JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
L. A. GEELHOED
10 päivänä lokakuuta 2002 [1]

I Johdanto

1. Tämä Itävallan Bundesvergabeamtin esittämä ennakkoratkaisupyyntö koskee direktiivin 89/665/ETY [2] ja direktiivin 93/36/ETY [3] tiettyjen artiklojen tulkintaa. Siinä halutaan tietää erityisesti, saako muutoksenhakuelin ottaa hankintaa koskevia sopimuksia koskevissa riita-asioissa huomioon viran puolesta ja asianosaisten esittämistä väitteistä riippumatta tosiseikkoja ja olosuhteita, joita se pitää olennaisina sopimuksen tekomenettelyn lainmukaisuuden arvioimiseksi. Lisäksi ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin haluaa tietää, onko tällaisella viran puolesta tehdyllä ratkaisulla vaikutuksia kantajan oikeuteen nostaa vahingonkorvauskanne, joka koskee sopimuksen teossa esiintynyttä sääntöjenvastaisuutta. Sen lisäksi kysymyksiä on esitetty siitä, ovatko jotkin pääasian kohteena olevassa sopimuksen tekomenettelyssä sovelletut arviointiperusteet sallittuja.

1 — Alkuperäinen kieli: hollanti.

2 — Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33).

3 — Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1).

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeus*

2. Direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdassa, sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) 41 artiklalla, säädetään seuraavaa:

"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. Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1, 6 ja 8 kohdassa säädetään seuraavaa:

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

— —

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

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot.

— —

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

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

— —

8. Milloin muutoksenhakumenettelystä vastaavat muut kuin oikeusviranomaiset, niiden on aina perusteltava päätöksensä kirjallisesti. Siinä tapauksessa on lisäksi säädettävä menettelyistä, joilla varmistetaan mahdollisuus saattaa muutoksenhakuelimen väitetyt lainvastaiset toimenpiteet tai sille annettujen toimivaltuuksien väitetyt väärinkäytökset joko oikeusviranomaisen tai muun viranomaisen käsiteltäväksi, joka on perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin ja riippumaton sekä hankintaviranomaisesta että muutoksenhakuelimestä.

Tällaisen riippumattoman elimen jäsenten nimittämistä ja heidän toimikautensa päättymistä tulee koskea samat edellytykset kuin tuomioistuinten jäseniä, siltä osin kuin ne koskevat nimittävää viranomaista, toimikauden pituutta ja tehtävästä vapauttamista. Ainakin tämän riippumattoman elimen puheenjohtajan on täytettävä tuomioistuimen jäsenille asetetut muodollista ja ammatillista pätevyyttä koskevat vaatimukset. Riippumattoman elimen on tehtävä päätöksensä noudattaen menettelyä, jossa molempia osapuolia kuullaan, ja päätösten on kunkin jäsenvaltion päättämällä tavalla oltava oikeudellisesti sitovia."

4. Direktiivin 93/36/ETY 15 artiklan 1 kohdassa, joka kuuluu IV osaston 1 lukuun (osallistumista koskevat yhteiset säännöt), säädetään seuraavaa:

"Sopimukset on tehtävä tämän osaston 3 luvussa säädetyin perustein ottaen huomioon 16 artiklan säännökset sen jälkeen, kun hankintaviranomaiset ovat 22, 23 ja 24 artiklassa tarkoitetuin taloudellista, rahoituksellista ja teknistä suorituskykyä koskevin perustein tarkastaneet niiden tavarantoimittajien soveltuvuuden, joita ei ole 20 artiklan mukaisesti jätetty sopimuksentekomenettelyn ulkopuolelle."

5. Direktiivin 93/36/ETY 23 artiklan 1 kohdassa, joka kuuluu IV osaston 2 lukuun (laadulliset valintaperusteet), säädetään seuraavaa:

"Tavarantoimittajan tekninen suorituskyky voidaan osoittaa yhdellä tai useammalla seuraavista tavoista toimitettavien tuotteiden luonteen, määrän ja käyttötarkoituksen mukaan:

a) luettelo tärkeimmistä toimituksista sekä tiedot niiden arvosta, ajankohdasta sekä julkisesta tai yksityisestä vastaanottajasta viimeksi kuluneilta kolmelta vuodelta:

— viranomaisille toimitettuja tavaroita koskevien asiakirjojen on oltava toimivaltaisen viranomaisen antamia tai vahvistamia todistuksia;

— yksityisille ostajille toimitetut tavarat on ostajan todistettava toimitetuiksi, tai jollei tämä ole mahdollista, tavarantoimittajan on vakuutettava ne toimitetuiksi;

— —

d) toimitettavien tuotteiden näytteet, selostukset ja/tai valokuvat, joiden oikeaperäisyys on voitava todistaa hankintaviranomaisen pyynnöstä;

— — ."

6. Direktiivin 93/36/ETY 26 artiklan 1 kohdassa, joka kuuluu IV osaston 3 lukuun (sopimusten tekemisen perusteet), säädetään seuraavaa:

"Hankintaviranomaisen on sopimuksia tehdessään käytettävä perusteena:

a) pelkästään alinta hintaa;

b) kun sopimus tehdään taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, eri perusteita sopimuksen mukaan: esimerkiksi hintaa, toimitusaikaa, käyttökustannuksia, kannattavuutta, laatua, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, teknisiä ansioita, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea."

B *Kansallinen oikeus*

7. Sekä direktiivi 93/36/ETY että direktiivi 89/665/ETY on saatettu osaksi Itävallan kansallista oikeusjärjestystä Bundesvergabegesetzillä [4] (liittovaltion laki julkisista hankinnoista; jäljempänä BVerG).

8. Tämän lain 113 §:ssä säädetään seuraavaa:

"1. Bundesvergabeamt on toimivaltainen käsittelemään sille tehdystä hakemuksesta muutoksenhakuasian seuraavan luvun säännösten mukaisesti.

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

1) määräämään välitoimista

2) kumoamaan hankintaviranomaisen hankintayksikön tekemät laittomat päätökset.

4 — Bundesvergabegesetz 1997, BGBl. I, 56/1997.

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. — — "

5. Muutoksenhakuvaatimukseen on sisällyttävä:

1. tarkka kuvaus kyseisestä hankintamenettelystä ja riitautetusta päätöksestä,

— — ."

9. Lain 115 §:n 1 ja 5 momentissa säädetään seuraavaa:

10. Vuoden 1991 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrengesetzin (vuoden 1991 hallintomenettelylain täytäntöönpanolaki) II §:n 2 momentin C kohdan 40 a alakohdan mukaan Bundesvergabeamtin hallintomenettelyyn sovelletaan vuoden 1991 Allgemeine Verwaltungsverfahrengesetziä (vuoden 1991 yleinen hallintomenettelylaki).

"1. 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.

11. Vuoden 1991 yleisen hallintomenettelylain 39 §:n 1 ja 2 momentissa säädetään seuraavaa:

"1. Asian selvittämisessä sovelletaan hallinnollisia määräyksiä.

— —

2. Mikäli asiasta ei hallinnollisissa määräyksissä toisin määrätä, viranomaisten on

toimittava viran puolesta ja määrättävä tämän osan säännösten mukaisesti asian selvittämiseen sovellettavasta menettelystä.

— — "

III Pääasian tosiseikat ja asian käsittelyn vaiheet

12. Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau (moottoritien ylläpito- ja kunnossapitoviranomainen) teki 2.3.2000 koko Euroopan kattavassa avoimessa menettelyssä hankintayksikkönä olevan Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Aktiengesellschaft (lyhennettynä ÖSAG) toimeksiannosta tarjouspyynnön, jonka kohteena oli "erikoisajoneuvon hankinta: uuden, heti käyttöön otettavan, viranomaisten hyväksymän kadunlakaisukoneen hankinta Phyrnin moottoritietä A9 varten, toimitusosoite Autobahnmeisterei Kalwangi".

13. Tarjoukset avattiin 25.4.2000. Pääasian hakija, GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (jäljempänä GAT) jätti neljän muun tarjoajan ohella erään saksalaisen valmistajan, Bucher-Schörlingin, edustajana tarjouksen, jonka hinta oli 3 547 020 Itävallan šhillinkiä (ATS) (ilman arvonlisäveroa). ÖAF & Steyrin tarjouksen nettohinta oli 4 174 290 (ATS) ja erään toisen tarjoajan tarjouksen 4 168 690 (ATS) (ilman arvonlisäveroa).

14. Hankintaehtojen B.1.13 kohdassa, jonka otsikkona on "Tarjousten arviointi", määrätään seuraavaa:

"B.1.13 Tarjousten arviointi

Teknisesti ja taloudellisesti edullisin tarjous valitaan parhaan tarjoajan periaatteen mukaisesti. Perusedellytyksenä on, että tarjottujen ajoneuvojen on oltava tarjouspyynnön edellytysten mukaisia.

Arviointi suoritetaan seuraavasti:

Tarjousten arvioinnissa on otettava lähtökohdaksi paras tarjoaja. Arvioinnissa annettavien pisteiden määrä määräytyy suhteessa parhaimpaan tarjoajaan.

