

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER

5 päivänä kesäkuuta 2001¹

I Johdanto

1. Italian tasavallan Consiglio di Stato (neljäs jaosto) on tutkiessaan muutoksenhakujen ratkaisemista koskevan toimivaltansa nojalla kahta Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio tuomiota koskevaa valitusta esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle viisi ennakkoratkaisukysymystä, joiden tarkoituksena on saada ennakkoratkaisu julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekemettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY² (jäljempänä riidanalainen direktiivi tai direktiivi 93/37/ETY) 30 artiklan 4 kohdan tulkinnasta.

2. Consiglio di Staton yhteisöjen tuomioistuimelle esittämän ennakkoratkaisupyynnön taustalla ovat ne julkisia hankintoja koskevien yhteisön oikeussääntöjen olennaiset ja kiistattomat periaatteet, joiden tarkoituksena on luoda objektiiviset edellytykset julkisia hankintoja koskeviin tarjouskilpailuihin osallistumiselle ja tarjouskilpailun ratkaisemiselle avoimessa

menettelyssä, jossa syrjivät menettelytavat ja ehdot ovat kiellettyjä.³

3. Tässä yhteydessä sopimussuoritteeseen nähden poikkeuksellisen alhaisilla tarjouksilla on keskeinen merkitys. Erityinen merkitys on tällaisten tarjousten poissulkemista koskevalla menettelyllä, jota noudattaen tarjouskilpailussa voidaan saavuttaa ratkaisu hylkäämällä sellaiset tarjoukset, jotka eivät ole riittävän toteuttamiskelpoisia. Tarkoituksena on noudattaa erästä toista julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeuden periaatetta, eli tehokkuutta.⁴

3 — Nämä periaatteet on vahvistettu julkisia tavarahankintoja, palveluhankintoja ja rakennusurakoita koskevista sopimusten tekemettelyistä annetuissa perinteisissä direktiiveissä, jotka ovat tavarahankintojen osalta 21.12.1976 annettu neuvoston direktiivi 77/62/ETY (EYVL 1977, L 13, s. 1) ja 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1) ja palvelusopimusten osalta 18.6.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1). Ennakkoratkaisukysymykset koskevat julkisuutta hallinnollisen avoimuuden välineenä ja syrjäntäkiellon periaatetta, jotka on rakennusurakoita koskevien sopimusten osalta vahvistettu 26.7.1971 annetussa neuvoston direktiivissä 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5) ja sen kumoamisen jälkeen riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohdassa. Nämä kolme ns. perinteistä direktiiviä on tarkoitus kodifioida ja yhdistää yhdeksi säädökseksi Euroopan parlamentin ja neuvoston antamassa ehdotuksessa direktiiviksi julkisia tavara- ja palveluhankintoja sekä rakennusurakoita koskevien sopimusten tekemettelyjen yhteensovittamisesta (EYVL 2001, C 29 E, s. 11; jäljempänä direktiiviehdotus), jossa noudatetaan yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita (ks. direktiiviehdotuksen toinen perustelukappale).

4 — Tehokkuuden periaate sisältyy laajasti tulkittuna edellisessä alaviiteessä mainitun direktiiviehdotuksen 18., 23. ja 25. perustelukappaleeseen sekä myös tiettyihin direktiivin 93/37/ETY artikloihin (ks. esim. 4, 7 ja 14 artikla).

1 — Alkuperäinen kieli: espanja.

2 — EYVL L 199, s. 54.

4. Consiglio di Stato esittää epäilyksensä tämän tyyppisten tarjousten osalta siitä, onko riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohdan mukaista:

- 1) ottaa käyttöön automaattinen menetelmä sen kynnyksen määrittämiseksi, josta alkaen tarjouksia pidetään poikkeuksellisen alhaisina, kun menetelmä johtaa siihen, etteivät tarjouksentekijät saa tätä kynnystä tietoonsa ennen tarjoustensa esittämistä;
- 2) sulkea kilpailusta pois tarjoukset, joihin ei ole liitetty selvityksiä siltä hinnalta, joka vastaa vähintään 75:tä prosenttia urakan pohjahinnasta, ja hyväksyä ainoastaan määrätynlaisia selvityksiä lukuun ottamatta niitä, jotka koskevat virallisista luetteloista ilmeneviä minimihintoja;
- 3) säätää menettelystä, jossa tarjouskilpailuun osallistuvilla yrityksillä, jotka ovat esittäneet poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset, ei ole mahdollisuutta esittää perustelujaan tarjouskirjeiden avaamisen jälkeen mutta ennen poissulkemista koskevan päätöksen tekemistä.

II Sovellettavat oikeussäännöt

1. Yhteisön lainsäädäntö

5. Ensimmäisen julkisia hankintoja koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön yhteensovittamisesta annetun direktiivin 71/305/ETY pääasiallisena tavoitteena oli sijoittautumisvapauden ja julkisia rakennusurakoita koskevien palvelujen tarjoamisen vapauden toteuttaminen.⁵ Jo tässä direktiivissä otettiin huomioon poikkeuksellisen alhaisten tarjousten mahdollisuus, ja sen 29 artiklan 5 kohdassa säädettiin siitä, että tällaiset tarjoukset voidaan sulkea pois tarjouskilpailusta.

6. Direktiivin 71/305/ETY tehtiin useita peräkkäisiä ja hajanaisia muutoksia,⁶ minkä jälkeen näiden kodifiointi toteutettiin direktiivillä 97/37/ETY.⁷ Viimeksi mainitun direktiivin 30 artiklan 4 kohdassa lähinnä vain toistetaan, tosin pienin muutoksin, direktiivin 71/305/ETY 29 artiklan 5 kohta, sellaisena kuin tämä oli muutettuna vuonna 1989. Riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Jos tiettyä sopimusta varten jätetyt tarjoukset vaikuttavat toimitettavaan suorit-

5 — Ks. direktiivin 71/305/ETY ensimmäinen perustelukappale.

6 — Yksi näistä koski 29 artiklan 5 kohtaa, joka muutettiin uudelleen 18.7.1989 annetussa direktiivissä 89/440/ETY (EYVL L 210, s. 1).

7 — Ks. direktiivin 97/37/ETY ensimmäinen perustelukappale.

teeseen nähden poikkeuksellisen alhaisilta, hankintaviranomaisen on, ennen kuin se voi hylätä tarjoukset, pyydettävä kirjallisesti asianmukaisina pitämänsä täsmennykset tarjouksen eri osista ja tarkastettava nämä osat ottaen huomioon asiasta saadut selvitykset.

Hankintaviranomainen voi ottaa huomioon selvitykset, jotka perustuvat valittujen rakennusmenetelmien taloudellisuuteen, teknisiin ratkaisuihin, tarjoajaa suosiviin sopimuksen toteuttamisen kannalta poikkeuksellisen edullisiin olosuhteisiin tai tarjoajan ehdottaman tuotteen tai työn omintakeisuuteen.

Jos sopimukseen liittyvissä asiakirjoissa edellytetään sopimuksen tekemistä alimman hinnan perusteella, hankintaviranomaisen on ilmoitettava komissiolle liian alhaisina pitämiensä tarjousten hylkäämisestä.

