JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
SIEGBERT ALBER
8 päivänä heinäkuuta 1999 *

A Johdanto

1. Käsiteltävänä oleva ennakkoratkaisupyyntö koskee kahta julkisten hankintojen alaa koskevaa kysymystä. Ensinnäkin on kysymys siitä, miten on oikeudellisesti luonnehdittava direktiiviin sisältyvää syrjintäkieltolauseketta (kansalaisuuden perusteella tapahtuvan syrjinnän kielto), joka sisältyy julkisia tavaranhankintoja koskevia sopimustentekomenettelyjä koskevaan direktiiviin, ja toisaalta siitä, velvoittaako tällainen syrjintäkielto myös sellaista elintä, joka ei ole hankintaviranomainen, järjestämään tarjouskilpailumenettelyn direktiivin mukaisesti, kun kysymys on tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekemisestä kolmansien kanssa.

2. Nyt käsiteltävänä oleva säännös sisältyy direktiivin 93/36/ETY [1] 2 artiklan 2 kohtaan, jossa säädetään seuraavaa:

"Kun 1 artiklan b alakohdassa [2] tarkoitettu hankintaviranomainen myöntää muulle yksikölle kuin tällaiselle hankintaviranomaiselle, sen oikeudellisesta asemasta riippumatta, erityis- tai yksinoikeuksia harjoittaa julkista palvelutoimintaa, on asiakirjassa, jolla oikeus myönnetään, määrättävä, että kyseisen yksikön on tehdessään julkisia tavaranhankintoja koskevia sopimuksia kolmansien kanssa noudatettava periaatetta olla syrjimättä kansallisuuden perusteella."

B Tosiseikat

3. Pääasia koskee sikojen korvamerkkejä koskevaa hankintamenettelyä. Pääasian valittajat, Unitron Scandinavia A/S ja 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab (jäljempänä pääasian valittajat)

* Alkuperäinen kieli: saksa.

1 — Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 199, s. 1).

2 — Tässä direktiivissä tarkoitetaan: " — — b) '*hankintaviranomaisilla*' valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia, sekä yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen taikka julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.
'*Julkisoikeudellisella laitoksella*' tarkoitetaan laitosta,
— joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ja joka ei harjoita teollista tai kaupallista toimintaa, ja
— joka on oikeushenkilö, ja
— jonka rahoituksesta suurin osa on peräisin valtiolta, alueellisilta tai paikallisilta viranomaisilta taikka muilta julkisoikeudellisilta laitoksilta tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää enemmän kuin puolet."

toivoivat voivansa toimittaa nämä korvamerkit. Pääasian vastaaja, Ministeriet for Fødevarer, Landbrug of Fiskeri (elintarvike-, maatalous- ja kalastusministeriö, jäljempänä ministeriö) on "ensisijaisessa vastuussa" Tanskan sikojen korvamerkkisäännöksistä. Pääasian valittajien riitauttaman hankintamenettelyn järjestivät ministeriön alainen Veterinærdirektoratet (eläinlääkintäyksikkö, joka on maan ylin eläinlääkintäviranomainen) ja Danske Slagterier (tanskalaisten teurastamojen yhteenliittymä), joka on yksityinen yritys.

4. Eläinten merkitsemistä koskevat järjestelmät otettiin käyttöön neuvoston direktiivillä 92/102/ETY,[3] jonka tarkoituksena oli eläintautien torjuminen. Jäsenvaltioiden on osoitettava toimivaltainen keskusviranomainen, jolla on toimivalta tehdä eläinlääkärintarkastuksia. Tällä viranomaisella on käytettävissään luettelo kaikista tiloista, joilla pidetään tässä direktiivissä tarkoitettuja eläimiä. Sikojen pitämisen osalta on säädetty, että ennen niiden siirtämistä pois tilalta ne on merkittävä korvamerkillä tai tatuoinnilla, joka mahdollistaa niiden yhdistämisen tilaan, jolta ne ovat lähtöisin. Tanskan kyseisessä asetuksessa, jolla tämä direktiivi on pantu täytäntöön,[4] säädetään, että ministeriön alaisen eläinlääkintäyksikön on hyväksyttävä sikojen korvamerkit. Korvamerkit myydään tiloille Danske Slagterierien välityksellä, joka on yksityinen yritys ja sidoksissa tanskalaisiin maatalousjärjestöihin. Eläinlääkintäyksikkö vahvistaa korvamerkkien hinnat ja kaikki toimitetut merkit maatalousministeriön ylläpitämään kotieläinten keskusrekisteriin.

5. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenevien tietojen perusteella Tanskassa on käytössä kahdenlaisia korvamerkkejä: teuraseläinten ja muiden eläinten merkit. Sianlihan tuottaja tilaa muiden kuin teuraseläinten merkit Danske Slagterieriltä, joka välittää tilauksen eteenpäin kyseeseen tulevalle korvamerkkien toimittajalle, joka puolestaan lähettää tilatut korvamerkit suoraan sianlihan tuottajalle. Sianlihan tuottaja maksaa korvamerkit Danske Slagterierille. Sianlihan tuottaja tilaa teuraseläinten merkit sen sijaan suoraan korvamerkkien toimittajalta, joka lähettää tilatut korvamerkit sianlihan tuottajille ja antaa Danske Slagterierille ilmoituksen tästä. Myös nämä korvamerkit sianlihan tuottaja maksaa Danske Slagterierille. Molempien korvamerkkityyppien hinta on korvamerkkien toimittajan määräämä hinta lisättynä 0,50 Tanskan kruunulla merkkiä kohden. Danske Slagterier suorittaa sikojen rekisteröinnin kotieläinten keskusrekisteriin, josta eläinlääkintäyksikkö maksaa 400 000 kruunua vuodessa Danske Slagterierille.

3 — Eläinten tunnistamisesta ja rekisteröinnistä 27.11.1992 annettu direktiivi (EYVL L 355, s. 32).

4 — Direktiivi 92/102/ETY pantiin Tanskassa ensin täytäntöön 18.2.1993 annetulla asetuksella nro 80, joka sittemmin korvattiin 15.12.1995 nautojen, sikojen, lampaiden ja vuohien merkinnästä ja rekisteröimisestä annetulla asetuksella nro 1073.

6. Ensimmäinen korvamerkkien toimittamista koskeva hankintamenettely järjestettiin 1993/1994. Eläinlääkintäyksikkö ja Danske Slagterier, joka vastasi menettelystä, laativat yhdessä tarjousten hyväksymisedellytykset. Hankintamenettely toteutui Tanskan lain säännösten mukaisesti. Ministeriön pyynnöstä vuoden 1996 lopussa järjestettiin uusi hankintamenettely. Yksi niistä yrityksistä, joka jo toimitti korvamerkkejä, voitti tarjouskilpailun uudelleen. Lisäksi valittiin tavarantoimittaja, jolla ei vielä ollut toimitussopimusta. Näiden kahden yrityksen kanssa tehtiin kolmivuotiset sopimukset 1.4.1997 lukien. Myös tämä menettely toteutettiin Tanskan lain säännösten mukaisesti. Kolmas hankintamenettely — ensimmäinen, joka järjestettiin direktiivissä 93/36/ETY säädetyn menettelyn mukaisesti — toteutettiin lokakuun 1997 ja huhtikuun 1998 välisenä aikana.

7. Koska pääasian valittajia ei hyväksytty vuosien 1996/1997 hankintamenettelyssä, ne tekivät valituksen Klagenævnet for Udbudiin (muutoksenhakuelin). Ne väittivät siellä käydyn menettelyn kuluessa, että Danske Slagterier pitäisi rinnastaa hankintaviranomaiseen direktiivin 93/36/ETY 1 artiklassa tarkoitetussa merkityksessä sen suorittamien korvamerkkien ostojen osalta, joten direktiiviä olisi näin ollen analogisesti sovellettava. Valittajien mukaan Danske Slagterier hoitaa korvamerkkien markkinoita yleisen edun mukaisesti ja tosiasiallisesti ministeriön sijasta. Hankintamenettelyä koskien olisi siis tullut järjestää direktiivin 93/36/ETY mukainen tarjouskilpailu. Pääasian valittajat väittivät toissijaisesti, että direktiivin 93/36/ETY 2 artiklan 2 kohtaa olisi tullut soveltaa ja että ministeriön olisi tullut ilmoittaa Danske Slagterierille, että sillä ei ollut oikeutta kohdella tarjouksen tekijöitä eri tavalla kansalaisuuden perusteella, joten tarjouskilpailua koskeva ilmoitus olisi myös tässä tapauksessa pitänyt julkaista koko Euroopan unionin alueella.

8. Ministeriö katsoi muutoksenhakumenettelyssä, että käsiteltävänä olevassa asiassa ei ole kysymys julkisen tavaranhankintasopimuksen tekemisestä, joten direktiiviä 93/36/ETY ei ole sovellettava. Tosiasiallisesti korvamerkkien toimittajat myyvät korvamerkit sianlihan tuottajille. Danske Slagterierin tehtävänä on vain hallinnoida järjestelmää, ja ministeriö ainoastaan hyväksyy korvamerkit ja maksaa tietyn summan hallinnointia varten. Korvamerkkien ostaminen ei tämän vuoksi tapahdu viranomaisen lukuun.

