

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kuudes jaosto)  
18 päivänä maaliskuuta 2004 \*

Asiassa C-314/01,

jonka Bundesvergabeamt (Itävalta) on saattanut EY 234 artiklan nojalla yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi saadakseen tässä kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa

Siemens AG Österreich ja

ARGE Telekom & Partner

vastaan

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger,

Bietergemeinschaft EDS/ORGA:n osallistuessa asian käsittelyyn,

ennakkoratkaisun 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), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten

\* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1), tulkinnasta,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: V. Skouris, joka hoitaa kuudennen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (esittelevä tuomari) ja N. Colneric,

julkisasiamies: L. A. Geelhoed,  
kirjaaja: johtava hallintovirkamies M.-F. Contet,

ottaen huomioon kirjalliset huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— ARGE Telekom & Partner, edustajanaan Rechtsanwalt M. Öhler,

— Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, edustajanaan Rechtsanwalt G. Lansky,

— Bietergemeinschaft EDS/ORGA, edustajanaan Rechtsanwalt R. Regner,

— Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

— Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään M. Nolin, avustajanaan  
Rechtsanwalt R. Roniger,

ottaen huomioon suullista käsittelyä varten laaditun kertomuksen,

kuultuaan Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträgerin, edustajanaan Rechtsanwalt T. Hamerl, Itävallan hallituksen, asiamiehenään M. Fruhmann, ja komission, asiamiehenään M. Nolin, avustajanaan R. Roniger, 18.9.2003 pidetyssä istunnossa esittämät suulliset huomautukset,

kuultuaan julkisasiamiehen 20.11.2003 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

### tuomion

- 1 Bundesvergabebeamt on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle 11.7.2001 tekemälleen päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 9.8.2001, EY 234 artiklan nojalla neljä ennakkoratkaisukysymystä julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen 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), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1; jäljempänä direktiivi 89/665/ETY), tulkinnasta.

- 2 Nämä kysymykset on esitetty asiassa, jonka asianosaisina ovat yhtäältä Siemens AG Österreich (jäljempänä Siemens) ja ARGE Telekom & Partner (jäljempänä ARGE Telekom) ja toisaalta Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Itävallan sosiaaliturvakassojen liitto, jäljempänä Hauptverband) hankintaviranomaisen ominaisuudessa ja joka koskee tavaranhankintoja ja palveluja koskevaa julkista hankintamenettelyä.

### Asiaa koskevat oikeussäännöt

#### *Yhteisön lainsäädäntö*

- 3 Direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivien 71/305/ETY, 77/62/ETY ja 92/50/ETY — — soveltamisalaa kuuluviin sopimusten tekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista seuraavien artikloiden ja erityisesti 2 artiklan 7 kohdan mukaisesti, kun edellä tarkoitettut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia sääntöjä.”

- 4 Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklassa täsmennetään tältä osin jäsenvaltioiden velvoitteet. Kyseisen artiklan 1, 6 ja 7 kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että 1 artiklassa säädettyihin muutoksenhakumenettelyihin liittyviin toimenpiteisiin sisältyvät 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;
- b) joko poistaa lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden poistaminen, mukaan lukien tarjouspyynnössä, sopimusasiakirjoissa tai muussa sopimuksentekomenettelyyn liittyvässä asiakirjassa olevien syrjintää aiheuttavien teknisten, taloudellisten tai rahoitusta koskevien eritelmien poistaminen;
- c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot.

— —

6. Edellä 1 kohdassa säädettyjen valtuuksien käytön vaikutukset urakan antamisesta johtuvaan sopimukseen on määriteltävä kansallisessa lainsäädännössä.

Lisäksi, paitsi milloin päätös on poistettava ennen vahinkojen korvaamista, jäsenvaltio voi säätää, että sen jälkeen kun sopimus on tehty, muutoksenhaku-

menettelystä vastaavan elimen toimivalta rajoittuu vahingonkorvausten määräämiseen niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut.

7. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelystä vastaavien elinten päätökset voidaan panna täytäntöön tehokkaasti.”

- 5 Direktiivissä 92/50/ETY säädetään yhteisistä säännöistä, jotka koskevat osallistumista palveluja koskevaan julkiseen hankintamenettelyyn ja joihin kuuluu mahdollisuus antaa osa sopimuksesta alihankintana kolmansille osapuolille. Näin ollen kyseisen direktiivin 25 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomainen voi sopimusasiakirjoissa pyytää tarjoajaa ilmoittamaan tarjouksessaan, minkä osan sopimuksesta tämä mahdollisesti aikoo antaa alihankintana kolmansille.

Tällainen ilmoitus ei rajoita pääasiallisen palvelujen suorittajan vastuuta.”

- 6 Direktiivissä 92/50/ETY säädetään myös laadullisista valintaperusteista, joiden avulla on mahdollista määrittää ne tarjoajat, jotka hyväksytään palveluja koskevaan julkiseen hankintamenettelyyn. Direktiivin 32 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Palvelujen suorittajien kyky suorittaa palveluja voidaan arvioida erityisesti näiden ammattitaidon, tehokkuuden, kokemuksen ja luotettavuuden perusteella.

