

Asia C-274/21

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

Jättämispäivä:

28.4.2021

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Bundesverwaltungsgericht (Itävalta)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

22.4.2021

Valittaja:

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

Vastapuolet:

Itävallan tasavalta

Bundesbeschaffung GmbH

Pääasian kohde

Menettely välitoimien määrittämiseksi yhteen tai useampaan hankintamenettelyssä tehtyyn päätökseen liittyvän muutoksenhaun yhteydessä

Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeusperusta

Direktiivin 89/665/ETY ja asetuksen (EU) N:o 1215/2012 tulkinta; oikeussuojaan liittyviä maksuja koskevien kansallisten säännösten yhdenmukaisuus unionin oikeuden kanssa sellaisen Bundesverwaltungsgerichtissä (liittovaltion ylin hallintotuomioistuin) vireillä olevan menettelyn yhteydessä, joka koskee välitoimien määrittämistä ja näiden maksujen maksamatta jättämisen seurauksia; SEUT 267 artikla

Ennakkoratkaisukysymykset

1. Onko direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 2 artiklan 1 kohdan a alakohdassa säädetty välitoimimenettely, joka voi kansallisen lainsäädännön mukaan olla vireillä Itävallassa myös Bundesverwaltungsgerichtissä (liittovaltion ylin hallintotuomioistuin, Itävalta) ja jossa esimerkiksi voidaan myös määrätä tilapäinen kieltä puitejärjestelyjä tai tavarahankintoja koskevia sopimuksia, tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla 12.12.2012 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 1215/2012 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu siviili- ja kauppaoikeudellinen asia? Onko tällainen edellä olevassa kysymyksessä kuvattu välitoimimenettely ainakin Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu yksityisoikeudellinen asia? Onko direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 2 artiklan 1 kohdan a alakohdassa säädetty välitoimimenettely tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla 12.12.2012 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 1215/2012 35 artiklassa tarkoitettu väliaikaisia toimenpiteitä koskeva menettely?

2. Onko vastaavuusperiaatetta tulkittava muut unionin oikeussäännöt huomioon ottaen siten, että se antaa yksityiselle subjektiivisia oikeuksia jäsenvaltiota kohtaan ja on esteenä sellaisten Itävallan kansallisten säännösten soveltamiselle, joiden mukaan ennen direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 2 artiklan 1 kohdan a alakohdassa säädettyjä välitoimia koskevan hakemuksen ratkaisemista tuomioistuimen on selvitettävä hankintamenettelyn tyyppi ja hankinnan (ennakoitu) arvo sekä tietyissä hankintamenettelyissä tehtyjen riitautettujen päätösten, jotka voidaan riitauttaa erikseen, yhteisarvo ja mahdollisesti myös tietyn hankintamenettelyn osat, jotta tuomioistuimen toimivaltaisen jaoston puheenjohtajana toimiva tuomari antaa mahdollisesti korjaamiskehotuksen maksamatta olevien maksujen perimiseksi, ja siinä tapauksessa, ettei maksuja makseta, ennen välitoimihakemuksen hylkäämistä maksujen maksamisen laiminlyönnin vuoksi tai viimeistään samanaikaisesti hylkäämisen kanssa muutoksenhaun osalta toimivaltainen tuomioistuimen jaosto velvoittaa maksamaan oikeudenkäyntimaksut muiden oikeuksien menettämisen yhteydessä, jos (muissa) yksityisoikeudellisissa asioissa Itävallassa, kuten esimerkiksi vahingonkorvauskanteissa tai kilpailusääntöjen rikkomisesta määrättävän kiellon tapauksessa, maksujen maksamatta jättäminen ei muutoin estä siihen liittyvän välitoimihakemuksen ratkaisemista riippumatta siitä, ovatko oikeussuojaan liittyvät maksut jossain määrin maksamatta, eikä kiinteämääräisten maksujen maksamatta jättäminen lähtökohtaisesti estä myöskään siviilituomioistuimissa kanteesta erillään tehdyn välitoimihakemuksen ratkaisemista; ja lisäksi vastaavasti Itävallassa hallinto-oikeudellisia päätöksiä koskevaan muutoksenhakuun liittyvien maksujen tai hallintotuomioistuinten ratkaisuihin perustuslakituomioistuimeen tai ylimpään hallintotuomioistuimeen tehtäviin valituksiin ja Revision-valituksiin liittyvien maksujen maksamatta jättäminen ei johda muutoksenhaun hylkäämiseen

maksujen maksamatta jättämisen vuoksi eikä esimerkiksi myöskään siihen, että näissä muutoksenhakumenettelyissä tai Revision-menettelyissä lykkäävän vaikutuksen tunnustamista koskevat hakemukset voidaan ratkaista ainoastaan hylkäämällä ne?

2.1. Onko vastaavuusperiaatetta tulkittava muut unionin oikeussäännöt huomioon ottaen siten, että se on esteenä sellaisten Itävallan kansallisten säännösten soveltamiselle, joiden mukaan ennen direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 2 artiklan 1 kohdan a alakohdassa säädettyjä väliitoimia koskevan hakemuksen ratkaisemista jaoston puheenjohtajan on yksin toimivana tuomarina annettava maksuja koskeva korjaamiskehotus, koska kiinteämääräisiä maksuja ei ole maksettu riittävästi, ja kyseisen yksin toimivan tuomarin on hylättävä väliitoimihakemus maksujen maksamatta jättämisen vuoksi, jos muutoin Itävallassa nostettavien siviilikanteiden tapauksessa yhdessä kanteen kanssa jätetyn väliitoimihakemuksen osalta tuomioistuinnmaksuista annetun lain (Gerichtsgebührengesetz) nojalla ensimmäisessä oikeusasteessa nostetun kanteen yhteydessä maksettujen maksujen lisäksi ei lähtökohtaisesti tarvitse maksaa muita kiinteämääräisiä tuomioistuinnmaksuja eikä myöskään lykkäävän vaikutuksen tunnustamista koskevista hakemuksista, jotka jätetään yhdessä hallintotuomioistuimelle tehtävän valituksen, ylimpään hallintotuomioistuimeen tehtävän Revision-valituksen tai perustuslakituomioistuimeen tehtävän valituksen kanssa ja joilla on toiminnallisesti sama tai samankaltainen oikeussuojaa koskeva tavoite kuin väliitoimihakemuksella, tarvitse maksaa omia maksuja?

3. Onko julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL 1989, L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/2[3]/EU, 2 artiklan 1 kohdan a alakohtaan sisältyvää vaatimusta ”ryhtyä mahdollisimman pian väliaikaisiin toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena on oikaista väitetty virheellinen menettely tai estää asianomaisiin etuihin kohdistuvat lisävahingot”, tulkittava muut unionin oikeussäännöt huomioon ottaen siten, että tämä kiireellisyysvaatimus antaa subjektiivisen oikeuden väliitoimihakemuksen ratkaisemiseen viipymättä ja on esteenä sellaisten Itävallan kansallisten säännösten soveltamiselle, joiden mukaan tuomioistuimen on myös hankintamenettelyjen, joita ei ole toteutettu avoimesti, tapauksessa ennen väliitoimihakemuksen, jolla on tarkoitus estää hankintaviranomaisen uudet hankinnat, ratkaisemista selvitettävä – vaikka sillä ei olisi tältä osin merkitystä – hankintamenettelyn tyyppi ja hankinnan (ennakoitu) arvo sekä tietyissä hankintamenettelyissä tehtyjen riitautettujen tai riitautettavien päätösten, jotka voidaan riitauttaa erikseen, yhteisarvo ja mahdollisesti myös tietyn hankintamenettelyn osat, jotta tuomioistuimen toimivaltaisen jaoston puheenjohtajana oleva tuomari antaa mahdollisesti korjaamiskehotuksen maksamatta olevien maksujen perimiseksi, ja siinä tapauksessa, ettei maksuja makseta, ennen väliitoimihakemuksen hylkäämistä maksujen maksamisen laiminlyönnin vuoksi tai viimeistään samanaikaisesti hylkäämisen kanssa

muutoksenhaun osalta toimivaltainen tuomioistuimen jaosto velvoittaa hakijan maksamaan oikeudenkäyntimaksut muiden oikeuksien menettämisen yhteydessä?

4. Onko Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) (EUVL 2012, C 326, s. 391) 47 artiklan mukaista oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin tuomioistuimessa tulkittava muut unionin oikeussäännöt huomioon ottaen siten, että siinä annetaan yksityiselle subjektiivisia oikeuksia ja että se on esteenä sellaisten Itävallan kansallisten säännösten soveltamiselle, joiden mukaan tuomioistuimen on myös hankintamenettelyjen, joita ei ole toteutettu avoimesti, tapauksessa ennen välitoimihakemuksen, jolla on tarkoitus estää hankintaviranomaisen uudet hankinnat, ratkaisemista selvitettävä – vaikka sillä ei olisi tältä osin merkitystä – hankintamenettelyn tyyppi ja hankinnan (ennakoitu) arvo sekä tietyissä hankintamenettelyissä tehtyjen riitautettujen päätösten, jotka voidaan riitauttaa erikseen, yhteisarvo ja mahdollisesti myös tietyn hankintamenettelyn osat, jotta tuomioistuimen toimivaltaisen jaoston puheenjohtajana oleva tuomari antaa mahdollisesti korjaamiskehotuksen maksamatta olevien maksujen perimiseksi ja siinä tapauksessa, ettei maksuja makseta, ennen välitoimihakemuksen hylkäämistä maksujen maksamisen laiminlyönnin vuoksi tai viimeistään samanaikaisesti hylkäämisen kanssa muutoksenhaun osalta toimivaltainen tuomioistuimen jaosto velvoittaa hakijan maksamaan oikeudenkäyntimaksut muiden oikeuksien menettämisen yhteydessä?