— — ”

2. Italian lainsäädäntö

7. Riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohta on saatettu osaksi Italian oikeusjärjestystä julkisista rakennusurakoista

11.2.1994 annetun lain nro 109/94⁸ 21 §:n 1 a momentilla, joka on lisätty tämän lain alkuperäiseen tekstiin 2.6.1995 annetun lain 216/95⁹ 7 §:llä jossa säädetään seuraavaa:

”Sellaisten vähintään 5 miljoonan ecun suuruisien rakennusurakkasopimusten osalta, joissa perusteena käytetään 1 momentissa tarkoitettua edullisinta tarjousta, kyseisen viranomaisen on selvitettävä, ovatko tarjoukset 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY 30 artiklassa tarkoitettulla tavalla poikkeuksellisen alhaisia, kun on kyse tarjouksista, joissa hintaan ehdotetaan suurempaa alennusta kuin se prosenttiluku, jonka Ministro dei lavori pubblici on vahvistanut kunkin vuoden tammikuun 1 päivänä tekemällään päätöksellä edellisenä vuonna tarjouskilpailumenettelyyn hyväksytyjen tarjousten perusteella ja Osservatoriota kuultuaan.

Tässä tarkoituksessa viranomainen voi ottaa huomioon ainoastaan selvitykset, jotka perustuvat valittujen rakennusmenetelmien taloudellisuuteen, teknisiin ratkaisuihin tai tarjoajaa suosiviin sopimuksen toteuttamisen kannalta poikkeuksellisen edullisiin olosuhteisiin, mutta ei selvityksiä, jotka liittyvät laeissa, asetuksissa tai hallinnollisissa määräyksissä vahvistettuihin minimihintoihin, tai joita koskevat mini-

8 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (jäljempänä GURI), nro 41, 19.2.1994, s. 5.

9 — GURI nro 127, 2.6.1995, s. 3. Tämä säädös on tulos siitä, että rakennusurakoita koskevista kiireellisistä säännöksistä 3.4.1995 annettu Decreto-Legge 101/1995 (GURI nro 78, 3.4.1995, s. 8) muutoksineen muutettiin laiksi.

mihinnat voidaan johtaa virallisista tilastoista. Tarjouksiin on niitä jätettäessä sisällytettävä selvitykset hankintasopimusta koskevassa ilmoituksessa tai tarjouspyynnössä ilmoitetuista merkittävimmistä hinnan osatekijöistä, joiden on yhteensä vastattava vähintään 75:tä prosenttia tarjouskilpailun pohjahinnasta.

päätöksillä vuosina 1997 ja 1998 sovellet-tavan prosenttiluvun, josta alkaen hankin-taviranomaisen on saatettava poikkeavat tarjoukset tarkastusmenettelyyn ja joka on ”yhtäsuuri kuin kaikkien hyväksytyjen tarjousten sisältämien alennusprosenttien aritmeettinen keskiarvo, korotettuna niiden alennusprosenttien aritmeettisen keski-arvon erolla, jotka ylittävät ensin mainitun keskiarvon”.

— — ” 10

III Tosiseikat ja kansallisessa tuomioistui-messa vireillä olevat asiat

8. *Ministro dei lavori pubblici* vahvisti lain 109/94 21 §:n 1 a momentin nojalla 28.4.1997¹¹ ja 18.12.1997¹² tekemillään

1. *Asia C-285/99*

10 — Tätä säännöstä on muutettu 18.11.1998 annetun lain 415/98 (GURI nro 284, 4.12.1998) 7 §:llä. Tämän uuden muutoksen jälkeen, jota ei kuitenkaan sen antamis-ajankohdan vuoksi sovelleta esillä olevaan asiaan, lain 109/94 21 §:n a kohta on edelleen seuraava: ”Sellaisten vähintään 5 miljoonan eun suuruisen rakennusurakka-sopimusten osalta, joissa perusteena käytetään 1 momen-tissa tarkoitettua edullisinta tarjousta, kyseisen viranomaisen on selvitettävä, ovatko tarjoukset 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY 30 artiklassa tarkoitettulla tavalla poikkeuksellisen alhaisia, kun on kyse sellaisista tarjouksista, joissa ilmoitettuun hintaan ehdo-tetaan yhtäsuurta tai suurempaa alennusta kuin kaikkien hyväksytyjen tarjousten alennusprosenttien — lukuun ottamatta 10:tä prosenttia, joka pyöristetään seuraavaan suurempaan yksikköön — aritmeettinen keskiarvo, joka lasketaan suurimmasta ja pienimmästä alennuksesta korotettuna mainitun keskimääräisen prosenttiluvun ylit-tävien prosenttialennusten aritmeettisella keskiarvolla (kursivointi osoittaa muutoksen aikaisempaan sanamuotoon). Tässä tarkoituksessa viranomainen voi ottaa huo-mioon ainoastaan selvitykset, jotka perustuvat valittujen rakennusmenetelmien taloudellisuuteen, teknisiin ratkai-suihin tai tarjoajaa suosiviin sopimuksen toteuttamisen kannalta poikkeuksellisen edullisiin olosuhteisiin, mutta ei selvityksiä, jotka liittyvät laeissa, asetuksissa tai hallin-nollisissa määräyksissä vahvistettuihin minimihintoihin, tai joita koskevat minimihinnat voidaan johtaa virallisista tilastoista. Tarjouksiin on niitä jätettäessä sisällytettävä selvitykset tarjouskilpailua koskevassa ilmoituksessa tai tarjouspyyntökirjeessä ilmoitetuista merkittävimmistä hinnan osatekijöistä, joiden on yhdessä muodostettava vähintään 75 prosenttia tarjouskilpailun pohjahinnasta

9. *Ente Nazionale per le Strade* (jäljempänä ANAS) julkaisi rajoitettua menettelyä kos-kevan tarjouskilpailuilmoituksen ura-koista, jotka oli nimetty ”RM 87/97 - Autopista del GRA - Lotto 19 - Adegua-mento a tre corsie per ogni senso di marcia dal km 43,280 al km 46,500” (moottori-tien osan laajentaminen kolmekäistäiseksi kumpaankin suuntaan 43,280 km:n koh-dalta 46,500 km:n kohdalle).

10. Väliaikainen yhteenliittymä, jonka Lombardini S.p.a. — *Impresa Generale di Costruzioni* (jäljempänä Lombardini), Collini — *Impresa di Costruzioni S.p.a* ja

11 — GURI nro 105, 8.5.1997, s. 28.

12 — GURI nro 1, 2.1.1998, s. 26.

Trevi S.p.a. muodostivat, kutsuttiin tarjouskilpailuun 15.10.1997 päivätyllä kirjeellä nro 1723 (jäljempänä tarjouspyyntö). Tämän asian kannalta merkityksellisissä tarjouspyynnön kohdissa oli lain 109/94 21 §:n 1 a momentin mukaisesti annettu seuraavat täsmennykset:

A. Tarjouksentekijöiden on liitettävä tarjoukseensa selvitykset hinnan merkittävimmistä tekijöistä, jotka vastaavat 75:tä prosenttia tarjouskilpailun pohjainnasta. Selvitykset on laadittava tarjouspyyntöön liitettyjen määräysten mukaisesti ja toimitettava samassa kirjekuoressa niiden hallinnollisten asiakirjojen kanssa, jotka tarjouksentekijän on esitettävä.