9. Klagenævnet for Udbud lähtee siitä ajatuksesta, että Danske Slagterier ostaa riidanalaiset korvamerkit. Tämä johtuu siitä, että Danske Slagterier järjesti hankintamenettelyn, että sianlihan tuottajat tilaavat korvamerkit Danske Slagterierilta ja että sille maksetaan kummankin tyyppiset korvamerkit. Lisäksi Klagenævnet for Udbud

katsoo, että Danske Slagterier ei ole hankintaviranomainen direktiivin 93/96/ETY 1 artiklan b alakohdassa tarkoitetussa merkityksessä, koska sen toiminnan rahoituksesta yli puolet ei tule julkisista varoista.

10. Klagenævnet for Udbud toteaa lisäksi, että koska ministeriö on siirtänyt korvamerkkijärjestelmän hallinnoinnin korvamerkkien ostamisen mukaan lukien yksityiselle yritykselle tai järjestölle eli Danske Slagterierille, olisi pitänyt järjestää julkinen tarjouskilpailu siitä, kuka saa toimittaa tämän palvelun. Hankintamenettely olisi ilmeisesti pitänyt järjestää tavaranhankintoja koskevan direktiivin 93/36/ETY mukaisesti, eikä julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin 92/50/ETY [5] mukaisesti. Tähän johtopäätökseen on päädyttävä, koska Klagenævnet for Udbudin antamien tietojen mukaan korvamerkkien ostojen arvo on suurempi kuin kysymyksessä olevan palvelun arvo.

11. Klagenævnet for Udbud kysyy käsiteltävänään olevassa asiassa, onko direktiivin 93/96/ETY 2 artiklan 2 kohdalla itsenäinen soveltamisala. Se arvelee, että on mahdollista, että tämä säännös [6] on menettänyt itsenäisen soveltamisalansa, koska palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyistä on jo annettu direktiivi, nimittäin direktiivi 92/50/ETY. Se katsoo kuitenkin, että on myös mahdollista, että säännös on säilyttänyt itsenäisen soveltamisalansa, koska direktiivillä 93/36/ETY tehdyistä muutoksista huolimatta 2 artiklan 2 kohdan säännös pidettiin ennallaan.

12. Klagenævnet for Udbud kysyy toiseksi, missä tämä itsenäinen soveltamisala ilmenee, kun otetaan huomioon, että niitä intressejä, joita käsiteltävänä olevassa tapauksessa direktiivin 93/36/ETY (tavaranhankinnat) 2 artiklan 2 kohdan säännöksillä tulisi suojata, koskee direktiivi 92/50/ETY (julkiset palveluhankinnat). Se haluaa siis tietää, missä määrin syrjintäkieltoa tulee noudattaa julkisia tavaranhankintoja koskevissa sopimustentekomenettelyissä ja seuraako tästä säännöksestä, että sen elimen, joka ei ole hankintaviranomainen, on myös järjestettävä julkisia tavaranhankintoja koskeva sopimustentekomenettely, kun tavaroiden hinta ylittää direktiivissä 93/36/ETY säädetyn kynnysarvon. Kysymys ei siis ole siitä, pitäisikö ministeriön itse järjestää direktiivin mukainen menettely, vaan olisiko Danske Slagterierin tullut noudattaa tätä menettelyä.

5 — Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 209, s. 1).

6 — Tämä säännös sisältyi lähes samassa sanamuodossa jo julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 77/62/ETY 2 artiklan 3 kohtaan (EYVL L 1977, 13, s. 1).

13. Klagenævnet for Udbud esitti yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kysymykset:

"1) Onko julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY 2 artiklan 2 kohdalla itsenäinen soveltamisala julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY antamisen jälkeen (kumpaakin direktiiviä muutettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY)?

2) Jos vastaus ensimmäiseen kysymykseen on myöntävä, onko säännöstä tulkittava siten, että tilanteessa, jossa hankintaviranomainen antaa sikojen korvamerkkejä koskevan järjestelmän hoitamisen yksityiselle yritykselle, joka ei ole hankintaviranomainen, hankintaviranomaisen on määrättävä *ensinnäkin*, että yrityksen on tehdessään hankintasopimuksia kolmansien kanssa noudatettava kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa, ja *toiseksi*, että tähän järjestelmään liittyvien tuotteiden hankkimisesta on järjestettävä tarjouskilpailu, jos hankintojen arvo ylittää neuvoston direktiivissä 93/36/ETY vahvistetun kynnysarvon?"

