

Asia C-737/22

Ennakkoratkaisupyyntö

Jättämispäivä:

1.12.2022

Ennakkoratkaisupyyntön esittänyt tuomioistuin:

Østre Landsret (Tanska)

Ennakkoratkaisupyyntön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

11.11.2022

Valittaja:

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Vastapuoli:

BibMedia A/S

ØSTRE LANDSRET

VÄLIPÄÄTÖS

annettu 11.11.2022

[--]

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

[--]

vastaan

BibMedia A/S

- 1 [--] Asian kohteena on Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S:n (jäljempänä SKI) Audio Visionary Music A/S:ää (jäljempänä AVM) vastaan nostama kanne, joka koskee SKI:n järjestämää hankintamenettelyä kirjastoaineistojen toimittamista ja niiden valmistelupalveluja koskeneesta puitejärjestelystä.

- 2 Østre Landsret päätti Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 267 artiklan 2 kohdan nojalla esittää unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyyntö, joka koskee neuvottelukiellon tulkintaa sellaisena kuin se on ymmärrettävissä sen perusteella, miten unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään käsitellyt julkisia hankintoja koskevan direktiivin (julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU) 18 artiklan 1 kohdan mukaisia yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden peruseräitä. Lisäksi unionin tuomioistuinta pyydetään ottamaan kantaa siihen, vaikuttaako neuvottelukiellon laajuuteen se, että kyse on julkisesta hankinnasta, jossa sopimus on jaettu osiin, vrt. julkisia hankintoja koskevan direktiivin 27 ja 46 artikla.

TOSISEIKAT JA OIKEUSKÄSITTELY

- 3 Valittaja SKI on Tanskan valtion ja tanskalaisten kuntien etujärjestö Kommunernes Landsforeningin omistama hankintakeskus. SKI perustettiin julkisten hankintojen tehokasta ja ammattitaitoista hoitamista varten, ja sen tehtäviin lukeutuvat esimerkiksi puitejärjestelyjen kehittäminen sekä niitä koskevien tarjouskilpailujen järjestäminen ja puitejärjestelyjen täytäntöönpano SKI:n asiakkaiden (eli valtiollisten ja kunnallisten hankintaviranomaisten) nimissä.
- 4 Tarjouskilpailun aikaan AVM toimi kirjastoaineistojen valmistelupalvelujen markkinoilla. AVM:n koko osakekanta siirtyi 1.3.2021 BibMedia A/S:n haltuun. Myöhemmin AVM purkautui Bibmedia A/S:ään fuusioitumisen myötä, minkä vuoksi BibMedia A/S on asian asianosainen.
- 5 SKI julkisti 4.2.2020 julkisen hankinnan kirjastoaineistoja koskevasta puitejärjestelystä 50.05, jonka kohteena oli kirjastoaineistojen ja valmistelupalvelujen toimittaminen. Puitejärjestely jaettiin kahdeksaan osaan, joiden arvioitu kokonaisarvo oli 748 miljoonan ja 1,021 miljardin Tanskan kruunun (DKK) välillä. Asian kannalta olennaiset osat olivat Osa 1, tanskalaiset kirjat ja nuotit (itä), jonka arvioitu arvo oli 253 miljoonaa DKK, ja Osa 2, tanskalaiset kirjat ja nuotit (länsi), jonka arvioitu arvo oli 475 miljoonaa DKK.
- 6 Kaikista osista pyrittiin tekemään yksi puitejärjestely yhden toimittajan kanssa, ja sopimuksen tekoperusteena oli alhaisin hinta. Tarjouksessa pyydettiin tarjoajan perustietoja, täytettyä yhteistä eurooppalaista hankinta-asiakirjaa (ESPD) ja täytettyä tarjousluetteloa, joka sisälsi hintatiedot melko pienestä määrästä tuoterivejä sopimuksen osaa kohden.
- 7 Julkaistuihin hankintasopimusasiakirjoihin sisältyneen tarjouspyyntöasiakirjan 3.1 kohdasta ilmeni osia 1 ja 2 koskevan sopimuksen tekemisen mallista seuraavaa:

”Osat 1 ja 2 ovat toisistaan riippuvaisia 3.1.1 kohdassa tarkoitettulla tavalla, ja jos tarjoaja jättää tarjouksen jommastakummasta osasta, tarjous koskee automaattisesti kumpaakin osaa. Vaatimuksesta ei voida poiketa, eikä siten ole

mahdollista tarjota ainoastaan jompaakumpaa kahdesta tanskalaisia kirjoja ja nuotteja koskevasta osasta.

