

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JEAN MISCHO

25 päivänä helmikuuta 2003¹

1. Bundesvergabeamt (Itävalta) on pyytänyt ratkaisua 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/ETY², sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY³ (jäljempänä direktiivi 89/665/ETY), 1 artiklan 3 kohdan tulkinnasta.

2. Bundesvergabeamt haluaa tietää, onko edellä mainittua säännöstä tulkittava siten, että tarjoajalle, jonka tarjoustaan hankintaviranomainen ei ole hyväksynyt, on katsottava aiheutuneen vahinkoa tai että hänelle saattaa aiheutua vahinkoa väittämästään oikeudenloukkauksesta, kun muutoksenhakuviranomainen on todennut, että tarjoajan tarjouksen hylkäämiseen oli pakottavia syitä.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Yhteisön lainsäädäntö

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

”1. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivien 71/305/ETY, 77/62/ETY ja 92/50/ETY — — soveltamisalaan 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 tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia sääntöjä.

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

2 — EYVL L 395, s. 33.

3 — EYVL L 209, s. 1.

3. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että käytettävissä on muutoksenhakumenettelyt, joiden yksityiskohdista kukin jäsenvaltio voi itse päättää ja jotka ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkisia tavaranhankintoja tai rakennusurakoita koskevaa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata. Jäsenvaltiot voivat edellyttää erityisesti, että ennen muutoksenhakumenettelyyn käynnistämistä hakijan on täytynyt ilmoittaa hankintaviranomaiselle väitetystä virheellisestä menettelystä sekä aikomuksestaan hakea muutosta.”

4. Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1, 4 ja 6 kohdassa säädetään seuraavaa:

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

a) ryhtyä mahdollisimman aikaisessa vaiheessa ja kiireellisesti väliaikaisiin toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena on saada väitetty virheellinen menettely päätymään ja 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.

— —

4. Jäsenvaltiot voivat säätää, että harkittessaan väliaikaisiin toimenpiteisiin ryhtymistä vastuussa oleva muutoksenhakuelin voi ottaa huomioon kaikki edut, joille näillä toimenpiteillä mahdollisesti aiheutetaan haittaa, sekä yleisen edun, ja voi päättää olla toteuttamatta näitä toimenpiteitä silloin, kun niiden kielteiset seuraukset voivat olla myönteisiä suuremmat. Päätös olla toteuttamatta väliaikaisia toimenpiteitä ei rajoita hakijan muiden vaatimusten esittämistä.

— —

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

6. BVergG:n 113 §:ssä säädetään seuraavaa:

”1. Bundesvergabeamt on toimivaltainen tutkimaan siinä vireille pannut muutoksenhakumenettelyt tämän luvun säännösten mukaisesti.

Lisäksi, paitsi milloin päätös on poistettava ennen vahinkojen korvaamista, jäsenvaltio voi säätää, että sen jälkeen kun sopimus on tehty, muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen toimivalta rajoittuu vahingonkorvausten määräämiseen niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut.

2. Saadakseen tämän liittovaltion lain ja sen nojalla annettujen säännösten rikkomisen päättymään Bundesvergabeamt on toimivaltainen hankintasopimuksen tekemiseen asti 1) määräämään välitoimista ja 2) kumoamaan hankintaviranomaisen hankintayksikön tekemät laittomat päätökset.

— — ”

3. Tarjouskilpailun ratkaisemisen tai hankintamenettelyn päättymisen jälkeen Bundesvergabeamt on toimivaltainen toteamaan, että tarjouskilpailua ei ole ratkaistu tämän liittovaltion lain tai sen nojalla annettujen säännösten rikkomuksen takia parhaan tarjoajan eduksi. — — ”

B Kansallinen lainsäädäntö

5. Direktiivi 89/665/ETY on saatettu osaksi Itävallan kansallista oikeusjärjestystä Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen -nimisellä lailla (Bundesvergabe-gesetz 1997, liittovaltion laki julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä vuodelta 1997, BGBl. I, 1997/56, jäljempänä BVergG).

7. BVergG:n 115 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Yrittäjä, joka esittää, että hänellä on intressi tämän liittovaltion lain soveltamisalaan kuuluvan sopimuksen tekemiseen, voi muutoksenhakumenettelyssä riitauttaa hankintaviranomaisen hankintamenette-

lyssä tekemän päätöksen sen lainvastaisuuden perusteella, edellyttäen että tästä lainvastaisuudesta on aiheutunut tai uhkaa aiheutua hänelle vahinkoa.”

8. Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991:n (hallinnollisiin menettelyihin liittyvien lakien johdantolaki vuodelta 1991, BGBl. 1991/50) II §:n 2 momentin c kohdan 40a alakohdan mukaan Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetzia (vuodelta 1991 oleva hallintomenettelyä koskeva yleislaki, BGBl. 1991/51, jäljempänä AVG) sovelletaan Bundesvergabeamtin hallintomenettelyyn.

II Kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä oleva oikeudenkäyntiasia

9. Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) ja Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donaauraum AG (WED) (jäljempänä vastaajat) julkaisivat monivaiheista tarjouskilpailua koskevan ilmoituksen, joka koski Wienin teknillisen korkeakoulun konerakennustekniikan osaston uudisrakennusprojektiin liittyvää arkkitehtonista suunnittelua ja yleistä suunnittelua koskeviin hankintasopimuksiin sovellettavia päätöksentekoperusteita. Menettelyn ensimmäisessä vaiheessa etsittiin kilpailutamalla ”avoimessa haussa idearikkaita hakijoita”.

10. Useat kiinnostuneet, mukaan lukien insinööri-arkkitehti Werner Hackermüller (jäljempänä Hackermüller) ja Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH-niminen yhtiö (jäljempänä Lechner), osallistuivat tarjouskilpailuun esittämällä suunnitelmia. Menettelyn toisen vaiheen eli neuvottelumenettelyn kuluessa Beratungsgremium (neuvoa-antava komitea) suositteli menettelyn välitöntä jatkamista Lechnerin kanssa. Muille neljälle neuvottelumenettelyyn osallistuneelle tarjoajalle, joista yksi oli Hackermüller, ilmoitettiin 10.2.1999 päivätyllä kirjeellä, että Beratungsgremium ei ollut 8.2.1999 tekemässään päätöksessä suosittelut heidän suunnitelmiensa toteuttamista.

11. Hackermüller pani 29.3.1999 Bundesvergabeamtissa vireille BVergG:n 113 §:n 2 momentissa tarkoitetun muutoksenhakumenettelyn vaatien muun muassa, että Bundesvergabeamt kumoaa 1) 8.2.1999 tehdyn päätöksen, jolla Beratungsgremium ja/tai vastaajat ovat hyväksyneet edullisempaa kilpailevan tarjoajan tarjouksen ja jolla neuvottelumenettelyä suositeltiin välittömästi jatkettavaksi viimeksi mainitun kanssa, 2) päätöksen, jolla tarjousten valinta on tehty noudattamatta tarjouspyynnössä ilmoitettuja perusteita.

12. Bundesvergabeamt on päätöksellään 31.5.1999 hylännyt Hackermüllerin vaatimukset kokonaisuudessaan sillä perusteella, ettei tällä ollut asiavaltuutta, koska

hänen tarjouksensa olisi tullut hylätä BVergG:n 52 §:n 1 momentin 8 kohdan perusteella jo menettelyn ensimmäisessä vaiheessa.

13. Bundesvergabeamt on perustellut päätöstään ensinnäkin sillä, että BVergG:n 115 §:n 1 momentin mukaan muutoksenhakumenettely on yrittäjän käytettävissä vain silloin, kun hänelle voi aiheutua vahinkoa tai muuta haittaa. Myös BVergG:n 52 §:n 1 momentin 8 kohdan mukaan hankintayksikön on tutkimiensa tarjousten perusteella viivytyksettä suljettava tarjouskilpailun ulkopuolelle tarjouspyynnön vastaiset tai epätäydelliset taikka virheelliset tarjoukset, jos näitä virheitä ei ole korjattu taikka niitä ei voida korjata, ennen kuin se päättää, minkä tarjouksen se hyväksyy.

14. Bundesvergabeamt on tuonut esiin, että mitä tulee suunnitelman sulkemiseen hankintasopimuksen tekomenettelyn ulkopuolelle, tarjouspyynnön kohdassa 1.6.7. viitataan nimenomaisesti Wettbewerbsordnung der Architektenin (arkkitehteja koskeva kilpailuasetus, jäljempänä WOA) 36 §:n 4 momenttiin, jonka mukaan suunnitelma on suljettava menettelyn ulkopuolelle, milloin on olemassa jokin WOA:n 8 §:ssä säädetty kilpailun ulkopuolelle jättämistä koskeva peruste, ja että viimeksi mainitun pykälän 1 momentin d alakohdassa säädetään, että arkkitehtikilpailuihin eivät saa osallistua muun muassa sellaiset henkilöt, joiden toimittamista asiakirjoista ilmenee asiakirjan laatijan henkilöllisyys.