B. Erillisessä kirjekuoressa on toimitettava tarvittavat asiakirjat, joiden perusteella voidaan tarkastaa ne tiedot, jotka on annettu tarjouksen perusteiden tutkimista varten. Tämä kirjekuori avataan ja sen sisältö tutkitaan ainoastaan, jos tarjous ylittää poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan aritmeettisen kynnyksen.

C. Jos jotakin edellä mainituista määräyksistä ei ole noudatettu, tarjousta ei hyväksytä kilpailuun.

D. Lisäksi tarjouspyynnössä eriteltiin perusteet sen arvioimiseksi, onko tarjous poikkeuksellisen alhainen.

11. Lombardinin tarjous määriteltiin poikkeuksellisen alhaiseksi,¹³ minkä vuoksi tositteet sisältävät kirjekuoret avattiin. Niiden arvioinnin jälkeen Lombardinin tarjous hylättiin ja tarjouskilpailu ratkaistiin Societä Italiana per Condotte d'Acquan hyväksi.

12. Tämän seurauksena Lombardini saattoi Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio tutkittaviksi hankintasopimusta koskevan ilmoituksen, tarjouspyyntökirjeen, omaa poissulkemistaan koskevan päätöksen ja tarjouskilpailun ratkaisun. Kyseinen tuomioistuin hylkäsi Lombardinin vaatimukset muun muassa sen vuoksi, että ne perustuivat ”direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan virheelliseen tulkintaan”.¹⁴

2. Asia C-286/99

13. ANAS julkaisi ilmoituksen hankintasopimuksesta, jonka tarkoituksena oli sopimuksen tekeminen rajoitetussa menet-

13 — Poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskeva kynnys oli 28,004 prosenttia, kun taas Lombardinin tarjoama alennus oli 29,88 prosenttia.

14 — Ennakkoratkaisupyynnön tosiseikkoja koskevan osan kolmas kappale.

telyssä urakasta, joka koski maantien nro 115 Bergamon ja Zanican välisen osuuden toisen osan rakentamista.

14. Mantovani S.p.a (jäljempänä Mantovani), joka oli johtavana osapuolena erään toisen yrityksen kanssa muodostamassaan yhteenliittymässä, kutsuttiin tarjouskilpailuun kirjeellä, jossa täsmennettiin, että kilpailu pidetään lain 109/94 21 §:n 1 a momentin mukaisesti, sellaisena kuin tämä säännös on muutettuna lain 216/95 7 §:llä, ja että riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohdassa tarkoitettu tarjousten poikkeuksellisuus arvioidaan 28.4.1997 tehdyssä ministeriön päätöksessä vahvistettujen perusteiden mukaisesti. Tarjouspyyntöön sisältyi samanlainen maininta tarjouksentekijöiden velvollisuuksista ja varoitus mahdollisesta pois-sulkemisesta kuin mitä edellä on esitetty asian C-285/99 perustana olevien tosi-seikkojen kuvauksen yhteydessä.

15. Mantovani tarjosi poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevaa kynnystä suurempaa alennusta,¹⁵ minkä vuoksi sen tarjous määriteltiin poikkeuksellisen alhaiseksi. Tarjousta ja sitä koskevien asiaan-kuuluvien selvitysten sekä tutkimusta varten toimitettujen tietojen arvioinnin jälkeen tarjousta ei hyväksytty kilpailuun. Urakka annettiin Bregolin ja Rodan muodostamalle väliaikaiselle yhteenliittymälle.

15 — Tämä kynnys oli 40,865 prosenttia, kun taas Mantovani tarjosi 41,460 prosentin suuruisia alennuksia.

16. Mantovini riitautti tarjouksensa hylkäämisen ja saattoi asian vireille tuomioistuimessa hankintasopimusta koskevan ilmoituksen, tarjouspyyntökirjeen, omaa pois-sulkemistaan koskevan päätöksen ja tarjouskilpailun ratkaisun tutkimiseksi. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio hylkäsi tämän valituksen 26.6.1998 antamallaan tuomiolla nro 1498.

17. Mantovani haki muutosta vedoten riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohdan rikkomiseen sillä perusteella, että ”tarjousten hyväksyttävyyttä koskevalla tarkastusmenettelyllä — — rikotaan yhteisön oikeuden periaatteita, joissa kielletään tarjousten automaattinen pois-sulkeminen” ja että ”tarjouksen poikkeuksellisuuden toteamisen jälkeen ei ole järjestetty kontradiktorista menettelyä”.¹⁶

IV Ennakkoratkaisukysymykset

18. Consiglio di Stato katsoo, että näiden valitusten ratkaiseminen edellyttää direktiivin 30 artiklan 4 kohdan soveltamisalan tarkkaa määrittämistä siltä osin kuin se koskee poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tarkastusmenettelyä, minkä vuoksi se on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kysymykset:

”1) Onko direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 4 kohdan vastaisena pidettävä jul-

16 — Ennakkoratkaisupyynnön II osa.

kisia rakennusurakoita koskevaan tarjouspyyntöön sisältyviä ehtoja, joiden mukaan hankintamenettelystä suljetaan pois sellaiset yritykset, jotka eivät ole liittäneet tarjoukseensa selvityksiä hinnan siltä osalta, joka vastaa vähintään 75:tä prosenttia tarjouskilpailun pohjahinnasta?

- 2) Onko direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 4 kohdan vastaisena pidettävä sellaista automaattista laskumenetelmää, jossa tarkastusmenettelyyn saatettavia tarjouksia koskeva poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen kynnys määräytyy tapauskohtaisten perusteiden ja aritmeettisen keskiarvon mukaan siten, että tarjouksentekijät eivät saa ennalta tietää tämän kynnnyksen suuruutta?

- 3) Onko direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 4 kohdan vastaisena pidettävä säännöstä, jonka mukaan tarjouskirjeiden avaamisen jälkeen mutta ennen poissulkemista koskevan päätöksen tekemistä järjestetään menettelyä edeltävä kontradiktorinen vaihe, ilman että yrityksellä, jonka tarjousta pidetään poikkeuksellisen alhaisena, on mahdollisuutta esittää perustelujaan?

- 4) Onko direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 4 kohdan vastaisena pidettävä säännöstä, jonka mukaan hankintaviranomainen voi ottaa huomioon ai-

noastaan selvitykset, jotka koskevat valittujen rakennusmenetelmien taloudellisuutta, teknisiä ratkaisuja tai tarjouksentekijää suosivia sopimuksen toteuttamisen kannalta poikkeuksellisen edullisia olosuhteita?

- 5) Onko direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 4 kohdan vastaisena pidettävä sitä, että viranomainen ei voi ottaa huomioon selvityksiä niistä hinnan osatekijöistä, joita koskevat minimiarvot voidaan johtaa virallisista luette-loista?"

V Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

19. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentti päätti 14.9.1999 antamallaan määräyksellä yhdistää nämä kaksi asiaa, koska ne liittyivät objektiivisesti toisiinsa.

20. Komissio, Italian ja Itävallan hallitukset, kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevien asioiden valittajat Lombardini ja Mantovani sekä Coopsette väliintulijana Mantovanin vireille saattamassa

asiassa, ovat esittäneet kirjalliset huomautuksensa EY:n tuomioistuimen perussäännön 20 artiklan mukaisen määräajan kuluessa.