14. Vastaajana oleva ministeriö — joka katsoo, että ennakkoratkaisukysymykset pitäisi jättää tutkimatta —, ja komissio ovat osallistuneet asian käsittelyyn yhteisöjen tuomioistuimessa. Molemmat ovat jättäneet vastineen ja ilmoittaneet luopuvansa suullisesta käsittelystä. Seuraavassa niiden esittämiä väitteitä käsitellään merkityksellisiltä osiltaan.

C Tapauksen tarkastelu

1. *Ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottaminen*

a) Onko Klagenævnet for Udbud tuomioistuin EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa (josta on tullut EY 234 artikla) tarkoitetussa merkityksessä?

15. Ensiksi on selvitettävä, onko Klagenævnet for Udbudia pidettävä "tuomioistuimena" EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitetussa merkityksessä ja onko ennakkoratkaisukysymykset näin ollen otettava tutkittaviksi.

16. Sekä ministeriö että komissio vastaavat myöntävästi tähän kysymykseen. Ne viittaavat yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön perusteella siihen, että Klagenævnet for Udbudista on säädetty lailla, se on luonteeltaan pysyvä, siellä käytävä menettely on kontradiktorista, se soveltaa oikeussääntöjä ja se on riippumaton. Näistä seikoista seuraa, että Klagenævnet for Udbud on tuomioistuin EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitetussa merkityksessä.

17. Klagenævnet for Udbud perustettiin — sen itsensä antamien tietojen mukaan — 6.6.1991 annetulla lailla nro 344. Se perustettiin muun muassa julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY [7] täytäntöönpanon yhteydessä. Klagenævnet for Udbudissa noudatetaan siviilioikeudellisten asioiden käsittelyjärjestystä. Asioissa noudatetaan kontradiktorista menettelyä ja lähes kaikissa asioissa järjestetään suullinen käsittely. Asioiden käsittely Klagenævnet for Udbudissa päättyy siihen, että Klagenævnet for Udbud antaa ratkaisun päätöksen muodossa. Päätös laaditaan kuten riitaasian tuomio. Klagenævnet ei ole minkään tahon määräysvallan alainen, ja se työskentelee täysin riippumattomana elimenä. Sen muodostavat tuomari puheenjohtajana sekä useampi asiantuntijajäsen. Klagenævnetin ratkaisut koskevat julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen tulkintaa, ja ne luovat tämän vuoksi oikeuskäytäntöä. Klagenævnet for Udbud voi myös muun muassa kumota hallintoviranomaisten tekemiä ratkaisuja. Klagenævnet for Udbud on lisäksi viranomainen, joka itse asiassa lopullisesti vahvistaa yhteisön hankintamenettelyä koskevien sääntöjen tulkinnan ja soveltamisen Tanskassa. Klagenævnet for Udbud katsoo näin ollen, että se on perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu "tuomioistuin".

18. Tämä johtopäätös on hyväksyttävä. Yhteisöjen tuomioistuin on useassa yhteydessä todennut, että arvioitaessa sitä, onko ennakkoratkaisua pyytävä toimielin perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, mikä on yksinomaan yhteisön oikeuden mukaan ratkaistava kysymys, yhteisöjen tuomioistuin ottaa huomioon useita seikkoja, kuten lainkäyttöelimen lakisääteisyyden, pysyvyyden, sen tuomiovallan pakottavuuden, sen toimimisen oikeussääntöjen soveltajana, sen jäsenten riippumattomuuden ja kontradiktorisen menettelyn noudattamisen asioiden käsittelyssä. [8] Koska Klagenævnet for Udbud täyttää yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössään asettamat edellytykset, se on "tuomioistuin" perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitetussa merkityksessä. Ainakin tältä osin sen ennakkoratkaisukysymys täyttää tutkittavaksi ottamisen edellytykset.

7 — Neuvoston direktiivi, annettu 21.12.1989 (EYVL L 395, s. 33).

8 — Asia 61/65, Vaassen-Göbbels, tuomio 30.6.1966 (Kok. 1966, s. 377; Kok. Ep. I, s. 263); asia C-393/92, Almelo ym., tuomio 27.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1477) ja asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997 (Kok. 1997, s. I-4961, 23 kohta).