2. Palvelujen suorittajan tekninen suorituskyky voidaan osoittaa yhdellä tai useammalla seuraavista tavoista suoritettavien palvelujen luonteen, määrän ja käyttötarkoituksen mukaan:

— —

c) selvitys palvelujen suorittamiseen osallistuvista, sekä palvelujen suorittajan yritykseen kuuluvista että sen ulkopuolisista teknisistä asiantuntijoista tai teknisistä toimielimistä, erityisesti niistä, jotka vastaavat laadunvalvonnasta;

— —

h) ilmoitus siitä, miltä osin palvelujen suorittaja mahdollisesti aikoo antaa sopimuksen alihankkijoiden toteutettavaksi.

3. Hankintaviranomaisen on ilmoituksessaan tai tarjouspyynnössään ilmoitettava, mitkä edellä mainituista viiteasiakirjoista sille on esitettävä.

— — ”

*Kansallinen lainsäädäntö*

- 7 Direktiivit 89/665/ETY ja 92/50/ETY on saatettu osaksi Itävallan oikeutta vuoden 1997 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgenilla (vuonna 1997 annettu liittovaltion laki julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä, BGBl. I, 1997/56, BGBl:ssa I, 2000/125 julkaistussa muodossa, jäljempänä BVergG).
- 8 BVergG:n 31 §:ssä, joka koskee alihankkijoiden suorituksia, säädetään seuraavaa:

”1. Tarjouspyynnössä on mainittava, onko alihankkijoiden käyttö sallittua. Koko toimeksiannon teettäminen alihankintana ei ole sallittua, lukuun ottamatta ostosopimuksia ja toimeksiannon antamista toimeksiannon saajaan sidonnaisille yrityksille. Rakennussopimuksissa ei ole sallittua teettää alihankintana valtaosaa toimeksiannosta. — — Toimeksiantajan on varmistettava, että toimeksiannon saajan alihankkijat suorittavat valtaosan niille annetuista tehtävistä itse. Poikkeustapauksissa toimeksiantaja voi määrätä tarjouspyynnössä, että on sallittua teettää alihankintana valtaosa toimeksiannosta. Toimeksiannon osien teettäminen alihankintana on lisäksi sallittua vain silloin, kun alihankkijalla on osuutensa suorittamiseen tarvittava ammattitaito.

2. Toimeksiantajan on tarjouspyynnössä pyydettävä tarjoajaa ilmoittamaan tarjouksessaan, minkä osan toimeksiannosta tämä aikoo mahdollisesti antaa alihankkijoiden tehtäväksi. Tämä ilmoitus ei vähennä toimeksiannon saajan vastuuta.”



- 9 BVergG:n 40 §:n 1 momentissa, joka koskee hankinnan peruuttamista tarjouskilpailun kuluessa, säädetään seuraavaa:

”Tarjouskilpailun ollessa käynnissä hankinnan saa peruuttaa pakottavista syistä, erityisesti silloin, jos ennen tarjouskilpailun päättymistä saadaan tietoa olosuhteista, joiden vuoksi hankintaa ei olisi tehty tai hankinnan sisältö olisi ollut oleellisesti toisenlainen, mikäli seikat olisivat olleet tiedossa aiemmin.”

- 10 BVergG:n 52 § ja sitä seuraavat pykälät koskevat tarjousten arviointia. Mainitun 52 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Ennen kuin hankintaviranomainen valitsee tarjoajan, jonka kanssa se tekee hankintasopimuksen, sen on arvioinnin perusteella välittömästi hylättävä seuraavien tarjoajien tarjoukset:

— —

- 9) sellaisten tarjoajien tarjoukset, jotka ovat tehneet muiden tarjoajien kanssa hyvän tavan tai tehokkaan kilpailun periaatteen vastaisia sopimuksia, jotka ovat toimeksiantajan kannalta haitallisia;

— — ”

- 11 BVergG:n 113 §:ssä määritellään Bundesvergabeamtin (liittovaltion hankintaviranomainen) toimivalta. Sen 2 ja 3 momentissa säädetään seuraavaa:

”2. Saadaksesen tämän liittovaltion lain ja sen soveltamisasetusten rikkomisen päättymään Bundesvergabeamt on toimivaltainen hankintasopimuksen tekemiseen asti

1) määräämään välitoimista

2) kumoamaan hankintaviranomaisen hankintayksikön tekemät laittomat päätökset.

3. Hankintasopimuksen tekemisen tai hankintamenettelyn päättymisen jälkeen Bundesvergabeamt on toimivaltainen toteamaan, että tarjouskilpailua ei ole ratkaistu tämän liittovaltion lain tai sen soveltamisasetusten rikkomisen takia edullisimman tarjoajan eduksi. — — ”

- 12 BVergG:n 117 §:n 1 ja 3 momentissa säädetään seuraavaa:

”1. Bundesvergabeamt kumoaa siten, että se ottaa huomioon sovittelulautakunnan asiasta antaman lausunnon, hallintopäätöksellä hankintaviranomaisen hankintamenettelyssä tekemän päätöksen, jos kyseinen päätös

- 1) on vastoin tämän liittovaltion lain tai sen soveltamisasetusten säännöksiä ja
  
- 2) jos päätöksellä on hankintamenettelyn kannalta ratkaisevaa vaikutusta.

