henkilö), ei kuitenkaan välttä-
mättä ole hankintasopimuksen tekomenettelyyn osallistumisen kannalta samassa
tilanteessa kuin henkilö, joka ei ole suorittanut tällaisia töitä.
- 29 Tiettyihin valmisteleviin töihin osallistunut henkilö voi nimittäin yhtäältä olla
tarjouksensa laatimisen suhteen paremmassa asemassa niiden tietojen johdosta, joita
hän mainittuja valmistelevia töitä suorittaessaan on voinut saada kyseessä olevasta
julkisesta hankinnasta. Kaikilla tarjouksentekijöillä on kuitenkin oltava samat
mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimisessa (ks. vastaavasti asia C-87/94,
komissio v. Belgia, tuomio 25.4.1996, Kok. 1996, s. I-2043, 54 kohta).

- 30 Toisaalta mainittu henkilö voi olla tilanteessa, joka voi johtaa eturistiriitaan, koska hän voi — jos hän on itse tarjouksentekijä kyseessä olevassa julkisessa hankinnassa — vaikuttaa sen ehtoihin itselleen edulliseen suuntaan ilman tätä koskevaa aikomustakin, kuten Euroopan yhteisöjen komissio perustellusti on todennut. Tällainen tilanne on omiaan vääristämään kilpailua tarjouksentekijöiden välillä.
- 31 Kun otetaan tämä tilanne, jossa tiettyjä valmistelevia töitä suorittanut henkilö saattaa olla, ei näin ollen voida väittää, että yhdenvertaisen kohtelun periaate velvoittaa kohtelemaan häntä samalla tavoin kuin kaikkia muita tarjouksentekijöitä.
- 32 Fabricom sekä Itävallan ja Suomen hallitukset kuitenkin korostavat, että pääasioissa kyseessä olevan säännön kaltaisella säännöllä luotu erilainen kohtelu, jossa tiettyjä valmistelevia töitä suorittanutta henkilöä kielletään kaikissa olosuhteissa osallistumasta kyseistä julkista hankintaa koskevan hankintasopimuksen tekomenettelyyn, ei ole objektiivisesti perusteltu. Tällainen kieltäminen on nimittäin suhteeton. Niiden mukaan tarjouksentekijöiden yhdenvertainen kohtelu taataan yhtä hyvin, jos käytetään menettelyä, jonka avulla jokaisessa konkreettisesti tapauksessa arvioidaan, onko tiettyjen valmistelevien töiden suorittaminen antanut mainitut työt suorittaneelle henkilölle kilpailuedun toisiin tarjouksentekijöihin nähden. Tällainen toimenpide olisi vähemmän rajoittava valmistelevia töitä suorittaneen henkilön kannalta.
- 33 Tältä osin on todettava, että pääasioissa kyseessä olevan säännön kaltaisessa säännössä ei jätetä tiettyjä valmistelevia töitä suorittaneelle henkilölle mitään mahdollisuutta osoittaa, että häntä koskevassa yksittäistapauksessa ei esiinny tämän tuomion 29 ja 30 kohdassa esitettyjä ongelmia.
- 34 Tällaisella säännöllä kuitenkin ylitetään se, mikä on tarpeen tarjouksentekijöiden yhdenvertaista kohtelua koskevan tavoitteen saavuttamiseksi.

- 35 Mainitun säännön soveltamisesta voi nimittäin seurata, että tiettyjä valmistelevia töitä suorittaneet henkilöt suljetaan pois tarjouskilpailumenettelystä ilman, että heidän osallistumisensa siihen sisältäisi minkäänlaista tarjouksentekijöiden väliseen kilpailuun kohdistuvaa riskiä.
- 36 Näin ollen asioissa C-21/03 ja C-34/03 esitettyyn ensimmäiseen kysymykseen on vastattava, että direktiivin 92/50 ja erityisesti sen 3 artiklan 2 kohdan, direktiivin 93/36 ja erityisesti sen 5 artiklan 7 kohdan, direktiivin 93/37 ja erityisesti sen 6 artiklan 6 kohdan sekä direktiivin 93/38 ja erityisesti sen 4 artiklan 2 kohdan kanssa on ristiriidassa sen kaltainen sääntö, josta on säädetty 10.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 26 §:ssä ja 8.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 32 §:ssä ja jonka mukaan rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskeviin julkisiin hankintoihin ei saa tehdä osallistumishakemusta tai tarjousta henkilö, jonka tehtävänä on ollut kyseisiä rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskeva tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, kun tälle henkilölle ei ole jätetty mahdollisuutta osoittaa, ettei hänen kyseiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa saamansa kokemus ole voinut vääristää kilpailua.