- 3) Kolmannessa ennakkoratkaisupyynnössä esitetystä kysymyksessä mainittu ongelma, joka koskee sitä, ettei poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen tehneitä yrityksiä kuulla ennen niiden poissulkemista kilpailusta.

21. Kaikki asianosaiset ja muut osapuolet Itävallan hallitusta lukuun ottamatta osallistuivat 3.5.2001 pidettyyn suulliseen käsittelyyn ja esittivät siinä suulliset väitteensä.

23. Käsittelen asiaa edellä esitetystä järjestyksessä, mutta jotta direktiivin 30 artiklan 4 kohdan sisältämät säännökset olisi helpompi ymmärtää, sitä ennen on aiheellista tutkia — joskin pintapuolisesti — niitä yhteisön oikeuden periaatteita, jotka koskevat urakoitsijan valintaa julkista hankintaa varten.

VI Ennakkoratkaisukysymysten arviointi

22. Consiglio di Staton esittämät viisi kysymystä voidaan jäsentää tämän ratkaisuehdotuksen 4 kohdassa esitetyllä tavalla ja ryhmitellä kolmeen osaan seuraavasti:

1. *Urakoitsijan valintaa koskevat periaatteet*

- 1) Poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia koskevan kynnyksen vahvistaminen automaattisessa menetelmässä, mitä toinen kysymys koskee.

24. Julkisia hankintoja koskevien direktiivien tavoitteena on kunkin omalla erityisellä soveltamisalallaan edistää julkisia hankintoja koskevan puolueettoman kilpailun kehitystä,¹⁷ mihin pyritään Euroopan yhdentymistä koskevan kolmen perus-

- 2) Tarjottua hintaa koskevat selvitykset ja niiden luonne, joita on käsitelty ensimmäisessä, neljännessä ja viidennessä kysymyksessä.

17 — Ks. asia 103/88, Fratelli Costanzo v. Comune di Milano, tuomio 22.6.1989 (Kok. 1989, s. 1839, 18 kohdan loppuosaa; Kok. Ep. X, s. 95 (jäljempänä Fratelli Costanzon tapaus)).

vapauden toteuttamisella (tavaroiden vapaa liikkuvuus, sijoittautumisoikeus ja palvelujen tarjoamisen vapaus).¹⁸ Direktiiveillä pyritään siten täyttämään se tehtävä, jonka yhteisön perustajat ovat määritelleet perustamissopimuksen 9, 52 ja 59 artiklassa (joista on tullut muutettuina 23, 43 ja 49 artikla).

25. Nämä tehtävät ja tavoitteet voidaan tehokkaasti täyttää ainoastaan, jos ne, jotka haluavat osallistua julkisten hankintojen toteuttamiseen, voivat tehdä näin yhdenvertaisesti ilman, että ketään millään tavalla syrjittäisiin.¹⁹ Tämän vuoksi on välttämätöntä ottaa käyttöön järjestelmä, jossa puolueettomuutta noudatetaan joka suhteessa sekä suurten linjojen että yksityiskohtien osalta. Ensimmäisen osalta tämä voidaan toteuttaa vahvistamalla objektiiviset perusteet tarjouskilpailuun osallistumiselle että sen ratkaisemiselle,²⁰ ja jälkimmäisen osalta määrittämällä avoimet menettelytavat, joissa periaatteena on oltava julkisuus.²¹

18 — Rakennusurakoiden osalta ks. direktiivin 71/305/ETY ensimmäinen perustelukappale ja direktiivin 93/37/ETY toinen perustelukappale. Ks. myös direktiiviehdotuksen toinen perustelukappale.

19 — Toisaalta tämä johtaa julkisia hankintoja koskevien kansallisten markkinoiden avautumiseen, mitä myös EY:n perustamissopimuksessa edellytetään (ks. 130 F artiklan 2 kohta, josta on tullut EY 163 artikla). Tässä tapauksessa on kyse tutkimuksesta ja teknologisesta kehityksestä.

20 — Julkisasiamies Darmon korosti tarjouskilpailuihin osallistumista koskevien perusteiden ja kilpailun ratkaisemista koskevien perusteiden välistä eroa asiassa 31/87, Beentjes vastaan Alankomaat, 20.9.1988 annettua tuomiota (Kok. 1988, s. 4635) varten antamassaan ratkaisuehdotuksessa. Hän totesi, että direktiivissä 71/305/ETY "erotetaan selvästi toisistaan yrittäjän kelpoisuutta koskevat perusteet ja tarjouskilpailun ratkaisemista koskevat perusteet, jotka liittyvät tarjotun palvelun laatuun ja sen urakan laatuun, jonka suorittamisesta on kyse" (36 kohta). Tämä ero on tehty myös direktiiviehdotuksessa (27.—29. perustelukappaleet).

21 — Ks. edellä 2 kohta ja alaviite 2 sekä direktiiviehdotuksen 27.—30. perustelukappaleet.

26. Tarjouskilpailuun osallistumista tai tarjousentekijöiden laadullista valintaa koskevissa perusteissa otetaan huomioon tarjousentekijöiden soveltuvuus, suorituskyky ja kokemus sekä ammatillisessa että taloudellisessa ja teknisessä mielessä. Lisäksi syrjintäkiellon noudattaminen edellyttää, että menettelyä koskevat edellytykset ja vaadittava suorituskyky sekä kokemus määritellään tapauskohtaisesti asiaa koskevissa säännöksissä osoitetuissa rajoissa.²²

27. Sen jälkeen kun ne tarjousentekijät, jotka voivat osallistua tarjouskilpailuun, on valittu osallistumissääntöjä noudattaen, tarjouskilpailun ratkaisu riippuu myös objektiivisista tekijöistä, oli kyse sitten alhaisimmasta tarjouksesta tai taloudellisesti edullisimmasta tarjouksesta. Jos kyse on viimeksi mainitusta, hankintaviranomaisen on urakkaehdoissa tai hankintasopimusta koskevassa ilmoituksessa ennalta vahvistettava valintaperusteet ja ilmoitettava näiden merkitys.²³

28. Järjestelmällä pyritään siis siihen, ettei mitään jätetä sattuman tai tarjouskilpailun ratkaisevan päätöksentekijän mielivallan varaan. Julkisissa hankinnoissa nouda-

22 — Ks. riidanalaisen direktiivin 18 artikla ja sitä seuraavat artiklat sekä direktiiviehdotuksen 44 artikla ja sitä seuraavat artiklat.