5. Onko vastaavuusperiaatetta tulkittava muut unionin oikeussäännöt huomioon ottaen siten, että se antaa yksityiselle subjektiivisia oikeuksia jäsenvaltiota kohtaan ja on esteenä sellaisten Itävallan kansallisten säännösten soveltamiselle, joiden mukaan siinä tapauksessa, ettei kiinteämääräisiä maksuja makseta, direktiivissä 89/665/ETY, sellaisena kuin sitä sovelletaan, tarkoitettuja välitoimia koskevan hakemuksen osalta hallintotuomioistuimen jaoston lainkäyttöelimenä on (enää vain) velvoitettava hakija maksamaan kiinteämääräiset maksut (mistä seuraa maksuvelvollisen oikeussuojamahdollisuuksien väheneminen), kun taas siviilioikeudellisissa menettelyissä kanteisiin, välitoimihakemuksiin ja muutoksenhakuihin liittyvät maksut, jos niitä ei makseta, määrätään maksettaviksi tuomioistuimille suoritettavista maksuista ja suorituksista annetun lain (Gerichtliches Einbringungsgesetz) mukaisella päätöksellä ja hallinto-oikeudessa muutoksenhakuihin liittyvät maksut hallintotuomioistuimeen tai perustuslakituomioistuimeen tehtävien valitusten osalta ja Revisionmenettelyihin liittyvät maksut ylimpään hallintotuomioistuimeen tehtävien Revision-valitusten osalta, jos näitä maksuja ei makseta, määrätään yleensä maksettaviksi maksuista vastaavan viranomaisen päätöksessä, josta (nimittäin maksujen määräämisestä tehdystä päätöksestä) voidaan aina valittaa hallintotuomioistuimeen ja sen ratkaisusta puolestaan voidaan tehdä Revision-valitus ylimpään hallintotuomioistuimeen tai valitus perustuslakituomioistuimeen?

6. Onko direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 1 artiklan 1 kohtaa tulkittava muut unionin oikeussäännöt huomioon ottaen siten, että puitejärjestelyn tekeminen vain yhden ainoan talouden toimijan kanssa direktiivin 2014/24/EU 33 artiklan 3 kohdan mukaisesti muodostaa

direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 2 a artiklan 2 kohdassa tarkoitetun sopimuksen tekemisen?

6.1. Onko direktiivin 2014/24/EU 33 artiklan 3 kohtaan sisältyvää ilmaisua ”*puitejärjestelyyn perustuvat hankintasopimukset*” tulkittava siten, että kyseessä on puitejärjestelyyn perustuva hankintasopimus silloin, kun hankintaviranomainen valitsee yksittäisen hankintasopimuksen sopimuspuolen nimenomaisesti tukeutuen tehtyyn puitejärjestelyyn? Vai onko ilmaisua ”*puitejärjestelyyn perustuvat hankintasopimukset*” tulkittava siten, että silloin, kun unionin tuomioistuimen tuomiossa [19.12.2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust ja Coopservice (C-216/17, EU:C:2018:1034, 64 kohta)] tarkoitettu puitejärjestelyn kokonaismäärä on jo käytetty kokonaan, kyseessä ei ole enää hankintasopimus, joka perustuu alun perin tehtyyn puitejärjestelyyn?

7. Onko perusoikeuskirjan 47 artiklan mukaista oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin tuomioistuimessa tulkittava muut unionin oikeussäännöt huomioon ottaen siten, että se on esteenä sellaisen säännöksen soveltamiselle, jonka mukaan hankintamenettelyä koskevassa oikeusriidassa nimetyn hankintaviranomaisen on välitoimihakemusta koskevassa menettelyssä annettava kaikki tarvittavat tiedot ja toimitettava kaikki tarvittavat asiakirjat – ja ellei se tee näin, on mahdollista antaa sitä koskeva yksipuolinen tuomio –, jos tämän hankintaviranomaisen elinten jäsenet tai työntekijät, joiden on annettava nämä tiedot hankintaviranomaisen puolesta, joutuvat näin myös alttiiksi riskille, että jopa heihin itseensä kohdistetaan tietojen antamisen tai asiakirjojen toimittamisen johdosta mahdollisesti rikosoikeudellisia toimenpiteitä?

8. Onko direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/2[3]/EU, 1 artiklan 1 kohtaan sisältyvää edellytystä, jonka mukaan *hankintoja koskevat muutoksenhakumenettelyt on toteutettava varsinkin tehokkaasti*, kun otetaan lisäksi huomioon perusoikeuskirjan 47 artiklan mukainen oikeus tehokkaiseen oikeussuojakeinoihin ja muut unionin oikeussäännöt tulkittava siten, että näissä oikeussäännöissä annetaan subjektiivisia oikeuksia ja että ne ovat esteenä sellaisten kansallisten säännösten soveltamiselle, joiden mukaan oikeussuojaa hakevan välitoimihakemuksen tekijä on velvollinen nimeämään välitoimihakemuksessaan konkreettisen hankintamenettelyn ja hankintaviranomaisen konkreettisen päätöksen, vaikka kyseinen hakija ei sellaisten hankintamenettelyjen tapauksessa, joissa ei ennakolta julkaista ilmoitusta, ei yleensä saa tietoonsa, miten monta hankintamenettelyä, jotka eivät ole avoimia, hankintaviranomainen on toteuttanut ja miten monta hankintaa koskevaa päätöstä hankintamenettelyissä, jotka eivät ole avoimia, on jo tehty?

9. Onko perusoikeuskirjan 47 artiklan mukaista oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin tuomioistuimessa tulkittava muut unionin oikeussäännöt huomioon ottaen siten, että kyseisessä määräyksessä annetaan subjektiivisia oikeuksia ja että se on esteenä sellaisten kansallisten säännösten soveltamiselle, joiden mukaan oikeussuojaa hakeva muutoksenhakija on velvollinen nimeämään välitoimihakemuksessaan konkreettisen hankintamenettelyn ja

hankintaviranomaisen konkreettisen päätöksen, joka voidaan riitauttaa erikseen ja on myös riitautettu, vaikka sellaisen hankintamenettelyn tapauksessa, joka hakijan kannalta ei ole avoin ja jossa ei ennakolta julkaista ilmoitusta, kyseinen hakija ei yleensä voi tietää, miten monta hankintamenettelyä, jotka eivät ole avoimia, hankintaviranomainen on toteuttanut ja miten monta hankintaa koskevaa päätöstä hankintamenettelyissä, jotka eivät ole avoimia, on jo tehty?

10. Onko perusoikeuskirjan 47 artiklan mukaista oikeutta oikeudenmukaisen oikeudenkäyntiin tuomioistuimessa tulkittava muut unionin oikeussäännöt huomioon ottaen siten, että kyseisessä määräyksessä annetaan subjektiivisia oikeuksia ja että se on esteenä sellaisten kansallisten säännösten soveltamiselle, joiden mukaan oikeussuojaa hakevan välitoimihakemuksen tekijä on velvollinen maksamaan kiinteämääräisiä maksuja, joiden määrää se ei voi ennakoita, koska sellaisen hankintamenettelyn tapauksessa, jossa ei ennakolta julkaista ilmoitusta ja joka ei hakijan kannalta ole avoin, hakija ei yleensä voi tietää, onko hankintaviranomainen toteuttanut hankintamenettelyjä, jotka eivät ole avoimia, ja jos, niin miten monta, ja mikä on näiden hankintasopimusten kohteena olevan hankinnan ennakoitu arvo sekä miten monta hankintaa koskevaa päätöstä, jotka voidaan riitauttaa erikseen, tällaisissa hankintamenettelyissä on jo tehty?

Unionin oikeussäännöt, joihin viitataan

Sopimus Euroopan unionin toiminnasta (SEUT), erityisesti sen 81 artiklan 1 kohta

Tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla 12.12.2012 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 1215/2012, erityisesti sen 1 artiklan 1 kohta ja 35 artikla

Direktiivi 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, erityisesti sen 1 artiklan 1 kohta, 2 artiklan 1 kohdan a alakohta ja 2 a artiklan 2 kohta

Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, erityisesti sen 33 artiklan 3 kohta

Euroopan unionin perusoikeuskirja, erityisesti sen 47 artikla

Kansalliset oikeussäännöt, joihin viitataan

Julkisia hankintoja koskeva vuoden 2018 liittovaltion laki (Bundesvergabegesetz 2018, jäljempänä BVergG) (BGBl I 2018, s. 65), erityisesti sen 2, 31 ja 46 §, 142 § ja sitä seuraavat pykälät, 334 ja 336 §, 340 § ja sitä seuraavat pykälät sekä 344, 350, 353, 354, 356 ja 382 §

Yleinen hallintomenettelylaki (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, jäljempänä AVG), erityisesti sen 49 ja 51 §

Bundesverwaltungsgerichtissä sovellettavista kiinteämääräisistä maksuista hankinta-asioissa annettu vuoden 2018 asetus (BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018, jäljempänä kiinteämääräisiä maksuja koskeva asetus) (BGBl II 2018, s. 212)

Edellä mainitut BVergG:n ja kiinteämääräisiä maksuja koskevan asetuksen säännökset voidaan tiivistää seuraavasti:

- Ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa vireille pantavat muutoksenhaut, joiden johdosta hankintaviranomaisten päätöksiä, jotka voidaan riitauttaa erikseen, voidaan todeta mitättömiksi eli kumota direktiivissä 89/665/ETY, sellaisena kuin sitä sovelletaan, tarkoitetussa merkityksessä, edellyttävät, ettei hankintamenettelyssä ole vielä valittu hankintasopimuksen sopimuspuolta. Jos hankintasopimuksen sopimuspuoli on jo valittu, on mahdollista nostaa enää vain vahvistuskanne.
- Muutoksenhaut voivat kohdistua ainoastaan päätöksen, joka voidaan riitauttaa erikseen, mitättömäksi toteamiseen, jolloin sitä, mikä kussakin tapauksessa on päätös, joka voidaan riitauttaa erikseen, on pääteltävä hankintamenettelyn tyypistä riippuen näitä päätöksiä koskevan luettelon, joka sisältyy BVergG:n 2 §:n 15 kohdan a alakohtaan, perusteella.
- Kuten BVergG:n 46 §:ssä säädetään, suorahankintojen sallittu enimmäisarvo on tällä hetkellä 100 000 euroa tämän enimmäisarvon vahvistamisesta annetun asetuksen perusteella.
- Kuten BVergG:n 350 §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä (unionin oikeudessa direktiivin 89/665/ETY 2 artiklassa, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU) säädetään, väli-toimien määrääminen on sallittua ainoastaan sellaisten muutoksenhakujen turvaamiseksi, jotka kohdistuvat tietyssä hankintamenettelyssä tehtyihin päätöksiin, jotka voidaan riitauttaa erikseen. Väli-toimia ei voida määrätä BVergG:n 351 §:n nojalla tehdyn väli-toimihakemuksen perusteella enää sen jälkeen, kun hankintasopimuksen sopimuspuoli on valittu,
- BVergG:n 344 §:n 1 momentissa ja 350 §:n 2 momentissa säädetään, että hakijan on mainittava hankintamenettely ja hankintaviranomaisen siinä tekemät riitautetut päätökset, joiden on oltava BVergG:n 2 §:n 15 kohdan mukaisen luettelon mukaan sellaisia, jotka voidaan riitauttaa erikseen.
- Kuten BVergG:n 344 §:n 1 ja 2 momentista ja 350 §:n 2 momentista ilmenee, muutoksenhaku ja sen turvaamiseksi jätettävä väli-toimihakemus on tehtävä lähtökohtaisesti aina yhdestä ainoasta hankintaviranomaisen päätöksestä.

– Suorahankintoja koskevista muutoksenhauista on maksettava kiinteämääräisinä maksuina 324 euroa suorahankintamenettelyä ja erikseen riitautettua päätöstä kohti. Muutoksenhaun lisäksi tehdystä välitoimihakemuksesta on maksettava lisäksi 50 prosenttia näistä maksuista eli yhteensä 486 euroa (suorahankintaa kohti).

Yhteenveto tosiseikoista ja oikeudenkäyntimenettelystä

- 1 Syksyllä 2020 vastapuolet tekivät (ainakin) 15 puitejärjestelyä Covid-19-tartunnan havaitsemiseen käytettävien antigeenitestien toimittamisesta neuvottelumenettelyssä, josta ei ennakolta julkaistu ilmoitusta. Nämä puitejärjestelyt tehtiin vain yhden talouden toimijan kanssa (direktiivin 2014/24/EU 33 artiklan 3 kohta).
- 2 Valittaja jätti 1.12.2020 ennakkoratkaisua pyytävään tuomioistuimeen kirjelmän, jossa se syytti vastapuolia siitä, että 21:tä puitejärjestelyä, jossa kunkin Covid-19-antigeenitestien hankkimista koskevan sopimuksen arvo oli 3 miljoonaa euroa, ei ollut tehty avoimesti. Valittajan mukaan tämä ja näiden puitejärjestelyjen yhteydessä toteutetut yksittäiset tilaukset vaikuttivat siihen kielteisesti hankintalainsäädännön vastaisesti.
- 3 Valittaja vaati, että BVwG:ssä aloitetaan muutoksenhakumenettely, joka koskee valitun hankintamenettelyn tai valittujen hankintamenettelyjen, neuvottelumenettelyissä, joissa ei julkaistu ilmoitusta, esitettyjen tarjouspyyntöjen ja Bundesbeschaffung GmbH:n (jäljempänä BBG) tekemiin puitejärjestelyihin perustuvien muiden suunniteltujen tilausten tai kilpailukutsujen lainmukaisuutta ja toteaa vastapuolten tekemät eri päätökset mitättömiksi.
- 4 Valittaja jätti 1.12.2020 lisäksi välitoimihakemuksen, jonka mukaan BVwG:n olisi kiellettävä muutoksenhakumenettelyn keston ajan vastapuolia jatkamasta hankintamenettelyä tai -menettelyjä, tekemästä hankintasopimuksia suorahankintana, tekemästä BBG:n puitejärjestelyihin perustuvia tilauksia tai esittämästä kilpailukutsuja, jotka koskevat antigeenitestien hankintaa, ja toteuttamasta antigeenitestien hankintaa koskevaa neuvottelumenettelyä, jossa ei julkaista ilmoitusta.
- 5 BVwG esitti vielä samana päivänä korjaamiskehotuksen, koska kirjelmien perusteella ei ollut selvää, minkä missäkin hankintamenettelyssä tehtyjen konkreettisten päätösten, jotka voidaan riitauttaa erikseen, mitättömäksi toteamista valittaja halusi ja minkä tiettyjen hankintamenettelyjen osalta se vaatii tietynsisältöisten välitoimien määräämistä.
- 6 Valittaja ilmoitti 7.12.2020 päivätyllä kirjelmällä riitauttavansa ainoastaan yhden vastapuolten yhden hankintamenettelyn osalta tekemän päätöksen, joka voidaan riitauttaa erikseen, nimittäin päätöksen hankintamenettelyn valinnasta uusien ”SARS-Cov-2-antigeenitestien (Covid-19)” tilaamiseksi Itävallassa tehtäviä massatestejä varten.

- 7 Valittaja selvensi 9.12.2020 päivätyssä kirjelmässään, ettei sen muutoksenhaku kohdistu BBG:n tekemiin puitejärjestelyihin vaan Itävallan tasavallan tekemään tilaukseen, jota ei olisi saanut tehdä, koska BBG:n tekemissä puitejärjestelyissä tilausten arvo on rajattu 3 miljoonaan euroon. Tämän ylittävä tilaus on siksi hankintalainsäädännössä kielletty suorahankinta. Valittaja mainitsi kolme yritystä, joiden osalta se riitauttaa asianomaisen hankintapäätöksen tai puitejärjestelyyn perustuvan lisätilauksen.
- 8 BVwG pyysi valittajaa ottamaan kantaa maksettaviin kiinteämääräisiin maksuihin. Valittaja totesi, ettei se ole riitauttanut BBG:n tekemiä 21:tä puitejärjestelyä vaan suorahankinnan, joka koski Itävallan tasavallan tekemää (arviolta kahden) miljoonan SARS-Cov-2-antigeenitestin (Covid-19) lisätilausta. Valittajan mukaan maksettavia maksuja ei voida mitenkään laskea 21 puitejärjestelyn yhteisarvon perusteella. Maksujen perusteena on käytettävä yksinomaan tehtyjen tai suunniteltujen toimeksiantojen arvoa.
- 9 Valittaja pyysi ennakkoratkaisua pyytävää tuomioistuinta selvittämään yksityiskohtaisesti, mitä hankintamenettelyjä ja mitä sellaisia hankintaviranomaisen päätöksiä on, jotka voidaan riitauttaa, vaikka hankintamenettelyn tai -menettelyjen ja riitautetun hankintaviranomaisen päätöksen nimeäminen on BVergG:n nojalla hakijan tehtävä.
- 10 Valittaja esitti 5.1.2021 päivätyssä kirjelmässään riitauttavansa enää yksinomaan yritysten S ja I kanssa tehtyjen puitejärjestelyjen perusteella 20.11.2020 lähtien tehdyt tilaukset; tämä ei käynyt ilmi jo 1.12.2020 päivätyistä menettelyn aloittaneesta kirjelmästä. Valittaja katsoi, että S:n ja I:n kanssa tehtyjen puitejärjestelyjen mukainen sallittu tilausmäärä oli ylittynyt. Se korosti toistuvasti riitauttavansa tältä osin kulloisenkin puitejärjestelyn mukaisten sopimusten ennakoitun arvon ylittävät tilaukset (BVergG:n käsitelmäritelmissä tarkoitettuna) ”suorahankintana”. BVwG:n on vielä selvitettävä, saattoiko valittaja tarkoittaa tällä kansallisessa oikeuskäytännössä tarkoitettulla tavalla objektiivisesti tarkasteltuna mahdollisesti hankintamenettelyjä, joissa ei ennakolta julkaistu ilmoitusta.
- 11 Itseen vastaan todistamista koskevan kiellon osalta tosiseikkoja on täsmennettävä sikäli, että erään lehtiartikkelin mukaan liittohallituksen jäsenistä tehtiin ilmeisesti (rikosprosessilain (Strafprozessordnung) 80 §:ssä tarkoitettu rikosilmoitus. Toimivaltainen syyttäväviranomainen vahvisti rikosilmoituksen tekemisen, joten on mahdollista, että tapauksesta voidaan tulevaisuudessa ryhtyä rikosoikeudellisiin toimenpiteisiin.