15. Bundesvergabeamt on todennut, että peruste jättää Hackermüller WOA:n 8 §:n 1 momentin d alakohdassa mainitun menettelyn ulkopuolelle täytyi, kun hän oli merkinnyt nimensä otsikon ”yleisestä suunnittelusta vastaava yksikkö” alle sillä tavoin, että hänen suunnitelmansa olisi tullut sulkea menettelyn ulkopuolelle BVergG:n 52 §:n 1 momentin 8 kohdan ja WOA:n 36 §:n 4 momentin perusteella, ja se on siis päätyntä johtopäätökseen, että Hackermüllerin suunnitelmaa ei enää voitu huomioida hankintasopimusta tehtäessä, ja että koska häntä eivät tästä johtuen voi enää koskea parhaan tarjoajan mahdolliset periaatteiden loukkaamiset tai neuvottelumenettelyn sääntöjä koskevat rikkomukset, Hackermüllerillä ei ollut asiavaltuutta vedota vaatimuksissa esittämiinsä lainvastaaisuuksiin.

16. Hackermüller on pannut vireille 7.7.1999 Verfassungsgerichtshofissa (Itävalta) (valtiosääntötuomioistuim) Bundesvergabeamtin 31.5.1999 tekemää päätöstä koskevan kumoamiskanteen. Verfassungsgerichtshof on todennut 14.3.2001 antamassaan tuomiossa (B 1137/99-9), jossa se on viitannut aikaisempaan 8.3.2001 antamaansa tuomioon (B 707/00), että ottaen huomioon, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön⁴ mukaan direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan mukaisen muutoksenhakumenettelyn aloittamiseen vaadittavaa asiavaltuutta on tulkittava laajasti, näyttäisi epäilyttävältä, että BVergG:n 115 §:n 1 momentin ja BVergG:n 52 §:n 1 momentissa muutoksenhauulle asetettuja edellytyksiä voitaisiin tulkita siten, että tarjoajalta, jonka tarjoustä hankintaviranomainen ei ole sul-

4 — Ks. erityisesti asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997 (Kok. 1997, s. I-4961, 46 kohta) ja asia C-81/98, Alcatel Austria ym., tuomio 28.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7671, 34 ja 35 kohta).

kenut tarjouskilpailun ulkopuolelle, voitaisiin evätä muutoksenhakumahdollisuus asiaa käsittelevän viranomaisen tekemällä, tarjoajan oikeussuojapyyntöä hylkäävällä päätöksellä silloin, kun kyseinen viranomainen heti aluksi havaitsee syyn, jonka vuoksi tarjoaja olisi tullut hylätä. Näin ollen se on kumonnut Bundesvergabeamtin valituksenalaisen päätöksen siitä syystä, että perustuslaillista oikeutta oikeudenkäyntiin laillisessa tuomioistuimessa on loukattu, ja velvoittanut Bundesvergabeamtin esittämään EY 234 artiklan kolmannen kohdan perusteella yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksen tästä asiasta.

2) Jos ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi:

Onko edellä mainittua säännöstä tulkittava siten, että tarjoajalle ei ole katsottava aiheutuneen vahinkoa, tässä tapauksessa siitä hankintaviranomaisen päätöksestä, jonka mukaan kilpailijan tarjous oli paras, vaikka hankintaviranomainen ei ollut sulkenut tätä tarjoajaa tarjouskilpailun ulkopuolelle, kun muutoksenhakuviranomainen on todennut, että tarjoajan tarjouksen hylkäämiseen oli pakottavia syitä, edellyttäen että tarjoajan kiistää tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemista on käsitelty kontradiktorisessa menettelyssä?”

III Ennakkoratkaisukysymykset

17. Tässä tilanteessa Bundesvergabeamt on 25.6.2001 tekemällään välipäätöksellä päättänyt esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

IV Arviointi

A Yhteisöjen tuomioistuimen toimivalta vastata Bundesvergabeamtin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin

”1) Onko direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että muutoksenhakumenettelyt ovat kaikkien sellaisten henkilöiden käytettävissä, jotka ovat tavoittelemassa julkista hankintasopimusta?

