YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kuudes jaosto)
19 päivänä kesäkuuta 2003 *

Asiassa C-249/01,

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

Werner Hackermüller

vastaan

Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) ja

Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)

ennakkoratkaisun julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1), 1 artiklan 3 kohdan tulkinnasta,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja J.-P. Puissochet sekä tuomarit R. Schintgen (esittelevä tuomari), V. Skouris, F. Macken ja J. N. Cunha Rodrigues,

julkisasiamies: J. Mischo,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies M.-F. Contet,

ottaen huomioon kirjalliset huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— Hackermüller, edustajanaan Rechtsanwalt P. Schmautzer,

— Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) ja Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), edustajinaan Rechtsanwalt J. Olischar ja Rechtsanwalt M. Kratky,

— Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

— Italian hallitus, asiamiehenään U. Leanza, avustajanaan avvocato dello Stato M. Fiorilli,

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

ottaen huomioon suullista käsittelyä varten laaditun kertomuksen,

kuultuaan Hackermüllerin, Itävallan hallituksen ja komission 16.1.2003 pidetyssä istunnossa esittämät suulliset huomautukset,

kuultuaan julkisasiamiehen 25.2.2003 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Bundesvergabeamt on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle 25.6.2001 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 28.6.2001, EY 234 artiklan nojalla kaksi ennakkoratkaisukysymystä julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1; jäljempänä direktiivi 89/665/ETY), 1 artiklan 3 kohdan tulkinnasta.

2 Nämä kysymykset on esitetty yhtäältä insinööri-arkkitehti Hackermüllerin ja toisaalta Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) ja Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (jäljempänä vastaajat) -nimisten yhtiöiden välisessä riita-asiassa, joka koskee viimeksi mainittujen tekemää päätöstä olla hyväksymättä Hackermüllerin julkisesta palveluhankinnasta tekemää tarjousta.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön lainsäädäntö

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

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

— —

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

4 Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavasti:

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

a) ryhtyä mahdollisimman aikaisessa vaiheessa ja kiireellisesti väliaikaisiin toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena on saada väitetty virheellinen menettely päättymään tai estää kyseisiin etuihin kohdistuvat lisävahingot, mukaan lukien toimenpiteet julkisen hankintasopimusmenettelyn taikka hankintaviranomaisen tekemän päätöksen täytäntöönpanon keskeyttämiseksi tai niiden keskeyttämisen varmistamiseksi;

b) joko poistaa lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden poistaminen, mukaan lukien tarjouspyynnössä, sopimusasiakirjoissa tai muussa sopimuksentekomenettelyyn liittyvässä asiakirjassa olevien syrjintää aiheuttavien teknisten, taloudellisten tai rahoitusta koskevien eritelmien poistaminen;

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot."

Kansallinen lainsäädäntö

5 Direktiivi 89/665/ETY on saatettu osaksi Itävallan kansallista oikeusjärjestystä vuoden 1997 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgenillä (Bundesvergabegesetz) (vuonna 1997 annettu julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskeva liittovaltion laki, BGBl. I, 1997/56; jäljempänä BVergG).

6 BVergG:n 113 §:ssä määritellään Bundesvergabeamtin (liittovaltion hankintaviranomainen) toimivalta. Tässä säännöksessä säädetään seuraavaa:

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

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

1) määräämään välitoimista

2) kumoamaan hankintaviranomaisen hankintayksikön tekemät laittomat päätökset.

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

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

"Yrittäjä, joka väittää tavoittelevansa tämän liittovaltion lain soveltamisalaan kuuluvaa sopimusta, voi riitauttaa hankintaviranomaisen hankintamenettelyssä

tekemän päätöksen muutoksenhakumenettelyssä sillä perusteella, että se on lainvastainen, jos tästä lainvastaisuudesta on aiheutunut tai saattaa aiheutua sille vahinkoa."

Pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisukysymykset

8 Vastaajat julkaisivat tarjouskilpailua koskevan ilmoituksen, joka koski Wienin teknillisen korkeakoulun konerakennustekniikan osaston uudisrakennusprojektiin liittyvää arkkitehtonista suunnittelua ja yleistä suunnittelua koskeviin hankintasopimuksiin sovellettavia päätöksentekoperusteita. Menettelyn ensimmäisessä vaiheessa etsittiin kilpailuttamalla "avoimessa haussa idearikkaita hakijoita".