Pääasian asianosaisten keskeiset lausumat

- 12 Valittaja vetoaa siihen, ettei hankintaa toteutettu avoimesti, koska ei ole tiedossa, onko BBG toteuttanut kyseisen sopimuksen tekemiseksi yksittäisiä, erillisiä hankintamenettelyjä, joissa ei ennakolta julkaistu ilmoitusta, kulloinkin yhden yrityksen kanssa vai yhden ainoan menettelyn kaikkien yritysten kanssa. Tästä

syystä valittaja on pakotettu ottamaan hankintamenettelyjen nimeämisessä huomioon myös mahdollisesti neuvottelumenettelyt, joissa ei ennakolta julkaistu ilmoitusta, ja siten olemassa oleviin puitejärjestelyihin perustuvat mahdolliset kilpailukutsut. Kuten muutoksenhaussa seikkaperäisesti esitettiin, valittajan riitauttamassa päätöksessä on de facto kyse vastapuolten yhdestä ainoasta konkreettisesta päätöksestä, nimittäin päätöksestä tilata epämuodollisesti useita miljoonia kappaleita SARS-Cov-2-antigeenitestejä (Covid-19) (ilman minkäänlaista hankintalainsäädännöllistä perustetta).

- 13 Hankintalainsäädäntöön sisältyvän avoimuusedellytyksen räikeän rikkomisen vuoksi valittajalla ei ole käytettävissään hankintamenettelyä koskevaa ilmoitusta eikä asiakirjoja. Kyse on pikemminkin useiden miljoonien euron arvoisesta suorahankinnan muodosta, jota ei pitäisi salata eikä pitäisi voida salata muodollisten näkökohtien alle.
- 14 Tehokkaan oikeussuojan kannalta hankintamenettelyn konkreettisen nimityksen ei tarvitse olla tiedossa. Kun tavaraa hankitaan kymmenien miljoonien eurojen arvosta siten, ettei siitä julkaista ilmoitusta, ettei valittajalla ole mahdollisuutta tutustua tietoihin, joiden oikeellisuus on varmistettu, (kuten tarjouspyyntöasiakirjoihin) ja että tietämys hankinnasta perustuu ainoastaan tiedotusvälineissä esitettyihin tietoihin, valittajan tehtävänä ei voi olla hankintamenettelyn konkreettinen nimeäminen. Se tarkoittaisi nyt tarkasteltavassa tapauksessa – etenkin avoimuusedellytyksen räikeän rikkomisen perusteella – tehokkaan oikeussuojan mitätöimistä.
- 15 BVergG 2018:n säännösten tulkinta, jonka mukaan valittaja olisi velvollinen ilmoittamaan hankintamenettelyn tai -menettelyjen tarkan lukumäärän ja nimityksen sekä vastapuolten päätösten, jotka voidaan riitauttaa erikseen, nimitykset, vaikka sen ei ole vastapuolen avoimuuden puutteen vuoksi mahdollista saada niitä tietoonsa, olisi ristiriidassa unionin tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössään tehokkaalle oikeussuojalle asettamien vaatimusten kanssa.
- 16 Vastapuolet kiistävät valittajan asiavaltuuden ja vaativat välitoimihakemusten tutkimatta jättämistä ja toissijaisesti niiden hylkäämistä.
- 17 Koska BVergG 2018:n 344 §:n, jossa säädetään, että saman lain 342 §:n 1 momentin mukaisessa hakemuksessa on mainittava kyseisen hankintamenettelyn ja riitautetun päätöksen, joka voidaan riitauttaa erikseen, nimitys, yksiselitteisen sanamuodon mukaan valittaja on itse velvollinen nimeämään riitautetun päätöksen jo hakemuksessa täsmällisesti, BVwG ei ole Verwaltungsgerichtshofin oikeuskäytännön mukaan velvollinen selvittämään tosiseikkoja.
- 18 Vastapuolten näkemyksen mukaan valittajan muutoksenhaku ja välitoimihakemus ovat perusteettomia, ja eikä niillä pyritä tarjoajan subjektiivisen oikeuden täytäntöönpanoon. Niitä ei siten voida ottaa tutkittavaksi.

Yhteenveto ennakkoratkaisupyynnön perusteista

- 19 BVwG:n ratkaistavana on nyt käsiteltävässä asiassa tilanne, jossa valittaja on nimennyt riitauttamansa kohteet ja myös turvaamisvaatimuksen vaihtelevasti.
- 20 Itävallassa on maksettava kiinteämääräisiä maksuja tietyssä hankintamenettelyssä tehtyjen riitautettujen päätösten lukumäärän ja muutoksenhaun ja välitoimihakemuksen kohteena olevan hankintamenettelyn mukaan.
- 21 Kansallinen näkemys tästä maksuja koskevasta sääntelystä on, että Verfassungsgerichtshofin oikeuskäytännön mukaan ennen kiinteämääräisten maksujen maksamista tai niiden määräämistä maksettavaksi päätöksellä BVwG ei voi hyväksyä tai hylätä muutoksenhakua eikä välitoimihakemusta tai jättää sitä tutkimatta taikka oikeussuojahakemuksen peruuttamisen jälkeen keskeyttää asian käsittelyä, koska maksettavia kiinteämääräisiä maksuja ei voi enää määrätä maksettaviksi oikeussuojahakemuksen ratkaisemisen jälkeen. Riittävien maksujen maksaminen on siis edellytys asian ratkaisemiselle.
- 22 Jos maksettavaksi kuuluvia maksuja ei määrätä maksettavaksi, tuomioistuimen jäsenten voitaisiin katsoa syyllistyneen varallisuusvahingon aiheuttamiseen valtiolle lainvastaisella menettelyllä.
- 23 Itävallan liittovaltion oikeusjärjestyksessä ei muutoin tunneta oikeussuojaan liittyvien maksujen osalta tällaisia menettelyn keston perusteella rajoitettuja vanhentumissäännöksiä. Mahdollisuuteen määrätä maksujen maksamisesta sovelletaan yleensä huomattavasti pidempiä määräaikoja (esim. siviilioikeudellisissa asioissa 5 vuotta tai Verwaltungsgerichtshofiin tehtävien Revision-valitusten tapauksessa 3 vuotta).
- 24 Etenkin nyt kyseessä olevien kaltaisten hankintatoimintojen, joita ei ole toteutettu avoimesti, tapauksessa ennen maksujen maksettavaksi määräämistä on tehtävä erittäin laajoja tosiseikkoja koskevia selvityksiä, jotka eivät olisi lainkaan tarpeellisia itse oikeussuojahakemusten ratkaisemiseksi.
- 25 Hakija ei voi tällaisten hankintoatoimien, joita ei ole toteutettu avoimesti, tapauksessa muun muassa oikeussuojahakemustaan esittäessään (joka synnyttää maksuvelvollisuuden) lainkaan tietää, paljonko kiinteämääräisiä maksuja se joutuu lopulta maksamaan sen mukaan, montako suorahankintaa tai neuvottelumenettelyä, jossa ei ennakolta ole julkaistu ilmoitusta, on tosiasiallisesti toteutettu ja montako päätöstä, jotka voidaan riitauttaa erikseen, niissä on tehty.
- 26 BVwG:n on maksuja koskevan lainsäädännön mukaisesti myös selvitettävä, onko hakija mahdollisesti peruuttanut hakemuksensa muuttamalla oikeussuojahakemuksiaan yhden kerran tai useita kertoja, mikä voi johtaa siihen, että kiinteämääräisiä maksuja alennetaan jälkikäteen 25 prosenttia jokaista sellaista oikeussuojahakemusta kohti, johon liittyy maksuja. Sen on myös selvitettävä, on todellisuudessa mahdollisesti esitetty uusia oikeussuoja vaatimuksia.

- 27 Tässä yhteydessä merkityksellistä ei ole Verwaltungsgerichtshofin oikeuskäytännön mukaan (ensisijaisesti) esimerkiksi hakijan tekemä hankintamenettelyn nimeäminen vaan se, mihin hakemus sisällöllisesti kohdistui, koska menettelyyn liittyvät maksut ja mahdollinen hyöty määräytyvät sen mukaan.
- 28 Kun (esimerkiksi antigeenitestejä koskevien) hankintasopimusten, joissa hankinnan ennakoitu arvo on kolme miljoonaa euroa puitejärjestelyä kohti, yhteydessä riitautetaan – myös välitoimihakemuksilla – Itävallan tasavallan kaltaisten valtionhallintoon kuuluvien hankintaviranomaisten kolme päätöstä ja 21 väitettyä puitejärjestelyä, kiinteämääräisten maksujen määrä olisi 1 062 424 euroa.
- 29 Valittaja on maksanut kiinteämääräisiä maksuja tähän mennessä 486 euroa.
- 30 Kun kyse on hankintatoiminnoista, joita ei ole toteutettu avoimesti, ja asianajajalle kuuluvaa huolellisuutta noudattaen toteutetuista prosessitoimista esimerkiksi 21 hankintamenettelyssä ja niissä tehtyjen, riitautettujen kolmen päätöksen, jotka voidaan riitauttaa erikseen, osalta ja kun hankinnan arvo ylittää yli 20-kertaisesti hankintasopimuksille määritetyn enimmäisarvon, valittajan kaltainen asianosainen voi saada mahdollisesti vasta maksuja koskevan korjaamiskehotuksen muodossa vaatimuksen maksaa yli miljoona euroa kiinteämääräisiä maksuja, joihin se ei ollut välttämättä aiemmin varautunut.
- 31 BVwG:n on nyt Verfassungsgerichtshofin ylimpänä oikeusasteena asiassa V 64/2019 antaman oikeuskäytännön mukaisesti annettava ensin maksuja koskeva korjaamiskehotus, jos valittaja ei maksa maksuja riittävästi, ja tämän jälkeen, jos maksukehotuksessa vaadittuja kiinteämääräisiä maksuja ei makseta, annettava näitä maksuja koskeva määräys täytäntöönpanoperusteen saamiseksi ennen kuin esimerkiksi edellä kuvatut muutoksenhaku ja välitoimihakemukset voidaan ratkaista.
- 32 Tässä yhteydessä selvennetään, että kansallisen lain sanamuodon mukaan velvollisuus maksaa maksuja ei poistu myöskään silloin, jos muutoksenhaku ja välitoimihakemus on hylättävä, koska maksuja ei ole maksettu.
- 33 BVergG:n mukaan ainoastaan tietyssä hankintamenettelyssä tehtyjä päätöksiä, jotka voidaan riitauttaa erikseen, voidaan kumota direktiivissä 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, tarkoitetussa merkityksessä ja todeta mitättömäksi BVergG:n käsitteistössä tarkoitetussa merkityksessä.
- 34 Nyt käsiteltävässä asiassa kyseeseen tulee siten joko BVergG:n mukaisen suora hankintamenettelyn tapauksessa *suorahankinnan valinta* tai puitejärjestelyn tekemiseksi vain yhden talouden toimijan / yrityksen kanssa toteutetussa neuvottelumenettelyssä, jossa ei ennakolta julkaista ilmoitusta, tältä osin 2 §:n 15 kohdan a alakohdassa luetellut havaittavissa olevat hankintaviranomaisen päätökset.