23 — Ks. riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 1 ja 2 kohta sekä direktiiviehdotuksen 53 artiklan 1 ja 2 kohta. Taloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämistä koskevien perusteiden on oltava suhteessa sopimuksen kohteeseen ja ne voivat koskea laatua, teknisiä ansioita, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, ympäristöystävällisyyttä, käyttökustannuksia, kannattavuutta, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea, toimitusaikaa ja -paikkaa tai toteutusaikaa ja -paikkaa (direktiiviehdotuksen 53 artiklan 1 kohdan b alakohta).

tettava yhdenvertaisuus edellyttää, että ne, jotka haluavat toteuttaa tämäntyyppisen urakan, saavat etukäteen tietää, mitä niiden pitää tehdä urakan saamiseksi. Siten hankintaviranomainen ainoastaan soveltaa — teknisen harkintavaltansa rajoissa — perusteita, jotka on vahvistettu julkisia hankintoja koskevissa yleisissä säännöksissä tai erityisissä yksittäistapausta koskevissa määräyksissä, jotka sisältyvät sopimusehtoihin tai hankintasopimusta koskevaan ilmoitukseen.²⁴

29. Jotta yhdenvertaisuus voidaan toteuttaa ja syrjintä tehokkaasti välttää julkisia hankintoja koskevia sopimuksia tehtäessä, ei riitä, että tarjouskilpailuihin osallistumista ja niiden ratkaisemista varten vahvistetaan objektiiviset perusteet, vaan näitä perusteita sovellettaessa on noudatettava myös julkisuutta. Tämä koskee hankintasopimusta koskevaa ilmoitusta ja sopimusehtoja sekä lopulta varsinaista valintamenettelyä sekä avoimissa että rajoitetuissa menettelyissä.²⁵

24 — Tämä on se syy, jonka vuoksi direktiiviehdotuksessa todetaan, ettei ketään voida sulkea pois sopimuksen tekemennettelystä sellaisten valintaperusteiden tai suorituskykyä ja kokemusta koskevien vaatimusten perusteella, jotka poikkeavat hankintasopimusta koskevassa ilmoituksessa mainituista perusteista (44 artiklan 3 kohta), tai käänteisessä tapauksessa ketään ei voida valita, ellei hän täytä näitä edellytyksiä (44 artiklan 5 kohta).

25 — Ks. riidanalaisen direktiivin 11 artikla ja sitä seuraavat artiklat sekä direktiiviehdotuksen 34 artikla ja sitä seuraavat artiklat. Viimeksi mainitun 41 artiklassa laajennetaan sitä mitä direktiivin 8 artiklassa on jo säädetty ja todetaan, että hankintaviranomaisten on ilmoitettava ehdokkaille ja tarjoajille tarjouskilpailun ratkaisemista koskevista päätöksistä ja erityisesti sellaisesta päätöksestä, jolla hakija suljetaan pois kilpailusta, sekä mainittava siihen johtaneet syyt. Kaikille niille, joiden tarjoukset on hyväksytty kilpailuun, on myös ilmoitettava valitun tarjouksen ominaisuudet ja suhteelliset edut sekä voittajan numero. Samalla tavalla on julkistettava myös ne syyt, joiden vuoksi tarjouskilpailun kohteena ollut sopimus päätetään jättää tekemättä tai menettely aloitetaan uudelleen.

30. Näitä periaatteita on noudatettava unohtamatta sitä, että julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekeminen on eräs tapa palvella yleistä etua. Tällaisessa menettelyssä viranomaiset pyytävät yksityisiä — olivat nämä sitten luonnollisia henkilöitä tai oikeushenkilöitä — osallistumaan viranomaisille kuuluvien tavoitteiden toteuttamiseen, mikä edellyttää joka tapauksessa tehokasta reagointia. Tällainen tehokkuus on toisinaan ristiriidassa sen kanssa, kuinka nopeasti valintamenettely voidaan hoitaa ottaen huomioon vaadittavat takeet. Tästä syystä tietyt hankinnat ja urakat on jätetty riidanalaisen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, ja samasta syystä siinä säädetään tietyissä tilanteissa sovellettavista poikkeuksista tavanomaiseen tarjouskilpailumenettelyyn sekä mahdollisuudesta lyhentää noudatettavia määräaikoja tietyissä tilanteissa.²⁶

2. Direktiivin 30 artiklan 4 kohta

31. Tämä säännös sisältyy sopimuksen tekemistä koskeviin säännöksiin ja tarjouskilpailun ratkaisun saavuttamiseksi siinä sallitaan suoritteeseen nähden poikkeuksellisen alhaisten tarjousten hylkääminen. Tarjouksia ei kuitenkaan voida hylätä automaattisesti, koska yhteisön säännöksissä edellytetään, että hankintaviranomaisen: 1) antaa tarjouksentekijälle mahdollisuuden perustella tarjouksensa eri osat ja pyytää tältä tarkoituksenmukaisiksi katsomansa täsmennykset ennen kuin se tekee päätöksensä; ja 2) tässä yhteydessä ottaa huomioon tarjouksentekijän toimittamat

26 — Ks. esim. riidanalaisen direktiivin 4, 7 ja 14 kohta.

selvitykset erityisesti siltä osin kuin nämä koskevat rakennusmenetelmän taloudellisuutta, valittuja teknisiä ratkaisuja, tarjouksentekijää suosivia poikkeuksellisen edullisia urakan toteuttamisen edellytyksiä tai hankkeen omintakeisuutta.

32. Edellä esitetyllä on seuraavat seuraukset:

1a. Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten käsite ei ole abstrakti käsite; päinvastoin se määritellään sen mukaan, minkälainen hankinta tarjouksilpailussa ratkaistaan ja minkälaisesta suoritteesta on kyse.

2a. Hankintaviranomaisen on tarkastettava poikkeuksellisen alhaisina pitämänsä tarjoukset,²⁷ ennen kuin se voi hylätä ne.

3a. Poissulkemista koskeva päätös voidaan tehdä vasta sen jälkeen, kun tarjouksentekijällä on ollut tilaisuus selvittää tarjousta, eli sen jälkeen kun tarjoukset

on tarkastettu kontradiktorisessa menettelyssä.²⁸

3. Poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan kynnyksen automaattinen määrittäminen

33. Kuten edellä on todettu, Italian laissa säädetään matemaattinen ja siten myös automaattinen menetelmä poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan kynnyksen määrittämiseksi. Kyse on prosenttiluvusta, jonka julkisista hankinnoista vastaava ministeriö vahvistaa kunkin vuoden ensimmäisenä päivänä. Vuosien 1997 ja 1998 osalta ministeriö katsoi mahdolliseksi vahvistaa kiinteää kynnystä, jota olisi sovellettu valtion koko alueella, ja valitsi tapauskohtaisesti määritettävän perusteen, joka vaihtelee kussakin yksittäisessä tarjouksilpailussa ja joka on ” — — yhtä suuri kuin kaikkien hyväksytyjen tarjousten sisältämien alennusprosenttien aritmeettinen keskiarvo, korotettuna niiden alennusprosenttien aritmeettisen keskiarvon erolla, jotka ylittävät ensin mainitun keskiarvon”. Hankintaviranomaisella on velvollisuus²⁹ tarkastaa kaikki tarjoukset, jotka ylittävät tämän kynnyksen.³⁰

27 — Direktiivin 71/305/ETY espanjankielisessä toisinnossa — myös vuoden 1989 muutoksen jälkeen — mainittiin ”ofertas que manifiesten un carácter anormalmente bajo” (ranskankielisessä toisinnossa tämä oli ilmaistu ” — — des offres présentement manifestement un caractère anormalement bas — — ”). Direktiivi 97/37/ETY sitä vastoin koskee tarjouksia, joita on pidettävä poikkeuksellisen alhaisina (”ofertas que se consideren anormalmente bajas”). Mielestäni erilaisella sanamuodolla pyritään välttämään vuoden 1975 toisinnon tulkintaepäselvyydet, joiden vuoksi yhteisöjen tuomioistuin joutui asiassa Fratelli Costanzo antamassaan tuomiossa täsmentämään, että sen tulkittavana olevassa säännöksessä tarkoitettiin poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia eikä pelkästään tarjouksia, jotka olivat luonteeltaan selvästi tällaisia.