b) Ennakkoratkaisukysymyksen merkitys asian ratkaisemiselle

19. Vastaajana oleva ministeriö katsoo kuitenkin, että ennakkoratkaisupyyntö on jätettävä tutkimatta, koska kysymykseen annettava vastaus on tarpeeton sen päätöksen kannalta, joka Klagenævnet for Udbudin on tehtävä. Vastauksilla ei ole merkitystä pääasian ratkaisemisessa. On tietenkin ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen asia päättää, onko ennakkoratkaisupyyntö tarpeellinen ja asian kannalta merkityksellinen, mutta koska käsiteltävänä olevassa tapauksessa kysymys on täysin hypoteettinen, ennakkoratkaisupyyntö on jätettävä tutkimatta. Klagenævnet for Udbudin pyytämä direktiivin 93/36/ETY 2 artiklan 2 kohdan tulkinta ei millään tavoin vaikuta pääasian valittajien oikeudelliseen asemaan. Käsiteltävänä olevassa tapauksessa ei ole mitään oikeudellisesti suojattavaa intressiä. Itse asiassa nyt käsitellään kysymyksiä, jotka voivat tulla esiin myöhemmässä oikeudenkäynnissä. Yritykset eivät missään tapauksessa saa mitään apua yhteisöjen tuomioistuimen kysymyksiin antamasta vastauksesta, koska riidanalaisessa hankintamenettelyssä mahdollisesti ollut virhe on tällä välin korjattu. Viimeksi vuosina 1997/1998 järjestetty hankintamenettely toteutettiin direktiivin 93/96/ETY mukaisesti (julkiset tavarahankinnat). Pääasian valittajat voisivat vain nostaa vahingonkorvauskanteen, mutta Klagenævnet for Udbudilla ei ole toimivaltaa tällaisen asian käsittelemiseen, eikä sellaisesta myöskään ole kysymys kansallisessa tuomioistuimessa käytävässä oikeudenkäynnissä.

20. EY:n perustamissopimuksen 177 artiklasta ilmenee, että kansallisten tuomioistuinten on päätettävä, onko tarpeen esittää ennakkoratkaisukysymys yhteisöjen tuomioistuimelle. EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa ei anneta yhteisöjen tuomioistuimelle toimivaltaa kieltäytyä vastaamasta tällaiseen ennakkoratkaisupyyntöön. Yhteisöjen tuomioistuin on sen vuoksi katsonut vakiintuneessa oikeuskäytännössään, että yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta.[9] Syynä tähän on erityisesti se, että kansallinen tuomioistuin yksin tuntee asian välittömästi ja perusteellisesti ja pystyy parhaiten ratkaisemaan tämän kysymyksen. Jos kansallisen tuomioistuimen esittämät kysymykset koskevat yhteisön oikeuden tulkintaa, yhteisöjen tuomioistuimen on yleensä ratkaistava asia.

21. Joissakin tapauksissa yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin tehnyt poikkeuksen tästä periaatteesta ja kieltäytynyt vastaamasta eräisiin tai kaikkiin sille esitettyihin kysymyksiin. Kysymys on ollut tapauksista, joissa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei ole esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle kaikkia niitä tietoja, jotka tämä tarvitsisi voidakseen ratkaista asian siihen perehtyneenä. Yhteisöjen tuomioistuin on myös eräissä tapauksissa kieltäytynyt vastaamasta sille esitettyihin kysymyksiin, koska ne eivät selvästikään ole liitty-

9 — Ks. esim. yhdistetyt asiat C-332/92, C-333/92 ja C-335/92, Eurico Italia ym., tuomio 3.3.1994 (Kok. 1994, s. I-711, 17 kohta).

neet pääasiaan. On myös huomattava ne tapaukset, joissa yhteisöjen tuomioistuin on jättänyt ennakkoratkaisupyynnön tutkimatta, koska se on katsonut, että kansallinen tuomioistuin on käyttänyt väärin perustamissopimuksen 177 artiklassa määrättyä menettelyä. Näissä tapauksissa yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että esitetyt ennakkoratkaisukysymykset ovat olleet yleisiä tai hypoteettisia.

22. Ministeriön esittämät väitteet liittyvät kahteen viimeksi mainittuun ryhmään.

23. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee kuitenkin, että Klagenævnet for Udbud on saanut kimmokkeen ennakkoratkaisupyyntöjen esittämiseen pääasian valittajien kehittelemän argumentaation perusteella. Se katsoo, että on mahdollista, että järjestettyjä hankintamenettelyjä rasittivat menettelyvirheet, jotka voivat tehdä ne pätemättömiksi. Jos säännöksistä, joihin se on viitannut, seuraisi, että olisi pitänyt järjestää direktiivin 93/36/ETY säännösten mukainen julkinen tarjouskilpailu, jo toteutettu menettely tulisi todeta pätemättömäksi. Koska kuitenkin erityisesti direktiivin 93/36/ETY 2 artiklan 2 kohdan tulkinnasta vallitsee epäselvyys, se päätyi esittämään yhteisöjen tuomioistuimelle kaksi ennakkoratkaisukysymystä.