- 35 Valittajan on siten nimettävä muutoksenhaussa ja vastaavassa välitoimihakemuksessaan hankintamenettely ja päätös, joka voidaan riitauttaa erikseen. Jos hankintamenettelyjä, joihin haetaan muutosta, on useita, on oltava selvää, mitkä missäkin hankintamenettelyssä tehdyt päätökset, jotka voidaan erikseen riitauttaa, riitautetaan.
- 36 Jos kyseessä on puitejärjestely, joka tehdään vain yhden ainoan yrityksen / talouden toimijan kanssa ja jossa ei ennakolta julkaista ilmoitusta, viimeisin päätös, jonka valituksi tulleen yrityksen kilpailijat voivat tältä osin riitauttaa, on päätös siitä, minkä yrityksen kanssa puitejärjestely on tarkoitus tehdä.
- 37 Tämän perusteella direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, nojalla oikeussuojaa hakevalle jää silloin, kun hankintaa ei ole toteutettu avoimesti, jäljelle enää vain hankintakohtainen oikeussuojakeino eli vahvistusvaatimus.
- 38 Jos kyseessä ovat todisteista tehtävän päätelmän mukaisesti tosiasiallisesti BVergG:n 31 §:n 11 momentissa tarkoitettut suoramankinnat, muutoksenhaussa voidaan riitauttaa ainoastaan suoramankintamenettelyn valinta.
- 39 Muutoksenhaun yhteydessä BVwG:ssä tulee nyt käsiteltävässä asiassa esille ennen kaikkea kysymys siitä, onko oikeussuoja vastaava, tehokas ja oikeudenmukainen, jos hakijalle asetetaan, kun se hakee muutosta hankintamenettelyyn, jota ei sen kannalta ole avoin, tai tekee sitä koskevan välitoimihakemuksen, tällaisia hankintamenettelyä koskevia nimeämisvelvoitteita.
- 40 Jos näille nimeämisvelvoitteille ei löydy perustaa unionin oikeudessa ja ne ovat siten pätemättömiä tai niitä on jätettävä soveltamatta, olisi mahdollista katsoa, että BVwG:llä on tältä osin viran puolesta toimivalta selvittää ja todeta mitättömiksi hankintaviranomaisten tietyissä hankintamenettelyissä tekemiä yksilöitävissä olevia päätöksiä, jotka voitaisiin sitten kumota ennen sopimuspuolen valintaa. Jos kyseiset nimeämisvelvoitteet taas ovat unionin oikeuden mukaisia, BVwG:n on mahdollisesti hylättävä korjaamismenettelyn jälkeen muutoksenhaku ja välitoimihakemus, koska hankintamenettelyä (tai -menettelyjä) ja siinä tehtyä päätöstä (tai päätöksiä) ei ole nimetty vastaavalla tavalla.

Vastaavuus- ja tehokkuusperiaate

- 41 Julkisia hankintoja koskevat aineelliset säännökset, joihin kuuluvat säännökset, joissa säädetään ennen kaikkea ennen sopimuksen tekemistä sovellettavista menettelyvelvoitteista hankintaviranomaisille, joita julkisia hankintoja koskevat säännökset sitovat, ja sopimuksesta kiinnostuneille yrityksille, ovat tässä esitettävän näkemyksen mukaan sopimuksen tekemiseen sovellettavina säännöksinä erityistä siviilioikeutta ja kuuluvat siten asetuksen N:o 1215/2012 soveltamisalaan.

- 42 Asetuksen N:o 1215/2012 25 artiklassa säädetään mahdollisuudesta määrittää toimivaltainen tuomioistuin tekemällä tuomioistuimen toimivaltaa koskeva sopimus. Itävallan Verwaltungsgerichtshof on sulkenut kansallisten menettelysääntöjen nojalla julkisia hankintoja koskevien säännösten alalla pois mahdollisuuden tehdä tuomioistuimen toimivaltaa koskeva sopimus. Tästä voitaisiin päätellä, että Itävallassa BVergG:hen sisältyvät julkisia hankintoja koskevat säännökset eivät ole siviilioikeutta.
- 43 Julkisia hankintoja koskevien aineellisten säännösten kuuluminen siviilioikeuteen (ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys) on vastaavuusperiaatteen yhteydessä esitettyjen ennakkoratkaisukysymysten esikysymys.
- 44 Saksan Bundesverwaltungsgericht (liittovaltion ylin hallintotuomioistuin) lähtee – kansainvälisen vertailun pohjalta – siitä, että julkisia hankintoja koskevien säännösten on katsottava kuuluvan siviilioikeuteen (BVerwG 2.5.2007, BVerwG 6 B 10.07 oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 45 Koska välitoimilla, sellaisina kuin niistä säädetään direktiivin 89/665/ETY sovellettavassa versiossa ja myös kansallisessa BVergG:ssä, sopimuksen tekemistä koskevia mahdollisuuksia voidaan tilapäisesti rajoittaa merkittävästi, nyt käsiteltävässä asiassa katsotaan, että myös direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukainen menettely välitoimien määräämiseksi on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen 15.10.2009 annetussa tuomiossa Micallef v. Malta, 15BSW 17056/06, tarkoitettu yksityisoikeudellisia vaatimuksia koskeva menettely.
- 46 Unionin oikeuteen sisältyvä vastaavuusperiaate edellyttää, että unionin oikeuteen perustuvien oikeuksien käyttäminen ei saa ilman objektiivista perustetta olla vaikeampaa kuin kansalliseen oikeusjärjestykseen perustuvien oikeuksien käyttäminen.
- 47 Unionin oikeudessa kielletään näin ollen vastaavuusperiaatteella unionin oikeuteen perustuviin oikeuksiin vetoamisen asettaminen prosessioikeudellisesti epäedullisempaan asemaan sellaisiin menettelysääntöihin nähden, joita sovelletaan täysin jäsenvaltion sisällä annettuihin oikeuksiin vetoamiseen.
- 48 Yksityisoikeudellisissa riita-asioissa, jotka pannaan vireille nostamalla kanne ensimmäisenä oikeusasteena toimivassa Bezirks- tai Landesgerichtissä (piirioikeudessa tai osavaltion tuomioistuimessa), kiinteämääräisiä tuomioistuinmaksuja maksetaan oikeusriidan kohteen arvon perusteella, jonka kantaja, joka on rinnastettavissa julkisia hankintoja koskevissa säännöksissä tarkoitettuun hakijaan, tietää yleensä etukäteen. Kantaja siis tietää, mihin maksuihin sen on varauduttava.
- 49 BVergG:n 340 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaan välitoimihakemuksesta on maksettava kiinteämääräisiä maksuja 50 prosenttia muutoksenhakuun liittyvien maksujen määrästä, vaikka välitoimia haettaisiin menettelyn käynnistävän

muutoksenhaun yhteydessä, kun taas Itävallan siviilituomioistuimissa tällaisesta kanteeseen liittyvästä välitoimihakemuksesta ei tarvitse maksaa erillistä kiinteämääräistä maksua, vaikka kanteeseen lähtökohtaisesti liittyikin tällainen maksuvelvollisuus.