— —

2) Muut arviointiperusteet

Muista arviointiperusteista annetaan enintään 100 pistettä. Niiden osuus kokonaisarvioinnista on 20 prosenttia.

2.1. Referenssiluettelo EU:n Alppien alueilla olevista kadunlakaisukoneasiakkaista (referenssit saksankielisinä). Painotus 20 pis- tettä.

Arviointikaava:

Korkein asiakasmäärä jaettuna seuraavaksi korkeimmalla määrällä kerrottuna 20 pisteellä."

15. Hankintaviranomainen karsi 16.5.2000 GAT:n tarjouksen sillä perusteella, että tarjous ei ollut hankintaehtojen mukainen, koska tarjottua jalkakäytävän puhtaanapitokonetta voitiin käyttää ainoastaan vähintään 0° C:ssa tai sitä korkeammissa lämpötiloissa, vaikka hankintailmoituksessa vaadittiin, että laitteen on toimittava vähintään -5° C:ssa. Lisäksi hakija ei ole — hankintaviranomaisen vaatimuksista huolimatta — täyttänyt tarjouspyynnössä esitettyä edellytystä, jonka mukaan laite oli voitava tarkastaa enintään 300 kilometrin etäisyydellä hankintayksiköstä. Hankintaviranomainen kyseenalaisti vielä GAT:n tarjouksen hinnan asianmukaisuuden. Hakija ei ole hankintaviranomaisen mukaan myöskään esittänyt selvitystä tarjoamansa koneen reflektorien puhdistuksen teknisestä toteutuksesta, vaikka hankintaviranomainen oli sitä vaatinut.

16. ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG:lle ilmoitettiin 23.8.2000 päivätyllä kirjeellä kirjallisesti hankintaa koskevan sopimuksen tekemisestä sen kanssa 31.7.2000 päivätyn hankintaehdotuksen mukaisesti. Muille tarjoajille ilmoitettiin 12.7.2000 päivätyllä kirjeellä sopimuksen tekomenettelyn lopputuloksesta. GAT:lle ilmoitettiin 17.7.2000 sen tarjouksen karsiutumisesta ja 5.10.2000 siitä, kenen kanssa hankintaa koskeva sopimus tehtäisiin, sekä hankintahinnasta.

17. Hakija vaati 17.11.2000 muutoksenhakuelintä toteamaan, että sopimuksen tekomenettelyn kohteena ollutta hankintasopimusta ei ollut tehty parhaimman tarjoajan kanssa ja katsoi, että sen tarjous oli karsittu lainvastaisesti. Sen tarjoukseen liitetty reflektorien puhdistuksen tekninen kuvaus oli laadittu siten, että se oli riittävä ammattimiehelle. Lisäksi hankintaviranomainen oli kutsuttu näytöstilaisuuteen, jossa toimittajana oleva yritys esitteli koneen käyttöä. GAT väitti myös, että hankintaviranomaisen vahvistama sopimuksen tekemistä koskeva peruste, joka koski "mahdollisuutta tarkastaa laite enintään 300 kilometrin etäisyydellä hankintayksiköstä" oli vastoin yhteisön oikeuden säännöksiä ja määräyksiä, koska se aiheutti välillistä syrjintää. Hankintaviran-

omaisen olisi sen mielestä pitänyt hyväksyä kaikki Euroopassa sijaitsevat referenssikohteet. Lisäksi tätä perustetta saatiin käyttää ainoastaan sopimuksen tekemistä koskevana perusteena eikä soveltuvuutta koskevana perusteena, kuten hankintaviranomainen jälkikäteen virheellisesti teki. Se huomautti myös, että vaikka pitikin paikkansa, että sen tarjoaman kadunlakaisukoneen perusmallia voitiin käyttää ainoastaan vähintään 0° C:n lämpötiloissa, hankintaviranomainen piti mahdollisena lisävarusteen hankkimista. Hakijan tarjoamalla lisävarusteella pystyttiin työskentelemään -5° C:n lämpötilassa, kuten hankintailmoituksessa vaadittiin. Sen tarjous ei ollut epäasianmukainen myöskään hinnaltaan. Hakija pystyi selvittämään hankintaviranomaiselle riittävän yksityiskohtaisesti, mistä sen edullinen hinta johtui.

IV Ennakkoratkaisukysymykset

18. Bundesvergabeamt katsoi, että yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu oli välttämätön, ja se esitti 11.7.2001 tekemällään päätöksellä yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) a) Voidaanko direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdasta, muusta tämän direktiivin säännöksestä tai jostain muusta yhteisön oikeuden määräyksestä tai säännöksestä päätellä, että direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu muutoksenhakumenettelystä vastaava elin — mukaan luettuna viranomainen, joka käyttää kyseisen direktiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa olevia valtuuksia — ei saa viran puolesta ja muutoksenhakumenettelyn asianosaisten esittämistä seikoista riippumatta puuttua sellaisiin julkisia hankintamenettelyjä koskevien säännösten kannalta olennaisiin seikkoihin, joilla muutoksenhakumenettelystä vastaava elin katsoo olevan merkitystä muutoksenhakumenettelyssä tehtävän päätöksen kannalta?

b) Onko direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan c alakohdan kanssa, mahdollisesti tarkasteltuna yhdessä muiden yhteisön oikeuden periaatteiden kanssa, ristiriidassa se, että kyseisen direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu muutoksenhakumenettelystä vastaava elin — mukaan luettuna viranomainen, joka käyttää direktiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa olevia valtuuksia — hylkää tarjoajan esittämän välillisen vahingonkorvausvaatimuksen, jos hankintamenettely on jo olennaisella tavalla lainvastainen hankintaviranomaisen tekemän muun kuin tämän tarjoajan riitauttaman päätöksen vuoksi, sillä perusteella, että tarjoajan mahdollinen vahinko olisi aiheutunut myös muista syistä, riitautetusta päätöksestä riippumatta?

2) Jos kysymykseen 1 a annetaan kieltävä vastaus, kielletäänkö direktiivin 93/36/ETY ja erityisesti sen

15—26 artiklan säännöksissä se, että hankintaviranomainen käyttää sopimuksen tekomenettelyssä tarjoajien tarjoamien tuotteiden referenssejä sopimuksen tekemistä koskevina perusteina sen sijaan, että niitä käytettäisiin tarjoajien soveltuvuutta koskevina perusteina, jolloin näistä referensseistä annettava kielteinen arvio ei estä tarjoajaa osallistumasta hankintamenettelyyn, vaan sen tarjous ainoastaan arvioidaan heikommaksi, arvioinnin tapahtuessa esimerkiksi sellaisella pisteytysjärjestelmällä, jossa referenssejä koskeva huono arvio voidaan kompensoida alhaisemmalla hinnalla?

3) Jos kysymyksiin 1 a ja 2 annetaan kieltävä vastaus, onko sopimuksen tekemistä koskeva peruste, jonka mukaan tuotteen referenssejä arvioidaan ainoastaan niiden lukumäärän perusteella, mutta tutkimatta niiden sisältöä sen selvittämiseksi, onko tuotteen ostajilla siitä hyviä vai huonoja kokemuksia, ja jonka mukaan referenssit rajataan Euroopan unionin Alppialueille, yhteisön oikeuden asian kannalta olennaisten määräysten ja säännösten, mukaan luettuna direktiivin 93/36/ETY 26 artikla, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja yhteisöjen kansainvälisoikeudellisten sitoumusten mukainen?

4) Onko sopimuksen tekemistä koskeva peruste, jonka mukaan myönteinen arviointi edellyttää sitä, että hankinnan kohde on mahdollista tarkastaa enintään 300 kilometrin etäisyydellä hankintayksiköstä, yhteisön oikeuden säännösten ja erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukainen?

5) Jos kysymykseen 2 annetaan myöntävä taikka kysymyksiin 3 tai 4 kieltävä vastaus, onko direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan c alakohtaa, mahdollisesti tarkasteltuna yhdessä muiden yhteisön oikeuden periaatteiden kanssa, tulkittava siten, että jos hankintaviranomaisen virheellinen menettely johtuu siitä, että se on soveltanut lainvastaista sopimuksen tekemistä koskevaa perustetta, tarjoajalla on oikeus vahingonkorvaukseen ainoastaan, jos asiassa voidaan konkreettisesti osoittaa, että tarjoajan tekemä tarjous olisi ollut paras, jollei lainvastaista sopimuksen tekemistä koskevaa perustetta olisi ollut?"

V Asian arviointi

19. Tässä menettelyssä GAT, Itävallan hallitus ja komissio ovat esittäneet yhteisöjen tuomioistuimelle kirjallisia huomautuksia. Sekä komissio että Itävallan hallitus ovat kiistäneet kysymysten tutkittaviksi ottamisen. Seuraavassa tarkastellaan ensin tätä näkökohtaa.