— — —

3. Hankintasopimuksen tekemisen jälkeen Bundesvergabeamt toteaa 1 momentissa mainittuja edellytyksiä noudattaen ainoastaan sen, onko väitettyä lainvastaisuutta olemassa vai ei.”

- 13 BVergG:n 125 §:n 2 momentin mukaan vahingonkorvauskanne on nostettava siviilituomioistuimessa ja se otetaan tutkittavaksi ainoastaan, jos Bundesvergabeamt on sitä ennen todennut lainvastaisuuden 113 §:n 3 momentin mukaisesti. Tämä toteamus sitoo sekä vahingonkorvauskannetta käsittelevää siviilituomioistuinta että Bundesvergabeamtissa asianosaisina olevia tahoja.
  
- 14 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuchin (yleinen siviililaki) 879 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Sopimus on mitätön, jos se on laissa säädetyn kiellon tai hyvien tapojen vastainen.”

## Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

- 15 Hauptverband ilmoitti 21.9.1999 Euroopan yhteisöjen virallisen lehden täydennysosassa, että se aikoi aloittaa kaksivaiheisen julkisen hankintamenettelyn, joka koski sirukortteihin perustuvan sähköisen tietojenkäsittelyjärjestelmän suunnittelua, valmistelua ja toteuttamista, mukaan lukien korttien toimittaminen, käyttöönotto, yksilöinti, jakelu ja käytöstä poistaminen Itävallan alueella, päätteiden asennus ja huolto alueittain, järjestelmän sähköisen tietojenkäsittely-yksikön tukeminen, puhelinpalvelukeskuksen tukeminen, korttien hallinnointi ja muut kyseisen järjestelmän toiminnan kannalta tarpeelliset palvelut.
- 16 Hauptverband päätti 22.2.2000 kehottaa kuudesta hankintamenettelyn ensimmäiseen vaiheeseen osallistuneesta ehdokasryhmittymästä viittä esittämään tarjouksensa, ja samalla se päätti hylätä kuudennen ehdokkaan. Tarjouskilpailuilmoituksen, joka on päivätty 15.3.2000, 1.8 kohdassa, jossa toistetaan 21.9.1999 päivätyn sopimusta koskevan ilmoituksen 1.9 kohta, todettiin seuraavaa:

”Suorituksen osista saadaan antaa alihankkijoiden toteutettavaksi enintään 30 prosenttia palveluista ja alihankkijoita saadaan käyttää ainoastaan siten, että projektin johtaminen, järjestelmän suunnitteleminen, kehittäminen, toteuttaminen, toimittaminen ja projektin kokonaisjärjestelmän kannalta keskeisten komponenttien käyttö ja korttien kehittäminen, toimitus ja korttien elämänkaaren hallinnointi sekä päätelaitteiden kehittäminen ja toimitus jäävät sopimuksen kannalta tyypillisinä suorituksen osina tarjoajalle tai tarjoajaryhmittymälle.”

- 17 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että tähän lausekkeeseen, joka korostaa korttien toimittajan yksilöllistä vastuuta, päädyttiin, jotta varmistettaisiin hankinnan asianmukainen toteuttaminen teknisellä tasolla.

- 18 Neljästä tarjouksen esittäneestä tarjoajaryhmittymästä kolmessa, eli Siemensissä, ARGE Telekomissa ja Debis Systemhaus Österreich GmbH:ssä (jäljempänä Debis), oli mukana korttien toimittaja Austria Card, Plastikkard und Ausweissysteme GmbH (jäljempänä Austria Card), jonka tarkoituksena oli huolehtia korttien toimituksesta. Austria Card ei ollut mukana neljännessä ryhmittymässä, joka käytti nimitystä Bietergemeinschaft EDS/ORGA (jäljempänä EDS/ORGA) ja jonka muodostivat Electronic Data Systems (EDS Austria) GmbH, Electronic Data Systems (EDS Deutschland) GmbH ja ORGA Kartensysteme GmbH.
- 19 Kolmelle ensimmäiselle tarjoajaryhmittymälle ilmoitettiin 18.12.2000 päivätyllä kirjeellä, että Hauptverband aikoi tehdä hankintasopimuksen EDS/ORGA:n kanssa.
- 20 Sen jälkeen, kun tarjouskilpailun hävinneet kolme ryhmittymää olivat turhaan yrittäneet aloittaa sovittelumenettelyn Bundesvergabekontrollkommissionissa (tarjouskilpailuja valvova liittovaltion lautakunta), ne hakivat muutosta Bundesvergabeamtissa ja vaativat ensisijaisesti, että tämä kumoaisi Hauptverbandin päätöksen tehdä sopimus EDS/ORGA:n kanssa, ja toissijaisesti, että se peruuttaisi tarjouskilpailun.
- 21 Bundesvergabeamt jätti 19.3.2001 tekemällään päätöksellä kaikki sen käsiteltäväksi saatetut hakemukset tutkimatta sillä perusteella, ettei hakijoilla ollut asiavaltuutta ja oikeussuojaintressiä, koska Hauptverbandin olisi joka tapauksessa pitänyt hylätä hakijoiden tarjoukset BvergG:n 52 §:n 1 momentin nojalla sillä perusteella, että Austria Cardin kuuluminen kaikkiin asianomaisiin tarjoajaryhmittymiin oli omiaan vääristämään kilpailua sellaisten tietojenvaihtojen ja neuvottelujen takia, jotka tämä kuuluminen kolmeen ryhmittymään tekee mahdolliseksi.