Edellä esitettyä lukuun ottamatta niiden osien lukumäärää ei ole rajoitettu, joista tarjouksen voi tai joista tarjous on tehtävä.

SKI aikoo valita kullekin osalle yhden toimittajan. Saman toimittajan kanssa voidaan tehdä sopimus useista osista.

Kirjastoaineistojen markkinoille on ominaista erikoistuneiden toimittajien ja mahdollisten tarjoajien harvalukuisuus. Tanskalaiset kirjat ja nuotit ovat liikevaihdossa mitattuna laajin ja mahdollisten tarjoajien liiketoiminnan kannalta merkittävä tuotealue. Markkinoiden tulevan kilpailun varmistamiseksi tanskalaiset kirjat ja nuotit jaetaan maantieteellisesti kahteen osaan. Hankintaan liittyneet asiakkaat jaetaan kahteen alueeseen, itään ja länteen. Liitteestä A ja sen alaliitteistä A.1 ja A.2 ilmenee, mitkä kunnat ovat liittyneet osaan 1, tanskalaiset kirjat ja nuotit (itä), tai osaan 2, tanskalaiset kirjat ja nuotit (länsi).”

8 Tarjouspyyntöasiakirjan 3.1.1 kohdassa todettiin lisäksi seuraavaa:

”Tanskalaisista kirjoista ja nuoteista tarjotaan niin sanotun itä-länsi-mallin perusteella siten, että Tanskan itäosaan on tarkoitus valita yksi toimittaja ja länsiosaan toinen, mutta tarjotut hinnat koskevat kuitenkin kaikkia asiakkaita sekä Tanskan itä- että länsiosassa.

Tarjoajien on ilmoitettava myyntikatteet ja valmisteluhinnat, joiden on oltava samat Tanskan itä- ja länsiosaa koskevissa osissa ja joita sovelletaan molempiin.

Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tehneen tarjoajan kanssa tehdään sopimus osasta 2, tanskalaiset kirjat ja nuotit (länsi).

Kokonaistaloudellisesti toiseksi edullisimman tarjouksen tehneen tarjoajan kanssa tehdään sopimus osasta 1, tanskalaiset kirjat ja nuotit (itä). Tämän tarjoajan on kuitenkin hyväksyttävä se, että valinta toimittajaksi Tanskan itäosassa edellyttää sitä, että tarjoaja toimittaa puitejärjestelyn mukaisia tuotteita ja palveluja asiakkaille Tanskan itäosassa täsmälleen samoilla hinnoilla kuin kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tehneen, Tanskan länsiosaan toimittavan tarjoajan.

Jos kokonaistaloudellisesti toiseksi edullisimman tarjouksen tehnyt tarjoaja ei halua ryhtyä toimittajaksi Tanskan itäosaan, osaa tarjotaan kokonaistaloudellisesti kolmanneksi edullisimman tarjouksen tehneelle tarjoajalle, jonka niin ikään on hyväksyttävä se, että valinta toimijaksi Tanskan itäosassa edellyttää sitä, että tarjoaja toimittaa puitejärjestelyn mukaisia tuotteita ja palveluja asiakkaille Tanskan itäosassa täsmälleen samoilla hinnoilla kuin kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tehneen, Tanskan länsiosaan toimittavan tarjoajan.

Jos tämäkään tarjoaja ei halua ryhtyä toimittajaksi Tanskan itäosaan, osaa tarjotaan aina järjestyksessä seuraavalle tarjoajalle. Jos kaikki edellytysten mukaisen tarjouksen tehneet tarjoajat on käyty läpi löytämättä niiden joukosta toimittajaa Tanskan itäosaan, sille toimittajalle, jonka kanssa on tehty sopimus Tanskan länsiosaa koskevasta osasta, myönnetään myös Tanskan itäosaa koskevan osan sopimus. Tällöin sen on toimitettava koko Tanskaan eli huolehdittava osista 1 ja 2 samoilla hinnoilla.