A *Bundesvergabeamtin toimivalta esittää ennakkoratkaisukysymyksiä*

20. Komissio epäilee, voidaanko kysymyksiä ottaa tutkittaviksi, koska Bundesvergabeamtin tarkoituksena ei ole sen mukaan ratkaisun antaminen tuomiovaltaa käyttäen. Se viittaa huomautuksiin, jotka se esitti yhteisöjen tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa C-314/00, Siemens ja Arge. Tässä asiassa komissio huomautti, että vaikka Bundesvergabeamt täyttää EY 234 artiklassa tarkoitetun tuomioistuimen tunnusmerkit, sellaisina kuin yhteisöjen tuomioistuin on ne vahvistanut oikeuskäytännössään, se epäilee, onko Bundesvergabeamtin ratkaisut annettu tuomiovaltaa käyttäen. Tältä osin se tuo esille oikeuskäytännön, jossa yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että kansalliset tuomioistuimet voivat pyytää yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkoratkaisua ainoastaan silloin, kun niissä on vireillä oikeusriita ja kun niissä vireillä olevan menettelyn tarkoituksena on ratkaisun antaminen tuomiovaltaa käyttäen. Komissio mainitsee erityisesti asiassa C-134/97, Victoria Film A/S, annetun tuomion [5] ja asiassa C-178/99, Salzmann, annetun tuomion. [6] Komissio epäilee, onko ratkaisuja annettu tuomiovaltaa käyttäen, koska ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin huomautti sen mukaan asiassa C-314/00, että BVergG:n 113 §:n 2 momentin toisessa virkkeessä tarkoitetut Bundesvergabeamtin ratkaisut eivät sisällä hankintaviranomaisille tarkoitettua täytäntöönpanokelpoista määräystä. Komissio ei pidä tältä kannalta mahdottomana sitä, että Bundesvergabeamtin päätösten tarkoituksena ei ole ratkaisun antaminen tuomiovaltaa käyttäen.

5 — Asia C-134/97, Victoria Film A/S, tuomio 12.11.1998 (Kok. 1998, s. I-7023, 14 kohta).

6 — Asia C-178/99, Salzmann, tuomio 14.7.2001 (Kok. 2001, s. I-4421, 14 kohta).

B *Ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottaminen*

21. Itävallan hallitus katsoo, että kysymyksiä 1 a ja 5 ei voida ottaa tutkittaviksi. Sen mielestä ennakkoratkaisupyynnöstä voidaan päätellä, että nämä kysymykset on esitetty BVergG:n 113 §:n 3 momentin mukaisessa menettelyssä. Itävallan hallituksen mukaan tämä menettely ei ole direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettu muutoksenhakumenettely vaan vahvistamista koskeva menettely. Itävallan hallitus perustelee tältä osin kantaansa sillä, että lainsäätäjä on käyttänyt direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 6 kohdan toisessa virkkeessä tarjottua mahdollisuutta ja säätänyt, että kun hankintaa koskeva sopimus on tehty, voidaan vaatia ainoastaan vahingonkorvausta. Itävallan hallitus perustelee tätä lisäksi sillä, että Bundesvergabeamt on toimivaltainen direktiivissä tarkoitetuissa muutoksenhakumenettelyissä. Sille ei ole kuitenkaan myönnetty direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettuja valtuuksia. Lain 113 §:n 3 momentin nojalla Bundesvergabeamtin on sopimuksen teon jälkeen rajoituttava toteamaan, onko kyse julkisia hankintoja koskevan oikeuden rikkomisesta (katso vastaava säännös BVergG:n 117 §:n 3 momentissa). Syy siihen, että tämä on annettu Bundesvergabeamtin tehtäväksi, on luonteeltaan prosessiekonominen. Ensinnäkin Bundesvergabeamt soveltuu tehtävään parhaiten, koska se on hankintaa koskevien sopimusten asiantuntija. Tällöin voidaan lisäksi ehkäistä oikeuskäytännössä mahdollisesti esiintyvät epäjohdonmukaisuudet, tarpeettomat oikeudenkäyntikulut ja prosessin pitkittyminen. Vahingonkorvauksen määrääminen kuuluu sen sijaan siviilituomioistuimen toimivaltaan. Bundesvergabeamtissa noudatettavan vahvistamista koskevan menettelyn tulee

edeltää siviilituomioistuimessa mahdollisesti noudatettavaa vahingonkorvauskannetta, koska kannetta ei BVergG:n 125 §:n 2 momentin mukaan muuten voida ottaa tutkittavaksi. Samassa pykälässä säädetään myös, että asianosaiset ja siviilituomioistuin ovat sidottuja Bundesvergabeamtin antamaan ratkaisuun. Itävallan hallituksen mukaan edellä esitetystä seuraa, ettei vahvistamista koskeva menettely ole direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettu menettely eikä kysymyksiin 1 a ja 5 annettava vastaus ole sen vuoksi tarpeen pääasiassa tehtävän päätöksen kannalta.

C *Asian arviointi*

22. Komissio ei kiistä sitä, että tämä toimielin täyttää tuomioistuimen tunnusmerkit, sellaisina kuin yhteisöjen tuomioistuin on ne aikaisemmassa oikeuskäytännössään vahvistanut. Se pohtii kuitenkin, onko Bundesvergabeamtin tekemien päätösten tarkoituksena ratkaisun antaminen tuomiovaltaa käyttäen. Itävallan hallitus sen sijaan rajoittaa tutkittavaksi ottamista koskevan väitteen ennakkoratkaisukysymyksiin 1 a ja 5. Kyseisen hallituksen mukaan Bundesvergabeamt ei tarvitse näitä vastauksia voidakseen tehdä ratkaisun. Esitetyt kysymykset koskevat nimittäin näkökohtia, joiden osalta tämä toimielin ei ole toimivaltainen.

23. Seuraavassa tarkastelen väitettä ensiksi sellaisena kuin komissio on sen esittänyt. Tämä edellyttää vain joitakin huomioita. On kiistatonta, että kyse on EY 234 artiklassa tarkoitetusta tuomioistuimesta. Yhteisöjen tuomioistuin on tunnustanut (välillisesti) tämän jo useita kertoja. [7] Kysymys, onko Bundesvergabeamtin päätösten tarkoituksena ratkaisun antaminen tuomiovaltaa käyttäen, on ollut äskettäin esillä julkisasiamies Mischon asiassa C-411/00, Felix Swoboda, esittämässä ratkaisuehdotuksessa. [8] Hän osoittaa aivan oikein, että toimielin voi tehdä päätöksiä, joiden tarkoituksena on ratkaisun antaminen tuomiovaltaa käyttäen, siitäkin huolimatta, että kyseisellä toimielimellä ei ole toimivaltaa täytäntöönpanokelpoisten määräysten antamiseen. Esimerkkinä hän mainitsee yhteisöjen tuomioistuimen, jolla tällaista toimivaltaa ei myöskään ole, lukuun ottamatta tapauksia, joissa ratkaisu tehdään välitoimimenettelyssä. Olen täysin samaa mieltä tämän näkemyksen kanssa. Kuten edellä mainitussa ratkaisuehdotuksessa huomautetaan, että vaikka Bundesvergabeamtilla ei olekaan pakkokeinoja panna hankintaviranomaisia sitovaa ratkaisuansa täytäntöön, tällä toimielimellä on kuitenkin toimivalta päätösten kumoamiseen ja sen ratkaisut ovat sitovia. Myös edellä mainitussa asiassa, jossa julkisasiamies Mischo esitti ratkaisuehdotuksensa, oli kyse tapauksesta, jossa Bundesvergabeamt ei voinut enää kumota hankintaviranomaisen päätöstä, koska hankintaa koskeva sopimus oli jo tehty ja Itävallan lainsäädännön mukaan ainoaksi mahdollisuu-

7 — Ks. esim. asia C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ym., tuomio 15.1.1998 (Kok. 1998, s. I-73); asia C-76/97, Tögel, tuomio 24.9.1998 (Kok. 1998, s. I-5357); asia C-111/97, EvoBus Austria, tuomio 24.9.1998 (Kok. 1998, s. I-5411); asia C-27/98, Fracasso und Leitschutz, tuomio 16.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5697); C-81/98, Alcatel Austria ym., tuomio 28.10.1998 (Kok. 1998, s. I-7671); asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-10745), ja asia C-94/99, ARGE, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-11037).

8 — Julkisasiamies Mischon asiassa C-411/00, Felix Swoboda, 18.4.2002 esittämä ratkaisuehdotus (tuomio 14.11.2002, Kok. 2002, s. I-10567, s. I-10570).

deksi jäi vahingonkorvauksen vaatiminen. Tällaisessa tapauksessa Bundesvergabeamtille jää BVergG:n 113 §:n 3 momentin nojalla toimivalta arvioida, onko hankintaa koskeva sopimus tehty parhaan tarjoajan kanssa. Tällainen ratkaisu ei ole merkityksetön. Ensinnäkin BVergG:n 125 §:n 2 momentista ilmenee, että tällainen Bundesvergabeamtin menettely on välttämätön sillä uhalla, että sitä seuraavaa vahingonkorvausvaatimusta ei muuten oteta siviilituomioistuimessa tutkittavaksi. Toiseksi asianosaiset ja siviilituomioistuin ovat sidottuja Bundesvergabeamtin ratkaisuun. Olen näin ollen samaa mieltä julkisasiamies Mischon kanssa, joka ratkaisuehdotuksessaan katsoi, että Bundesvergabeamtilla on tuomioistuimena valta esittää ennakkoratkaisukysymyksiä.