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

10 Hackermüller haki asiaan muutosta 29.3.1999 Bundesvergabeamtissa BVergG:n 113 §:n 2 momentin nojalla ja vaati muun muassa, että Bundesvergabeamt kumoaa yhtäältä päätöksen, jolla Beratungsgremium ja/tai vastaajat ovat hyväksyneet edullisimpana tarjouksena kilpailevan tarjoajan tarjouksen suosittelemalla neuvottelumenettelyä välittömästi jatkettavaksi viimeksi mainitun kanssa, ja toisaalta päätöksen, jolla tarjousten valinta on tehty noudattamatta tarjouspyynnössä ilmoitettuja perusteita.

11 Bundesvergabeamt on 31.5.1999 tekemällään päätöksellä hylännyt BVergG:n 115 §:n 1 momentin nojalla Hackermüllerin vaatimukset kokonaisuudessaan sillä perusteella, ettei tällä ollut asiavaltuutta, koska hänen tarjouksensa olisi tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle BVergG:n 52 §:n 1 momentin 8 kohdan perusteella jo menettelyn ensimmäisessä vaiheessa.

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

13 Bundesvergabeamt on myös tuonut esiin, että tarjouspyynnön kohdassa 1.6.7 viitataan nimenomaisesti Wettbewerbsordnung der Architektenin (arkkitehtejä koskeva kilpailuasetus, jäljempänä WOA) 36 §:n 4 momenttiin, jonka mukaan suunnitelma on suljettava tarjouskilpailun ulkopuolelle, mikäli on olemassa jokin WOA:n 8 §:ssä säädetyistä kilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevista perusteista. Viimeksi mainitun pykälän 1 momentin d alakohdassa säädetään, että arkkitehtikilpailuihin eivät saa osallistua muun muassa sellaiset henkilöt, joiden toimittamista asiakirjoista ilmenee asiakirjan laatijan henkilöllisyys.

14 Todettuaan, että Hackermüller oli merkinnyt nimensä otsikon "yleisestä suunnittelusta vastaava yksikkö" alle sillä tavoin, että hänen suunnitelmansa olisi tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle BVergG:n 52 §:n 1 momentin 8 kohdassa ja WOA:n 36 §:n 4 momentissa olevien säännösten perusteella, Bundesvergabeamt päätyi johtopäätökseen, että kyseistä suunnitelmaa ei enää voitu ottaa huomioon hankintasopimusta tehtäessä ja että koska näin ollen ei ole mahdollista, että edullisimman tarjoajan periaatteen tai neuvottelumenettelyn sääntöjen mahdollinen laiminlyönti loukkaa Hackermüllerin etua, hänellä ei ollut asiavaltuutta vedota muutoksenhaun yhteydessä esittämiinsä lainvastaisuuksiin.

15 Hackermüller on nostanut 7.7.1999 Verfassungsgerichtshofissa kumoamiskanteen Bundesvergabeamtin 31.5.1999 tekemästä päätöksestä. Verfassungsgerichtshof on todennut 14.3.2001 antamassaan tuomiossa (B 1137/99-9), että ottaen huomioon, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan mukaisen muutoksenhakumenettelyn aloittamiseen vaadittavaa asiavaltuutta on tulkittava laajasti (ks. mm. asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997, Kok. 1997, s. I-4961, 46 kohta ja asia C-81/98, Alcatel Austria ym., tuomio 28.10.1999, Kok. 1999, s. I-7671, 34 ja 35 kohta), näyttää epäilyttävältä, että BVergG:n 115 §:n 1 momentissa ja 52 §:n 1 momentissa muutoksenhaulle asetettuja edellytyksiä voitaisiin tulkita siten, että tarjoajalta, jonka tarjousta hankintaviranomainen ei ole sulkenut tarjouskilpailun ulkopuolelle, voitaisiin evätä mahdollisuus muutoksenhakumenettelyyn tästä muutoksenhakumenettelystä vastaavan viranomaisen tekemällä, tarjoajan oikeussuojapyynnön hylkäävällä päätöksellä silloin, kun kyseinen viranomainen heti aluksi havaitsee syyn, jonka vuoksi tarjoaja olisi tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle. Näin ollen se on kumonnut Bundesvergabeamtin 31.5.1999 tekemän päätöksen siitä syystä, että perustuslaillista oikeutta oikeudenkäyntiin laillisessa tuomioistuimessa on loukattu.