18. Aluksi on pysähdyttävä seikkaan, joka on viimeaikaisessa oikeuskäy-

tännössä⁵ herättänyt huomiota, nimittäin siihen, onko Bundesvergabeamt EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuini.

19. Komissio on nostanut erityisesti tämän kysymyksen esiin edellä mainitussa asiassa Felix Swoboda, sen jälkeen kun Bundesvergabeamt on 11.7.2001 esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön asiassa Siemens ja ARGE Telekom & Partner,⁶ jossa tämä on myöntänyt, etteivät sen päätökset sisällä ”hankintaviranomaiseen kohdistuvia määräyksiä, jotka voitaisiin panna täytäntöön pakolla”.⁷

20. Yhteisöjen tuomioistuin on edellä mainitussa tuomiossa Felix Swoboda, joka koski tapausta, jossa Bundesvergabeamt käytti tarjouskilpailun ratkaisemisen *jälkeistä* toimivaltaansa, pitänyt sitä EY 234 artiklan tarkoittamana tuomioistuimena.

21. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut edellä mainitun tuomion 27 ja 28 kohdassa seuraavaa:

5 — Ks. asia C-411/00, Felix Swoboda, tuomio 14.11.2002, Kok. 2002, s. I-10567; julkisasiamies Léger'n esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ym., tuomio 15.1.1998 (Kok. 1998, s. I-73); 18.4.2002 esittämäni ratkaisuehdotus em. asiassa Felix Swoboda samoin kuin julkisasiamies Geelhoedin 10.10.2002 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-315/01, GAT, tuomio 19.6.2003, Kok. 2003, s. I-6351, s. I-6354.

6 — Asia C-314/01, Siemens ja ARGE Telekom & Partner, asia vielä vireillä yhteisöjen tuomioistuimessa.

7 — Em. asia Felix Swoboda, tuomion 25 kohta.

” — — pääasian oikeudenkäynti koskee hankintasopimuksen tekemisen jälkeistä aikaa. On riidatonta, että Itävallan oikeuden mukaan Bundesvergabeamtin toteamukset sitovat kaikissa olosuhteissa sekä asianosaisia että siviiliasioiden tuomioistuimia, jos niissä nostetaan tuona aikana vahingonkorvauskanne.

Bundesvergabeamtin ratkaisun sitovaa vaikutusta pääasian oikeudenkäynnissä ei näin ollen voi tehokkaasti kiistää.”

22. Tarkoituksena on nyt saada tietää, päteekö tämä tulkinta samalla tavalla nyt käsillä olevaan asiaan, jossa Bundesvergabeamt on käyttänyt toimivaltaansa aikana *ennen* tarjouskilpailun ratkaisemista.

23. Mielestäni tähän kysymykseen on kiistatta vastattava myöntävästi.

24. Toisin kuin tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeisenä aikana, jolloin Bundesvergabeamt on BVergG:n 113 §:n 3 momentin perusteella toimivaltainen ”*toteamaan*, onko tarjouskilpailu ratkaistu parhaan tarjoajan eduksi”, tarjouskilpailun ratkaisua edeltävää aikaa kuvaa se, että

Bundesvergabeamt on BVergG:n 113 §:n 2 momentin perusteella toimivaltainen ”1) määräämään välitoimista ja 2) kumoamaan hankintaviranomaisen hankintayksikön tekemät laittomat päätökset”.

25. Mikäli toimivalta todeta on jo luonteeltaan velvoittavaa, toimivalta määrätä välitoimista sekä kumota laittomia päätöksiä on mielestäni myös sellaista.

26. Bundesvergabeamt on siis EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin. Näin ollen yhteisöjen tuomioistuin on toimivaltainen vastaamaan sen esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin.

B Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

27. Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään Bundesvergabeamt kysyy, onko direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että muutoksenhakumenettelyt ovat kaikkien sellaisten henkilöiden käytettävissä, jotka ovat tavoittelemassa julkista hankintasopimusta.

28. Hackermüllerin mukaan tähän kysymykseen tulisi vastata myöntävästi, sillä hänen mukaansa jokainen, joka on suljettu tarjouskilpailun ulkopuolelle, kärsii vahinkoa.

29. Vastaaajien, Itävallan ja Italian hallitusten sekä komission mukaan ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava kieltävästi.