- 50 Nyt käsiteltävässä asiassa keskeistä vaikuttaa kuitenkin olevan se, että tuomioistuinmaksuista annetun lain mukaisten kiinteämääräisten maksujen tapauksessa kanteiden ja välitoimihakemusten osalta jo tapahtunut maksujen maksaminen ei ole edellytys asian ratkaisemiselle ja että valtio ei menetä näin oikeuttaan näihin maksuihin.
- 51 BVerG:n mukaisista kiinteämääräisistä maksuista poiketen kiinteämääräiset tuomioistuinmaksut, joita ei ole maksettu, määrätään maksettaviksi hallintoviranomaisen päätöksellä, eikä tämä vaikuta muutoin kanteen tai välitoimihakemuksen ratkaisemiseen.
- 52 Maksujen määräämisestä tehdystä päätöksestä voidaan valittaa BVwG:hen, jolla on täysi toimivalta ratkaista asia. BVwG:n maksuja koskevista päätöksistä voidaan puolestaan tehdä vielä Revision-valitus Verwaltungsgerichtshofiin tai valitus Verfassungsgerichtshofiin.
- 53 Tältä osin BVwG:ssä muutosta hakevat ja sille välitoimihakemuksen tekevät, jotka käyttävät unionin oikeudessa direktiivissä 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, säädettyä oikeussuojamenettelyä, vaikuttavat olevan monin tavoin epäedullisemmassa asemassa täysin kansallisiin oikeussuojamenettelyihin nähden.
- 54 BVwG:lle yleensä muutoksenhaun yhteydessä tehdystä välitoimihakemuksesta on siviiliprosessista poiketen maksettava aina lisäksi kiinteämääräisiä maksuja.
- 55 Muutoksenhaku ja välitoimihakemus hylätään BVergG:n nojalla, jos hakija ei maksa kiinteämääräisiä maksujaan määrää, joka sen on tuomioistuimen käsityksen mukaisesti maksettava, maksuja koskevan korjauskehottuksen jälkeen; hakija menettää oikeutensa oikeussuojavaatimuksen sisällölliseen ratkaisemiseen jo maksujen maksamatta jättämisen vuoksi. Muutoksenhakua tai välitoimihakemusta ei kuitenkaan BVergG:n nojalla voida hylätä myöskään muista syistä kuin maksujen laiminlyönnin vuoksi ennen maksujen määräämisestä tehtyä päätöstä, vaikka asia olisi jo ratkaisukelpoinen. Sillä, että maksuja koskeva kysymys on ratkaistava ensin – koska tuomarit saattavat muutoin joutua vastuuseen siitä, ettei kiinteämääräisiä maksuja ole määrätty maksettavaksi – ennen kuin voidaan ratkaista välitoimihakemukset, on mahdollisesti kielteisiä vaikutuksia etenkin hankintaviranomaisiin, joita uhkaa välitoimihakemuksiin lainsäädännössä liittyvä lykkäävä vaikutus.
- 56 Jos BVwG lainkäyttöelimenä määrää BVergG:n mukaisia kiinteämääräisiä maksuja maksettavaksi, hakijalla ei ole – kuten muissa tapauksissa – oikeutta valittaa päätöksestä Verwaltungsgerichtiin, jolla on täysi toimivalta ratkaista asia, vaan sen on joko tehtävä Revision-valitus Verwaltungsgerichtshofiin, jossa näytön

arviointiin liittyviä kysymyksiä voidaan tutkia ainoastaan hyvin rajoitetusti, tai valitus Verwaltungsgerichtshofiin, johon voidaan lähtökohtaisesti tehdä valitus ainoastaan lainvastaisten, yleisesti abstraktien oikeussäätöjen soveltamisesta tai oikeuden perustuslainvastaisesta soveltamisesta yksittäistapauksessa.

- 57 Oikeuksien laajempaa vertailua varten on esitettävä myös maksujärjestelmä, joka koskee Verwaltungsgerichtiin tehtäviä valituksia, Verwaltungsgerichtshofiin tehtäviä Revision-valituksia ja Verwaltungsgerichtin ratkaisusta Verwaltungsgerichtshofiin tehtäviä valituksia, sanotun kuitenkin rajoittamatta tässä esitettyä näkemystä, jonka mukaan yksityisoikeudellisia kanteita ja niihin liittyviä välimiuhakemuksia koskevan maksujärjestelmän ja muutoksenhakuja, toteamisvaatimuksia ja välimiuhakemuksia koskevan maksujärjestelmän on oltava yhtä edullisia unionin oikeudessa vahvistetun vastaavuusperiaatteen mukaisesti.
- 58 Myös niihin liittyy maksuja. Jos Verwaltungsgerichtiin tehtävien valitusten tai Verwaltungsgerichtshofiin tehtävien valitusten taikka Verwaltungsgerichtshofiin tehtävien Revision-valitusten yhteydessä jätetään lykkäävän vaikutuksen tunnustamista (tai hylkäämistä) koskevia hakemuksia, joilla toiminnallisesti saavutetaan sama asia kuin välimiuhilla, Verwaltungsgerichtshof on tähän mennessä aina katsonut, että tällaisista hakemuksista, jotka jätetään yhdessä valituksen tai Revision-valituksen kanssa, ei liitännäisinä hakemuksina tarvitse maksaa lisää kiinteämääräisiä maksuja.
- 59 Yhdessäkään edellä hallinto-oikeuden alan osalta esitetyissä maksuja koskevissa sääntelyissä maksujen maksaminen ei ole tutkittavaksi ottamisen edellytys asianomaisen muutoksenhaun sisällölliselle ratkaisemiselle.
- 60 Jos näitä kolmea edellä kuvattua muutoksenhakuun liittyvää maksua ei makseta, toimivaltainen Finanzamt määrää ne maksettavaksi päätöksellä. Maksuvelvollisella on sen jälkeen oikeus valittaa päätöksestä Bundesfinanzgerichtiin (liittovaltion ylin verotuomioistuin), jolla on täysi toimivalta ratkaista asia, ja Bundesfinanzgerichtin ratkaisusta voidaan puolestaan tehdä Revision-valitus Verwaltungsgerichtshofiin tai valitus Verwaltungsgerichtshofiin.
- 61 Unionin oikeudessa vahvistetun tehokkuusperiaatteen mukaan kansalliset säännökset eivät saa tehdä unionin oikeudessa julkisten hankintojen alalla annettujen oikeuksien käyttämisestä käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa. Tämä oikeuksien tehokkaan käyttämisen edellytys mainitaan myös direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 1 artiklassa ja perusoikeuskirjan 47 artiklassa.
- 62 Direktiivillä 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, on tarkoitus taata nopea ja tehokas muutoksenhaku, joka voi johtaa hankintaviranomaisten päätösten kumoamiseen. Tämän direktiivin nojalla annettulla välimiuhmääräyksellä on tarkoitus mahdollistaa se, että

muutoksenhakua ja mitättömäksi toteamista koskevan päävaatimuksen yhteydessä voidaan ryhtyä mahdollisimman pian väliaikaisiin toimenpiteisiin.

- 63 Mainitun direktiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan myös puitejärjestelyt ovat direktiivissä tarkoitettuja sopimuksia.
- 64 Direktiivin 89/665/ETY säännökset ovat ehdottomia ja riittävän täsmällisiä, jotta ne perustavat yksityiselle oikeuden, näin esimerkiksi unionin tuomioistuin katsoi asiassa C-391/15.
- 65 Tältä osin BVwG katsoo, että unionin oikeudessa annetaan subjektiivinen oikeus siihen, että muutoksenhaut ja välitoimihakemukset on ratkaistava mahdollisimman nopeasti ja tuomioistuimissa maksettaviin kiinteämääräisiin maksuihin liittyvistä kysymyksistä riippumatta.
- 66 Kansallisella tasolla erityisesti julkisia hankintoja koskevan oikeussuojan osalta käyttöön otetun maksujärjestelmän osalta BVwG pohtii, voiko se olla unionin oikeuden mukainen, tehokas, oikeudenmukainen, vastaava ja nopean menettelyn mukainen, jos hankintamenettelyjen, joita ei ole toteutettu avoimesti, yhteydessä hakemuksen jättämisaikana syntyy velvollisuus maksaa tuomioistuinmaksuja, joiden määrä ei hakemuksen jättämisaikana ole vielä lainkaan tiedossa.
- 67 Toisin sanoen esille tulee kysymys, onko se etenkin vastaava, tehokas ja oikeudenmukainen tai nopean muutoksenhaku- ja välitoimimenettelyn mukainen, jos jopa sellaisissa asioissa, jotka ovat mahdollisesti ratkaisukelpoisia, BVwG:n on muutoksenhaun ja välitoimihakemuksen osalta vielä toisella tasolla ensin selvitettävä, miten monta, milloin ja miten monessa hankintamenettelyssä tehtyä hankintaviranomaisen päätöstä hakijan menettelyn vireille panemisen ajankohtana objektiivisesti ilmaisevan tahdon mukaisesti tehdyllä muutoksenhaulla ja siihen liittyvällä välitoimihakemuksella riitautettiin ja miten monta muutoksenhakuvaatimusta ja niihin liittyvää välitoimihakemusta hakija on vielä pitänyt voimassa sen jälkeen, nyt tarkasteltavassa tapauksessa esimerkiksi 5.1.2021.

Yksittäiset ennakkoratkaisukysymykset

- 68 BVwG:n näkemyksen mukaan on ensin selvitettävä unionin oikeustila ja unionin oikeuden välitön oikeusvaikutus sekä sen kanssa ristiriidassa olevien kansallisten säännösten soveltamatta jättäminen, ennen kuin selvennetyn oikeustilan perusteella toteutetaan enemmän tai vähemmän kattavia muita tosiseikkojen selvitystoimia asian kannalta merkityksellisen tapauskohtaisen oikeustilan osalta.
- 69 **Kysymys 1:** Jos julkisia hankintoja koskevissa aineellisissa säännöksissä on kyse siviilioikeuden tietystä osasta, unionin oikeuteen sisältyvä vastaavuusperiaate vaikuttaa edellyttävän, että hakijaa ei kohdella oikeuksiin vetoamisen osalta

julkisia hankintoja koskevissa säännöksissä epäedullisemmin kuin muussa puhtaasti kansallisessa siviilioikeudessa.