28 — Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut tämän Fratelli Costanzon-tapauksessa (16, 18 ja 19 kohta) ja nämä periaatteet on myöhemmin toistettu asiassa C-295/89, Doná Alfonso, 18.6.1991 annetussa tuomiossa (Kok. 1991, s. I-2967). Asiaa oli jo tätä ennen olemassa oikeuskäytäntöä, eli asiassa 76/81, Transporoute v. Ministère des travaux publics, 10.2.1982 annettu tuomio (Kok. 1982, s. 417; Kok. Ep. VI, s. 333; jäljempänä Transporoute-tapaus). Asiassa C-304/96, Hera, 16.10.1997 annetussa tuomiossa (Kok. 1997, s. I-5685) yhteisöjen tuomioistuin täsmensi, että direktiivin 30 artiklan 4 kohdassa tarkoitettua tarkastusmenettelyä oli poikkeuksetta sovellettava 31.12.1992 alkaen. Direktiiviin 1993 sisällytettiin se, mitä yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa C-143/94, Furlanis, 26.10.1995 antamassaan tuomiossa (Kok. 1995, s. I-3633) vuoden 1971 direktiivin osalta sellaisena kuin se oli muutettuna vuonna 1989.

29 — Fratelli Costanzon tapauksen mukaan tällaisen velvollisuuden asettaminen on direktiivin mukaista.

30 — Ks. edellä 7 ja 8 kohta.

34. Edellä kuvattu menetelmä soveltuu yhteen riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohdassa säädettyjen edellytysten ja urakoitsijan valintaa koskevien periaatteiden kanssa.

35. Olen edellä todennut, että kyseisen säännöksen mukaan poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen käsite on erittäin selvä, ja se on määriteltävä kunkin urakan osalta erikseen suoritteen erityisen kohteen mukaan. Näin ollen poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskeva kynnys, joka määräytyy tarjouskilpailussa esitettyjen tarjousten keskiarvon mukaan, sopii mielestäni täysin yhteen direktiivin määritelmän kanssa, koska tarjoukset tehdään jo lähtökohtaisesti urakan kohteen mukaan. Kuten Mantovanin edustaja on suullisessa käsittelyssä huomauttanut, tämä menetelmä mahdollistaa sen, että kynnys, josta alkaen tarjousta voidaan pitää poikkeuksellisen alhaisena, määräytyy erikseen juuri kutakin urakkaa koskevilla markkinoilla. Lisäksi kaikki kilpailuun osallistujat ovat yhdenvertaisessa asemassa, koska tämä peruste on objektiivinen. Kukaan ei ole etuoikeutetussa asemassa muihin verrattuna tarjousta tehdessään.

36. Toisaalta menetelmä ei tämän vuoksi ole täysin avoin. Tarjouskilpailuun osallistuvat yritykset eivät tarjousta tehdessään tiedä, mistä kynnyksestä alkaen tarjousta voidaan pitää poikkeuksellisen alhaisena. Edes hankintaviranomainen ei tiedä tätä kynnystä vielä tuolloin. Mutta tämä on väistämätön kielteinen seuraus siitä, että poikkeuksellisen alhainen tarjous on oikeudellinen käsite, jota ei ole ennalta määriteltävä mutta joka on täysin rajattavissa kunkin urakan osalta erikseen, kuten direktiivin 30 artiklan 4 kohdassa edellytetään.

37. Kun otetaan vielä huomioon velvollisuus liittää tarjoukseen hintaa koskevia selvityksiä ja mahdollisuus sulkea pois poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset ilman tarkastusta ja kuulematta tarjousentekijöitä, tämä seikka saattaa olla ristiriidassa direktiivissä asetettujen edellytysten kanssa. Kyseinen seuraus ei kuitenkaan sellaisenaan johdu siitä, miten poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskeva kynnys määritetään vaan siitä, että tarjousentekijöille on asetettu tällainen velvollisuus tai että poissulkeminen toteutetaan.

38. Tosin Fratelli Costanzo -tapauksessa yhteisöjen tuomioistuin vahvisti, että direktiivissä³¹ kielletään jäsenvaltioita antamasta säännöksiä, joissa julkisesta tarjouskilpailusta suljetaan automaattisesti pois tiettyjä tarjouksia, mutta yhteisöjen tuomioistuin tarkoittaa tällä automaattisuudella sitä, että tarjous suljetaan pois kilpailusta ilman kontradiktorista tarkastusmenettelyä, eikä sitä, että poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskeva kynnys määritetään matemaattisia perusteita käyttäen.³²

39. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Consiglio di Staton toiseen kysymykseen, ettei direktiivin 30 artiklan 4 kohdan vastaisena ole pidettävä sitä, että poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen kynnys määritetään sellaista matemaattista menetelmää käyttäen, jonka vuoksi kilpailuun osallistuvat urakoitsijat eivät saa tietää tätä kynnystä ennen tarjoustensa esittämistä.

31 — Tuomiossa viitataan direktiivin 71/305/ETY 29 artiklan 5 kohtaan.

32 — Ks. tuomion 19 kohta.

4. Tarjottua hintaa koskevat selvitykset

A. Tarjoukseen liitettävät selvitykset

40. Tarkoitukseni on edellä ollut pelkääntään kuvailla niitä periaatteita, joita julkisia hankintoja koskevissa kilpailuissa on noudatettava ja joiden perusteella voidaan todeta, ettei direktiivissä yleensä eikä sen 30 artiklan 4 kohdassa erityisesti ole mitään sellaista, joka estäisi vaatimasta, että tarjoukseen on liitettävä selvitykset siltä hinnan osalta, joka vastaa vähintään 75:tä prosenttia tarjouskilpailun pohjahinnasta, tai muuten tarjous suljetaan pois kilpailusta. Tämä on objektiivinen edellytys, joka kaikkien kilpailijoiden on täytettävä.

41. Edellä mainittu yhteisön säännös ei edellytä mutta ei myöskään estä sitä, että tarjouskilpailun osanottajat perustelevat etukäteen tarjoustensa eri osat ja sisällön. Tällä ei loukata sitä periaatetta, että tarjouskilpailuun osallistuviin urakoitsijoihin on sovellettava yhdenvertaisia periaatteita. Kaikkien on poikkeuksetta liitettävä selvitykset niistä merkittävimmistä hinnan osatekijöistä, jotka vastaavat 75 prosenttia tarjouskilpailun pohjahinnasta, ja toimitettava erillisessä suljetussa kirjekuoressa asiakirjat, joista voidaan varmistaa selvityksien sisältämät tiedot.

42. Tällä tavalla valintamenettelyä voidaan nopeuttaa ja lisätä sen tehokkuutta, jota myös julkisia hankintoja koskevat yhteisön oikeussäännöt edellyttävät, kuten olen

edellä jo todennut. Todettuaan tarjouksen poikkeuksellisen alhaiseksi edellä esitettyä menetelmää soveltaen hankintaviranomainen pystyy viivytyksettä tutkimaan tarjouksen sisällön ja arvioimaan esitetyt selvitykset eikä sen tarvitse odottaa, että tarjouksentekijä toimittaa ne sille. Tarjouksentekijä voi esittää täydentäviä selvityksiä siinä välttämättömässä kuulemistilaisuudessa, johon sille on varattava mahdollisuus ennen kuin sen ehdotus hylätään.

