JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
L. A. GEELHOED
20 päivänä marraskuuta 2003 [1]

I Johdanto

1. Esillä olevassa asiassa yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään vastaamaan neljään ennakkoratkaisukysymykseen, jotka koskevat 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 [2] tulkintaa, sellaisena kuin tämä direktiivi on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY [3] (jäljempänä direktiivi 92/50/ETY).

2. Kysymykset liittyvät Siemens AG Österreichin (jäljempänä Siemens) ja ARGE Telekom & Partnerin (jäljempänä ARGE Telekom) kiistaan hankintaviranomaisen eli Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungträgerin kanssa (jäljempänä Hauptverband).

3. Ennakkoratkaisukysymysten taustalla olevan kiistan tosiseikat ja menettelykokonaisuus ovat monimutkaiset. Ne esitetään jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen III osassa. Asiayhteyden perusteella on selvästi mahdollista epäillä ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä, sillä kysymykset ovat muuttuneet kokonaan tai osittain hypoteettisiksi pääasian jäätyä vaille kohdetta.

4. Itse kysymysten muotoilu on kieltämättä monimutkainen, mutta se antaa kuitenkin riittävät tiedot vastaamista varten, kun lisäksi otetaan huomioon ennakkoratkaisupyynnön perustelut. Tämän ratkaisuehdotuksen III osassa esitetään tästä syystä kyseisen välipäätöksen merkitykselliset kohdat. Bundesvergabeamt kysyy kansallisen tuomioistuimen ominaisuudessa pääasiallisesti, onko Itävallan lainsäätäjä pannut direktiivin 89/665/ETY täytäntöön riittävällä tavalla, kun otetaan huomioon sen (rajallinen) toimivalta.

1 — Alkuperäinen kieli: hollanti.
2 — EYVL L 395, s. 33.
3 — EYVL L 209, s. 1.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeus*

5. 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."

6. Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1, 6, 7 ja 8 kohdassa säädetään seuraavaa:

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

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

— —

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.

7. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelystä vastaavien elinten päätökset voidaan panna täytäntöön tehokkaasti.

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 (josta on tullut EY 234 artikla) 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."

7. Direktiivin 92/50/ETY 25 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Hankintaviranomainen voi sopimusasiakirjoissa pyytää tarjoajaa ilmoittamaan tarjouksessaan, minkä osan sopimuksesta tämä mahdollisesti aikoo antaa alihankintana kolmansille. Tällainen ilmoitus ei rajoita pääasiallisen palvelujen suorittajan vastuuta."

8. Direktiivin 92/50/ETY 32 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Palvelujen suorittajien kyky suorittaa palveluja voidaan arvioida erityisesti näiden ammattitaidon, tehokkuuden, kokemuksen ja luotettavuuden perusteella.

2. Palvelujen suorittajan tekninen suorituskyky voidaan osoittaa yhdellä tai useammalla seuraavista tavoista suoritettavien palvelujen luonteen, määrän ja käyttötarkoituksen mukaan:

— —

c) selvitys palvelujen suorittamiseen osallistuvista, sekä palvelujen suorittajan yritykseen kuuluvista että sen ulkopuolisista teknisistä asiantuntijoista tai teknisistä toimielimistä, erityisesti niistä, jotka vastaavat laadunvalvonnasta;

— —

h) ilmoitus siitä, miltä osin palvelujen suorittaja mahdollisesti aikoo antaa sopimuksen alihankkijoiden toteutettavaksi.

3. Hankintaviranomaisen on ilmoituksessaan tai tarjouspyynnössään ilmoitettava, mitkä edellä mainituista viiteasiakirjoista sille on esitettävä.

4. Edellä 31 artiklassa sekä tämän artiklan 1–3 kohdassa tarkoitettujen tietojen laajuus on suhteutettava sopimuksen kohteeseen, ja hankintaviranomaisten on otettava huomioon palvelujen suorittajien laillinen etu näiden yritysten teknisten salaisuuksien tai liikesalaisuuksien suojaamisen osalta."