Tarjoajien kannalta itä-länsi-malli merkitsee sitä, että arvioinnin perusteella kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tehneen tarjoajan on hyväksyttävä se, että sen tarjoamat hinnat saatetaan kokonaisuudessaan muiden tarjoajien tietoon – ensisijaisesti kokonaisuutena taloudellisesti toiseksi edullisimman tarjouksen tehneelle tarjoajalle, ja jos se ei suostu toimittamaan Tanskan itäosaan, järjestyksessä seuraavalle tarjoajalle ja niin edelleen.

Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tehneen toimittajan kanssa tehdään sopimus Tanskan länsiosaa koskevasta osasta sen vuoksi, että länsiosan odotettavissa oleva liikevaihto arvioidaan suuremmaksi kuin itäosan. Näin ollen Tanskan itäosaan toimittajaksi valittavan tarjoajan on huolehdittava siitä, että hyväksyessään ehdot, joilla siitä tulee Tanskan itäosan toimittaja, sen on voitava määrättyjen hintojen puitteissa harjoittaa kannattavaa toimintaa omat kustannuksensa huomioon ottaen, vaikka Tanskan itäosan liikevaihdon odotetaan jäävän länsiosaa pienemmäksi. Odotettavissa olevan liikevaihdon jakauma Tanskan itä- ja länsiosan välillä ilmenee alaliitteestä A.1.”

- 9 Tarjousten jättämisen määräaikaan 3.3.2020 mennessä SKI sai tarjoukset AVM:ltä ja BibMedia A/S:ltä (jotka olivat ainoat tosiasialliset toimittajat markkinoilla). Molemmat tarjoajat jättivät tarjouksen sopimuksen kaikista osista.
- 10 Tarjousten arvioinnissa todettiin, että BibMedia A/S oli tehnyt kaikista osista kokonaistaloudellisesti edullisimman (hinnaltaan alhaisimman) tarjouksen, ja AVM oli tehnyt kaikista osista kokonaistaloudellisesti toiseksi edullisimman tarjouksen.
- 11 Tarjouspyyntöasiakirjassa kuvatun, sopimusten tekemistä osista 1 ja 2 koskevan mallin seurauksena SKI tarjoutui tekemään AVM:n kanssa sopimuksen osasta 1 (itä) sillä ehdolla, että AVM suostuisi toimittamaan samoilla hinnoilla kuin hinnaltaan alhaisimman tarjouksen tehnyt BibMedia A/S, jonka hinnat ilmoitettiin AVM:lle samassa yhteydessä.
- 12 AVM hyväksyi ehdon, ja SKI ilmoitti sopimusten myöntämispäätöksestään 21.4.2020.
- 13 Tämän jälkeen, 30.4.2021, AVM valitti päätöksestä hankintamenettelyjen valituslautakunnalle (Klagenævnet for Udbud, jäljempänä valituslautakunta). Valituslautakunnan tehtävänä on valvoa, että Tanska täyttää valvontadirektiivien mukaiset velvoitteensa, ja se muun muassa käsittelee valitukset, jotka koskevat hankintaviranomaisten mahdollisia rikkomuksia hankintalakia, unionin

hankintadirektiivejä ja EUT-sopimusta sekä niistä johdettuja yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita ym. sekä tarjouslainsäädäntöä vastaan.

- 14 Valituslautakunta antoi 14.1.2021 asiassa 20/05105, Audio Visionary Music A/S vastaan Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, päätöksen, jossa se totesi seuraavaa:

”[SKI on] toiminut yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaisesti, vrt. hankintalain 2 §:n 1 momentti, ja hankintalain 56 §:n vastaisesti soveltamalla sopimusten tekemiseen osista 1 ja 2 menettelyä, jonka mukaan kokonaistaloudellisesti toiseksi edullisimman tarjouksen tehnyt tarjoaja voi tarjousten jättämisen määräajan umpeuduttua muuttaa tarjoustaan, ja sen kanssa voidaan sen jälkeen tehdä sopimus osasta 1.”

- 15 Valituslautakunta perusteli ratkaisuaan muun muassa seuraavasti:

”Kyseessä on julkinen hankinta, ja kun tarjoaja on tehnyt tarjouksen, sitä ei lähtökohtaisesti voida muuttaa hankintaviranomaisen eikä tarjoajan aloitteesta.