24. Klagenævnet for Udbud on siis katsonut, että näiden kysymysten esittäminen oli tarpeen, jotta se voi ratkaista pääasian. Toisin kuin ministeriö on esittänyt, ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ei voida päätellä, että käsiteltävänä olevassa asiassa esitetyt kysymykset olisivat pelkästään hypoteettisia ja mahdollista myöhempää oikeudenkäyntiä koskevia. Koska ennakkoratkaisupyynnön esittänyt elin on siis perustellusti katsonut ennakkoratkaisukysymykset merkityksellisiksi asiassa, ne on otettava tutkittaviksi.

2. *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

25. Klagenævnet for Udbud haluaa ensimmäisellä kysymyksellään tietää, onko direktiivin 93/36/ETY (tavaranhankintasopimukset) 2 artiklan 2 kohdalla itsenäinen soveltamisala. Se arvelee, että kysymykseen saatetaan vastata kieltävästi. Tämä säännös on direktiivin 77/62/ETY 2 artiklan 3 kohdan toisinto, ja sitä tulkittaessa on otettava huomioon, että kun tämä direktiivi annettiin, ei vielä ollut olemassa julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjä koskevia yhteisön oikeussääntöjä. On siis mahdollista, että kyseinen säännös olisi menettänyt sillä alun perin olleen itsenäisen soveltamisalan, kun direktiivi 92/50/ETY (julkiset palveluhankintasopimukset) annettiin. Klagenævnet for Udbud katsoo kuitenkin toisaalta, että kyseisellä säännöksellä saattaa olla itsenäinen soveltamisala direktiivin 92/50/ETY rinnalla, koska silloin, kun direktiivi 93/36/ETY annettiin, mainittu säännös pysytettiin nimenomaan ennallaan.

26. Ministeriö, joka on ottanut kantaa ennakkoratkaisukysymyksiin vain toissijaisesti, katsoo niin ikään, että direktiivin 93/36/ETY 2 artiklan 2 kohdalla on itsenäinen soveltamisala. Vertailut ensimmäiseen direktiiviin 77/62/ETY osoittavat, että tämä säännös on toistuvasti pysytetty ennallaan lukuisista muutoksista huolimatta. Direktiivin 93/36/ETY esityöt ja sitä koskevat ehdotukset eivät osoita, että 2 artiklan 2 kohta olisi menettänyt itsenäisen soveltamisalansa direktiivin 92/50/ETY antamisen vuoksi. Lopuksi ministeriö toteaa, että tätä säännöstä ei pidä käsittää vain "jäänteeksi menneisyydestä".

27. Komissio toteaa vastineessaan ensinnäkin, että Klagenævnet for Udbudin kuvaamat tosiseikat huomioon ottaen voitaisiin soveltaa sekä direktiiviä 93/36/ETY (julkiset tavaranhankintasopimukset) että direktiiviä 92/50/ETY (julkiset palveluhankintasopimukset). Direktiivin 93/36/ETY esitöistä ja sitä koskevista ehdotuksista ilmenee, että sen tarkoituksena ei ollut aikaisemman direktiivin perusteellinen muuttaminen. Sen antaminen oli tarpeen sen vuoksi, että voitiin edetä direktiivin 92/50/ETY mukauttamisessa, mikä heijastui myös direktiiviin 93/37/ETY. [10] Tämä ei kuitenkaan vaikuttanut 2 artiklan 2 kohtaan. Näistä muutoksista huolimatta tämä säännös on edelleen direktiivissä 93/36/ETY, ja sillä turvataan syrjintäkiellon noudattaminen, vaikka direktiiviä 92/50/ETY ei tulisikaan soveltaa. Näin on erityisesti sopimuksissa, jotka koskevat yksinoikeuden saamista. Komission mukaan on siis lähdettävä siitä, että 2 artiklan 2 kohdalla on itsenäinen soveltamisala.

28. Ministeriön ja komission väitteet on hyväksyttävä. Direktiivin 93/36/ETY 2 artiklan 2 kohdan säännös oli sanamuodoltaan samankaltainen jo direktiivissä 77/62/ETY, joka on ensimmäinen julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu direktiivi. Direktiivin 77/62/ETY 2 artiklan 3 kohta sisältää kyseisen säännöksen. Ainoa tähän säännökseen ajan kuluessa tehty muutos koskee vain hankintaviranomaisen käsitettä. Säännöksen ydin on kuitenkin säilynyt samana. Kummankin säännöksen mukaan silloin, kun hankintaviranomainen myöntää muulle yksikölle kuin hankintaviranomaiselle erityis- tai yksinoikeuksia harjoittaa julkista palvelutoimintaa, on asiakirjassa, jolla oikeus myönnetään, määrättävä, että kyseisen yksikön on tehdessään julkisia tavaranhankintoja koskevia sopimuksia noudatettava periaatetta olla syrjimättä kansallisuuden perusteella. Direktiivin 92/50/ETY (julkiset palveluhankintasopimukset) 3 artiklan 2 kohta sisältää toki myös lausekkeen, jossa kielletään kaikki syrjintä; kuitenkin siinä todetaan vain, että " — — palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti". Kuten direktiivin nimestä ilmenee, sitä sovelletaan erityisesti julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksen tekomenettelyihin, kun taas direktiivi 93/36/ETY säätelee julkisia tavaranhan-