24. Tämän jälkeen on tutkittava, voidaanko kaikki esitetyt kysymykset ottaa tutkittaviksi, toisin kuin Itävallan hallitus on väittänyt. Itävallan hallitus väittää, että vahvistamista koskevat menettelyt eivät ole direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettuja muutoksenhakumenettelyjä. En ole tästä samaa mieltä.

25. Itävallan lainsäädännön järjestelmästä ilmenee, että direktiivin 2 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdassa säädetyt valtuudet on myönnetty Bundesvergabeamtille ja 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa säädetyt valtuudet siviilituomioistuimelle. Itävallan lainsäätäjä on suorittanut tämän tehtävänjaon direktiivin 2 artiklan 2 kohdan mukaisesti. Tämän jälkeen Itävalta on käyttänyt hyväkseen direktiivin 2 artiklan 6 kohdassa säädettyä mahdollisuutta. Tämän säännöksen nojalla jäsenvaltio voi päätyä siihen valintaan, että muutoksenhakumenettelyn toteuttamiseen toimivaltaisen viranomaisen toimivalta rajoitetaan vahingonkorvausten määräämiseen niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut, jos hankintaa koskeva sopimus on jo tehty.

26. Jäsenvaltiot velvoitetaan direktiivissä määrittelemään valtuudet, jotka liittyvät välitoimimenettelyihin, kumoamismenettelyihin ja vahingonkorvausmenettelyihin. Se, että Itävallan lainsäätäjä on sisäisessä oikeusjärjestyksessään luonut vahingonkorvausmenettelyitä varten kaksivaiheisen menettelyn (Bundesvergabeamtissa noudatettava vahvistamista koskeva menettely, joksi Itävallan hallitus menettelyä kutsuu, ja siviilituomioistuimessa noudatettava varsinainen vahingonkorvausmenettely), ei vaikuta Bundesvergabeamtin toimivaltaan esittää ennakkoratkaisukysymyksiä. Sillä ei ole vaikutusta, sillä siviilituomioistuin on nimenomaan sidottu Bundesvergabeamtin tekemään ratkaisuun. Menettelyt ovat näin ollen tiiviisti liitoksissa toisiinsa. Olisi vastoin direktiivin tehokasta vaikutusta, jollei Bundesvergabeamt voisi esittää ennakkoratkaisukysymystä vahvistamista koskevassa menettelyssä, joksi Itävallan hallitus menettelyä kutsuu.

27. Itävallan lainsäädännön järjestelmästä nimittäin seuraa, että Bundesvergabeamtin tehtävänä on todeta, onko julkisia hankintoja koskevien direktiivien vaatimukset täytetty. Kuten jo edellisissä kohdissa todettiin, tämän toteamisella on oikeusvaikutuksia, koska sen perusteella voidaan nostaa vahingonkorvauskanne siviilituomioistuimessa. Koska Bundesvergabeamtin ratkaisuilla on oikeusvaikutuksia, ennakkoratkaisukysymyksiä voidaan varsin hyvin esittää vahvistamista koskevan menettelyn yhteydessä, jossa on

lisäksi arvioitava, ovatko päätökset vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia sääntöjä.

28. En voi tästä syystä olla samaa mieltä Itävallan hallituksen kanssa, jonka mukaan ensimmäisellä kysymyksellä ei ole merkitystä. Nimenomaan tämän elimen tehtävänä on arvioida, onko kyse rikkomuksesta. Sen kannalta on merkityksellistä tietää, voiko se asiaa käsitellessään ottaa myös viran puolesta huomioon sellaisia näkökohtia, joita asianosaiset eivät ole tuoneet esille. Viidennessä kysymyksessä näkökulma on erilainen. Tämä kysymys koskee sitä, milloin tarjoajalla on oikeus vahingonkorvaukseen. Itävallan oikeuden mukaan asian ratkaisee siviilituomioistuin. Tuon tuomioistuimen on sen vuoksi annettava vastaus siihen kysymykseen, onko tarjoajalla konkreettisessa tapauksessa oikeutta vahingonkorvaukseen kansallisen oikeuden mukaan.

29. Johtopäätökseni on sen vuoksi, että Itävallan Bundesvergabeamtilla on toimivalta esittää ennakkoratkaisukysymyksiä ja että kaikki tämän toimielimen esittämät kysymykset voidaan ottaa tutkittaviksi lukuun ottamatta kysymystä 5.

VI Asiakysymys

A *Kysymys 1 a*

30. Tällä kysymyksellä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa tietää, onko sopimuksen tekomenettelyn kannalta olennaisten tosiseikkojen huomioon ottaminen viran puolesta vastoin direktiivin 2 artiklan 8 kohtaa taikka direktiivin tai yhteisön oikeuden jotain muuta säännöstä.

31. Ennakkoratkaisupyynnössä Bundesvergabeamt esittää perustelunaan, että sen on AVG:n 39 §:n 2 momentin nojalla tehtävä ratkaisu viran puolesta ja että sen on siksi tutkittava, ovatko muut sopimuksen tekemistä koskevat perusteet lainmukaisia, vaikka hakija ei olisikaan kiistänyt niitä. Jos havaitaan, että myös muut perusteet ovat lainvastaisia, tämä voi johtaa hakemuksen hylkäämiseen. Kun otetaan huomioon periaate, jonka mukaan hallintomenettelyssä on toimittava viran puolesta, Bundesvergabeamt pitää tätä BVergG:n 113 §:n 3 momentin sanamuodon vaikutusta periaatteessa yhteisön oikeuden mukaisena. Kun otetaan huomioon BVergG:n 113 §:n 3 momentin tarkoitus, voidaan kuitenkin epäillä, onko tämä vaikutus myös tehokkaan oikeussuojan periaatteen mukainen.

32. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tuo lisäksi esille, että viran puolesta toimiminen ei ole sen käsityksen mukaan vastoin mitään yhteisön oikeuden sääntöä, vaikka se ei kiistä sitä, että viran puolesta toimiminen hallintomenettelyssä eroaa jossakin määrin menettelystä, jossa kuullaan molempia osapuolia.

33. Siitä huolimatta Bundesvergabeamt katsoo, että sen on esitettävä

EY 234 artiklan kolmannen kohdan nojalla tätä koskevia kysymyksiä. Lähinnä tähän on syynä Bundesverfassungsgerichtin (Itävallan perustuslakituomioistuin) 8.3.2001 tekemä päätös. Siinä tuotiin esille kysymyksiä, jotka koskivat viran puolesta toimimisen suhdetta direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdassa säädettyyn periaatteeseen, jonka mukaan muutoksenhakumenettelyssä on kuultava molempia osapuolia. Itävallan perustuslakituomioistuin on kumonnut useita Bundesvergabeamtin tekemiä päätöksiä sillä perusteella, että tämä elin on tarkastellut viran puolesta sopimuksen tekomenettelyn lainvastaisia näkökohtia.

34. Komissio huomauttaa, että direktiivissä ei säädetä, että direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdassa tarkoitetussa riippumattomassa elimessä noudatettavan muutoksenhakumenettelyn on perustuttava yksinomaan asianosaisten esittämiin väitteisiin ja ettei tätä elintä sen vuoksi estetä ottamasta arvioinnissaan huomioon asiaan kuuluvia seikkoja viran puolesta sillä edellytyksellä, että osapuolilla on oikeus tulla kuulluiksi. Myös Itävallan hallitus, joka tältä osin viittaa asiassa Primetzhofer[9] esittämiinsä huomautuksiin, katsoo, että viran puolesta toiminen ei ole vastoin direktiivin 2 artiklan 8 kohdan viimeisen virkkeen ensimmäistä osaa.

35. Esittämissään huomautuksissa, joissa keskitytään erityisesti viran puolesta toimimisen seurauksiin, GAT pyrkii viime kädessä osoittamaan, että direktiivissä estetään ottamasta viran puolesta huomioon asian arvioinnissa sellaisia seikkoja, joita asianosaiset eivät ole esittäneet.