Näin ollen yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusperiaate ovat avoimessa menettelyssä esteenä kaikenlaisille hankintaviranomaisen ja tarjoajan välisille neuvotteluille. Tarjoajan mahdollisuus muuttaa (alentaa) tarjoamaansa hintaa tietyn alhaisemman hinnan mukaiseksi hankintaviranomaisen antamien tietojen perusteella merkitsee, että tarjoaja voi muuttaa tarjouksensa olennaista ehtoa eli alkuperäiseen tarjoukseen sisältyvää täsmällistä tarjoushintaa hankintaviranomaiselle suotuisalla tavalla, joka antaa tarjoajalle mahdollisuuden parantaa hinnoitteluaan ja siten tarjoustaan saadakseen sopimuksen. Tällainen menettelytapa on yleisen käytännön mukaan neuvottelukiellon vastainen.

Kysymys kuuluu, voidaanko kyseistä menettelytapaa sen perusteella, että se on kuvattu tarjouspyyntöasiakirjassa, kyseessä olevassa tapauksessa pitää yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen mukaisena ja näin ollen laillisenä. Valituslautakunnan näkemyksen mukaan neuvottelukiellosta ei voida poiketa julkisessa hankintamenettelyssä jo pelkästään sillä perusteella, että SKI on kuvannut itä-länsi-mallin tarjouspyyntöasiakirjassa.”

- 16 SKI valitti 9.7.2021 Retten i Glostrupiin (Glostrupin alioikeus) muun muassa valituslautakunnan päätöksen edellä mainitusta osasta. Asia siirrettiin 7.12.2021 Østre Landsretin (Itä-Tanskan hovioikeus) käsiteltäväksi toimivaltaisena ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimena.

TANSKAN JULKISIA HANKINTOJA KOSKEVAT SÄÄNNÖT

- 17 Julkisia hankintoja koskeva direktiivi 2014/24/EU on saatettu osaksi Tanskan oikeusjärjestystä 15.12.2015 annetulla lailla nro 1564, sellaisena kuin se on muutettuna (jäljempänä hankintalaki).

- 18 Hankintalain 2 §:llä pannaan täytäntöön julkisia hankintoja koskevan direktiivin 18 artiklan 1 kohta, ja siinä käsitellään lain yleisiä periaatteita. Säännöksen sanamuoto on seuraava:

”2 § Hankintaviranomaisen on julkisissa hankinnoissa II–IV osaston yhteydessä noudatettava yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, avoimuusperiaatetta ja suhteellisuusperiaatetta.

2 mom. Hankintaa suunniteltaessa ei saa pyrkiä sen jättämiseen tämän lain soveltamisalan ulkopuolelle tai kilpailun keinotekoiseen rajoittamiseen. Kilpailun katsotaan olevan keinotekoisesti rajoitettua, jos hankinta suunnitellaan aikomuksena suosia aiheuttomasti tiettyjä talouden toimijoita tai saattaa tietyt talouden toimijat epäedulliseen asemaan.”

- 19 Hankintalain 49 §:llä pannaan täytäntöön julkisia hankintoja koskevan direktiivin 46 artiklan 1–3 kohta. Säännöksen 3 kohdassa säädetään hankintasopimusten osiin jakamista koskevista vaatimuksista seuraavasti:

”49 §

— —

3 mom. Hankintaviranomaisen on ilmoitettava hankintailmoituksessa,

- 1) voiko tarjoaja jättää tarjouksia yhdestä, useammasta vai kaikista osista*
- 2) voidaanko tarjoajan kanssa tehdä hankintasopimus yhdestä, useammasta vai kaikista osista ja miten osia tai niiden muodostamia ryhmiä voidaan mahdollisesti yhdistellä, ja*
- 3) mitkä ovat ne puolueettomat ja syrjimättömät perusteet tai säännöt, joiden perusteella osia koskevat hankintasopimukset tehdään, mukaan lukien se, kuinka osia koskevat hankintasopimukset tehdään silloin, jos perusteiden tai sääntöjen soveltaminen johtaisi siihen, että yhden tarjoajan kanssa tehdään hankintasopimus enimmäismäärää useammista osista.”*