B *Kansallinen lainsäädäntö*

9. Direktiivit 89/665/ETY ja 92/50/ETY on saatettu osaksi Itävallan kansallista oikeusjärjestystä vuoden 1997 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgenilla (vuonna 1997 annettu liittovaltion laki julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä, BGBl. I, 1997/56, BGBl:ssa I, 2000/125 julkaistussa muodossa; jäljempänä BVergG).

10. BVergG:n 31 §:ssä, joka koskee alihankkijoiden suorituksia, säädetään seuraavaa:

"(1) Tarjouspyynnössä on mainittava, onko alihankkijoiden käyttö sallittua. Koko toimeksiannon teettäminen alihankintana ei ole sallittua, lukuun

ottamatta ostosopimuksia ja toimeksiannon antamista toimeksiannon saajaan sidonnaisille yrityksille. Rakennussopimuksissa ei ole sallittua teettää alihankintana valtaosaa toimeksiannosta. — — Toimeksiantajan on varmistettava, että toimeksiannon saajan alihankkijat suorittavat valtaosan niille annetuista tehtävistä itse. Poikkeustapauksissa toimeksiantaja voi määrätä tarjouspyynnössä, että on sallittua teettää alihankintana valtaosa toimeksiannosta. Toimeksiannon osien teettäminen alihankintana on lisäksi sallittua vain silloin, kun alihankkijalla on osuutensa suorittamiseen tarvittava ammattitaito.

(2) Toimeksiantajan on tarjouspyynnössä pyydettävä tarjoajaa ilmoittamaan tarjouksessaan, minkä osan toimeksiannosta tämä aikoo mahdollisesti antaa alihankkijoiden tehtäväksi. Tämä ilmoitus ei vähennä toimeksiannon saajan vastuuta."

11. BVergG:n 40 §:ssä, jonka otsikkona on Hankinnan peruuttaminen tarjouskilpailun kuluessa, säädetään seuraavaa:

"(1) Tarjouskilpailun ollessa käynnissä hankinnan saa peruuttaa pakottavista syistä, erityisesti silloin, jos ennen tarjouskilpailun päättymistä saadaan tietoa olosuhteista, joiden vuoksi hankintaa ei olisi tehty tai hankinnan sisältö olisi ollut oleellisesti toisenlainen, mikäli seikat olisivat olleet tiedossa aiemmin.

(2) Peruuttamisesta on ilmoitettava samalla tavalla kuin hankinnasta.

(3) Tarjoajille sekä niille, joille toimeksianto on jo annettu, on viipymättä ilmoitettava peruutuksesta ja sen syistä."

12. BVergG:n 52, 53, 53a, 54, 55 ja 56 §:ssä, jotka koskevat tarjousten arviointi, säädetään seuraavaa:

"Tarjousten hylkääminen

52 §

(1) Ennen kuin hankintaviranomainen valitsee tarjoajan, jonka kanssa se

tekee hankintasopimuksen, sen on arvioinnin perusteella välittömästi hylättävä seuraavien tarjoajien tarjoukset:

1. sellaisten tarjoajien tarjoukset, jotka eivät ole toimivaltaisia tai joilla ei ole tarvittavia taloudellisia, yritystaloudellisia tai teknisiä resursseja tai jotka eivät ole luotettavia;

— —

8. tarjoukset, jotka eivät täytä tarjouskilpailun edellytyksiä tai jotka ovat puutteellisia ja epätäydellisiä, mikäli puutteita ei ole korjattu tai niitä ei ole mahdollista korjata, samoin kuin osittaiset tarjoukset, ellei niitä ole sallittu;

9. sellaisten tarjoajien tarjoukset, jotka ovat tehneet muiden tarjoajien kanssa hyvän tavan tai tehokkaan kilpailun periaatteen vastaisia sopimuksia, jotka ovat toimeksiantajan kannalta haitallisia;

— —

Hankintasopimuksen saajan valitseminen; parhaan tarjouksen periaate.