Voi nimittäin käydä niin, että hankintaviranomainen päättää hyväksyä tarjouksen tarkasteltuaan tarjoukseen liitettyjä asiakirjoja ja tuolloin annettuja selvityksiä.³³ Tarjouskilpailu voi edetä ilman sitä viivytystä, joka muuten aiheutuisi, jos olisi järjestettävä kuulemistilaisuus, jotta tarjouskilpailun osanottaja voisi silloin toimittaa nämä asiakirjat, koska tarjouskilpailun alussa ei olisi esitetty minkäänlaista asiakirjaselvitystä.

43. Näin ollen ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Consiglio di Staton ensimmäiseen kysymykseen, ettei direktiivin 30 artiklan 4 kohdan vastaisena ole pidettävä sitä, että hankintasopimusta koskevaan ilmoitukseen sisällytetään lau-

33 — Tämä johtuu siitä, että tarjouksen määrittäminen poikkeuksellisen alhaiseksi ei automaattisesti johda sen poisulkeamiseen tarjouskilpailusta. Sen jälkeen kun esitetyt selvitykset ja niitä tukevat asiakirjat on arvioitu, hankintaviranomainen voi päättää, että tarjous hyväksytään määrittelyä huolimatta. Riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohta menettäisi merkityksensä, jos poikkeuksellisen alhainen tarjous joka tapauksessa hylättäisiin, olivat urakoitsijan selvitykset mitkä tahansa.

seke, jonka mukaan kilpailusta suljetaan pois ne yritykset, jotka eivät liitä tarjouksiinsa selvityksiä tarjoamastaan hinnasta siltä osalta, joka vastaa vähintään 75:tä prosenttia tarjouskilpailun pohjahinnasta.³⁴

B. Selvitysten luonne

44. Direktiivin 30 artiklan 4 kohdan toisessa alakohdassa säädetään, että hankintaviranomainen voi poikkeuksellisen alhaisten tarjousten arvioinnissa ottaa huomioon selvityksiä, jotka perustuvat rakennusmenetelmän taloudellisuuteen, tarjotussa hankkeessa valittuihin teknisiin ratkaisuihin, hankkeen omintakeisuuteen tai tarjoajaa suosiviin poikkeuksellisen edullisiin urakan toteuttamisen edellytyksiin.

34 — Erillinen kysymys, johon yhdessäkään ennakkoratkaisukysymyksistä ei viitata, koskee sitä, että käytännössä (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 10 kohdan B alakohta) edellytetään lisäksi, että selvityksiin sisältyvien tietojen varmistamiseksi tarkoitetut asiakirjat toimitetaan suljetussa kirjekuoressa ja että tämä kirjekuori avataan ainoastaan, jos tarjous ylittää poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan kynnyksen, minkä vuoksi se määritellään poikkeuksellisen alhaiseksi. Periaatteessa tässä yhteydessä ei perusteettomasti kohdella eri tavalla poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia ja tavanomaisia tarjouksia. Kummat tahansa hylätään, jos ne eivät täytä kyseistä edellytystä. Ainoa tilanne, jossa ilmenisi perusteetonta ja oikeus sääntöjen vastaista syrjintää, olisi se, että tarjouksentekijä olisi esittänyt molemman tyyppiset tarjoukset ja että kirjekuori olisi molemmissa tapauksissa tyhjä sisältämättä täsmällisiä asiakirjoja. Vaikka tämä kirjekuori nimittäin olisi olemassa, tarjous hylätään tarjouspyynnön mukaan (ks. em. 10 kohdan C alakohta) automaattisesti, jos kirjekuoressa puuttuu asiakirjoja tai jos sen sisältämät asiakirjat eivät ole merkityksellisiä. Jos näin on, poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia kohdellaan perusteettomasti eri tavalla kuin niitä tarjouksia, jotka eivät ylitä poikkeuksellisuuden rajaa, koska kirjekuoret avataan ainoastaan ensimmäisten osalta. Tällä tavalla tarjous, joka ei ole poikkeuksellisen alhainen, voi edelleen osallistua valintamenettelyyn ja jopa voittaa tarjouskilpailun, vaikka se ei ole täyttänyt edellytystä, joka on tarjouspyynnön määräysten mukaan tarjouksen hyväksyttävyyden ehto.

45. Tässä alakohdassa ainoastaan täsmennetään 30 artiklan 4 kohdan ensimmäistä alakohtaa, jonka mukaan hankintaviranomaisen on pyydettävä asianmukaisina pitämänsä täsmennykset tarjouksen eri osista ja tarkastettava nämä ottaen huomioon asiasta saadut selvitykset.

46. Kun näitä säännöksiä tulkitaan yhdessä, ilmenee, että hankintaviranomaisen on ennen poikkeuksellisen alhaisten tarjouksen hylkäämistä pyydettävä tarjouksentekijältä ne täsmennykset ja selvennykset, joita se pitää tarkoituksenmukaisina. Vastauksena tähän pyyntöön tarjouskilpailun osanottaja voi rajoituksetta esittää tarjouksensa tueksi sopiviksi katsomansa selvitykset, joita ovat muun muassa toisessa alakohdassa mainitut selvitykset.

Hankintaviranomaisen on otettava huomioon kaikki nämä selvitykset — toisessa alakohdassa mainitut selvitykset mukaan lukien — päättäessään siitä, hyväksyykö se vai hylkääkö se tarjouksen. Tämä säännös ei estä asettamasta muita vaatimuksia eikä siinä vahvisteta tyhjentävää luetteloa esitettävistä perusteluista ja selvityksistä vaan päinvastoin siinä täsmennetään ensimmäisessä alakohdassa määriteltyä yleistä säännöstä.

47. Näin ollen säännös tai määräys, jonka mukaan poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tehnyt urakoitsija saa esittää yksin-

omaan sellaisia selvityksiä, jotka on mainittu 30 artiklan 4 kohdan toisessa alakohdassa, on direktiivin sanamuodon ja hengen vastainen, koska direktiivissä edellytetään, että ennen kuin tarjous hylätään sen vuoksi, että se on poikkeuksellisen alhainen, tarjouksentekijä voi rajoituksetta perustella tarjoustaan. Italian lain 216/95 7 § kuitenkin sisältää tällaisen säännöksen.³⁵

48. Poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan kynnyksen ylittävän tarjouksen tehneen urakoitsijan on voitava perustella tarjouksensa ja esittää kaikki tarkoituksenmukaisiksi katsomansa selvitykset tarjouksen vakavuuden osoittamiseksi. Nämä selvitykset voivat kuitenkin koskea ainoastaan sellaisia tekijöitä, joiden osalta urakoitsijalla on harkintavaraa, jonka turvin se voi vapaan kilpailun periaatteen mukaisesti tarjota kilpailijoitaan alhaisempia hintoja ja tällä tavalla toteuttaa urakan yleisen edun kannalta mahdollisimman edullisesti. Toisaalta silloin, kun tällaista harkintavaraa ei ole, kaikki selvitykset ovat turhia.