- 20 Hankintalain 56 §:llä, jolla on pantu täytäntöön julkisia hankintoja koskevan direktiivin 27 artikla, säädetään julkisissa hankinnoissa noudatettavista menettelytavoista. Säännöksen sanamuoto on seuraava:

”56 § Avoimissa menettelyissä kaikki halukkaat talouden toimijat voivat jättää tarjouksen hankintailmoituksen perusteella. Hankintailmoituksissa on oltava julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU (EUVL 2014, L 94, s. 65) liitteessä V olevassa C osassa esitetyt tiedot. Hankintaviranomainen käyttää tämän lain 128 §:n 3 momentissa tarkoitettua vakiolomaketta.”

UNIONIN OIKEUSSÄÄNNÖT

- 21 Käsiteltävän asian kannalta merkityksellisiä unionin oikeussääntöjä ovat erityisesti julkisia hankintoja koskevan direktiivin 18 artiklassa vahvistetut yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden perusperiaatteet sekä saman direktiivin 46 artiklan mukainen sopimuksen osia koskevan neuvottelukiellon laajuus ja 27 artiklan mukainen avoin menettely julkisissa hankinnoissa.

VALITTAJAN VÄITTÄMÄT

- 22 SKI kiistää sen, että se olisi itä-länsi-mallia soveltaessaan loukannut yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sellaisena kuin se on vahvistettu julkisia hankintoja koskevan direktiivin 18 artiklan 1 kohdassa. Valitun hankintamenettelyn ominaispiirteet ovat avoimen menettelyn käytöstä huolimatta lainmukaisia ja kilpailuoikeudellisten sääntöjen, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen, niistä johdetun neuvottelukiellon sekä julkisia hankintoja koskevan oikeuskäytännön, mukaisia.
- 23 Itä-länsi-mallin keskeisenä tavoitteena oli toive taata kilpailun toteutuminen hankintasopimuksen osiin 1 ja 2 sisältyneiden palvelujen alalla; osa 2 oli liikevaihdolla mitattuna laajin hankintaan sisältynyt tuotealue. Tässä yhteydessä on huomattava, ettei yksityisiä markkinoita vastaaville palveluille ole ja ettei ole muita hankintaviranomaisia, jotka kilpailuttaisivat vastaavia sopimuksia. Siten SKI:n puitejärjestelyt ilmentävät tosiasiallisesti markkinoita kokonaisuudessaan. Sen vuoksi niitä markkinoiden toimijoita, joiden kanssa ei tehdä sopimusta hankinnan osasta, uhkaa markkinoilta syrjäytyminen tai jopa konkurssi. Kyseisen tuotealueen markkinat ovat siten kärsineet jo vuosia siitä, että kilpailu on ollut ajoittain puutteellista – tai jopa olematonta –, ja siitä voi aiheutua merkittävää haittaa SKI:n asiakkaille ja viime kädessä veronmaksajille. Sen vuoksi SKI kiinnitti puitejärjestelyjä koskevassa julkisessa hankinnassa suurta huomiota kilpailun mahdollisimman tehokkaaseen edistämiseen esimerkiksi jakamalla kyseisen hankinnan osa-alueen kahteen osaan (itä ja länsi) ja hyödyntämällä mallia, joka periaatteessa sallii kaksi eri toimittajaa, mikä vastaa julkisia hankintoja koskevan direktiivin 46 artiklan ja johdanto-osan 79 perustelukappaleen tarkoitusta. Sen mukaan *”jos hankintasopimukset jaetaan osiin, hankintaviranomaisten olisi esimerkiksi kilpailun säilyttämiseksi tai toimitusten luotettavuuden turvaamiseksi voitava rajoittaa niiden osien määrää, joista talouden toimija voi tehdä tarjouksen. Niiden olisi voitava rajoittaa myös niiden osien määrää, jotka voidaan myöntää yhdelle tarjoajalle.”* Samalla SKI pyrki myös sitä koskevalla vaatimuksella, että tarjoajan pitäisi molemmissa sopimuksen osissa toimittaa samalla hinnalla kuin kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tekijä, estämään korkeilla tarjoushinnoilla keinottelemisen jommassakummassa sopimuksen osassa, mistä aiheutuisi haittaa SKI:n asiakkaille ja lopulta veronmaksajille. Jos tarjoaja olisi varmistanut itselleen vähintään yhden sopimuksen, se olisi voinut keinotella tarjoamalla korkeita hintoja sopimuksen molemmissa osissa. Tätä ehkäistiin sitä koskevalla

vaatimuksella, että muidenkin pitäisi toimittaa samoilla hinnoilla kuin sen tarjoajan, jonka kanssa tehdään sopimus osasta 1.