- 22 Oikeudenkäyntiasiakirjoista käy ilmi, että tämä Bundesvergabeamtin päätös kumottiin Verfassungsgerichtshofin (Itävalta) 12.6.2001 antamalla tuomiolla sillä perusteella, että kolmen tarjoajaryhmittymän perustuslaillisia oikeuksia oikeudenkäyntiin laillisessa tuomioistuimessa oli loukattu, koska Bundesvergabeamtin olisi ennen päätöstään pitänyt esittää yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymys.
- 23 Debis ja ARGE Telekom toimittivat 28. ja 29.3.2001 Bundesvergabeamtiin uudet hakemukset, joissa ne vaativat sitä muun muassa kumoamaan hankintaviranomaisen päätöksen olla peruuttamatta tarjouskilpailua sekä antamaan Debisin hakemuksen osalta välitoimia koskevan määräyksen, jossa hankintaviranomaista kielletään tekemästä hankintasopimusta kahden kuukauden kuluessa muutoksenhakumenettelyn aloittamisesta, ja ARGE Telekomin hakemuksen osalta välitoimia koskevan määräyksen, jossa kyseinen kiello on voimassa siihen asti, kun Bundesvergabeamt tekee muutoksenhakuasiassa päätöksen.
- 24 Bundesvergabeamt teki 5.4.2001 välitoimia koskevien hakemusten perusteella päätöksen, jossa se kielsi Hauptverbandia tekemästä kyseistä hankintasopimusta ennen 20.4.2001.
- 25 Bundesvergabeamt hyväksyi 20.4.2001 tekemällään päätöksellä Debisin ja ARGE Telekomin päävaatimukset ja kumosi BVergG:n 113 §:n 2 momentin 2 kohdan nojalla Hauptverbandin päätöksen olla peruuttamatta tarjouskilpailua. Bundesvergabeamt perusteli ratkaisunsa pääasiallisesti toteamalla, että tarjouskilpailuilmoitukseen sisältyi lainvastainen valintaperuste, koska sen 1.8 kohdassa ilmaistu kiello turvautua alihankintaan loukkaa tarjoajan oikeutta käyttää myös alihankkijaa osoittaakseen asianomaisen sopimuksen täyttämistä koskevan suorituskykynsä, sellaisena kuin tämä oikeus perustuu yhteisön lainsäädäntöön siten, kuin yhteisöjen tuomioistuin on sitä tulkinnut (ks. mm. asia C-176/98, Holst Italia, tuomio 2.12.1999, Kok. 1999, s. I-8607). Jos tarjouskilpailuilmoituksessa ei käsiteltävänä olevassa asiassa olisi ilmaistu tätä edellytystä, tarjouskilpailun hävinneet ryhmittymät olisivat voineet käyttää alihankkijaa korttien toimittamisessa.

- 26 Hauptverband päätti 23.4.2001 tästä päätöksestä huolimatta tehdä sopimuksen EDS/ORGA:n kanssa. Hauptverband katsoi, että Bundesvergabeamtin 5.4.2001 päättämän välitoimen vaikutukset olivat lakanneet 20.4.2001 ilman, että kyseisen toimen voimassaoloa olisi jatkettu, ja että viimeksi mainitun 20.4.2001 tekemä päätös sisälsi ainoastaan vaikeasti tulkittavan viittauksen ”peruuttamatta jättämisen mitättömäksi toteamiseen”, joten se katsoi, ettei asiassa ollut päätetty oikeudellisesti sitovasti, ettei päätös tehdä sopimus edullisimman tarjoajaryhmittymän kanssa ollut pätevä tai että se olisi pitänyt kumota.
- 27 Hauptverband päätti lisäksi saattaa asian Verfassungsgerichtshofin käsiteltäväksi, jotta tämä kumoaisi Bundesvergabeamtin 20.4.2001 tekemän päätöksen. Kansallisen tuomioistuimen toimittamista asiakirjoista ja yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyistä huomautuksista ilmenee, että Verfassungsgerichtshof on ensiksi 22.5.2001 antamallaan määräyksellä hylännyt Hauptverbandin vaatimuksen siitä, että sen valitukselle myönnetään kyseisen päätöksen täytäntöönpanoa lykkäävä vaikutus, sillä perusteella, että riidanalainen sopimus oli joka tapauksessa jo tehty, ja sitten 2.3.2002 antamallaan tuomiolla kumonnut kyseisen päätöksen sillä perusteella, että oli johdonmukaisesti ajeltuna mahdotonta kumota päätöstä olla tekemättä jotain ja että Debisin ja ARGE Telekomien tässä tarkoituksessa esittämät hakemukset olisi pitänyt ottaa tutkittaviksi.
- 28 Siemens saattoi 30.4.2001 Bundesvergabeamtin käsiteltäväksi uuden hakemuksen, jossa se vaati, että tämä kumoaisi useita päätöksiä, jotka Hauptverband oli tehnyt sen jälkeen, kun se oli päättänyt tehdä sopimuksen EDS/ORGA:n kanssa, ja väitti pääasiallisesti, että se, että kyseinen tuomioistuin oli kumonnut hankintaviranomaisen päätöksen olla peruuttamatta hankintamenettelyä, merkitsi Hauptverbandin sopimuksen tekemistä koskevan päätöksen lainvastaisuutta, koska se oli tehty toisessa hankintamenettelyssä, jonka osalta ei ollut julkaistu vaadittuja ilmoituksia.
- 29 Myös ARGE Telekom esitti 17.5.2001 hakemukset, joissa se vaati Bundesvergabeamtia kumoamaan 11 päätöstä, jotka Hauptverband oli tehnyt sen jälkeen, kun tämä oli päättänyt olla peruuttamatta riidanalaista hankintamenettelyä Bundesvergabeamtin 20.4.2001 tekemästä päätöksestä huolimatta.