30. Kannatan heidän väitettään.

31. Direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan sanamuodosta selvästi johtuu, että ”muutoksenhakumenettelyt — — ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkisia tavaranhankintoja tai rakennusurakoita koskevaa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata”.⁸

32. Direktiivi 89/665/ETY sallii siis jäsenvaltioiden asettaa muutoksenhakumenettelyyn pääsyyllä kaksi kumulatiivista ehtoa, nimittäin 1) että tarjoaja on ollut tai on tavoittelemassa julkisia hankintoja koskevaa sopimusta ja 2) että tämän etua on loukattu tai saatettu loukata.

8 — Kursivointi tässä.

33. Komissio on aivan oikein arvioinut, että ”pelkkä hankintasopimuksen tavoitteleminen on itsessään riittämätöntä”.

34. Tätä tulkintaa vahvistavat, kuten Itävallan hallitus on perustellusti tuonut esille, direktiivin 89/665/ETY esityöt.

35. Vaikka komission 1.7.1987 antama ehdotus 87/C 230/05 neuvoston direktiiviksi julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin menettelyihin liittyvien yhteisön säännösten soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta⁹ e maininnut mitään henkilön kelpoisuudesta päästä muutoksenhakumenettelyyn piiriin, 25.11.1988 annetun muutetun ehdotuksen¹⁰ 1 artiklassa mainittiin, että muutoksenhakumenettelyn tuli olla ”kaikkien niiden yrittäjien tai tavarantoimittajien käytettävissä, jotka osallistuvat julkisia tavaranhankintoja tai rakennusurakoita koskevan sopimuksen tekomenettelyyn, ja kaikkien niiden kolmansien käytettävissä, joilla on kelpoisuus — —”.

36. Koska tätä sanamuotoa ei kuitenkaan otettu direktiiviin 89/665/ETY, tästä on

vedettävä se johtopäätös, että neuvosto on tarkoituksella sallinut jäsenvaltioiden asettaa muutoksenhakumenettelyyn pääsyyllä kaksi edellä mainittua edellytystä.

37. Ehdotan siis, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että muutoksenhakumenettelyjen on oltava kaikkien sellaisten henkilöiden käytettävissä, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa julkista hankintasopimusta, edellyttäen että väitetty virheellinen menettely on lisäksi loukannut tai saattanut loukata tämän henkilön etua.

C Toinen ennakkoratkaisukysymys

38. Koska ehdotan ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastattavan kieltävästi, on tutkittava myös toinen ennakkoratkaisukysymys. Toisella ennakkoratkaisukysymyksellä Bundesvergabeamt kysyy, onko direktiivin 1 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että tarjoajalle ei ole katsottava aiheutuneen vahinkoa, tässä tapauksessa siitä hankintaviranomaisen päätöksestä, jonka mukaan kilpailijan tarjous oli paras, vaikka hankintaviranomainen ei ollut sulkenut tätä tarjoajaa tarjouskilpailun ulkopuolelle, kun muutoksenhakuviranomainen on todennut, että tarjoajan tarjouksen hylkäämiseen oli pakottavia syitä, edellyttäen että tarjoajan kiistämää tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemista on käsitelty kontradiktorisessa menettelyssä.

⁹ — EYVL C 230, s. 6.

¹⁰ — EYVL 1989, C 15, s. 8.

39. Hacker Müller katsoo, että mikäli ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi, on toiseen ennakkoratkaisukysymykseen joka tapauksessa vastattava myöntävästi sillä uhalla, että muuten tarjoajalla ei ole koskaan pääsyä muutoksenhakumenettelyyn silloin, kun hankintaviranomainen on, millä tahansa perusteella, sulkenut hänet hankintamenettelyn ulkopuolelle.

40. Vastaajat, Itävallan hallitus ja komissio ehdottavat, että kysymykseen vastataan kieltävästi. Myös Italian hallituksen huomautukset voidaan tulkita siten, että hallitus ehdottaa kysymykseen vastattavan kieltävästi siinä tapauksessa, että Bundesvergabeamtia voidaan pitää tuomioistuintena.

41. Nämä väliintulijat perustavat kantansa tältä osin muutoksenhakumenettelyn tarkoitukseen, direktiivin 89/665/ETY tehokkaaseen vaikutukseen sekä yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen, joka kieltää sen, että valittajan kanssa voitaisiin tehdä hankintasopimus tai että hän voisi saada vahingonkorvausta huolimatta siitä, että hän itse on jättänyt noudattamatta tarjouspyynnön ehtoja tai on rikkonut julkisia hankintoja koskevia säännöksiä.