53 §

Tarjousten hylkäämisen jälkeen jäljellä olevista tarjouksista tarjouskilpailu ratkaistaan tarjouspyynnössä mainittujen arviointiperusteiden mukaisesti teknisesti ja taloudellisesti parhaan tarjouksen tekijän hyväksi. (Parhaan tarjouksen periaate). Hankintapäätös on perusteltava — — kirjallisesti.

Hankintapäätöksestä ilmoittaminen

53 a §

(1) Toimeksiantajan on ilmoitettava hyväksymättä jääneille tarjoajille viipymättä kirjallisesti tai telekopiolla — — kenen tarjoajan tehtäväksi toimeksianto annetaan. Ilmoituksessa on 4 momentin säännökset huomioon ottaen ilmoitettava hyväksymättä jääneille tarjoajille kaikki syyt, joiden vuoksi heidän tarjouksensa on hylätty.

(2) Hankintasopimusta ei mitätöinnin uhalla saa tehdä ennen kahden viikon odotusajan päättymistä laskettuna

1 momentissa tarkoitetusta hankintapäätöksestä ilmoittamisesta — — . Jos kiireellisyyden vuoksi noudatetaan nopeutettua menettelyä, odotusaika lyhennetään yhteen viikkoon.

(3) Tarjoajat, joiden tarjousta ei ole hyväksytty, voivat yhden viikon kuluessa, tai, mikäli noudatetaan nopeutettua menettelyä 69 §:n mukaisessa kiireellisessä tapauksessa, kolmen päivän kuluessa hankintapäätöksen tiedoksi antamisesta lukien pyytää kirjallisesti selvitystä syistä, joiden vuoksi heidän tarjoustaan ei ole hyväksytty sekä hyväksytyn tarjouksen ominaisuuksista ja eduista.

(4) Toimeksiantajan on viipymättä kyseisen pyynnön saatuaan — mikäli pyyntö on tehty määräajan kuluessa — ja vähintään kolme päivää ennen odotusajan päättymistä ilmoitettava hyväksymättä jääneille tarjoajille valitun tarjoajan nimi sekä summa, jolla toimeksianto on annettu. Hyväksymättä jääneille tarjoajille on ilmoitettava myös valitun tarjouksen ominaisuudet ja edut siltä osin kuin näiden tietojen julkistaminen ei ole yleisen edun tai yritysten oikeutettujen kaupallisten etujen vastaista tai loukkaa vapaan ja rehellisen kilpailun periaatetta;

(5) Jos hyväksymättä jäänyt tarjoaja katsoo, että toimeksiantajan hankinnasta tekemä päätös loukkaa tämän lain säännöksiä ja näin ollen uhkaa aiheuttaa haittaa hänelle, hänen on viipymättä ja perustelut esittäen ilmoitettava toimeksiantajalle aikomuksestaan käynnistää valitusmenettely.

Tarjouskilpailun ratkaiseminen ja hankintasopimuksen tekeminen

54 §

(1) Sopimuksen tekemisen määräajan kuluessa sopimussuhde syntyy sinä hetkenä, jona tarjoaja vastaanottaa kirjallisen vahvistuksen tarjouksensa hyväksymisestä. Jos määräaika ylittyy tai jos toimeksianto poikkeaa tarjouksesta, sopimussuhde syntyy vasta sinä hetkenä, kun tarjoaja ilmoittaa kirjallisesti toimeksiannon vastaanottamisesta. Tarjoajalle on annettava riittävä määräaika tämän ilmoituksen antamiselle.

(2) — —

Tarjouskilpailun peruuttaminen tarjousten jättämistä koskevan määräajan päätyttyä

55 §

(1) Tarjouskilpailu on peruutettava tarjousten jättämistä koskevan määräajan päätyttyä, jos sitä varten on olemassa pakottavia syitä.