30 Koska Bundesvergabeamt katsoi, että mainittujen, sen käsiteltäväksi kolmannessa vaiheessa saatettujen asioiden ratkaiseminen edellyttää direktiivin 89/665/ETY useiden säännösten tulkintaa, se päätti keskeyttää asian käsittelyn ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko direktiiviä 89/665/ETY, erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan b alakohtaa, mahdollisesti luettuna yhdessä 2 artiklan 7 kohdan kanssa, tulkittava siten, että direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdassa tarkoitetun kansallisen muutoksenhakuviranomaisen päätöksen, joka koski hankintaviranomaisen sellaisen päätöksen kumoamista, ettei hankintamenettelyä peruuteta, oikeudellisena seurauksena on se, että kyseinen hankintamenettely päättyy suoraan ilman, että hankintaviranomaisen itse pitäisi vielä toteuttaa jokin toimenpide, silloin, kun kansalliseen oikeusjärjestykseen ei sisälly oikeudellista perustaa, jonka perusteella muutoksenhakuviranomaisen päätös voidaan panna tehokkaasti ja pakkotoimenpitein täytäntöön hankintaviranomaista vastaan?

2) Seuraako direktiivin 89/665/ETY säännöksistä, erityisesti sen 2 artiklan 7 kohdasta, mahdollisesti luettuna yhdessä direktiivin 92/50/ETY säännösten, erityisesti sen 25 artiklan ja 32 artiklan 2 kohdan c alakohdan kanssa, tai muista yhteisön oikeuden määräyksistä ja säännöksistä yhteisön oikeuden tehokkaan vaikutuksen periaatteen mukaisen tulkintatavan vuoksi, että tarjouskilpailuilmoituksen määräys, jolla estetään siinä olevan sellaisen kiellon perusteella, ettei sopimusten olennaisten osien toteuttamista saa antaa alihankkijoille, tarjoajaa yhteisöjen tuomioistuimen erityisesti [edellä mainitussa asiassa Holst Italia] omaksuman oikeuskäytännön vastaisesti näyttämistä alihankkijan kanssa tekemänsä sopimuksen esittämisellä, että sillä on käytännössä kolmansien osapuolten resurssit, ja viedään näin ollen tarjoajalta oikeus vedota suorituskykynsä osoittamiseksi kolmansien osapuolten resursseihin tai näyttää, että sillä on tosiasiallisesti käytettävissään kolmansien osapuolten resurssit, on niin selvästi yhteisön oikeuden vastainen, että sellaisen tarjouskilpailuilmoituksen perusteella tehdyn sopimuksen on katsottava olevan pätemätön, erityisesti kun kansallisessa oikeusjärjestyksessä muutenkin säädetään, että lainvastaiset sopimukset ovat pätemättömiä?