- 24 Hankinnan valmisteluvaiheessa käytiin markkinavuoropuhelua. Markkinoilta saadun palautteen mukaan mallia pidettiin yleisesti sekä asianmukaisena että soveltuvana edistämään kilpailua niin kyseisessä hankinnassa kuin pitkällä aikavälilläkin. BibMedia A/S, joka myöhemmin teki tarjouksen sittemmin toteutetussa hankintamenettelyssä, totesi asiasta kuulemisvastauksessaan seuraavaa:

”SKI:n ehdotus jakaa osan 1 tanskalaisia kirjoja ja valmistelupalveluja koskeva sopimus kuvatulla tavalla itä-länsi-mallin mukaan on mielestämme järkevä, sillä hahmoteltu malli kannustaa tarjoajia tekemään mahdollisimman houkuttelevan tarjouksen, jotta ne saisivat itselleen suurimman osan volyymistä. Sillä, että sopimuksen osassa 1 on useita toimittajia, varmistetaan tiukka kilpailu lähivuosiksi sekä se, että ratkaisujen ja palvelujen kehittämistä kirjastojen hyväksi jatketaan edelleen.”

- 25 Näin ollen SKI esittää, että malli täyttää ne aineelliset vaatimukset, jotka ovat keskeisiä niin hankintaoikeudessa, erityisesti siltä osin kuin on tarpeen varmistaa sekä julkisten varojen tehokas käyttö (julkisia hankintoja koskevan direktiivin johdanto-osan 2 perustelukappale) että todellinen kilpailukin (johdanto-osan 90 ja 69 perustelukappale) sekä kyseessä olevan julkisen hankintamenettelyn että tulevaisuuden kannalta ottaen huomioon markkinoilla vallitseva erityinen kilpailutilanne.

- 26 Mallin laillisuutta perustellaan seuraavilla seikoilla:

- Se, että toiseksi edullisimman tarjouksen tekijälle annetaan mahdollisuus suostua siihen, että se toimittaa samoilla hinnoilla kuin edullisimman tarjouksen tekijä, ja sen kanssa voidaan sen ansiosta tehdä sopimus osasta 1, ei ole kilpailuoikeudellisen neuvottelukiellon taikka sen perustana olevien tavoitteiden tai hankintalain 56 §:n vastaista neuvottelemista.
- Itä-länsi-mallilla päinvastoin toteutetaan puolueetonta, mekaanista hankintamenettelyä, jota sovelletaan siinä vaiheessa, kun tarjoukset on asetettu järjestykseen, eikä SKI:n ja toiseksi parhaan tarjouksen tekijän välillä ole muuta vuorovaikutusta kuin se, että tarjoaja voi suostua toimittamaan hankintasopimusasiakirjoissa ennakolta määritetyillä ehdoilla ja samoilla hinnoilla kuin parhaan tarjouksen tekijä.
- Lisäksi kyse on hankintamenettelystä, jossa sopimus on jaettu osiin, kuten hankintasopimusasiakirjoissa on selvästi ja avoimesti kuvattu. Siinä SKI ei suinkaan voi vapaasti tai julkisia hankintoja koskevan direktiivin 18 artiklassa kuvatun avoimuusperiaatteen vastaisesti valita, kenen kanssa se tekee sopimuksen, tai antaa toiseksi parhaan tarjouksen tekijän muuttaa tarjoustaan miten tahansa tarjousten jättämisen määräajan umpeuduttua, jolloin tarjoaja parantaisi asemiaan siihen nähden, mihin sillä olisi

tarjouspyyntöasiakirjan perusteella oikeus, yleisten yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden vastaisesti. Sen sijaan sopimukset osista tehdään etukäteen määritetyllä, hankintasopimusasiakirjoissa kuvatulla tavalla sekä julkisia hankintoja koskevan direktiivin 46 artiklan mukaisesti menettelyssä ilman, että SKI sen enempää kuin kyseinen tarjoajakaan voi siihen vaikuttaa.