(2) Tarjouskilpailu voidaan peruuttaa, jos 52 §:n mukaisesti suoritetun karsinnan jälkeen jäljellä on vain yksi tarjous.

(3) Tarjouskilpailu katsotaan peruutetuksi, jos sitä varten ei ole jätetty hakemuksia tai hakemuksia on jätetty vain yksi.

(4) Tarjoajille on ilmoitettava viipymättä tarjouskilpailun peruuttamisesta ja sitä koskevista syistä.

(5) Tarjouskilpailun peruuttamisesta on ilmoitettava samalla tavalla kuin tarjouskilpailusta.

Hankintamenettelyn lopettaminen

56 §

(1) Hankintamenettely päättyy hankintasopimuksen laatimiseen tai tarjouskilpailun peruuttamiseen.

(2) Jokaiselle hyväksymättä jääneelle tarjoajalle on ilmoitettava asiasta viipymättä menettelyn päätyttyä. — — "

13. BVergG:n 113 §:ssä säädetään Bundesvergabeamtin toimivallasta seuraavasti:

"(1) Bundesvergabeamt on toimivaltainen käsittelemään sille tehdystä hakemuksesta muutoksenhakuasian seuraavan kappaleen säännösten mukaisesti.

(2) Bundesvergabeamtilla on hankintasopimuksen tekemiseen asti toimivalta tämän liittovaltion lain ja sen perus-

teella annettujen säännösten vastaisten toimien poistamiseksi

1. määrätä väliaikaisista toimenpiteistä sekä

2. todeta hankintaviranomaisen hankintayksikön lainvastaiset päätökset mitättömiksi.

(3) Hankintasopimuksen tekemisen jälkeen tai hankintamenettelyn päättymisen jälkeen Bundesvergabeamt on toimivaltainen toteamaan, että hankintasopimusta ei ole liittovaltion lain tai sen perusteella annettujen säännösten rikkomisen vuoksi tehty parhaan tarjoajan kanssa. Sellaisessa menettelyssä Bundesvergabeamt on lisäksi toimivaltainen hankintaviranomaisen hakemuksesta toteamaan, että hylätyllä ehdokkaalla tai tarjoajalla ei olisi ollut aitoa mahdollisuutta tulla valituksi myöskään siinä tapauksessa, että liittovaltion lain tai sen nojalla annettuja säännöksiä olisi noudatettu."

14. BVergG:n 117 §:n 1 ja 3 momentissa säädetään seuraavaa:

"1. Bundesvergabeamt kumoaa siten, että se ottaa huomioon sovittelulautakunnan asiasta antaman lausunnon, hallintopäätöksellä hankintaviranomaisen hankintamenettelyssä tekemän päätöksen,

1. jos kyseinen päätös on vastoin tämän liittovaltion lain tai sen soveltamisasetusten säännöksiä ja

2. jos päätöksellä on hankintamenettelyn kannalta ratkaisevaa vaikutusta.

— —

3. Hankintasopimuksen tekemisen jälkeen Bundesvergabeamt toteaa, noudattaen 1 momentissa mainittuja edellytyksiä, ainoastaan onko väitettyä lainvastaisuutta olemassa vai ei."

15. BVergG:n 122 §:n 1 momentin mukaan "hylätyllä ehdokkaalla tai tarjoajalla on hankintayksikön elimen rikottua tuottamuksellisesti tätä liittovaltion lakia tai sen soveltamisasetuksia oikeus vaatia hankintaviranomaiselta, jonka tiliin han-

kintayksikön elimen menettely on luettava, korvausta tarjouksen laatimisesta ja muista hankintamenettelyyn osallistumisesta aiheutuneista kustannuksista".