42. Ensiksi on mainittava, että Bundesvergabeamt on päätöksessään 31.5.1999 katsonut, että Hacker Müllerillä ei ollut asiavaltuutta, koska hänen tarjouksensa olisi tullut hylätä BVergG:n 52 §:n 1 momentin

8 kohdan perusteella jo menettelyn ensimmäisessä vaiheessa.¹¹

43. Bundesvergabeamt kysyy ennakkoratkaisukysymyksellään, onko tällainen sen soveltama kansallisen oikeuden säännös direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan vastainen.

44. Kuten Itävallan hallitus on perustellusti katsonut kirjallisissa huomautuksissaan, ” — — muutoksenhakumenettelyä koskeva direktiivi ei sisällä mitään harkintavallan kriteerejä koskevia säännöksiä, joita muutoksenhakuelimen tulisi noudattaa. — — Sen sijaan jäsenvaltioiden on annettava tarpeelliset säännökset, joiden on tinnimättä noudatettava julkisia hankintoja koskevia yleisiä periaatteita kuten läpinäkyvyyden ja syrjimättömyyden periaatetta. Nämä säännökset eivät myöskään saa olla muutoksenhakumenettelyä koskevan direktiivin tarkoituksen vastaisia — — ”.

45. Yhteisöjen tuomioistuin on samoin katsonut asiassa, josta ei ollut nimenomaisesti säädetty direktiivissä 89/665/ETY — nimittäin mikä ajankohta on ratkaiseva tarjouspyynnön peruuttamispäätöksen lainmukaisuuden arvioinnin kannalta —, että tämän ajankohdan määrittäminen kuuluu jokaisen jäsenvaltion sisäisen oikeusjärjestyksen piiriin, edellyttäen, ”että sovellettavat kansalliset säännöt eivät saa olla epäedullisempia kuin ne,

11 — Ks. edellä 12 kohta.

jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia (vastaavuusperiaate), eivätkä ne saa olla sellaisia, että yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaate) (ks. vastaavasti asia C-390/98, Banks, tuomio 20.9.2001, Kok. 2001, s. I-6117, 121 kohta ja asia C-453/99, Courage ja Crehan, tuomio 20.9.2001, Kok. 2001, s. I-6297, 29 kohta).¹²

46. Kysymyksenä siis on, tekeekö Bundesvergabeamtin päätöksessään 31.5.1999 soveltama säännös yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttämisen käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi.¹³

47. Tämän suhteen viittaa Verfassungsgerichtshofin 8.3.2001 antamassaan tuomiossa esiintuomaan perusteeseen,¹⁴ joka Itävallan hallituksen kuvauksen mukaan kuuluu seuraavasti: ” — — on epävarmaa, salliiko yhteisön oikeus — kuten kirjallisuudessa väitetään — vähentää pääasian

tarjoajan oikeussuojaa, sillä hänellä ei olisi mitään muutoksenhakukeinoja sellaista tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemispäätöstä kohtaan, jonka Bundesvergabeamt on tehnyt hankintaviranomaisen sijasta”.¹⁵

48. Mikäli on totta, että kyseisen kriteerin takia tarjoajalla ei ollut keinoja hakea muutosta päätökseen, joka osoittautui olevan tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemispäätös, olen sitä mieltä, että tämä kriteeri tekee yhteisön oikeudessa ja etenkin direktiivissä 89/665/ETY vahvistettujen oikeuksien käyttämisen käytännössä suhteettoman vaikeaksi.

49. Ei ole epäilystäkään siitä, etteikö tarjoajan tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkeamista koskeva päätös olisi sellainen direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu päätös, johon voidaan hakea muutosta.

50. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdassa ei rajoiteta siinä tarkoitettujen päätösten luonnetta tai sisältöä.¹⁶ Asiassa

12 — Asia C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002 (Kok. 2002, s. I-5553, 67 kohta). Ks. vastaavasti asia C-470/99, Universale Bau ym., tuomio 12.12.2002, Kok. 2002, s. I-11617, 72 kohta.

13 — Tässä oletetaan, että direktiivin 89/665/ETY tarkoittaman muutoksenhakumenettelyn ja toisaalta kansallisen oikeusjärjestyksen mukaisen vastaavan muutoksenhakumenettelyn välillä ei ole eroja.

14 — Ks. edellä 16 kohta.

15 — Kursivointi tässä.

16 — Ks. cm. asia Alcatel Austria ym., tuomion 35 kohta ja cm. asia HI, tuomion 49 kohta.