- 3) Seuraako direktiivin 89/665/ETY säännöksistä, erityisesti sen 2 artiklan 7 kohdasta tai mahdollisesti muista yhteisön oikeuden määräyksistä ja säännöksistä — erityisesti kun otetaan huomioon se, että yhteisön oikeutta on tulkittava tehokkaan vaikutuksen periaatteen mukaisesti — että direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdassa tarkoitetun kansallisen muutoksenhakuviranomaisen päätöksen, jolla on kumottu hankintaviranomaisen päätös olla peruuttamatta hankintamenettelyä, sanamuodon vastaisesti tehty sopimus on pätemätön erityisesti silloin, kun kansallisessa oikeusjärjestyksessä muutenkin säädetään hyvän tavan tai lainvastaisten sopimusten pätemättömyydestä, eikä kansalliseen oikeusjärjestykseen sisälly oikeudellista perustaa, jonka perusteella muutoksenhakuviranomaisen päätös voidaan panna tehokkaasti ja pakkotoimenpitein täytäntöön hankintaviranomaista vastaan?
- 4) a) Onko direktiivin 89/665/ETY säännöksiä, erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan b alakohdtaa, mahdollisesti luettuna yhdessä 2 artiklan 7 kohdan kanssa, tulkittava siten, että silloin, kun kansalliseen oikeusjärjestykseen ei muuten sisälly oikeudellista perustaa, jonka perusteella muutoksenhakuviranomaisen päätös voidaan panna tehokkaasti ja pakkotoimenpitein täytäntöön hankintaviranomaista vastaan, muutoksenhakuviranomaisella on välittömästi 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan, luettuna yhdessä 2 artiklan 7 kohdan kanssa, nojalla toimivalta velvoittaa hankintaviranomainen varmistamaan, että lainvastainen päätös kumotaan pakkotoimenpitein täytäntöönpanokelpoisella määräyksellä, vaikka kansallisessa oikeusjärjestyksessä muutoksenhakuviranomaiselle annetaan direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen tarjoajien muutoksenhakuhakemuksia koskevissa menettelyissä valtuus ainoastaan kumota hankintaviranomaisen päätökset siten, että päätösten kumoamisesta tehtyjä päätöksiä ei voida panna pakkotoimenpitein täytäntöön?
- b) Jos kysymykseen 4 a vastataan myöntävästi, onko muutoksenhakuviranomaisella sellaisessa tapauksessa direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 7 kohdan, mahdollisesti luettuna yhdessä muiden yhteisön oikeuden määräysten ja säännösten kanssa, perusteella toimivalta itse asettaa määräysten täytäntöönpanemiseksi hankintaviranomaiselle tarpeellinen, muutoksenhakuviranomaisen määrältään kohtuulliseksi katsoma uhkasakko tai asettaa hankintaviranomaisen johtoon kuuluville henkilöille pakkokeinona uhkasakko tai vankeuden uhka ja myös tuomita kyseiset henkilöt niihin, jos hankintaviranomainen tai sen johtoon kuuluvat henkilöt eivät noudata muutoksenhakuviranomaisen määräyksiä?”

## Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen

- 31 Kansallisen tuomioistuimen esittämistä kysymyksistä ilmenee, että kansallisella tuomioistuimella on epäilyksiä siitä, onko direktiivi 89/665/ETY yhteensopiva julkisia hankintoja koskevaan Itävallan lainsäädäntöön sisältyvien menettelysäännösten kanssa sen takia, etteivät ne ole riittäviä takaamaan tehokkaasti muutoksenhakuviranomaisen tekemien päätösten täytäntöönpanon, koska pääasiassa riidanalainen sopimus on tehty EDS/ORGA:n kanssa huolimatta siitä, että Bundesvergabeamt on 20.4.2001 tehnyt päätöksen, jossa se on kumonnut Hauptverbandin päätöksen olla peruuttamatta tarjouskilpailua.
- 32 On kiistatonta, että Verfassungsgerichtshof on 2.3.2002 antamallaan tuomiolla kumonnut Bundesvergabeamtin 20.4.2001 tekemän päätöksen.
- 33 Tältä osin on todettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 234 artiklassa määrätty menettely on yhteisöjen tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten välisen yhteistyön väline (ks. mm. asia C-343/90, Lourenço Dias, tuomio 16.7.1992, Kok. 1992, s. I-4673, Kok. Ep. XIII, s. I-69, 14 kohta ja asia C-112/00, Schmidberger, tuomio 12.6.2003, Kok. 2003, s. I-5659, 30 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 34 Tässä yhteistyössä kansallisen tuomioistuimen, jonka käsiteltäväksi asia on saatettu ja joka ainoana tuntee välittömästi oikeusriidan perustana olevat tosiseikat ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta (ks. mm. em. asia Lourenço Dias, tuomion 15 kohta; asia C-390/99, Canal Satélite Digital, tuomio 22.1.2002, Kok. 2002, s. I-607, 18 kohta ja em. asia Schmidberger, tuomion 31 kohta).

- 35 Yhteisöjen tuomioistuimen asiana on kuitenkin oman toimivaltansa arvioimiseksi tutkittava ne olosuhteet, joiden vallitessa kansallinen tuomioistuin esitti ennakkoratkaisupyynnön, ja erityisesti määrittää, onko siltä pyydetyllä yhteisön oikeuden tulkinnalla yhteys pääasian tosiseikkoihin ja kohteeseen, jotta yhteisöjen tuomioistuinta ei johdateltaisi antamaan neuvoa-antavia lausuntoja yleisluonteisista tai hypoteettisista kysymyksistä. Jos ilmenee, että esitetty kysymys ei selvästikään ole merkityksellinen kyseisen riidan ratkaisemisen kannalta, yhteisöjen tuomioistuimen on todettava, ettei kysymystä ole ratkaistava (asia 244/80, Foglia, tuomio 16.12.1981, Kok. 1981, s. 3045, Kok. Ep. VI, s. 251, 21 kohta; em. asia Lourenço Dias, tuomion 20 kohta; em. asia Canal Satélite Digital, tuomion 19 kohta ja asia C-167/01, Inspire Art, tuomio 30.9.2003, Kok. 2003, s. I-10155, 44 ja 45 kohta).
- 36 Edellä esitetty huomioon ottaen on tutkittava, ovatko kansallisen tuomioistuimen esittämät kysymykset edelleen merkityksellisiä pääasian kohteena olevien oikeusriitojen ratkaisemisen kannalta, vaikka Verfassungsgerichtshof on kumonnut Bundesvergabeamtin 20.4.2001 tekemän päätöksen.
- 37 Ennakkoratkaisupyynnönä koskevasta päätöksestä ilmenee tältä osin, että se, ettei kyseistä 20.4.2001 tehtyä päätöstä voinut Itävallan oikeuden mukaan laittaa täytäntöön pakkotoimenpitein, on se ensisijainen syy, jolla käsiteltävänä oleva ennakkoratkaisupyynnönä on perusteltu, joten näistä kysymyksistä on mainitun päätöksen kumoamisen jälkeen tullut puhtaasti hypoteettisia, mitä myös Verfassungsgerichtshof korostaa 2.3.2002 antamassaan tuomiossa.
- 38 On kuitenkin myönnettävä, ettei ole poissuljettua, että vastaus toiseen kysymykseen, joka osittain koskee edellä mainitussa asiassa Holst Italia annetun tuomion ulottuvuutta, on edelleen merkityksellinen pääasian kohteena olevien oikeus-