16. BVergG:n 125 §:n 2 momentin mukaan vahingonkorvauskanne on nostettava siviilituomioistuimessa ja se otetaan tutkittavaksi ainoastaan, jos Bundesvergabeamt on sitä ennen todennut lainvastaisuuden 113 §:n 3 momentin mukaisesti. Tämä toteamus sitoo sekä vahingonkorvauskannetta käsittelevää siviilituomioistuinta että Bundesvergabeamtissa asianosaisina olevia tahoja.

17. Verwaltungsvollstreckungsgesetzin 5 §:ssä säädetään seuraavaa:

"(1) Velvollisuus sallia toimi, luopua toimen tekemisestä tai toteuttaa sellainen toimi, jota kolmas ei voi toteuttaa sen erityispiirteiden takia, pannaan täytäntöön siten, että täytäntöönpanoviranomaiset vaativat sitä, jonka on täytettävä tämä velvollisuus, täyttämään se sakon tai vankeuden uhalla.

(2) Täytäntöönpanomenettely on aloitettava varoittamalla ensiksi niskoittelusta tai viivyttelystä seuraavista epäedullisista seuraamuksista. Asetettu uhkakeino on määrättävä pantavaksi täytäntöön heti ensimmäisen niskoittelukerran yhteydessä tai toimen suorittamiselle asetetun määräajan kuluttua loppuun ilman, että toimea olisi suoritettu. Samanaikaisesti on aina asetettava ankarampi uhka toimen toistamisen tai viivyttelyn jatkamisen varalta. Asetettua uhkakeinoa ei saa enää määrätä pantavaksi täytäntöön velvoitteen täyttämisen jälkeen.

(3) Pakkokeinona saa yksittäisessä tapauksessa olla enintään 10 000 shillingin suuruinen sakko tai enintään neljän viikon vankeus.

(4) Sakkoa voidaan käyttää pakkokeinoina myös oikeushenkilöitä, kauppaoikeuden soveltamisalaan kuuluvia henkilöyhtiöitä ja rekisteriin merkittyjä voittoja tavoittelevia yhtiöitä vastaan lukuun ottamatta julkisoikeuden piiriin kuuluvia yhteisöjä."

18. Allgemein Bürgerliches Gesetzbuchin (ABGB) 879 §:ssä säädetään seuraavaa:

"1) Laissa olevan kiellon tai hyvien tapojen vastainen sopimus on mitätön.

2) Erityisesti seuraavat sopimukset ovat mitättömiä:

— — "

III Asian tosiseikat ja oikeudenkäyntimenettely

A *Kansallisten elinten käsiteltävänä olleet tosiseikat ja menettelyt*

19. Hankintaviranomainen ilmoitti 21.9.1999 EYVL:n S-osassa julkaistussa ilmoituksessa kahdessa eri vaiheessa toteutettavaksi aiotusta hankintamenettelystä. Hankinnan kohteena oli sirukortteihin tukeutuvan ATK-järjestelmän periaatteellinen hahmottaminen, suunnittelu, toteuttaminen, mukaan lukien korttien toimitus, alustaminen, henkilön tunnistaminen, korttien jakelu ja hävitys. Lisäksi hankintaan kuului päätelaitteiden toimitus, asennus ja kattava tekninen huolto koko Itävallan alueella. Lopuksi siihen kuului ATK-käyttöjärjestelmän tukeminen, Call-Center-toiminnan, korttien hallinnoinnin ja muiden järjestelmän käytön kannalta tarpeellisten palvelujen tukeminen.