- Itä-länsi-mallin mukaista sopimustentekomenettelyä sovelletaan siten yhtenäisesti siten, että tukeudutaan arviointiin, joka saaduista tarjouksista on aiemmin suoritettu hankintasopimuksen tekoperusteeksi asetetun alhaisimman hinnan perusteella ja noudattaen etukäteen määriteltyä, selvästi kuvattua menettelyä sopimusten tekemiseen osista. Koska mallia lisäksi sovelletaan siinä vaiheessa, kun tarjoukset on jo asetettu järjestykseen (eli arvioitu), perusteettomaan syrjintään perustuvaa kilpailun vääristymisen vaaraa tarjoajien välillä ei ole.

VASTAPUOLEN VÄITTÄMÄT

- 27 Vastapuolen mukaan valituslautakunnan päätös ja perustelut ovat oikeat, ja ne on syytä vahvistaa.
- 28 Julkisia hankintoja koskevan direktiivin 18 artiklan ja hankintalain 2 §:n 1 momentin mukainen yhdenvertaisen kohtelun periaate ja siitä seuraava neuvottelukielto merkitsevät, ettei hankintaviranomainen saa neuvotella yksittäisen tarjoajan kanssa julkisen hankintamenettelyn yhteydessä. Tässä yhteydessä on merkityksetöntä, onko hankintaviranomainen maininnut neuvottelumahdollisuudesta hankintasopimusasiakirjoissa.
- 29 Vastapuolen mukaan on kyse neuvottelemisesta, jos tarjoajalle annetaan mahdollisuus muuttaa tarjoustaan tarjousten jättämisen määräajan jälkeen siten, että se vastaa hinnaltaan alinta tarjousta.
- 30 Vastapuolen näkemyksen mukaan se, että tarjoajan annetaan alentaa tarjoamaansa hintaa alinta tarjousta vastaavalle tasolle, on tarjouksen muuttamista, eikä sitä voida sallia tarjousten jättämisen määräajan umpeuduttua.
- 31 Sen vuoksi SKI:n käyttämä itä-länsi-malli sisältää neuvottelemista julkisia hankintoja koskevassa direktiivissä tarkoitettussa merkityksessä.
- 32 Lisäksi vastapuoli esittää, ettei tämän kaltaista toimintatapaa voida laillisesti soveltaa julkisia hankintoja koskevan direktiivin 27 artiklan ja hankintalain 56 §:n mukaisena avoimena menettelynä toteutettavassa julkisessa hankinnassa. Kyseiseen menettelyyn ei näin ollen sisälly neuvottelemisen mahdollisuutta esimerkiksi siten, että yksittäinen tarjoaja saa mahdollisuuden muuttaa tarjoustaan tarjousten jättämisen määräajan jälkeen.

- 33 SKI:n olisi pitänyt järjestää hankintamenettely julkisia hankintoja koskevassa direktiivissä määritellyissä puitteissa, ja sellaisia lainmukaisia menettelyjä olisi käytettävissä, joilla voitaisiin pitkälti täyttää ne tavoitteet, joita SKI on itä-länsimallillaan halunnut saavuttaa. Hankintaviranomainen voi jakaa sopimuksen osiin, ja on laillista rajoittaa sopimuksen tekemistä kaikista osista saman tarjoajan kanssa. Siten voitaisiin turvata kilpailun toteutuminen vastaisuudessa. Julkisia hankintoja koskevan direktiivin mukaisissa menettelyissä ei kuitenkaan ole mahdollista valita useita toimittajia identtisin hinnoin. Näin ollen hankintaviranomaisen on valittava, tehdäkö kaikista osista sopimukset yhden tarjoajan kanssa samoilla hinnoilla vai tehdäkö eri osista sopimukset eri tarjoajien kanssa eri hinnoilla. Jos hankintaviranomainen haluaa rajoittaa mahdollisuutta tehdä saman tarjoajan kanssa sopimus kaikista osista, sen on silloin hyväksyttävä toiseksi alhaisimman tarjouksen tehneen tarjoajan hinta sopimuksen osista pienempään.