Asioissa C-21/03 ja C-34/03 esitetty toinen kysymys

- 37 Asioissa C-21/03 ja C-34/03 esitetyssä toisessa kysymyksessä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuimien tiedustele, onko vastaus ensimmäiseen kysymykseen erilainen, jos direktiivejä 92/50, 93/36, 93/37 ja 93/38 — tarkasteltuina yhdessä suhteellisuusperiaatteen, kaupan ja teollisuuden vapauden ja omaisuuden suojaamisen oikeuden kanssa — tulkitaan siten, että niissä tarkoitetaan ainoastaan yksityisiä tai suorituksia korvausta vastaan tehneitä yrityksiä.

- 38 On todettava, että tämä kysymys perustuu oletukseen, jota ei voida hyväksyä.
- 39 Mainituissa direktiiveissä ei nimittäin ole mitään sellaisia seikkoja, joiden perusteella olisi mahdollista tulkita niiden tarkoittavan — mitä tulee niiden sovellettavuuteen yrityksiin, jotka osallistuvat tai aikovat osallistua julkista hankintaa koskevaan menettelyyn — ainoastaan yksityisiä tai suorituksia korvausta vastaan tehneitä yrityksiä. Yhdenvertaisen kohtelun periaate on sitä paitsi ristiriidassa sen kanssa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen sääntö koskisi ainoastaan yksityisiä tai suorituksia korvausta vastaan tehneitä yrityksiä, jotka ovat suorittaneet tiettyjä valmistelevia töitä, vaikka kyseinen sääntö ei koskisi sellaisia yrityksiä, joilla ei ole kumpaakaan näistä ominaisuuksista ja jotka ovat myös suorittaneet tällaisia valmistelevia töitä.
- 40 Näin ollen asioissa C-21/03 ja C-34/03 esitettyyn toiseen kysymykseen ei ole tarpeen vastata.

Asioissa C-21/03 ja C-34/03 esitetty kolmas kysymys

- 41 Asioissa C-21/03 ja C-34/03 esitettyssä kolmannessa kysymyksessä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, onko direktiivin 89/665 ja erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 5 artiklan sekä direktiivin 92/13 ja erityisesti sen 1 ja 2 artiklan vastaista se, että hankintayksikkö voi tarjousten tarkastelemista koskevan menettelyn loppuun asti kieltää sen, että menettelyyn osallistuu tai tarjouksen tekee sellaiseen henkilöön sidossuhteessa oleva yritys, joka on suorittanut tiettyjä valmistelevia töitä, vaikka hankintayksikön sitä tiedustellessa tämä yritys vakuuttaa, ettei se saa tämän sidossuhteen vuoksi mitään perusteetonta etua, joka voi vääristää tavanomaisia kilpailuolosuhteita.

- 42 Tältä osin on huomattava, etteivät menettelysäännöt, jotka koskevat muutoksenhakukeinoja, joilla pyritään varmistamaan niiden oikeuksien turvaaminen, joita yhteisön oikeudessa myönnetään ehdokkaille ja tarjoustentekijöille, joiden etuja hankintaviranomaisten päätökset loukkaavat, saa vaarantaa direktiivin 89/665 tehokasta vaikutusta (asia C-470/99, *Universale-Bau ym.*, tuomio 12.12.2002, Kok. 2002, s. I-11617, 72 kohta).
- 43 Lisäksi direktiivien 89/665 ja 92/13 säännöksillä, joiden tarkoituksena on suojata tarjoajia hankintaviranomaisen mielivallalta, pyritään vahvistamaan olemassa olevia keinoja, joilla varmistetaan julkisten hankintasopimusten tekemistä koskevien yhteisön sääntöjen tehokas soveltaminen erityisesti siinä vaiheessa, jossa oikeussääntöjen rikkomiset voidaan vielä korjata. Tällainen suoja ei voi olla tehokas, jos tarjoaja ei voi vedota näihin oikeussääntöihin hankintaviranomaista vastaan (asia C-212/02, *komissio v. Itävalta*, tuomio 24.6.2004, 20 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).
- 44 Hankintaviranomaisen mahdollisuus lykätä menettelyn pitkälle edenneeseen vaiheeseen asti päätöksen tekemistä tiettyjä valmistelevia töitä suorittaneeseen henkilöön sidossuhteessa olevan yrityksen mahdollisuudesta osallistua menettelyyn tai tehdä tarjousta — vaikka kyseisellä viranomaisella on käytössään kaikki tiedot tämän päätöksen tekemistä varten — vie kyseiseltä yritykseltä mahdollisuuden vedota julkisten hankintasopimusten tekemistä koskeviin yhteisön sääntöihin hankintaviranomaista vastaan sellaisen ajanjakson aikana, joka on pelkästään tämän viranomaisen harkinnassa ja joka voi mahdollisesti jatkua siihen asti, ettei rikkomisia voida enää tehokkaasti korjata.
- 45 Tällainen tilanne voi vaarantaa direktiivien 89/665 ja 92/13 tehokkaan vaikutuksen, koska se on omiaan johtamaan siihen, että asianomaisten osapuolien mahdollisuus käyttää niille yhteisön lainsäädännössä annettuja oikeuksia perusteettomasti lykkääntyy. Se on lisäksi vastoin direktiivien 89/665 ja 92/13 tavoitetta, joka on tarjoustentekijöiden suojaaminen hankintaviranomaisia vastaan.