10 — Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 199, s. 54).

kintoja koskevia sopimustentekomenettelyjä.

3. *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

29. Käsiteltävänä olevassa tapauksessa on kuitenkin mahdollista katsoa, että direktiivin 93/36/ETY (julkiset tavaranhankintasopimukset) lisäksi myös direktiiviä 92/50/ETY (julkiset palveluhankintasopimukset) voitaisiin soveltaa. Näin voisi olla tilanteessa, jossa sopimukset koskisivat sekä palveluja että tavaroita. Jos sopimuksen oleellinen osa koskisi tavaroiden toimittamista, direktiiviä 92/50/ETY ei voisi enää soveltaa. Sen 3 artiklan 2 kohtaan sisältyvällä syrjintäkieltolausekkeella ei tällöin siis olisi mitään vaikutusta. Tällaisessa tapauksessa direktiivin 93/36/ETY 2 artiklan 2 kohdan itsenäinen soveltamisala aktualisoituisi uudelleen. Ajateltavissa on kuitenkin myös tilanne, joka tosin koskisi julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia, mutta jossa nämä sopimukset tehdään yksinoikeuksia koskevan sopimuksen yhteydessä. Direktiivi 92/50/ETY ja sen sisältämä syrjintäkielto eivät tällöin myöskään olisi sovellettavissa, kun taas direktiivin 93/36/ETY soveltamiseen tämä ei vaikuttaisi. Näissä olosuhteissa 2 artiklan 2 kohdalla olisi jälleen merkitystä.

30. Koska direktiivin 93/36/ETY esitöistä ja sitä koskevista ehdotuksista ei kuitenkaan ilmene, että 2 artiklan 2 kohdan säännöksellä olisi itsenäinen soveltamisala, on lähdettävä siitä periaatteesta, että tätä säännöstä on edelleen sovellettava direktiivin 92/50/ETY rinnalla.

31. Klagenævnet for Udbud pyytää toisella kysymyksellään yhteisöjen tuomioistuimen tulkintaa direktiivin 93/36/ETY 2 artiklan 2 kohdasta siinä tapauksessa, että sillä on itsenäinen soveltamisala. Se pyrkii selvittämään tältä osin tämän säännöksen sisältöä ja kysyy, onko hankintaviranomaisen tilanteessa, jossa se antaa erityiset oikeudet yksityiselle yritykselle, joka itse ei ole hankintaviranomainen, määrättävä, että yrityksen on noudatettava syrjintäkiellon periaatetta, ja seuraako 2 artiklan 2 kohdasta, että tämän yksityisen yrityksen on noudatettava julkisia hankintoja koskevia menettelyjä.

32. Ministeriö katsoo, että sopimuksen, jolla erityisoikeudet luovutetaan, tulee sisältää 2 artiklan 2 kohdassa säädetty syrjintäkieltoa koskeva lauseke. Vaikka hankintamenettelyn ei pitäisikään olla direktiivin mukainen, syrjintäkiellon periaate ainakin olisi näin turvattu. On siis selvää, että myös yksityisten tulisi noudattaa tätä kieltoa julkisia palveluhankintoja koskevissa sopimustentekomenettelyissä. Direktiivin 2 artiklan 2 kohdassa ei kuitenkaan säädetä, että yrityksen, jolle erityisoikeudet on luovutettu, tulisi joka

tapauksessa järjestää julkinen tarjouskilpailu.

33. Komission mukaan 2 artiklan 2 kohdassa velvoitetaan hankintaviranomainen sen luovuttaessa erityisoikeudet kiinnittämään erityisoikeuksien saajan huomio syrjintäkieltoa koskevaan lausekkeeseen ja valvomaan, että sitä noudatetaan. Sen mukaan 2 artiklan 2 kohdasta ei kuitenkaan voida päätellä, että tällä erityisoikeuksien saajalla olisi tätä laajempi velvollisuus tarjouskilpailun järjestämiseen.