36. Ensinnäkin on todettava, että Bundesvergabeamt on EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin. Yhteisöjen tuomioistuin on aikaisemmin vahvistanut, että direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdan ensimmäisen virkkeen nojalla jäsenvaltioilla on kaksi vaihtoehtoa niiden järjestäessä julkisia hankintoja koskevien sopimusten valvontajärjestelmää. Toimivalta myönnetään joko tuomioistuimelle tai sellaiselle "muutoksenhakuelimelle", joka ei ole tuomioistuin, jolloin on oltava mahdollista valittaa tuomioistuimeen tai toiseen sellaiseen elimeen, jonka on tehokkaan muutoksenhaun turvaamiseksi täytettävä ne erityiset vaatimukset, joista on säädetty direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdan toisessa alakohdassa.[10] Koska Bundesvergabeamtin on katsottava olevan tuomioistuin ("ensimmäinen vaihtoehto"), tätä turvaamissäännöstä ei sovelleta. Itävallan hallituksen ja myös komission esittämillä huomautuksilla, joiden mukaan viran puolesta toimiminen ei ole vastoin direktiivin 2 artiklan 8 kohdan viimeisen virkkeen ensimmäistä osaa, ei ole tässä asiassa sen vuoksi merkitystä. Kysymys on kuitenkin olennainen sen vuoksi, että ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin esittää kysymyksensä perusteluksi toimivansa "tuomioistuimena". Lisäksi ratkaisun tekeminen menettelyssä,

9 — Tämä asia on tällä välin saatettu päätökseen, ks. 11.7.2002 annettu määräys asiassa C-464/00 (ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

10 — Asia C-103/97, Köllensperger ja Altzwanger, tuomio 4.2.1999 (Kok. 1999, s. I-551, 27—30 kohta). Ks. myös asia C-258/97, HI, tuomio 4.3.1999 (Kok. 1999, s. I-1405, 14—19 kohta).

jossa kuullaan molempia osapuolia, on yksi niistä seikoista, jotka yhteisöjen tuomioistuimen on otettava huomioon arvioidessaan, onko kysymyksessä EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin.

37. Jäljempänä esittämistäni syistä olen sitä mieltä, että menettely, jossa molempia osapuolia kuullaan, ei estä toimivaltaista tuomioistuinta toimimasta hallintomenettelyssä viran puolesta. Menettely, jossa molempia osapuolia kuullaan, tarkoittaa käytännössä sitä, että asianosaisten on voitava esittää vuorollaan vastineensa toistensa kantoihin ja myös niihin näkökohtiin, jotka asiaa käsittelevä elin saattaa ottaa viran puolesta huomioon asiaa arvioidessaan, ennen kuin se tekee ratkaisunsa. Lisäksi jäsenvaltioiden on direktiivin mukaan huolehdittava siitä, että menettelyt ovat asianomaisten käytettävissä ja että ne ovat tehokkaita ja tarkoituksenmukaisia. Järjestelyjen puolesta ne ovat kuitenkin vapaita. Ne voivat näin ollen säätää, että tuomioistuin voi ottaa viran puolesta huomioon seikkoja, joilla on merkitystä asian arvioinnin kannalta. Sitä, missä määrin Bundesvergabeamtilla on velvollisuus ottaa asiaa arvioidessaan huomioon viran puolesta kaikki asiaan kuuluvat seikat asianosaisten esittämistä väitteistä riippumatta, tulee esille myös seuraavassa kysymyksessä. Olen näin ollen sitä mieltä, että direktiivissä ei estetä ottamasta viran puolesta huomioon sopimuksen tekomenettelyn kannalta merkityksellisiä seikkoja riippumatta väitteistä, joita asianosaiset ovat esittäneet muutoksenhakumenettelyssä, jos tällöin taataan direktiivin tavoite eli tehokas oikeussuoja.

B *Kysymys 1 b*

38. Kysymyksellä 1 b Bundesvergabeamt haluaa tietää, onko muutoksenhakuelimen tekemä päätös, jolla hylätään tarjoajan välillisesti esittämä vahingonkorvausvaatimus sillä perusteella, että sopimuksen tekomenettely oli lainvastainen jo muista syistä — joita tarjoaja ei esittänyt —, vastoin direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan c alakohtaa, mahdollisesti tarkasteltuna yhdessä muiden yhteisön oikeuden periaatteiden kanssa.

39. Bundesvergabeamt perusteli kysymyksiä 1 a ja 1 b ennakkoratkaisupyynnössä siten, että sen on BVergV:n 113 §:n 3 momentin ja 115 §:n 1 momentin nojalla tutkittava, onko hankintaviranomaisen tekemä päätös, jonka hakija on riitauttanut muutoksenhakumenettelyssä sen jälkeen kun hankintaa koskeva sopimus on tehty, lainmukainen, mutta että se voi hyväksyä hakemuksen kuitenkin ainoastaan silloin, kun tarjouskilpailua ei ole ratkaistu laissa tarkoitetun parhaimman tarjoajan hyväksi nimenomaan siitä syystä, että riitautettu päätös oli lainvastainen. Jos hankintamenettelyn perustavanlaatuinen lainvastaisuus johtuu sitten jo muusta hankintaviranomaisen (mahdollisesti aiemmin) tekemästä päätöksestä eikä hakija ole muutoksenhakumenettelyssä riitauttanut juuri tätä toista hankintaviranomaisen tekemää päätöstä, muutoksenhakua ei voida hyväksyä. Tästä seuraa, että tarjoaja, joka valittaa hankintaviranomaisen tekemästä päätöksestä, joka on todettu lainvastaiseksi, ei voi kuitenkaan esittää vahingonkorvausvaatimusta, koska hankintamenettelyn lainvastaisuus johtuu toisesta päätöksestä, jonka hankintaviranomainen on tehnyt jo aikaisemmin ja jota hakija ei ole rii-

tauttanut. Tällaisessa tilanteessa hakija ei ole "kärsinyt" vahinkoa direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetusta riitautetusta virheellisestä menettelystä, koska vahingot, esimerkiksi turhaan jätetystä tarjouksesta aiheutuneet kulut, olivat johtuneet hankintaviranomaisen muusta (aiemmasta) virheellisestä menettelystä.

40. GAT katsoo, että edellä mainittu Bundesvergabeamtin oikeuskäytäntö on vastoin yhteisön julkisia hankintoja koskevassa oikeudessa edellytettyä tehokasta oikeussuojaa. GAT viittaa tässä yhteydessä Verfassungsgerichtshofin päätökseen, jossa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella todettiin, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan mukainen muutoksenhakuoikeus on tulkittava laajasti ja että siihen on oikeus jokaisella, joka on tarjouksen tekemällä osoittanut tavoittelevansa sopimusta. GAT esittää perustelunaan, että Verfassungsgerichtshof totesi tässä päätöksessään, että kun otetaan huomioon ehdokkaiden ja tarjoajien laaja oikeussuoja, on kyseenalaista, voidaanko yhteisön oikeuden perusteella hyväksyä Bundesvergabeamtin näkemys, jonka mukaan tarjoajan vireille panemaa muutoksenhakua ei voida hyväksyä, koska asianomainen sopimuksen tekomenettely oli virheellinen jo muusta syystä.

41. Asiaa havainnollistaakseen GAT tuo esille, että Bundesvergabeamt esitti pääasian oikeudenkäynnissä sen vastaväitteen, että sopimuksen tekomenettely olisi lain mukaan itse asiassa pitänyt mitätöidä, koska referenssiluettelon käyttö sopimuksen tekemistä koskevana perusteena ei ole sallittu Euroopan eikä Itävallan sopimuksenteko-oikeudessa. GAT huomauttaa, että tämä arviointiperuste ei liittynyt sen nostamaan kanteeseen. Bundesvergabeamtin käsityksen mukaan tästä kuitenkin seuraa, että se menettää oikeuden vahingonkorvaukseen. GAT:n mukaan tällainen oikeuskäytäntö, jossa Bundesvergabeamt toteaa viran puolesta menettelyn olevan lainvastainen, on sallittu, jos se edeltää hankintaa koskevan sopimuksen tekoa. Tällaisessa tapauksessa voidaan aloittaa uusi sopimuksen tekomenettely, josta on poistettu ne arviointiperusteet, jotka eivät ole sallittuja. Tarjoaja ei ole tällöin kärsinyt vahinkoa, koska hän voi osallistua kilpailuun uudestaan. Kun sopimus on tehty, tilannetta ei ole kuitenkaan mahdollista palauttaa ennalleen. Lisäksi tarjoajat ovat arvioineet oikeudellisen tilanteensa ainoastaan sen mukaan, mitä tosiasiallisesti on tapahtunut. GAT:n mukaan tämän olisi oltava muutoksenhakumenettelyn perustana.

42. GAT huomauttaa, että Bundesvergabeamtin oikeuskäytännön perusteella sopimuksen tekomenettelyn lainmukaisuudesta ovat vastuussa tarjoajat, kun taas hankintaviranomainen ei ole vastuussa virheellisestä menettelystä. Tarjoajan tehtävänä ei ole selvittää kaikkia tai kaikkia mahdollisia sopimuksen tekomenettelyssä ilmeneviä lainvastaisuuksia. Muutoksenhakuoikeus perustuu nimittäin tarjoajan subjektiivisiin oikeuksiin, mikä tarkoittaa sitä, että sovellettavan oikeuden rikkomisesta aiheutuu tai saattaa aiheutua vahinkoa tarjoajalle.

43. Sekä komissio että Itävallan hallitus esittävät, että tähän kysymykseen on vastattava myöntävästi. Komissio huomauttaa, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdassa säädetään, että muutoksenhakumenettelyjen on oltava niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata. Hankintaviranomaisten päätöksiä koskevan muutoksenhakumenettelyn laajuus on vahvistettu komission mukaan julkisasiamies Tizzanon asiassa C-92/00 esittämässä ratkaisuehdotuksessa. [11] Siinä mainitut näkökohdat koskevat komission mukaan paitsi hankintaviranomaisen päätöstä koskevia muutoksenhakumenettelyjä myös direktiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisia vahingonkorvauskanteita, erityisesti koska vahingonkorvauskannetta ei ole direktiivin perusteella mahdollista rajoittaa.