- 70 Näihin kysymyksiin ehdotetaan vastattavaksi siten, että julkisia hankintoja koskeva aineellinen oikeusniiden säännösten kokonaisuutena, joissa asetetaan sopimuksen tekemistä edeltäviä oikeuksia ja velvoitteita sopimuksen laadinnan aikana, on muiden sopimuksen tekemiseen sovellettavien säännösten tapaan katsottava kuuluvan siviilioikeuteen ja että direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaiset väliaikaiset toimenpiteet ovat samoin siviilioikeudellisia menettelyjä ja joka tapauksessa asetuksen N:o 1215/2012 35 artiklassa tarkoitettuja menettelyjä.
- 71 **Kysymys 2:** Tällä kysymyksellä tiedustellaan, johtaako unionin oikeuteen sisältyvä vastaavuusperiaate yhdessä muun unionin oikeuden kanssa siihen, että edellä kuvattua kansallista maksuja koskevaa järjestelmää ei voida soveltaa.
- 72 Jos unionin tuomioistuin vastaa tähän kysymykseen siten, että unionin oikeus johtaa siihen, että välitoimihakemus ja muut yksilön oikeussuojaa koskevan lainsäädännön mukaiset muutoksenhaut Itävallassa voidaan ratkaista kiinteämääräisiä maksuja koskevasta kysymyksestä ja näiden maksujen maksamisesta riippumatta, BVwG voisi pitää nyt tarkasteltavassa tapauksessa maksujen vahvistamiseen tarvittavia selvittämistoimia toissijaisina ja prosessiekonomian periaatteen mukaisesti ratkaista välitoimihakemuksen tai -hakemukset selvittelyn lopputuloksen mukaan hyvin todennäköisesti erittäin nopeasti, ilman että sen on ensin tehtävä kattavia selvityksiä hankintamenettelyjen lukumäärästä.
- 73 **Kysymys 2.1:** Etenkin unionin oikeuteen sisältyvän vastaavuusperiaatteen taustaa vasten tiedustellaan, voidaanko unionin oikeuden nojalla välitoimihakemukselle asettaa oma kiinteämääräinen maksu, jos se jätetään muutoksenhaun yhteydessä, vaikka siviilioikeudessa kanteeseen liittyvistä välitoimihakemuksista ei muutoin tarvitse maksaa erillistä maksua kanteesta perittävän maksun lisäksi ja hallinto-oikeudessa muutoksenhakuun liittyvistä lykkäävää vaikutusta koskevista hakemuksista ei muutoin peritä erillistä maksua.
- 74 Jos unionin tuomioistuin toisin sanoen lausuu, että muutoksenhakijan ei tarvitse maksaa muutoksenhaun yhteydessä tehdyistä välitoimihakemuksista erillisiä välitoimihakemukseen liittyviä maksuja, koska siinä tapauksessa sitä syrjittäisiin menettelysäännöissä muihin muutoksenhakijoiden nähden Itävallassa, valittajan välitoimihakemus voitaisiin ratkaista huomattavasti nopeammin ja etenkin ilman, että on tarpeen toteuttaa maksujen määrittämiseksi vaadittavia selvittämistoimia.
- 75 **Kysymys 3:** Tällä kysymyksellä tiedustellaan, onko unionin oikeuden nojalla – etenkin kun otetaan huomioon direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 1 artiklan 1 kohdassa säädetty nopeaa muutoksenhakua koskeva edellytys tai saman direktiivin 2 artiklan 1 kohdan a alakohdassa säädetty mahdollisimman pian toimenpiteisiin ryhtymistä koskeva

edellytys – kiellettyä asettaa muutoksenhaun tai välitoimihakemuksen nopean käsittelyn edellytykseksi se, että tuomioistuinmaksut, jotka tällaisesta muutoksenhausta tai välitoimihakemuksesta on maksettava, joko on maksettu tai maksetaan maksuja koskevan korjaamiskehotuksen jälkeen tai niiden maksamatta jättäminen johtaa muutoksenhaun tai välitoimihakemuksen hylkäämiseen, jos muutoksenhaku tai välitoimihakemus voitaisiin mahdollisesti ratkaista hyvin nopeasti maksuja koskevasta kysymyksestä riippumatta. Tähän kysymykseen ehdotetaan vastattavaksi siten, että tämä on kiellettyä.

- 76 **Kysymys 4:** Asiaa käsittelevän jaoston näkemyksen mukaan kaikkien menettelyn osapuolten kannalta on epäoikeudenmukaista, jos tuomioistuimen on nyt tarkasteltavan hankintatoiminnan, jota ei ole toteutettu avoimesti, tapauksessa toteutettava laajoja selvityksiä maksujen määrittämisen kannalta merkityksellisistä tosiseikoista, mahdollisesti annettava maksuja koskeva korjaamiskehoitus ja sen jälkeen tarvittaessa hylättävä muutoksenhaku tai välitoimihakemus, koska vastaavia maksuja ei ole maksettu. Jos tällainen maksuja koskeva järjestelmä on unionin oikeuden nojalla kielletty ja sitä on näin ollen myös jätettävä kansallisesti soveltamatta, BVwG voisi ratkaista kyseessä olevat muutoksenhaun ja välitoimihakemukset mahdollisesti paljon nopeammin.
- 77 **Kysymys 5:** Hallintoviranomaisen tekemästä tuomioistuinmaksuja koskevasta päätöksestä voidaan tavallisesti valittaa Verwaltungsgerichtiin, jolla on täysi toimivalta ratkaista asia, kun taas muutoksenhaku, vahvistamisvaatimusta ja välitoimihakemuksia koskevien BVergG:n mukaisten hankintamenettelyihin liittyvien tuomioistuinmaksujen tapauksessa ensimmäisessä oikeusasteessa maksuista tehdyn päätöksen jälkeen tästä päätöksestä voidaan valittaa vain Verfassungsgerichtshofiin ja Verwaltungsgerichtshofiin ja nämä kaksi ylimmän oikeusasteen tuomioistuinta eivät suorita kattavaa tutkintaa (ks. edellä 57 kohta).
- 78 Siviilikanteita tai hallinto-oikeudellisia muutoksenhakuja koskevien tuomioistuinmaksujen tapauksessa hallintoviranomainen tekee sitä vastoin maksujen määräämistä koskevan päätöksen, josta voidaan aina valittaa toimivaltaiseen Verwaltungsgerichtiin, ja sen ratkaisu voidaan puolestaan riitauttaa tekemällä Revision-valitus Verwaltungsgerichtshofiin tai valitus Verfassungsgerichtshofiin.
- 79 Asiaa käsittelevän jaoston näkemyksen mukaan tällainen oikeussuojan kannalta syrjivä tuomioistuinmaksuja koskeva kansallinen sääntely, josta säädetään BVergG:ssä julkisten hankintojen osalta annettavan oikeussuojan osalta, on unionin oikeuden nojalla yleisesti kielletty, etenkin jos ajatellaan, että näiden tuomioistuinmaksujen maksaminen on muista tuomioistuinmaksuista poiketen jopa edellytys asiakasyksikön ratkaisemiselle.
- 80 **Kysymys 6:** Tällä kysymyksellä tiedustellaan, muodostaako – etenkin kun otetaan huomioon direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2014/23/EU, 1 artiklan 1 kohta – puitejärjestelyn tekeminen vain yhden ainoan

talouden toimijan kanssa hankintaviranomaisen näkökulmasta edellä mainitussa direktiivissä tarkoitettujen sopimusten tekemisen ja siten kansallisen oikeuden mukaisen hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnan.

- 81 Jos tähän kysymykseen vastataan myöntävästi, BVwG:ssä jatkettavassa selvittelymenettelyssä on unionin oikeuden mukaisesti selvää, että jo kyseisestä ajankohdasta lähtien on voitu esittää enää vain BVergG:n 334 §:n mukaisia vahvistamisvaatimuksia ja että välitoimihakemukset on hylättävä jo senkin vuoksi, että ”hankintasopimuksen sopimuspuolen valinta” on jo tapahtunut.
- 82 Näihin molempiin kysymyksiin ehdotetaan vastattavaksi siten, että puitejärjestelyn tekeminen vain yhden ainoan talouden toimijan kanssa muodostaa sopimuksen tai hankintasopimuksen tekemisen, sillä mainitun direktiivin 1 artiklassa säädetään jo näiden rinnastamisesta.
- 83 **Kysymys 6.1:** Tällä kysymyksellä pyritään selvittämään, perustuvatko puitejärjestelyyn tukeutuen tehdyt sopimukset tähän puitejärjestelyyn myös silloin, jos unionin tuomioistuimen asiassa C-216/17 antamassa tuomiossa tarkoitettu puitejärjestelyn kokonaismäärä on jo ylittynyt. Jos tähän kysymykseen vastataan myöntävästi, vastaavissa päätelmissä olisi kansallisen oikeuden perusteella lähdettävä siitä, että myös kokonaismäärän ylittävät sopimukset, koska ne on tehty puitejärjestelyn tekemisen jälkeen, voitaisiin riitauttaa enää vain vahvistamisvaatimuksilla eikä tältä osin voitaisi määrätä välitoimia.
- 84 Jos unionin tuomioistuin sitä vastoin katsoo, että alkuperäisen puitejärjestelyn kokonaismäärän ylittymisen jälkeen tehdyt yksittäiset sopimukset eivät enää perustu alkuperäiseen puitejärjestelyyn, tällaisessa tapauksessa on tutkittava, ovatko uudet yksittäiset sopimukset (olleet) joko kansallisen oikeuden mukaisia suorahankintoja tai onko hankintamenettelyssä, jota ei ole toteutettu avoimesti, ollut tarkoitus tehdä tai tehty tavarahankintoja koskeva sopimus vai onko näitä yksittäisiä sopimuksia arvioitava sellaisen toisen uuden puitejärjestelyn perusteella, jota ei ole tehty avoimesti. Tältä osin on sitten ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa vielä mahdollista tehdä uusia muutoksenhakuja tai niihin liittyviä välitoimihakemuksia. Sen mukaan on sitten arvioitava, voidaanko tällaisista uusista hankinnoista tehdä muutoksenhakuja tai välitoimihakemuksia tai esittää vahvistamisvaatimuksia.
- 85 Prosessiekonomiaan liittyvistä syistä ehdotetaan, että molempiin kysymyksiin vastataan siten, että sopimukset, jotka on tehty puitejärjestelyyn tukeutuen, perustuvat puitejärjestelyyn myös silloin, kun puitejärjestelyn kokonaismäärä on jo käytetty kokonaisuudessaan.
- 86 **Kysymys 7:** Tämän kysymyksen aiheena on tiedonantovelvollisuus itseään vastaan todistamista koskevan kiellon taustaa vasten.
- 87 Tältä osin sovellettavassa AVG:n 49 §:n 1 momentin 1 kohdassa säädetään todistajalla olevasta todistamisesta kieltäytymistä koskevasta oikeudesta, jonka mukaan todistaja voi kieltäytyä vastaamasta kysymyksiin, joihin vastaamisesta

aiheutuisi todistajalle tai hänen lähimaiselleen suoraa varallisuushaittaa tai rikosoikeudellisten toimenpiteiden vaara tai seuraisi häpeää.