34. Tämän tarkastelun yhteydessä on ensiksikin korostettava, että direktiivin 93/96/ETY sopimustentekomenettelyä koskevat säännökset eivät sovellu Danske Slageterierin tapaukseen. Direktiivin 93/96/ETY 5 artiklassa tarkoitettu kynnysarvo on toki ylitetty, joten sopimuksen arvon mukaan direktiiviä pitäisi soveltaa. Danske Slagterier ei kuitenkaan ole hankintaviranomainen. Korvamerkkien myyntiä ei ole myöskään toteutettu Tanskan viranomaisten nimissä tai niiden lukuun. Tältä osin korvamerkkien toimittajien ja viranomaisten välillä ei ole mitään taloudellista yhteyttä. Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen osalta direktiivi ei siksi sovellu käsiteltävänä olevan tapauksen kaltaisessa tilanteessa.

35. Jotta syrjintäkiellon perustavanlaatuinen periaate turvattaisiin direktiivin varsinaisen soveltamisalan ulkopuolellakin, 2 artiklan 2 kohdassa velvoitetaan hankintaviranomainen liittämään erityisoikeuksien luovuttaminen tämän kiellon noudattamiseen. Direktiivin 2 artiklan 2 kohdasta ei kuitenkaan voida päätellä, että se edellyttäisi lisäksi julkisia hankintamenettelyjä koskevien menettelysäännösten noudattamista. Vertailu kahden muun julkisia hankintamenettelyjä koskevan direktiivin kanssa osoittaa, että kyseistä säännöstä ei ole mahdollista tulkita laajemmin. Sekä direktiivi 93/37/ETY että direktiivi 92/50/ETY velvoittavat jäsenvaltioita (ainoastaan) toteuttamaan tarvittavat toimenpiteet, jotta *hankintaviranomaiset* noudattavat näiden direktiivien säännöksiä. Tämä koskee myös kumpaankin direktiiviin sisältyvää syrjintäkieltoa.

36. Käsiteltävänä olevassa tapauksessa jo 2 artiklan 2 kohdasta seuraa, että vain hankintaviranomaisella on velvollisuus valvoa, että se, jolle se luovuttaa erityisoikeudet, noudattaa syrjintäkieltoa. Tällä halutaan myös tällä alueella välttää se, että tarjouksen tekijöitä kohdeltaisiin epäyhdenvertaisesti kansalaisuuden perusteella. Direktiivin tarkoituksena on toteuttaa tavaroiden vapaata liikkuvuutta julkisten tavaranhankintojen sopimustentekomenettelyissä, joita jäsenvaltioissa toteutetaan valtion, alueellisten tai paikallisviranomaisten ja muiden julkisoikeudellisten laitosten lukuun. Tämän tavoitteen saavuttamiseksi direktiivissä edellytetään, että hankintaviranomainen tehdessään julkisia tavaranhankintoja käyttää tiettyä menette-

lyä. Kaikista menettelyllisistä vaatimuksista on säädetty direktiivin yksittäisissä säännöksissä. Yksin 2 artiklan 2 kohdasta ei kuitenkaan seuraa, että niiden, joille erityisoikeudet on luovutettu mutta jotka eivät ole hankintaviranomaisia, tulisi järjestää julkisia tavaranhankintoja koskeva sopimustentekomenettely direktiivissä 93/96/ETY säädetyllä tavalla, vaan ainoastaan, että niiden on noudatettava kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatetta.

37. Direktiivin 93/96/ETY 2 artiklan 2 kohdassa velvoitetaan vain hankintaviranomainen sen luovuttaessa erityisoikeudet liittämään luovutus syrjintäkiellon noudattamiseen.

D Ratkaisuehdotus

38. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY 2 artiklan 2 kohta on säilyttänyt itsenäisen soveltamisalansa riippumatta julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY voimaantulosta.

2) Kun direktiivissä 93/36/ETY tarkoitettu hankintaviranomainen myöntää jollekin, joka ei ole hankintaviranomainen — sen oikeudellisesta asemasta riippumatta — erityis- tai yksinoikeuksia julkisen palvelutoiminnan harjoittamiseen, asiakirjassa, jolla tämä oikeus luovutetaan, on määrättävä, että tämän yksikön on noudatettava kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatetta tehdessään julkisia tavaranhankintoja koskevia sopimuksia kolmansien kanssa. Direktiivin 2 artiklan 2 kohtaan ei sisälly hankintaviranomaiselle asetettua lisävelvollisuutta valvoa, että tämä yksikkö, joka ei ole hankintaviranomainen, noudattaa julkisia tavaranhankintasopimuksia koskevaa menettelyä.