44. Itävallan hallitus tuo esille, että kieltävä vastaus merkitsisi sitä, että muutoksenhaku hankintaviranomaisen päätökseen olisi hylättävä, vaikka hakemus olisi perusteltu, koska asianomaisen kärsimä vahinko johtuisi sellaisista muista sopimuksen tekomenettelyssä esiintyneistä sääntöjenvastaisuuksista, joita hän ei ole tuonut esille. Saadakseen oikeussuojaa muutoksenhakija joutuisi sen vuoksi tuomaan esille kaikki menettelyssä esiintyneet sääntöjenvastaisuudet. Tämä käsitys on vastoin direktiiviä 89/665/ETY, jossa edellytetään juuri toimivaa ja tehokasta menettelyä jokaisen kantajan väittämän virheellisen menettelyn osalta. Hakemuksen hylkääminen, vaikka se olisi sisällöltään perusteltu, voitaisiin katsoa oikeussuojan epäämiseksi. Toisaalta Itävallan hallitus huomauttaa olevan myös mahdollista väittää, että koska direktiivissä ei ole asiaa koskevaa selvää säännöstä, kysymykseen on vastattava yksinomaan kansallisen oikeuden perusteella.

45. Yhteisöjen tuomioistuin on usein toistanut, että direktiivillä 89/665/ETY on tarkoitus vahvistaa voimassa olevia järjestelmiä sekä kansallisella että yhteisön tasolla, jotta turvattaisiin julkisista hankinnoista sopimista koskevien direktiivien tehokas täytäntöönpano. Direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa jäsenvaltiot velvoitetaan siitä syystä säätämään tehokkaita ja nopeita muutoksenhakukeinoja. Tällä tarkoitetaan mahdollisuutta hakea muutosta hankintayksiköiden tekemiin päätöksiin rajoittamatta mitenkään näiden päätösten luonnetta tai sisältöä. [12] Kun otetaan huomioon, että direktiivin tarkoitus on tämä, sitä ei voida tulkita ja soveltaa siten, että tarjoajien muutoksenhakumahdollisuuksia rajoitettaisiin suoraan tai välillisesti. Tämä koskee mielestäni myös vahingonkorvauskanteita. Direktiivin 1 artiklan 3 kohdassa säädetään, että muutoksenhakumenettelyjen (joihin on luettava vahingonkorvausmenettelyt) on oltava kaikkien niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkista hankintaa koskevaa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai

11 — Ks. asiassa C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002, esitetyn ratkaisuehdotuksen 23 ja 24 kohta (Kok. 2002, s. I-5553).

12 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Alcatel Austria. Ks. myös edellä alaviitteessä 11 mainittu asia HI.

saattaa loukata. Niitä ei ole mahdollista rajoittaa direktiivin minkään säännöksen nojalla. Ainoa jäsenvaltioiden käytettävissä oleva mahdollisuus on päinvastoin rajoittaa menettelyt vahingonkorvausten määräämiseen "niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut", jos hankintaa koskeva sopimus on jo tehty. Direktiivin 1 artiklan 3 kohdasta tai 2 artiklan 6 kohdasta ei ilmene, että tätä asianomaisen tarjoajan oikeutta voidaan rajoittaa.

46. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen selostama käytäntö johtaa siihen, että tarjoajat, joiden etua hankintaviranomaisen virheellinen menettely on loukannut, eivät voi kuitenkaan vaatia vahingonkorvausta. Tarjoaja, jonka mielestä säännöt olisivat edellyttäneet sopimuksen tekemistä hänen kanssaan, ei nimittäin välttämättä tiedä, että lainvastaista arviointiperustetta sovellettiin jo tarjoajia valittaessa, vaikka hän täyttikin tämän lainvastaisen arviointiperusteen eikä näin ollen kärsinyt sen vuoksi vahinkoa. Jos hän olisi nimittäin jäänyt menettelyn ulkopuolelle lainvastaisen arviointiperusteen vuoksi jo tuossa vaiheessa, hän olisi voinut nostaa kanteen jo silloin.

47. Olisi vastoin asiaa koskevan yhteisön oikeuden tarkoitusta, jos Bundesvergabeamtin viran puolesta suorittamasta arvioinnista seuraisi, että tarjoajaan kohdistuva lainvastaisuus ei voisi olla enää vahingonkorvauskanteen nostamisen peruste. Tämä pitää paikkansa erityisesti kun otetaan huomioon, että hankintaa koskevaa sopimusta ei voida riitauttaa sen jälkeen, kun se on tehty.

C *Kysymys 2*

48. Tällä kysymyksellä ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin haluaa tietää, onko tarjoajien tuotteiden referenssiluettelon ottaminen huomioon sopimuksen tekemistä koskevana perusteena vastoin direktiiviä 93/36/ETY.

49. Ennakkoratkaisupyynnöstä havaitaan, että hankintaviranomaiset myöntävät pisteitä tämän luettelon perusteella ottamatta huomioon niitä kokemuksia, joita asianomaisilla asiakkailla on kyseisistä tuotteista. Lisäksi luettelo rajoittuu EU:n Alppien alueilla sijaitseviin asiakkaisiin, mihin seuraava kysymys osaksi liittyy. Käsiteltävänä olevassa kysymyksessä halutaan tietää, voidaanko tällainen luettelo ottaa huomioon sopimuksen tekemistä koskevana perusteena sen sijaan, että se otettaisiin huomioon laadullisena valintaperusteena.

50. Itse asiassa sekä komissio että Itävallan hallitus huomauttavat, että kyse on tällöin pikemminkin soveltuvuutta kuin sopimuksen tekemistä koskevasta perusteesta ja että olisi vastoin direktiivin 93/36/ETY järjes-

telmää ottaa huomioon tarjoajan tuotteiden referenssiluettelo arvioitaessa sopimuksen tekemistä eikä tarjoajan soveltuvuutta.

51. Toistaiseksi yhteisöjen tuomioistuin on erotellut jyrkästi yhtäältä soveltuvuutta koskevat perusteet ("tarjoajan valinta") ja toisaalta sopimuksen tekemistä koskevat perusteet ("tarjouksen valinta").[13] Molemmat ovat sopimuksen tekomenettelyn erillisiä osia ja niihin sovelletaan eri säännöstöä. Tarjoajan valinta perustuu taloudelliseen, rahoitukselliseen ja tekniseen suorituskykyyn. Direktiivin 93/36/ETY 22, 23 ja 24 artiklassa on luettelo — joka ei ole tyhjentävä — niistä viitearvoista tai todisteista, joiden avulla tarjoajien suorituskyky voidaan osoittaa. Tekninen suorituskyky voidaan osoittaa direktiivin 23 artiklan mukaisesti esittämällä luettelo tärkeimmistä toimituksista. Sopimuksen tekemisen perusteena voi olla joko alin hinta tai taloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämiseksi käytetyt arviointiperusteet. Direktiivin 93/36/ETY 26 artiklan 1 kohdan b alakohdassa mainitaan lukuisia esimerkkejä tällaisista arviointiperusteista. Vaikka tämä luettelo ei olekaan tyhjentävä, ja vaikka hankintayksikkö voi päättää soveltaa muita perusteita, valinnassa voidaan ottaa huomioon ainoastaan sellaiset arviointiperusteet, joiden avulla taloudellisesti edullisin tarjous määritetään.[14] Ennakkoratkaisupyynnöstä havaitaan, että esillä olevassa asiassa referenssiluetteloa käytetään sopimuksen tekoa koskevana arviointiperusteena. Kuten sekä komissio että Itävallan hallitus ovat huomauttaneet, referenssiluettelo, jonka perusteella myönnetään tietty määrä pisteitä mutta ei oteta huomioon luettelossa mainittujen aikaisempien toimeksiantajien kokemuksia, sopii varsin hyvin laadulliseksi valintaperusteeksi mutta ei sopimuksen tekemistä koskevaksi perusteeksi. Olen samaa mieltä. Käsiteltävänä oleva referenssiluettelo voi mahdollisesti kertoa jotakin tarjoajan kokemuksesta ja teknisestä osaamisesta, mutta tällainen luettelo ei sovi edullisimman tarjouksen määrittämiseen. Tällainen referenssiluettelo ei anna nimittäin mitään tietoa toimitetuista töistä, myynnin jälkeisestä palvelusta, käyttökustannuksista tai muista arviointiperusteista, joiden avulla voidaan määrittää, mikä tarjous on hankintaviranomaisen kannalta loppujen lopuksi taloudellisesti edullisin.

52. Edellä esitetyt seikat johtavat siihen tulokseen, että käsiteltävänä olevan tapaisen luettelon vaatiminen on direktiivin 93/36/ETY 26 artiklan vastainen sopimuksen tekemistä koskeva peruste. Huomautan vielä, että ennakkoratkaisupyynnöstä ei ilmene, mitä referenssejä asianomaisen tarjoajan tuli esittää teknisen suorituskykynsä osoittamiseksi. Siitä seikasta, että tämä vaatimus ei voi olla sopi-

13 — Asia 31/87, Beentjes, tuomio 20.9.1988 (Kok. 1988, s. 4635). Tämä asia liittyi julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettuun direktiiviin 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5), direktiivi 93/36/ETY on systematiikaltaan samanlainen.