16 Tässä tilanteessa Bundesvergabeamt päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

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

2) Jos ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi:

Onko edellä mainittua säännöstä tulkittava siten, että tarjoajan väittämä virheellinen menettely — tässä tapauksessa hankintaviranomaisen tekemä

päätös todeta kilpailevan tarjoajan tarjous parhaaksi — on loukannut tai saattaa loukata hänen etuaan siten, että muutoksenhakumenettelyn on oltava hänen käytettävissään, vaikka hankintaviranomainen ei ole sulkenut kyseisen tarjoajan tarjousta tarjouskilpailun ulkopuolelle, mutta kun muutoksenhakumenettelystä vastaava elin toteaa, että hankintaviranomaisen olisi ehdottomasti tullut sulkea tarjoajan tarjous tarjouskilpailun ulkopuolelle?"

Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

17 Tältä osin riittää, kun muistetaan, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että tässä direktiivissä säädetyt muutoksenhakumenettelyt ovat "ainakin" niiden käytettävissä, jotka ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkista hankintaa koskevaa sopimusta ja joiden etua julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden tai sen täytäntöön panemiseksi annettujen kansallisten säännösten väitetty rikkominen on loukannut tai saattaa loukata.

18 Tästä seuraa, että tällä säännöksellä ei aseteta jäsenvaltioille velvollisuutta, jonka mukaan näiden muutoksenhakumenettelyiden olisi oltava kaikkien niiden henkilöiden käytettävissä, jotka ovat tavoittelemassa julkista hankintaa koskevaa sopimusta, vaan jäsenvaltioilla on tämän säännöksen mukaan oikeus edellyttää, että väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata kyseisen henkilön etua.

19 Ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on näin ollen vastattava siten, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan kanssa ristiriidassa ei ole se, että tässä direktiivissä tarkoitetut muutoksenhakumenettelyt ovat jotain julkista hankintaa koskevaa sopimusta tavoittelevien henkilöiden käytettävissä ainoastaan, mikäli heidän väittämänsä virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata heidän etuaan.

Toinen ennakkoratkaisukysymys

20 Koska toinen ennakkoratkaisukysymys esitettiin sitä tilannetta silmällä pitäen, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että kyseisen säännöksen mukaista on edellyttää kantajalta, että väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata hänen etuaan, jotta tässä direktiivissä tarkoitetut muutoksenhakumenettelyt olisivat hänen käytettävissään, tähän kysymykseen on vastattava.

21 Ottaen huomioon pääasian tosiseikat, tämä kysymys on ymmärrettävä siten, että sillä pyritään selvittämään, voidaanko tarjoajalta, joka haluaa riitauttaa hankintaviranomaisen tekemän sellaisen päätöksen lainmukaisuuden, jossa tarjoajan tarjousta ei pidetty edullisimpana tarjouksena, evätä oikeus turvautua direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettuihin muutoksenhakumenettelyihin sillä perusteella, että hankintaviranomaisen olisi tullut muista syistä jo aiemmin sulkea hänen tarjouksensa tarjouskilpailun ulkopuolelle ja että näin ollen tarjoajan väittämä virheellinen menettely ei ole loukannut eikä saata loukata hänen etuaan.

22 Tältä osin on huomautettava, että kuten direktiivin 89/665/ETY ensimmäisestä ja toisesta perustelukappaleesta seuraa, direktiivin tavoitteena on vahvistaa julkisia hankintoja koskevien sopimusten alalla annettujen direktiivien tehokkaan soveltamisen varmistamiseksi tarkoitettuja, niin kansallisella kuin yhteisön tasolla suoritettavia järjestelyitä erityisesti siinä vaiheessa, jolloin virheellisiä menettelyjä voidaan vielä oikaista. Kyseisen direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa jäsenvaltioille asetetaan velvoite varmistaa, että lainvastaisiin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja niin nopeasti kuin mahdollista (ks. mm. em. asia Alcatel Austria ym. tuomion 33 ja 34 kohta ja asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002, Kok. 2002, s. I-11617, 74 kohta).