- 88 AVG:n 51 §:n nojalla tätä oikeutta kieltäytyä todistamasta sovelletaan myös menettelyn osapuoliin, joskin tämä oikeus ei silloin koske varallisuushaittaa.
- 89 BVergG:n 336 §:n nojalla on harkintavaltaa käyttäen mahdollista antaa toisen menettelyn osapuolen oikeudenkäynnissä esittämien väitteiden perusteella yksipuolinen tuomio, jos menettelyn osapuoli ei toimita tietoja tai esitä vaadittuja asiakirjoja.
- 90 BVergG:n 336 §:ssä ei kuitenkaan säädetä oikeudesta kieltäytyä todistamasta tai oikeudesta kieltäytyä antamasta tietoja, kuten AVG:n 49 §:n 1 momentin 1 kohdassa.
- 91 BVwG:n näkemyksen mukaan itseään vastaan todistamisen kiellon vastaista voisi olla se, jos hankintaviranomaisen elimen jäsenen tai työntekijän on yksipuolista tuomiota koskevan riskin välttämiseksi annettava tietoja, vaikka niistä mahdollisesti ilmenee tosiseikkoja, joita voitaisiin myöhemmin käyttää rikosoikeudellisesti (tai myös vahingonkorvausoikeudellisesti) tätä elimen jäsentä tai työntekijää vastaan.
- 92 Jos toisaalta tällaista mahdollisuutta antaa yksipuolinen tuomio, koska tietoja ei ole annettu tai asiakirjoja ei ole toimitettu, ei ole, tämä rajoittaisi julkisia hankintoja koskevan oikeussuojan tehokkuutta.
- 93 Perusoikeuksien näkökulmasta ehdotetaan, että tähän kysymykseen vastataan siten, ettei tietojen antamista ja asiakirjojen toimittamista koskevaa velvollisuutta ole silloin, jos tästä syntyy hankintaviranomaisen lukuun toimiville luonnollisille henkilöille velvollisuus myötävaikuttaa oman syyllisyytensä toteamiseen.
- 94 **Kysymykset 8 ja 9:** Näillä kysymyksillä tiedustellaan, ovatko kansalliset säännökset riittävän tehokkaita ja oikeudenmukaisia sellaisen hankintamenettelyn tapauksessa, joka hakijan kannalta ei ollut avoin.
- 95 Vaikuttaa ainakin realistiselta ja mahdolliselta, ettei nyt käsiteltävän asian valittaja tiennyt menettelyn aloittaneen kirjelmän toimittamisajankohtana, miten monta ja minkä tyyppistä hankintamenettelyä (suorahankintaa tai neuvottelumenettelyä, jossa ei ennakolta julkaista ilmoitusta) vastapuolet toteuttavat tai ovat toteuttaneet ja miten monta päätöstä, jotka voidaan riitauttaa erikseen, vastapuolet ovat jo tehneet hankintamenettelyssä tai -menettelyissä.
- 96 Nyt käsiteltävän asian valittajalle asetettiin siten mahdollisesti väittämistaakka, joka koskee täsmällisesti nimettäviä hankintamenettelyjä ja päätöksiä, jotka voidaan riitauttaa erikseen, ilman tätä koskevaa avoimuutta. Valittaja onkin esittänyt menettelyjä koskevia täsmentämättömiä väitteitä.

- 97 Toisaalta Itävallan siviiliprosessissa myös jokaisen kantajan on väittämistaakkansa yhteydessä esitettävä vaatimuksen perusteena olevat tosiseikat, ja kantajalla on – jollei todistustaakkaa koskevissa säännöksissä toisin säädetä – yleisen periaatteen mukaisesti myös objektiivinen näyttötaakka, jos sen esittämiä, vaatimuksen perusteena olevia tosiseikkoja ei voida näyttää toteen tai ne voidaan näyttää toteen ainoastaan osittain.
- 98 Tällaiset väittämis- ja todistustaakkaan liittyvät riskit vaikuttavat siten yleisesti ominaisilta Itävallan oikeusjärjestykselle, etenkin siviilioikeudessa (esim. vahingonkorvaus- ja kilpailuoikeudessa).
- 99 Kun BVergG:ssä muutoksenhaun tai välitoimihakemuksen tutkittavaksi ottaminen edellyttää, että nimetään tietyssä hankintamenettelyssä tehty konkreettinen riitautettava päätös, joka voidaan riitauttaa erikseen – ja ellei näin tehdä, se hylätään sen jälkeen, kun hakijaa on kehoitettu korjaamaan hakemustaan – oikeussuojaa hakevan on hyvin vaikeaa tai jopa mahdotonta tietää etenkin määräajassa ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa riittävällä varmuudella, miten monta päätöstä, jotka voidaan riitauttaa erikseen, miten monessa hankintamenettelyssä on jo tehty.
- 100 Jos tätä avoimuuden puutetta oikeussuojaa hakevan kannalta kuitenkin tarkastellaan muihin oikeussuojajärjestelmiin ja etenkin itävaltalaisissa siviilituomioistuimissa nostettaviin kanteisiin nähden, vertailun perusteella myös niissä on niin, että oikeussuojaa hakevalla kantajalla on ensin väittämistaakka ja sen jälkeen objektiivinen näyttötaakka, ja kantaja kantaa siis siihen liittyvän riskin, ettei vaatimuksen perusteena olevia tosiseikkoja voida näyttää toteen.
- 101 Tämän menettelysäännösten vertailuun perustuvan toteamuksen perusteella ehdotetaan näin ollen, että näihin kysymyksiin vastataan siten, että tällaiset nimeämisvelvoitteet eivät itsessään tee BVergG:ssä säädetystä oikeussuojajärjestelmästä tehotonta tai suhteetonta unionin oikeudessa tarkoitettussa merkityksessä.
- 102 **Kysymys 10:** Tällä kysymyksellä tiedustellaan, mahdollistaako perusoikeuskirjan 47 artiklassa annettu oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin hankintamenettelyjen, joita ei oikeussuojaa hakevan kannalta ole toteutettu avoimesti, yhteydessä sellaisen tuomioistuinmaksuja koskevan järjestelmän soveltamisen, jossa lopulta maksettavien tuomioistuinmaksujen määrä riippuu hankinnan ennakoidusta arvosta, toteutettujen, tietynarvoisia sopimuksia käsittävien hankintamenettelyjen lukumäärästä ja riitautettujen päätösten, jotka voidaan riitauttaa erikseen, lukumäärästä.
- 103 Asiaa käsittelevän jaoston näkemyksen mukaan avoimuuden puute johtaa hakijan kannalta nyt tarkasteltavassa tapauksessa siihen, että vaikuttaa epäoikeudenmukaiselta vaatia sitä maksamaan kiinteämääräisiä maksuja muutoksenhausta ja välitoimihakemuksista jokaisesta tietyssä hankintamenettelyssä tehdystä päätöksestä, joka voidaan riitauttaa erikseen, heti

kun tuomioistuimelle on asiaankuuluvasti ilmoitettu, miten monta päätöstä, jotka voidaan riitauttaa erikseen, miten monessa minkäkin arvoista hankintaa koskevassa hankintamenettelyssä valittaja aikoo riitauttaa. Epäoikeudenmukaiselta siksi, että kun tätä tilannetta verrataan siviilituomioistuimessa oikeussuojaa hakevaan, yleensä jo kanteen ja siihen liittyvän väli-toimihakemuksen jättämisajankohtana on selvää, paljonko tuomioistuinmaksuja on maksettava. BVergG:n 340 §:n mukaisessa tuomioistuinmaksuja koskevassa järjestelmässä oikeussuojaa hakevien on mahdollisesti varauduttava huomattaviin ”maksuyllätyksiin”.

- 104 Jos kysymyksiin 8 ja 9 vastataan siten, että unionin oikeudessa edellytettäviä nimeämisvelvoitteita, jotka koskevat riitautettua päätöstä ja asianomaista hankintamenettelyä, sovelletaan jo hakemuksen jättämisajankohtana sellaisiin riitautettuihin hankintoihin, joita ei ole toteutettu avoimesti, mutta maksettavien maksujen määrä on BVergG:n 340 §:n ja kiinteämääräisiä maksuja koskevan asetuksen nojalla määritettävä vasta muutoksenhaku- ja väli-toimimenettelyn kuluessa silloin todettavissa olevien hankintamenettelyjen, jotka koskevat tietyn arvoiseksi ennakoitua hankintaa, ja kumottavien päätösten lukumäärän perusteella, maksujen määrää koskeva avoimuuden puute hakemuksen jättämisajankohtana olisi vieläkin ilmeisempää.
- 105 Näin ollen ehdotetaan, että tähän kysymykseen vastataan siten, että unionin oikeuden nojalla on epäoikeudenmukaista ja että tästä syystä maksuja koskevia kansallisia säännöksiä on jätettävä soveltamatta, jos näiden säännösten seurauksena hakijan on maksettava maksuja, joita se ei voinut vielä ennakoida hakemuksen jättämisajankohtana hankintamenettelyn avoimuuden puutteen vuoksi.