14 — Ks. esim. asia C-19/00, SIAC Construction, tuomio 18.10.2001 (Kok. 2001, s. I-7725) ja edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beentjes.

muksen tekemistä koskeva peruste, ei voida vielä päätellä, että se oli asianmukainen tarjoajan soveltuvuutta koskeva peruste.

D *Kysymys 3*

53. Tämä kysymys liittyy läheisesti edelliseen. Tähän kysymykseen ei ole tiukasti ottaen tarpeen vastata, koska se esitettiin ainoastaan siltä varalta, että kysymyksiin 1 a ja 2 vastattaisiin kieltävästi. Edellisen kysymyksen arvioinnista havaitaan, että sellaisten seikkojen luettelo, joiden avulla ei sinänsä ole mahdollista arvioida tarjouksen taloudellista edullisuutta, ei voi olla sopimuksen tekemistä koskeva peruste. Seuraavassa käsittelen sen vuoksi erityisesti sitä kysymystä, onko yhteisön oikeuden mukaista ottaa huomioon pelkästään Euroopan unionissa sijaitsevien Alppien alueiden referenssit.

54. Komission mukaan soveltuvuutta koskeva peruste voi aiheuttaa syrjintää, jos siinä otetaan huomioon ainoastaan EU:n Alppien alueiden referenssit. Tätä mieltä on myös Itävallan hallitus.

55. Olen samaa mieltä. Edellistä kysymystä arvioitaessa havaittiin jo, että hankintaviranomaiset voivat taloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämiseksi soveltaa yksinomaan sopimuksen tekemistä koskevia perusteita eikä referenssiluettelon soveltaminen ole tarkoituksenmukaista. Tämä pitää paikkansa varmasti myös, jos asiakkaiden referenssit on rajoitettava EU:n Alppien alueille. Riippumatta siitä, onko luetteloa pidettävä sopimuksen tekemistä koskevana perusteena vai laadullisena valintaperusteena, se aiheuttaa joka tapauksessa syrjintää. Kuten myös Itävallan hallitus huomautti, vertailussa voidaan yhtä hyvin keskittyä kokemuksiin, joita on saatu muilta vuoristoalueilta, jotka ovat vertailukelpoisia ilmastoltaan ja pinnanmuodostukseltaan. Voi nimittäin käydä niin, että tarjoaja ei yllä vaadittavaan pistemäärään sen vuoksi, että suuri osa sen asiakaskunnasta sijaitsee Sveitsin Alpeilla tai esimerkiksi Pyreneillä. Tähän voitaisiin esittää se vastaväite, että on yhdentekevää, onko tarjoajilla Itävallan kansalaisuus taikka EU:n tai ETA:n jonkin jäsenvaltion kansalaisuus tai sellaisen valtion kansalaisuus, jonka kanssa on tehty kansainvälinen sopimus. Käytännössä kuitenkin vaatimus, jonka perusteella asiakkaiden luettelo rajoittuu EU:n Alppien alueille eli itse asiassa Itävallassa sijaitseviin Alppeihin ja suhteellisen pieneen Italiassa ja Ranskassa sijaitsevaan Alppien osaan, johtaa siihen, että Itävallassa sijaitsevilla yrityksillä on etulyöntiasema.

56. Johtopäätökseni on sen vuoksi, että maantieteellisesti rajoitettujen arviointiperusteiden soveltamisesta sinänsä seuraa,

että tarjoajien piiri on maantieteellisesti rajoitettu ja että tällainen arviointiperuste on luonteeltaan sen vuoksi syrjivä niitä mahdollisia ehdokkaita kohtaan, jotka eivät täytä kyseistä maantieteellistä arviointiperustetta.

E *Kysymys 4*

57. Tämä kysymys liittyy sopimuksen tekemistä koskevaan perusteeseen, jonka mukaan myönteinen arvio on mahdollinen ainoastaan, jos kohde on mahdollista tarkastaa enintään 300 kilometrin etäisyydellä hankintayksiköstä. Komissio on esittänyt tähän sen huomautuksen, että direktiivin 93/36/ETY 23 artiklan 1 kohdan d alakohdan nojalla hankintaviranomaiset voivat vaatia toimitettavista tuotteista näytteitä, selostuksia ja/tai valokuvia, joilla soveltuvuus osoitetaan. Sen vuoksi vaatimus, jossa edellytetään tarkastusmahdollisuutta enintään 300 kilometrin etäisyydellä, on sen mukaan soveltuvuutta koskeva peruste. Myös Itävalta on väittänyt, että kyse on soveltuvuutta eikä sopimuksen tekemistä koskevasta perusteesta. Tällainen arviointiperuste aiheuttaa Itävallan hallituksen mukaan lisäksi syrjintää, koska se suosii hankintaviranomaisten läheisyydessä sijaitsevia osanottajia, jotka sijaitsevat yleensä asianomaisessa jäsenvaltiossa tai lähellä sen rajaa.

58. GAT on tältä osin huomauttanut, että BVergG:n 60 §:ssä säädetään, miten teknistä suorituskykyä koskeva osoitus voidaan toimittaa. Se tapahtuu pääsääntöisesti todistusten, valokuvien ja näytteiden avulla. Paikan päällä suoritettava tarkastus sallitaan BVergG:ssä ainoastaan poikkeustapauksissa eli silloin, kun toimitettava tuote on luonteeltaan monimutkainen (BVergG:n 60 §:n 2 momentti). Tästä säännöksestä seuraa lisäksi, että tarkastusta vaadittaessa ei saa määrätä, että referenssikohteen on sijaittava hankintaviranomaisen läheisyydessä. Tällainen vaatimus on sen mukaan vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta, koska sillä rajoitetaan muissa jäsenvaltioissa sijaitsevien valmistajien ja tavarantoimittajien mahdollisuuksia osallistua sopimuksen tekomenettelyyn. Sen mukaan BVergG:n 60 §:n 2 momentissa säädetään siitä syystä, että kohteen voi tarkastaa paikan päällä joko hankintaviranomainen tai sen nimissä toimiva valtuutettu tarjoajan sijaintivaltion viranomainen. BVergG:n nojalla, kun toimitettavan tuotteen tekninen monimutkaisuus edellyttää tarkastusta paikan päällä, hankintaviranomaisen on hyväksyttävä teknisen suorituskyvyn arvioinnin referenssiksi kaikki Euroopan unionin alueella sijaitsevat tuotteet. GAT esittää lisäksi sen perustelun, että taloudellisesti edullisimman tarjouksen arvioimisesta ei ole annettu vastaavaa säännöstä. Itävallassa on sen mukaan kuitenkin vallalla se käsitys, että sopimuksen tekomenettelyssä voidaan sallia tarkastusmahdollisuus tai vastaava osoitus taloudellisesti edullisimman tarjouksen arvioimiseksi, jos hankintakohteen erityispiirteet sitä edellyttävät. GAT väittää, että on yhdentekevää, onko tarkastusmahdollisuus soveltuvuutta vai sopimuksen tekemistä koskeva peruste. Jos hankintaviranomaisella on oikeus vaatia tarkastuksen suorittamista sijaintipaikan läheisyydessä, kyse on itse asiassa välillisestä syrjinnästä, koska vaatimuksen voivat täyttää yleensä ainoastaan itävaltalaiset yritykset. Sen mukaan asia on toisin ainoastaan, jos kyse on sarjatuotteista tai pienikokoisista tuotteista, joista riittää

yleensä lähetettävä näyte. Kyse on esillä olevassa asiassa kuitenkin siitä, että on esitettävä yksittäiskappale, jonka kuljetuskustannukset ovat yleensä erittäin korkeat. Tällaisessa tapauksessa etusijalle on sen mukaan asetettava valmistajan etu eikä hankintaviranomainen saa edellyttää tarkastuksen suorittamista yksinomaan hankintaviranomaisen sijaintipaikan läheisyydessä.

59. Edellisissä kysymyksissä tarkasteltujen muiden sopimuksen tekemistä koskevien perusteiden tapaan myös "taloudellisesti edullisinta tarjousta" saadaan arvioida ainoastaan sellaisten seikkojen avulla, joilla on sen kannalta merkitystä. En ymmärrä, miten "tarkastusmahdollisuus enintään 300 kilometrin etäisyydellä" voisi olla tältä kannalta hyödyllinen arviointiperuste. Se on näin ollen pikemminkin soveltuvuutta kuin sopimuksen tekemistä koskeva peruste. Tästä riippumatta kyseistä arviointiperustetta ei voida hyväksyä, koska etäisyyden rajoittaminen enintään 300 kilometriin on katsottava tosiasialliseksi rajoitukseksi. Se suosii nimittäin niitä tarjoajia, joiden asiakkaat ja/tai sijaintipaikka ovat hankintaviranomaisen läheisyydessä ja joilla on näin ollen useimmiten myös sama kansallisuus kuin hankintaviranomaisella. Se aiheuttaa sen vuoksi syrjintää asianomaisten tavaroiden ja/tai palvelujen alkuperämaan ja tavarantoimittajan kansallisuuden suhteen. Kaiken lisäksi tarkastusmahdollisuus paikan päällä on nähdäkseni myös täysin tarpeetonta rajoittaa enintään 300 kilometrin etäisyydelle hankintayksiköstä. Kuten myös GAT on todennut, käytettävissä on muita vaihtoehtoja, silloin kun kohde halutaan tarkastaa paikan päällä.