Santex¹⁷ 7.2.2002 esittämässään ratkaisuehdotuksessa julkisasiamies Alber on vetänyt tästä sen johtopäätöksen, että tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevaa päätöstä on näin ollen pidettävä sellaisena päätöksenä, jota vastaan voidaan ryhtyä direktiivin 89/665/ETY tarkoittamaan muutoksenhakumenettelyyn.¹⁸

51. Mutta onko oikein sanoa, että sellaisessa tilanteessa kuin pääasiassa on nyt kyse, ”tarjoajalla ei ole mitään muutoksenhakeina sellaista tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevaa päätöstä vastaan, jonka Bundesvergabeamt on tehnyt hankintaviranomaisen sijasta”.

52. Mielestäni kaikki riippuu siitä, onko muutoksenhakuelin tullut siihen johtopäätökseen, että tarjoaja olisi tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle, kontradiktorisen menettelyn perusteella, toisin sanoen sen jälkeen, kun tarjoajalle on annettu mahdollisuus lausua mahdollisesta tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämisestä.

53. Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdasta, jonka mukaan ” — — riippumattoman elimen on tehtävä päätöksensä noudattaen menettelyä, jossa molempia osapuolia kuullaan — — ”, johtuu, että tällainen menettely muodostaa olennaisen piirteen direktiivin 89/665/ETY tarkoittamassa muutoksenhakumenettelyssä.

54. Vaikka muutoksenhakuelin päätyykin yllä mainittuun johtopäätökseen kontradiktorisen menettelyn perusteella, on vielä tutkittava, onko Bundesvergabeamtilla oikeutta viran puolesta ottaa esiin sellaisen velvollisuuden, kuten nimettömänä pysymisen, loukkaaminen.

55. Mielestäni on kiistatonta, että mikäli oletetaan, että hankintaviranomainen olisi pitänyt Hacker Müllerin tarjousta parhaana ja jos toinen tarjoaja, joka on ollut tietoinen siitä, että Hacker Müller on rikkonut nimettömyysvaatimusta, olisi pannut vireille kanteen siitä, että hankintaviranomainen on rikkonut julkisia hankintoja koskevia säännöksiä, Bundesvergabeamt olisi voinut päättää, että Hacker Müller olisi tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ilman, että hankintaviranomainen olisi tehnyt vastaavaa päätöstä aikaisemmin.

56. Ainoa ero tällaisen tilanteen ja kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä olevan oikeudenkäyntiasian välillä on siis se, että edellisessä tapauksessa asianosainen tuo esiin nimettömyysvaatimusta koskevan säännön rikkomisen, kun taas jälkimmäisessä muutoksenhakuelin on ottanut asian viran puolesta esiin.

57. Tässä suhteessa olen samaa mieltä julkisasiamies Geelhoedin kanssa, joka asiassa

17 — Asia C-327/00, Santex, tuomio 27.2.2003, Kok. 2003, s. I-1877, s. I-1879.

18 — Ks. em. julkisasiamies Alberin ratkaisuehdotuksen 80—86 kohta.

GAT¹⁹ 10.10.2002 antamassaan ratkaisuehdotuksessa on katsonut, että ”direktiivin 89/665/ETY vastaista ei ole se, että muutoksenhausta vastaava elin — ottaa viran puolesta ja asianosaisten johtopäätelmistä riippumatta esiin asiaankuuluvia seikkoja”.²⁰

58. Tämä lähestymistapa on mielestäni yhteneväinen yhtä hyvin direktiivin 89/665/ETY tarkoituksen kuin tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteenkin kanssa.

59. Direktiivin tarkoituksen osalta on muistettava, että ”direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdassa jäsenvaltiot veloitetaan huolehtimaan *mahdollisuudesta tehokkaaseen ja mahdollisimman nopeaan muutoksenhakuun*, jotta yhteisön oikeuden julkisia hankintoja koskevien direktiivien noudattaminen taataan”.²¹

60. Mielestäni olisi tämän tavoitteen vastaista säätää tehokkaasta ja mahdollisimman nopeasta muutoksenhausta, jos tilanteessa, jollaisesta nyt on kyse, muutoksenhakuelin veloitettaisiin odottamaan kunnes asianosainen nostaisi esiin hankinnan säännönmukaisuuteen liittyvän ongelman, jonka se itse on huomannut.