riitojen ratkaisemisen kannalta erityisesti siinä tapauksessa, että niitä sen jälkeen, kun Bundesvergabeamt on BVergG:n 113 §:n 3 momentin mukaisesti todennut hankintamenettelyn lainvastaiseksi, käsiteltäisiin siviilituomioistuimessa, joka Itävallan lainsäädännön mukaan on toimivaltainen elin ratkaisemaan vahingonkorvauskanteen hankintasopimuksen tekemisen jälkeen.

- 39 Edellä esitetty huomioon ottaen ensimmäiseen, kolmanteen ja neljänteen kysymykseen ei ole vastattava ja yhteisöjen tuomioistuimen vastaus on rajattava toiseen kysymykseen.

## Toinen kysymys

- 40 Tällä kysymyksellä kansallinen tuomioistuin pyrkii pääasiallisesti selvittämään, onko direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 7 kohtaa, luettuna yhdessä direktiivin 92/50/ETY 25 artiklan ja 32 artiklan 2 kohdan c alakohdan kanssa, tulkittava siten, että tavaranhankintojen ja palvelujen julkisen hankintamenettelyn tuloksena tehtyä sopimusta, jonka lainmukaisuuteen saattaa vaikuttaa se, että tarjouskilpailuilmoituksen määräys on yhteensopimaton yhteisön oikeuden kanssa, on pidettävä pätemättömänä silloin, kun lainvastaiset sopimukset ovat kansallisen oikeuden mukaan pätemättömiä.
- 41 Tämä kysymys perustuu olettamukseen siitä, että tarjouskilpailuilmoituksen määräys, jossa kielletään alihankkijoiden käyttö sopimuksen olennaisten osien täyttämiseksi, on direktiivin 92/50/ETY vastaista, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut sitä edellä mainitussa asiassa Holst Italia antamassaan tuomiossa.

- 42 Tältä osin on muistettava, että direktiivin 92/50/ETY, jonka tarkoituksena on poistaa palvelujen vapaan liikkuvuuden esteet julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia tehtäessä, 25 artiklassa säädetään nimenomaisesti tarjoajan mahdollisuudesta antaa osa sopimuksesta alihankintana kolmansille osapuolille, koska kyseisessä säännöksessä säädetään, että hankintaviranomainen voi pyytää kyseistä tarjoajaa ilmoittamaan tarjouksessaan, minkä osan sopimuksesta tämä mahdollisesti aikoo toteuttaa alihankintana. Laadullisten valintaperusteiden osalta mainitun direktiivin 32 artiklan 2 kohdan c ja h alakohdassa säädetään nimenomaisesti mahdollisuudesta osoittaa palvelujen suorittajan tekninen suorituskyky selvityksellä palvelujen suorittamiseen osallistuvista, sekä palvelujen suorittajan yritykseen kuuluvista että sen ulkopuolisista teknisistä asiantuntijoista tai teknisistä toimielimistä, tai ilmoituksella siitä, miltä osin palvelujen suorittaja mahdollisesti aikoo antaa sopimuksen alihankkijoiden toteutettavaksi.
- 43 Kuten yhteisöjen tuomioistuin on edellä mainitussa asiassa Holst vastaan Italia antamansa tuomion 26 ja 27 kohdassa todennut, näiden säännösten tarkoituksen ja sanamuodon mukaan henkilöä ei voida sulkea julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn ulkopuolelle vain siitä syystä, että hän aikoo käyttää sopimuksen täyttääkseen resursseja, jotka eivät ole hänen omiaan vaan jotka kuuluvat yhdelle tai useammalle muulle yksikölle. Tämä merkitsee sitä, että sellaisen palvelujen suorittajan, joka ei yksin täytä julkisia palveluhankintoja koskevaan tarjouskilpailuun osallistumisen vähimmäisedellytyksiä, sallitaan vetoavan hankintaviranomaiseen nähden kolmannen osapuolen suorituskykyyn, johon se aikoo turvautua, jos se saa sopimuksen.
- 44 Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin todennut, että tarjoajan, joka aikoo tarjouskilpailumenettelyyn osallistumista varten esittää selvityksen sellaisten yksiköiden tai yritysten resursseista, joihin se on välittömästi tai välillisesti sidoksissa, on esitettävä näyttö siitä, että sillä on todella käytettävissään näiden yksiköiden tai yritysten resurssit, jotka eivät ole sen omia ja jotka ovat välttämättömiä sopimuksen täyttämiseksi.