- 46 Näin ollen asioissa C-21/03 ja C-34/03 esitettyyn kolmanteen kysymykseen on vastattava, että direktiivin 89/665 ja erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 5 artiklan sekä direktiivin 92/13 ja erityisesti sen 1 ja 2 artiklan vastaista on se, että hankintayksikkö voi tarjousten tarkastelemista koskevan menettelyn loppuun asti kieltää sen, että menettelyyn osallistuu tai tarjouksen tekee sellaiseen henkilöön sidossuhteessa oleva yritys, jonka tehtävänä on ollut rakennusurakoiden, tavarantoimitusten tai palvelujen tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, vaikka hankintayksikön sitä tiedustellessa tämä yritys vakuuttaa, ettei se saa tämän sidossuhteen vuoksi mitään perusteetonta etua, joka voi vääristää tavanomaisia kilpailuolosuhteita.

Oikeudenkäyntikulut

- 47 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Muille kuin asianosaisille huomautusten esittämisestä yhteisöjen tuomioistuimelle aiheutuneita oikeudenkäyntikuluja ei voida määrätä korvattaviksi.

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

- 1) **Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna 13.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY, ja erityisesti sen 3 artiklan 2 kohdan, julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 97/52, ja erityisesti sen 5 artiklan 7 kohdan, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 97/52, ja erityisesti sen 6 artiklan 6 kohdan sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoimin-**

nan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna 16.2.1998 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 98/4/EY, ja erityisesti sen 4 artiklan 2 kohdan kanssa on ristiriidassa sen kaltainen sääntö, josta on säädetty vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan rakennusurakoita, tavarantoimituksia ja palveluja koskevista julkisista hankinnoista 10.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 26 §:ssä ja rakennusurakoita, tavarantoimituksia ja palveluja koskevista julkisista hankinnoista ja julkisista käyttöoikeusurakoista 8.1.1996 tehdyn kuninkaan päätöksen muuttamisesta 25.3.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 32 §:ssä ja jonka mukaan rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskeviin julkisiin hankintoihin ei saa tehdä osallistumishakemusta tai tarjousta henkilö, jonka tehtävänä on ollut kyseisiä rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskeva tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, kun tälle henkilölle ei ole jätetty mahdollisuutta osoittaa, ettei hänen kyseiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa saamansa kokemus ole voinut vääristää kilpailua.

- 2) Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY ja erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 5 artiklan sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25 päivänä helmikuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/13/ETY ja erityisesti sen 1 ja 2 artiklan vastaista on se, että hankintayksikkö voi tarjousten tarkastelemista koskevan menettelyn loppuun asti kieltää sen, että menettelyyn osallistuu tai tarjouksen tekee sellaiseen henkilöön sidossuhteessa oleva yritys, jonka tehtävänä on ollut rakennusurakoiden, tavarantoimitusten tai palvelujen tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen, vaikka hankintayksikön sitä tiedustellessa tämä yritys vakuuttaa, ettei se saa tämän sidossuhteen vuoksi mitään perusteetonta etua, joka voi vääristää tavanomaisia kilpailuolosuhteita.

Allekirjoitukset