61. Kaikkien tarjoajien yhdenvertainen kohtelu on periaate, joka vastaa julkisia hankintoja koskevien direktiivien perusajatusta,²² ja siitä johtuu, että kaikilla tarjoajilla on oikeus, että heidän omaa tarjoustaan kuten muidenkin tarjoajien tarjouksia kohdellaan niin tarjouspyynnön ehtojen kuin julkisia hankintoja koskevien säännöstenkin mukaisesti.

62. Täten tarjoajan kanssa ei voida solmia hankintasopimusta, mikäli hän on itse jättänyt noudattamatta tarjouspyynnön ehtoja tai on rikkonut julkisia hankintoja koskevia säännöksiä. Se seikka, että, kuten Hackermüller on tuonut esiin suullisessa käsittelyssä, muut tarjoajat olivat tässä tapauksessa myös rikkoneet säännöksiä, ei muuta asiaa toiseksi, sillä tarjoaja ei voi osoittaa olevansa syrjinnän uhri vetoamalla siihen, että muut tarjoajat hyötyvät laittomuuksista.

63. Se, että muutoksenhakuelin voi viran puolesta nostaa esiin tällaisen rikkomuksen, näyttää vieläkin oikeutetummalta suhteessa yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen, kuten Itävallan hallitus aivan oikein tuo esille, sillä tarjoajilla ei useimmiten ole tietoa perusteista, joilla heidän kilpailijansa voitaisiin sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle.

19 — Asia C-315/01, GAT, asia vielä vireillä yhteisöjen tuomioistuimessa.

20 — Em. julkisasiamies Geelhoedin ratkaisuehdotuksen 67 kohta, 1. a) alakohta.

21 — Em. asia Alcatel Austria ym., tuomion 34 kohta. Ks. myös cm. asia HI, tuomion 52 kohta ja cm. asia Universal-Bau ym., tuomion 74 kohta. Kursivointi tässä.

22 — Asia C-513/99, Concordia Bus Finland, tuomio 17.9.2002, Kok. 2002, s. I-7213, 81 kohta.

64. Olen siis sitä mieltä, että kansallisen lain säännös, jonka perusteella valittajalla ei ole asiavaltuutta sillä perusteella, että hankintaviranomaisen olisi tullut sulkea hänen tarjouksensa tarjouskilpailun ulkopuolelle, ei tee yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttämistä käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi, edellyttäen että valittaja on voinut aikaisemmin lausua tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämisestä.

65. Mikäli tarjoajalle ei ole kuitenkaan annettu tällaista mahdollisuutta lausua, muutoksenhakuelimen päätös vastaisi todellisuudessa tilannetta, jossa tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevasta

päätöksestä ei saisi valittaa, mikä olisi direktiivin 89/665/ETY vastaista.

66. Ehdotan siis, että toiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan vastaista ei ole se, että tarjoajalle ei ole katsottava aiheutuneen vahinkoa, tässä tapauksessa siitä hankintaviranomaisen päätöksestä, jonka mukaan kilpailijan tarjous oli paras, vaikka hankintaviranomainen ei ollut sulkenut tätä tarjoajaa tarjouskilpailun ulkopuolelle, kun muutoksenhakuviranomainen on todennut, että tarjoajan tarjouksen hylkäämiseen oli pakottavia syitä, edellyttäen että tarjoajan kiistämää tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemista on käsitelty kontradiktorisessa menettelyssä.

V Ratkaisuehdotus

67. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa

— ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

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, sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY, 1 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että muutoksenhakumenettelyjen on oltava kaikkien sellaisten henkilöiden käytettävissä, jotka ovat olleet tai ovat tavoittelemassa julkista hankintasopimusta, edellyttäen että väitetty virheellinen menettely on lisäksi loukannut tai saattanut loukata tämän henkilön etua.

— Toiseen ennakkoratkaisukysymykseen ehdotan vastattavan seuraavasti:

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, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 92/50/ETY, 1 artiklan 3 kohdan vastaista ei ole se, että tarjoajalle ei ole katsottava aiheutuneen vahinkoa, tässä tapauksessa siitä hankintaviranomaisen päätöksestä, jonka mukaan kilpailijan tarjous oli paras, vaikka hankintaviranomainen ei ollut sulkenut tätä tarjoajaa tarjouskilpailun ulkopuolelle, kun muutoksenhakuviranomainen on todennut, että tarjoajan tarjouksen hylkäämiseen oli pakottavia syitä, edellyttäen että tarjoajan kiistämää tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemista on käsitelty kontradiktorisessa menettelyssä.