23 On kuitenkin todettava, että direktiivillä 89/665/ETY tavoitellun päämäärän täydellinen toteutuminen vaarantuisi, mikäli kyseisessä direktiivissä tarkoitetuista muutoksenhakumenettelyistä vastaavan elimen sallittaisiin evätä oikeus

turvautua muutoksenhakumenettelyyn tarjoajalta, joka väittää lainvastaiseksi hankintaviranomaisen tekemää päätöstä, jolla tarjoajan tarjousta ei pidetty edullisimpana tarjouksena, sillä perusteella, että kyseinen hankintaviranomainen on virheellisesti jättänyt sulkematta kyseisen tarjouksen tarjouskilpailun ulkopuolelle jo ennen kuin se ryhtyi valitsemaan parasta tarjousta.

24 On täysin selvää, että päätös, jolla hankintaviranomainen sulkee tarjoajan tarjouksen tarjouskilpailun ulkopuolelle jo ennen kuin se ryhtyy valitsemaan parasta tarjousta, on sellainen päätös, johon on direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdan nojalla voitava hakea muutosta, koska kyseistä säännöstä sovelletaan kaikkiin hankintaviranomaisten päätöksiin, joihin sovelletaan yhteisön oikeuden julkisia hankintoja koskevia sääntöjä (ks. mm. asia C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002, Kok. 2002, s. I-5553, 37 kohta ja asia C-57/01, Makedoniko Metro ja Michaniki, tuomio 23.1.2002, Kok. 2002, s. I-1091, 68 kohta), eikä siinä ole minkäänlaista rajoitusta kyseisten päätösten luonteen tai sisällön osalta (ks. mm. em. asia Alcatel Austria ym., tuomion 35 kohta ja em. asia HI, tuomion 49 kohta).

25 Näin ollen, mikäli hankintaviranomainen on sulkenut tarjoajan tarjouksen tarjouskilpailun ulkopuolelle ennen parhaan tarjouksen valintaa toteutetussa vaiheessa, tarjoajalle olisi tullut antaa mahdollisuus riitauttaa direktiivissä 89/665/ETY säädettyjen muutoksenhakumenettelyjen mukaisesti tämän tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemista koskevan päätöksen lainmukaisuus, koska tarjoaja on henkilö, jonka etua tällä päätöksellä on loukattu tai saatetaan loukata.

26 Näissä olosuhteissa sen, että muutoksenhakumenettelystä vastaava elin epää Hackermüllerin tilanteen kaltaisessa tilanteessa olevalta tarjoajalta mahdollisuuden turvautua kyseisiin muutoksenhakumenettelyihin, vaikutuksena ei olisi ainoastaan evätä tarjoajalta oikeus hakea muutosta lainvastaiseksi väittämäänsä päätökseen vaan myös oikeus riitauttaa muutoksenhakuelimen esiin tuoman sellaisen perusteen hyväksyttävyys, jonka nojalla tarjoaja olisi tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle, jolloin häneltä evätään sellaisen henkilön asema, jonka etua väitetty lainvastaisuus on loukannut tai saattaa loukata.

27 On totta, että kun tarjoajalle tämän tilanteen lieventämiseksi myönnetään oikeus riitauttaa sen perusteen hyväksyttävyys, jonka nojalla hänet olisi tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle, sellaisessa muutoksenhakumenettelyssä, jonka tarjoaja on pannut vireille hankintaviranomaisen sen päätöksen lainmukaisuuden riitauttamiseksi, jossa tarjoajan tarjousta ei pidetty parhaana tarjouksena, voi olla mahdollista, että tämän menettelyn päätteeksi asiaa käsittelevä muutoksenhakuelin tulee siihen lopputulokseen, että kyseinen tarjous olisi todellakin tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle jo aiemmin ja että tarjoajan muutoksenhakuvaatimus on hylättävä sillä perusteella, että, ottaen huomioon tämän mainitun seikan, tarjoajan väittämä virheellinen menettely ei ole loukannut eikä saata loukata hänen etuaan.