KYSYMYKSEN TAUSTA

- 34 Unionin tuomioistuin on julkisista hankinnoista annetun direktiivin mukaista yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusperiaatetta sekä niistä seuraavaa neuvottelukieltoa koskevassa tähänastisessa oikeuskäytännössään käsitellyt muun muassa rajoja hankintaviranomaisen mahdollisuuksille käsitellä hankintamenettelyyn liittyviä varauksia tai pyytää ja hankkia tietoja jälkikäteen, vrt. esim. tuomio 11.5.2017, C-131/16, Archus ja Gama (EU:C:2017:358), ja tuomio 10.10.2013, C-336/12, Manova A/S (EU:C:2013:647), sekä hankintaviranomaisen pyyntöjä, jotka koskevat tehdyn tarjouksen täydentämistä tai täsmentämistä, vrt. tuomio 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko ym. (EU:C:2012:191).
- 35 Unionin tuomioistuin on lausunut myös neuvottelukiellon laajuudesta vaihdettaessa toista yksikköä, jonka voimavaroihin tarjoaja aikoo turvautua, vrt. esim. tuomio 3.6.2021, C-210/20, Rad Service Sri Unipersonale ym. v. Del Debbio SpA ym. (EU:C:2021:445).
- 36 Tähänastisessa oikeuskäytännössä näyttää olevan se yhdistävä piirre, että neuvottelukiellon laajuutta on tulkittu sen kannalta, voiko hankintaviranomainen auttaa hakijaa/tarjoajaa korjaamaan hankintasopimusasiakirjoissa esitettyihin vaatimuksiin liittyviä puutteita, ja tällöin on ollut kyse tilanteista, joissa hakija/tarjoaja on saattanut saavuttaa oikeudellisen aseman, johon sillä hankintasopimusasiakirjojen perusteella ei olisi ollut oikeutta, ja tilanne on siten unionin oikeuden peruseriaatteiden vastainen, vrt. tuomio 22.6.1993, C-243/89, komissio v. Tanska (EU:C:1993:257), tuomio 25.4.1996, C-87/94, komissio v. Belgia (EU:C:1996:161), ja tuomio 7.4.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz v. Zarzad Oczyszczania Miasta (EU:C:2016:214).
- 37 Unionin tuomioistuin ei kuitenkaan toistaiseksi näytä ottaneen kantaa siihen, missä määrin neuvottelukielto sopimuksen osiin jakamisen ja avoimena

menettelynä toteutettavan hankinnan yhteydessä estää sen, että tarjoajalle, joka ei ole tehnyt kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta, annetaan tarjousten jättämisen määräajan umpeuduttua ja tarjouspyyntöasiakirjassa etukäteen määritetyn mukaisesti mahdollisuus suostua toimittamaan tarjotut palvelut tietyissä sopimuksen osassa samalla hinnalla kuin kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tehnyt tarjoaja, ja sen kanssa tehdään sen ansiosta sopimus toisesta osasta.

- 38 Tätä taustaa vasten Østre Landsret asiaa käsittelevänä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimena pitää tarpeellisenä seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen esittämistä unionin tuomioistuimelle.

NÄIN OLLEN PÄÄTETÄÄN

- 39 pyytää unionin tuomioistuinta vastaamaan seuraavaan ennakkoratkaisukysymykseen:

Estävätkö julkisia hankintoja koskevan direktiivin 18 artiklan mukainen avoimuusperiaate ja yhdenvertaisen kohtelun periaate ja niistä seuraava neuvottelukielto sen, että kokonaistaloudellisesti toiseksi edullisimman tarjouksen tehneelle tarjoajalle annetaan osiin jaetuista sopimuksista koostuvassa julkisessa hankinnassa, vrt. direktiivin 27 ja 46 artikla, tarjousten jättämisen määräajan umpeuduttua ja tarjouspyyntöasiakirjassa etukäteen määritetyn mukaisesti mahdollisuus toimittaa tarjotut tiettyyn osaan kuuluvat palvelut samoilla ehdoilla kuin kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tehnyt tarjoaja, ja sen kanssa tehdään sen vuoksi sopimus samanaikaisesti hankinnan kohteena olleesta toisesta sopimuksen osasta?

[--]