20. Hankintaviranomainen päätti 22.2.2000 pyytää tarjouksia viideltä ehdokasryhmittymältä ja jättää kuudennen ehdokkaan valinnan ulkopuolelle. Ehdokkuusasiakirjojen, jotka oli päivätty 21.9.1999, 1.9 kohdassa sekä 15.3.2000 päivättyjen tarjouskilpailuasiakirjojen tarjouspyyntö-nimisen osan 1.8 kohdassa todettiin alihankkijan käytön sallittavuudesta seuraavasti: "Suorituksen osista saadaan antaa alihankkijoiden toteutettavaksi enintään 30 prosenttia palveluista ja alihankkijoita saadaan käyttää ainoastaan siten, että projektinjohtaminen, järjestelmän periaatteellinen hahmottaminen, kehittäminen, toteuttaminen, toimitus ja kokonaisjärjestelmän projektin kannalta keskeisten komponenttien käyttö ja korttien kehittäminen, toimitus ja korttien elämänkaaren hallinnointi sekä päätelaitteiden kehittäminen ja toimitus jäävät sopimuksen kannalta tyypillisinä suorituksen osina tarjoajalle/tarjoajaryhmittymälle."

21. Ennakkoratkaisupyynnön perusteella hankintaviranomainen halusi tällä soveltuvuutta koskevalla perusteella varmistaa sen, että hankinta toteutetaan teknisesti virheettömästi. Se nimittäin odotti, että korttien toimittajille asetetun henkilökohtaisen vastuun johdosta niillä on suurempi motivaatio suorittaa hankinta virheettömästi. Vastuun oli määrä parantaa myös hankintaviranomaisen tosiasiallisia vaikutusmahdollisuuksia asian osalta.

22. Korttien toimittajayritys Austria Card oli mukana kolmessa niistä neljästä tarjoa-

jaryhmittymästä, jotka jättivät tarjouksen (näiden joukossa Siemens ja ARGE Telekom). EDS- ja ORGA-nimiset yritykset muodostivat ainoan tarjoajaryhmittymän, jossa Austria Card ei ollut mukana.

23. Hankintaviranomainen ilmoitti kolmelle muulle tarjoajaryhmittymälle 18.12.2000 päivätyllä kirjeellä BVergG:n 53 a §:n mukaisesti aikovansa tehdä hankintasopimuksen EDS/ORGA:n kanssa.

24. Kolme tarjoajaryhmittymää, joiden kanssa hankintasopimusta ei aiottu tehdä, veivät sitten asian Bundesvergabekontrollkommissioniin (tarjouskilpailuja valvova liittovaltion lautakunta), jossa ne vaativat sovittelumenettelyn aloittamista. Tämä hylkäsi yhdessä asiassa pyynnön sovittelumenettelyyn ryhtymisestä, mutta yritti kahdessa muussa asiassa saada aikaan sovinnon, mikä ei kuitenkaan onnistunut. Kaikki kolme tarjoajaryhmittymää, joiden kanssa sopimusta ei aiottu tehdä, valittivat sen jälkeen Bundesvergabeamtiin. Ne vaativat Bundesvergabeamtia ensisijaisesti toteamaan mitättömäksi hankintaviranomaisen päätöksen tehdä kyseinen hankintasopimus tarjoajaryhmittymän EDS/ORGA kanssa. Toissijaisesti ne vaativat velvoittamaan hankintaviranomaisen peruuttamaan tarjouskilpailun.

25. Bundesvergabeamt (kahdeksas jaosto) jätti 19.3.2001 tekemällään päätöksellä kaikki hakemukset tutkimatta hakemuksen jättämiseen vaadittavan asiavaltuuden puuttumisen takia. Se totesi perusteluina, että hankintaviranomaisten olisi täytynyt hylätä hakijoiden tarjoukset 52 §:n 1 momentin 9 kohdan perusteella, koska Austria Card oli osallisena kaikissa kolmessa hakemuksen jättäneessä tarjoajaryhmittymässä. Mahdollisen tietojenvaihdon ja kolminkertaisesta osallistumisesta välttämättä seuraavien tarjousten sisältöä koskevien neuvottelujen on katsottava olevan kilpailunvapauden periaatteen vastaisia tarjoajien välisiä sopimusjärjestelyjä.