49. Periaatteessa tämä tilanne tulee esille siinä tapauksessa, että hinnat on virallisesti määrätty. Jos hinnat ovat säänneltyjä, ei tarvita minkäänlaisia selvityksiä, koska nämä on annettu asiaa koskevissa säännöksissä. Jos tarjouskilpailun osanottaja on tarjonnut erilaisia hintoja, sen tarjous ei tältä osin ole perusteltu. Tällaisessa tapauksessa selvennysten poissulkeminen ei olisi direktiivin vastaista.

50. Mielestäni kuitenkin viimeksi mainitussa toteamuksessa jätetään huomiotta kaksi keskeistä ajatusta: ensinnäkin se, että säännelty hinta ei ole kiinteän hinnan synonyymi, ja toiseksi se, että direktiivin tavoitteena on edistää yrittäjien välistä vapaata kilpailua.

51. Mikään ei estä yritystä tarjoamasta urakan eri osille erilaisia hintoja, jotka ovat alhaisempia kuin virallisissa luetteloissa mainitut minimihinnat. Tarjouskilpailuun osallistuvan urakoitsijan ehdottama tarjous on sisällöltään moniosainen eikä yhtenäinen, minkä vuoksi se voi yhdistellä tarjouksensa eri osia siten, että hinta ja urakan toteuttamista koskevat ehdot muodostuvat yleisen edun kannalta mahdollisimman edullisiksi. Jos urakkaa tavoittelevalla yrittäjällä ei ole mahdollisuutta perustella syytä, jonka vuoksi se tarjoaa virallisissa luetteloissa vahvistettua hintaa alhaisempaa hintaa, tämä johtaa laillisesta kilpailusta aiheutuvien edullisten vaikutusten estämiseen ja yrittäjän tarjouksen automaattiseen poissulkemiseen.

52. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Cosiglio di Staton neljänteen ja viidenteen kysymykseen, että direktiivin 30 artiklan 4 kohdan vastaisena on pidettävä kansallista säännöstä, jonka mukaan hankintaviranomainen voi poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia tarkastaessaan ottaa huomioon yksinomaan määrätynlaiset selvitykset

35 — Ks. edellä 7 kohta.

mutta ei niitä, jotka koskevat sellaisia hinnan osia, joiden minimiarvot voidaan jottaa virallisista luetteloista.

5. Tarjousten kontradiktorinen tarkastusmenettely

53. Olen edellä tässä ratkaisuehdotuksessa toistuvasti ja eri tavoin osoittanut, että riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohdassa kielletään poikkeuksellisen alhaisten tarjousten automaattinen poissulkeminen tarjouskilpailusta. Hankintaviranomaisen on ennen päätöksensä tekemistä pyydettävä kirjallisesti tarkoituksenmukaisiksi katsomansa täsmennykset tarjouksen eri osista. Yhteisön lainsäätäjän tahto on se, ettei yhtään tarjousta hylätä ilman, että tarjouksentekijällä on mahdollisuus esittää perustelunsa riittävän laajalti. Kontradiktorinen tarkastusmenettely on pakollinen, kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut asioissa *Transporoute*, *Fratelli Costanzo* ja *Donà Alfonso* antamissaan tuomioissa.³⁶

54. Kontradiktorisuus on dialogin, keskustelun ja väittelyn synonyymi. Kyse on siitä vastoin yksipuolisesta menettelystä, jos se, jonka etua päätös koskee, ei voi esittää perustelujaan. Tämä koskee juuri Italian

laissa säädettyä menettelyä, jossa poissulkemista koskeva päätös tehdään yksinomaan tarjoukseen liitettyjen selvitysten perusteella ilman, että hankintaviranomainen voi pyytää selvennyksiä ja että asianomaisella tarjouksentekijällä olisi mahdollisuus täydentää alussa antamia selvityksiä.³⁷

55. Kun tarjousta pidetään poikkeuksellisen alhaisena, hankintaviranomaisen on avattuaan kirjekuoren, jossa on alussa toimitettuja selvityksiä tukevat tiedot sisältävät asiakirjat, ja ennen kuin se päättää tarjouksen tulevaisuudesta, pyydettävä tarpeellisiksi katsomansa selvitykset. Kun hankintaviranomainen tekee päätöksen tarjouksen hylkäämisestä tai hyväksymisestä, sen on otettava huomioon nämä selvitykset, alussa toimitetut selvitykset sekä molempien tueksi esitetyt asiakirjat.

56. Lyhyesti todettuna kolmanteen ennakoratkaisukysymykseen on vastattava siten, että riidanalaisen direktiivin 30 artiklan 4 kohdan vastaisena on pidettävä poikkeuksellisen alhaisten tarjousten poissulkemiseksi noudatettavaa menettelyä, jossa tarjouskilpailuun osallistuvilla yrityksillä ei ole mahdollisuutta esittää perustelujaan tarjouskirjeiden avaamisen jälkeen ja ennen poissulkemista koskevan päätöksen tekemistä.

36 — Direktiiviehdotuksessa noudatetaan samaa linjaa. Sen 54 artiklan ensimmäisessä kohdassa todetaan, että "jos tiettyä hankintasopimusta varten jätetyt tarjoukset vaikuttavat suoritteeseen nähden poikkeuksellisen alhaisilta, hankintaviranomaisen on ennen kuin se voi hylätä tarjoukset, pyydettävä kirjallisesti tiedot olennaisiksi katsomistaan tarjouksen pääkohdista ja saamansa selvityksen perusteella tarkastettava nämä pääkohdat kaikki näkökohdat huomioon ottaen".

37 — On muistettava, että tarjouksentekijän on liitettävä tarjoukseensa selvitykset niistä merkittävimmistä hinnan osatekijöistä, jotka vastaavat vähintään 75:tä prosenttia tarjouskilpailun pohjainnasta.

VII Ratkaisuehdotus

57. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuimien vastaa Italian tasavallan Consiglio di Statoon esittämiin kysymyksiin, että julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 4 kohtaa on tulkittava seuraavasti:

- a) siinä ei kielletä käyttämästä matemaattista menetelmää poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevan kynnyksen määrittämisessä, vaikka tarjousentekijät eivät saa tietää tätä kynnystä ennen tarjoustensa esittämistä;
- b) siinä ei estetä sisällyttämästä hankintasopimusta koskevaan ilmoitukseen ehtoja, joiden mukaan tarjouskilpailusta suljetaan pois sellaiset yritykset, jotka eivät ole liittäneet tarjoukseensa selvityksiä hinnan siltä osalta, joka vastaa vähintään 75:tä prosenttia tarjouskilpailun pohjahinnasta;
- c) siinä ei estetä sitä, että kansallisen lainsäädännön mukaan hankintaviranomainen voi poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia tarkastaessaan ottaa huomioon ainoastaan määrätynlaisia selvityksiä mutta ei sellaisia selvityksiä, jotka koskevat virallista luetteloista ilmeneviä minimiarvoja;
- d) siinä ei sallita poikkeuksellisen alhaisten tarjousten poissulkemiseksi noudatettavaa menettelyä, jossa tarjouskilpailuun osallistuvilla yrityksillä ei ole mahdollisuutta esittää perustelujaan tarjouskirjeiden avaamisen jälkeen mutta ennen poissulkemista koskevan päätöksen tekemistä.