28 Mikäli hankintaviranomainen ei ole tarjouskilpailumenettelyn oikeassa vaiheessa tehnyt päätöstä sulkea tarjoajan tarjous tarjouskilpailun ulkopuolelle, edellisessä kohdassa kuvattua menettelytapaa on kuitenkin pidettävä ainoana sellaisena menettelynä, jolla voidaan varmistaa kyseisen tarjoajan oikeus riitauttaa sen perusteen hyväksyttävyys, jonka nojalla hänet olisi tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ja jonka perusteella kyseinen muutoksenhakumenettelystä vastaava elin aikoo todeta, että tarjoajan lainvastaiseksi väittämä päätös ei ole loukannut eikä saata loukata hänen etuaan, ja näin ollen taata yhteisön julkisia hankintoja koskevien direktiivien tehokas soveltaminen tarjouskilpailumenettelyn kaikissa vaiheissa.

29 Edellä esitetyillä perusteilla toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava siten, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan kanssa ristiriidassa on se, että tarjoajalta evätään oikeus turvautua kyseisessä direktiivissä tarkoitettuihin muutoksenhakumenettelyihin, jotta se voisi riitauttaa hankintaviranomaisen tekemän sellaisen päätöksen lainmukaisuuden, jossa tarjoajan tarjousta ei pidetty edullisimpana tarjouksena, sillä perusteella, että kyseisen hankintaviranomaisen olisi tullut muista syistä jo aiemmin sulkea tämä tarjous tarjouskilpailun ulkopuolelle ja että näin ollen tarjoajan väittämä virheellinen menettely ei ole loukannut eikä saata loukata hänen etuaan. Muutoksenhakumenettelyssä, joka näin ollen on tarjoajan käytettävissä, on annettava tarjoajalle mahdollisuus riitauttaa sen tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemista koskevan perusteen hyväksyttävyys, jonka perusteella kyseinen muutoksenhakumenettelystä vastaava elin aikoo todeta, että tarjoajan väittämä lainvastaisuus ei ole loukannut eikä saata loukata hänen etuaan.

Oikeudenkäyntikulut

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

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)

on ratkaissut Bundesvergabeamtin 25.6.2001 tekemällään päätöksellä esittämät kysymykset seuraavasti:

1) **Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenette-**

lyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY, 1 artiklan 3 kohdan kanssa ristiriidassa ei ole se, että tässä direktiivissä tarkoitetut muutoksenhakumenettelyt ovat jotain julkista hankintaa koskevaa sopimusta tavoittelevien henkilöiden käytettävissä ainoastaan, mikäli heidän väittämänsä virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata heidän etuaan.

2) Direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 92/50/ETY, 1 artiklan 3 kohdan kanssa ristiriidassa on se, että tarjoajalta evätään oikeus turvautua kyseisessä direktiivissä tarkoitettuihin muutoksenhakumenettelyihin, jotta se voisi riitauttaa hankintaviranomaisen tekemän sellaisen päätöksen lainmukaisuuden, jossa tarjoajan tarjousta ei pidetty edullisimpana tarjouksena, sillä perusteella, että kyseisen hankintaviranomaisen olisi tullut muista syistä jo aiemmin sulkea tämä tarjous tarjouskilpailun ulkopuolelle ja että näin ollen tarjoajan väittämä virheellinen menettely ei ole loukannut eikä saata loukata hänen etuaan. Muutoksenhakumenettelyssä, joka näin ollen on tarjoajan käytettävissä, on annettava tarjoajalle mahdollisuus riitauttaa sen tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemista koskevan perusteen hyväksyttävyys, jonka perusteella kyseinen muutoksenhakumenettelystä vastaava elin aikoo todeta, että tarjoajan väittämä lainvastaisuus ei ole loukannut eikä saata loukata hänen etuaan.

Puissochet Schintgen Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Julistettiin Luxemburgissa 19 päivänä kesäkuuta 2003.

R. Grass J.-P. Puissochet

kirjaaja kuudennen jaoston puheenjohtaja