F *Kysymys 5*

60. Edellä 29 kohdassa tulin siihen tulokseen, että tätä kysymystä ei voida ottaa tutkittavaksi, koska Bundesvergabeamt on sopimuksen tekemisen jälkeen toimivaltainen toteamaan ainoastaan, onko julkinen sopimuksentekomenettely edennyt asianmukaisesti ja onko hankintaa koskeva sopimus tehty parhaan tarjoajan kanssa, mutta sillä ei ole toimivaltaa vahingonkorvauksen määräämiseen. Siltä varalta, että yhteisöjen tuomioistuin ei ole asiasta kanssani samaa mieltä, palaan vielä tähän kysymykseen.

61. Lähtökohtana on se, että kyse on rikkomuksesta ja että rikkomukseksi katsotaan lainvastainen sopimuksen tekemistä koskeva peruste. Tällöin on kysyttävä, onko tarjoajalla oikeus vahingonkorvaukseen ainoastaan, jos voidaan tosiasiallisesti osoittaa, että hän olisi ollut paras tarjoaja, jos lainvastaista sopimuksen tekemistä koskevaa perustetta ei olisi ollut.

62. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on esittänyt tämän kysymyksen perusteluksi, että yhteisön oikeudessa ei nimenomaan säädetä, missä tapauksessa tarjoajan voidaan katsoa kärsineen tosiasiallista vahinkoa hankintaviranomaisen virheellisestä menettelystä. Se huomauttaa, että käytännössä on vaikea osoittaa, minkälaisen tarjouksen tarjoaja olisi tehnyt, jollei lainvastaista arviointiperustetta olisi ollut. Toisaalta sopimuksen tekomenettelyissä esiintyvien rikkomusten tutkiminen on käytännössä helpompaa, jos oletetaan, että tarjoajat kärsivät vahinkoa jokaisesta

tarjoustensa sisältöön mahdollisesti vaikuttavasta lainvastaisesta sopimuksen tekemistä koskevasta perusteesta.

63. Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan c alakohta koskee vahingonkorvauksen määräämistä sille, joka on virheellisestä menettelystä kärsinyt. Vastaava säännös sisältyy direktiivin 92/13/ETY 2 artiklan 1 kohdan d alakohtaan.[15] Komissio huomauttaa aivan oikein, että päinvastoin kuin jälkimmäisessä direktiivissä, jossa säädetään, että kun vahingonkorvausvaatimus koskee tarjouksen tekemiseen liittyviä kuluja tai sopimuksen tekomenettelyyn osallistumista, kantajan tarvitsee osoittaa ainoastaan, että kyse on sopimuksenteko-oikeudellisesti virheellisestä menettelystä ja että oli olemassa tosiasiallinen mahdollisuus, että hankintaa koskeva sopimus olisi tehty hänen kanssaan,[16] direktiivissä 89/665/ETY ei ole tällaista säännöstä. Huomautan vielä ohimennen, että tässä direktiivissä ei ole säännöksiä siltä varalta, että vahingonkorvausvaatimus koskee muita kuluja.

64. Koska direktiivissä ei ole asiaa koskevaa säännöstä, kysymykseen sovelletaan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan[17] kansallista oikeutta niin, että huomioon otetaan yhteisön oikeuden yleiset periaatteet, kuten vastaavuusperiaate ja tehokkuusperiaate. Tästä seuraa, että vahingonkorvausvaatimukseen sovelletaan Itävallan asianomaisen lainsäädännön aineellisia ja muodollisia edellytyksiä. Nämä eivät saa vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan olla kuitenkaan epäedullisempia kuin säädökset, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia (direktiivin itsensä lähtökohtana oleva periaate), eivätkä ne saa olla luonteeltaan sellaisia, että yhteisön oikeudessa annettujen oikeuksien käyttäminen olisi käytännössä mahdotonta.

65. Huomautan vielä, että vahingonkorvauksen myöntäminen tarjoajalle ainoastaan, jos hän pystyy tosiasiallisesti osoittamaan, että hankintaa koskeva sopimus olisi tehty hänen kanssaan, jollei lainvastaista sopimuksen tekemistä koskevaa perustetta olisi ollut, voi johtaa siihen, että kyseisten oikeuksien käyttäminen olisi käytännössä mahdotonta tai erittäin vaikeaa.

66. Jos kulut, jotka lainvastaiseen sopimuksen tekomenettelyyn osallistumisesta ovat turhaan aiheutuneet tarjoajalle, jätetäisiin korvaamatta, kuten nyt oletetaan, tämä saattaisi olla este mahdollisille ehdokkaille osallistua sopimuksen tekomenettelyyn. Tämä on mielestäni vastoin julkisia hankintoja koskevien direktiivien ja direktiivin 89/665/ETY tarkoitusta, sillä jälkimmäisen tarkoituksena on vahvistaa mahdollisuuksia muutoksenhakuun, kun näitä direktiivejä on rikottu. Tämän perusteella päättelen, että direktiivin

15 — Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25 päivänä helmikuuta 1992 annettu neuvoston direktiivi 92/13/ETY (EYVL L 76, s. 14).

16 — Ks. tältä osin direktiivin 92/13/ETY 2 artiklan 7 kohta.

17 — Ks. äskettäinen asia C-62/00, Marks & Spencer, tuomio 11.7.2002 (Kok. 2002, s. I-6325) ja siinä mainittu oikeuskäytäntö.

2 artiklan 1 kohdan c alakohtaa ei voida tulkita niin suppeasti, että tarjoajalla olisi oikeus vahingonkorvaukseen ainoastaan silloin, kun hän pystyy osoittamaan, että hankintaa koskeva sopimus olisi tehty hänen kanssaan, jollei lainvastaista sopimuksen tekemistä koskevaa perustetta olisi ollut. Vaikka se, kuinka laaja oikeus vahingonkorvaukseen on, määräytyy periaatteessa kansallisen oikeuden perusteella, tämän oikeuden soveltaminen ei saa johtaa siihen, että yhteisön oikeudessa annettujen oikeuksien käyttäminen olisi käytännössä mahdotonta tai erittäin vaikeaa.

VII Ratkaisuehdotus

67. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin antaa Bundesvergabeamtin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavat vastaukset:

1) a) Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetussa neuvoston direktiivissä 89/665/ETY ei kielletä sitä, että direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun muutoksenhakumenettelyn toteuttamiseen toimivaltainen viranomainen — mukaan lukien viranomainen, joka käyttää direktiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa olevia valtuuksia — voi ottaa huomioon viran puolesta ja muutoksenhakumenettelyn asianosaisten esittämistä seikoista riippumatta julkisia hankintoja koskevien säännösten kannalta olennaisia seikkoja.

1) b) Se, että direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu muutoksenhakumenettelyn toteuttamiseen toimivaltainen viranomainen — mukaan luettuna viranomainen, joka käyttää direktiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa olevia valtuuksia — hylkää tarjoajan välillisesti esittämän vahingonkorvausvaatimuksen sillä perusteella, että hankintamenettely oli lainvastainen muista kuin kantajan esittämistä syistä, on vastoin direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan c alakohtaa.

2) Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY säännöksissä kielletään hankintaviranomaista käyttämästä sopimuksen tekomenettelyssä tarjoajien tarjoamien tuotteiden referenssejä sopimuksen tekemistä koskevina perusteina.

3) Referenssiperuste, jossa otetaan huomioon ainoastaan referenssien lukumäärä tutkimatta sisällöllisesti, mitä kokemuksia asiakkailla on tuotteesta ollut, ei ole direktiivin 93/36/ETY 26 artiklassa tarkoitettu sopimuksen tekemistä koskeva peruste. Se, että huomioon otetaan ainoastaan EU:n Alppien alueiden referenssit, muodostaa lisäksi kyseisten tavaroiden ja palvelujen alkuperää koskevaa syrjintää, joka on kielletty perustamissopimuksessa.

4) Arviointiperuste, jonka mukaan huomioon otetaan ehdokkaat ainoastaan, jos hankinnan kohde on mahdollista tarkastaa enintään 300 kilometrin etäisyydellä hankintayksiköstä, ei ole sopimuksen tekemistä koskeva peruste. Tämä arviointiperuste ei ole myöskään sallittu, sillä se on syrjivä.

5) Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan c alakohdasta ei seuraa, että tarjoajalla on oikeus vahingonkorvaukseen ainoastaan, jos tarjoaja voi näyttää konkreettisesti, että hänen tekemänsä tarjous olisi ollut paras, jollei lainvastaista sopimuksen tekemistä koskevaa perustetta olisi ollut.