- 45 Kuten Euroopan yhteisöjen komissio on perustellusti todennut, direktiivin 92/50/ETY vastainen ei ole sellainen kielto tai rajoitus, joka koskee turvautumista alihankkijoihin sopimuksen olennaisten osien täyttämiseksi ja jota sovelletaan nimenomaan silloin, kun hankintaviranomainen ei ole kyennyt tarkistamaan alihankkijoiden teknistä ja taloudellista suorituskykyä tutkiessaan tarjouksia ja valitessaan edullisinta tarjoajaa.
- 46 Edellä esitetystä seuraa, että oletamus, jolle toinen kysymys perustuu, on paikkansa pitävä ainoastaan, jos voidaan osoittaa, että tarjouskilpailuilmoituksen 1.8 kohdassa kielletään tarjousten tutkimisen ja sopimuksen saavan tarjoajan valinnan yhteydessä se, että tarjoaja turvautuu alihankkijoihin sopimuksen olennaisten osien täyttämiseksi. Henkilö, joka vetoaa kolmansien osapuolten tekniseen tai taloudelliseen suorituskykyyn, johon se aikoo turvautua, jos se saa sopimuksen, voidaan jättää tarjouskilpailun ulkopuolelle ainoastaan, jos hän ei kykene osoittamaan, että hänellä todellisuudessa on käytettävissään kyseinen suorituskyky.
- 47 Vaikuttaa kuitenkin siltä, ettei tarjouskilpailuilmoituksen 1.8 kohta koske hankintamenettelyn tutkimus- ja valintavaihetta vaan sen täytäntöönpanovaihetta ja että sen tarkoituksena on nimenomaan estää se, että sopimuksen olennaisten osien täyttäminen annetaan sellaisille yksiköille, joiden osalta hankintaviranomainen ei ole sopimuksen saavan tahon valinnan yhteydessä voinut selvittää teknistä ja taloudellista suorituskykyä. Kansallisen tuomioistuimen asiana on arvioida, onko asia näin.
- 48 Jos osoittautuisi, että tarjouskilpailun lauseke on todellisuudessa direktiivin 92/50/ETY vastainen erityisesti sen takia, että siinä kielletään lainvastaisesti turvautuminen alihankkijoihin, on riittävää todeta, että jäsenvaltiot ovat

direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdan ja 2 artiklan 7 kohdan nojalla velvollisia toteuttamaan tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista sellaisessa tilanteessa, jossa näissä päätöksissä ei ole noudatettu julkisia hankintoja koskevaa yhteisön lainsäädäntöä.

- 49 Tästä seuraa näin ollen se, että tilanteessa, jossa tarjouskilpailuilmoituksen lauseke on yhteensopimaton julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön kanssa, asianomaisen jäsenvaltion kansallisessa oikeusjärjestyksessä on säädettävä mahdollisuudesta vedota kyseiseen yhteensopimattomuuteen direktiivissä 89/665/ETY tarkoitetuissa muutoksenhakumenettelyissä.
- 50 Toiseen kysymykseen on näin ollen vastattava, että direktiiviä 89/665/ETY ja erityisesti sen 1 artiklan 1 kohtaa ja 2 artiklan 7 kohtaa on tulkittava siten, että tilanteessa, jossa tarjouskilpailuilmoituksen lauseke on yhteensopimaton julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön kanssa, jäsenvaltioiden kansallisessa oikeusjärjestyksessä on säädettävä mahdollisuudesta vedota tähän yhteensopimattomuuteen direktiivissä 89/665/ETY tarkoitetuissa muutoksenhakumenettelyissä.

### Oikeudenkäyntikulut

- 51 Yhteisöjen tuomioistuimelle huomautuksensa esittäneille Itävallan hallitukselle ja komissiolle aiheutuneita oikeudenkäyntikuluja ei voida määrätä korvattaviksi. Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)

on ratkaissut Bundesvergabeamtin 11.7.2001 tekemällään päätöksellä esittämät kysymykset seuraavasti:

Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annettua neuvoston direktiiviä 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY, ja erityisesti sen 1 artiklan 1 kohtaa ja 2 artiklan 7 kohtaa on tulkittava siten, että tilanteessa, jossa tarjouskilpailuilmoituksen lauseke on yhteensopimaton julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön kanssa, jäsenvaltioiden kansallisessa oikeusjärjestyksessä on säädettävä mahdollisuudesta vedota tähän yhteensopimattomuuteen direktiivissä 89/665/ETY tarkoitetuissa muutoksenhakumenettelyissä.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Julistettiin Luxemburgissa 18 päivänä maaliskuuta 2004.

R. Grass

V. Skouris

kirjaaja

presidentti