26. Oikeudenkäyntiasiakirjoista käy ilmi, että tämä Bundesvergabeamtin päätös kumottiin Verfassungsgerichtshofin 12.6.2001 tekemällä päätöksellä sillä perusteella, että kolmen tarjoajaryhmittymän perustuslaillisia oikeuksia oikeudenkäyntiin laillisessa tuomioistuimessa oli loukattu. Päätöksen mukaan Bundesvergabeamtin olisi ennen päätöstään pitänyt esittää yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymys siitä, voidaanko tarjoajalta, jonka tarjouksen hankintaryhmittymä on ottanut huomioon, evätä mahdollisuus kanteen nostamiseen kansallisessa tuomioistuimessa.

27. Debis, kolmas tarjoajaryhmittymä, jonka kanssa sopimusta ei aiottu tehdä, sekä ARGE Telekom jättivät 28. ja 29.3.2001 uudet valitukset Bundesvergabeamtiin. Ne vaativat sitä toteamaan mität-

tömäksi hankintaviranomaisen päätöksen olla peruuttamatta tarjouskilpailua sekä antamaan väliaikaismääräyksen, jossa hankintaviranomaista kielletään tekemästä hankintasopimusta joko kahden kuukauden kuluessa hakemuksesta (Debis) tai ennen Bundesvergabeamtin muutoksenhakuasiassa antamaa päätöstä (ARGE Telekom).

28. Bundesvergabeamt päätti näiden hakemusten osalta 5.4.2001 antamassaan päätöksessä kieltää hankintaviranomaista tekemästä hankintasopimusta ennen 20.4.2001.

29. Debis ja ARGE Telekom katsoivat hakemuksissaan osittain kansallisten ja osittain yhteisön oikeuden säännösten perusteella, että tarjouskilpailu on lainvastainen. Niiden mukaan tarjouskilpailu oli peruutettava, koska Bundesvergabeamt oli todennut 15.3.2000 tekemässään päätöksessä, että kaikki tarjoukset oli yhtä lukuun ottamatta hylättävä. Jos nimittäin katsotaan, että Siemensin, ARGE Telekomin ja Debisin tarjoukset oli mahdollista jättää ottamatta huomioon BVergG:n 52 §:n 1 momentin perusteella vilpitöntä kilpailua koskevan periaatteen loukkaamisen takia, BVergG:n 55 §:n 2 ja 3 momentista seuraa, että tarjouskilpailu on peruutettava. Tarjouskilpailuun osallistui nimittäin tässä tilanteessa vain yksi tarjoaja (EDS/ORGA). Lisäksi hankintaviranomainen on ottanut 18.3.2000 päivätyn tarjouspyynnön 1.8 kohtaan lainvastaisen soveltuvuutta koskevan perusteen. Sillä se on tehnyt mahdottomaksi sen, että suorituksen osista voitaisiin antaa alihankkijoiden toteutettavaksi enemmän kuin 30 prosenttia kokonaishankkeen laajuudesta sekä sulkenut kokonaan pois alihankinnan piiristä sopimuksen kannalta tyypillisten osien, erityisesti korttien toimituksen ja niiden elämänkaaren hallinnoinnin. Tämä pakotti hakijat ottamaan Austria Cardin mukaan tarjoajaryhmittymään. Ilman tarjouspyynnön 1.8 kohdan alihankkijoiden käyttökieltoa ne olisivat voineet käyttää tähän alihankkijoita. Niiden mukaan tällainen vaatimus on yhteisön oikeuden vastainen. Ne viittaavat yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Holst Italia [4] 2.12.1999 antamaan tuomioon. Sen perusteella täytyisi olla mahdollista antaa hankinnan kohde alihankkijoiden tehtäväksi.

30. Bundesvergabeamt (yhdeksäs jaosto) hyväksyi 20.4.2001 tekemällään päätöksellä Debisin ja ARGE Telekomin hakemukset ja totesi, että hankintaviranomaisen päätös olla peruuttamatta tarjouskilpailua oli BVergG:n 113 §:n 2 momentin 2 virkkeen perusteella mitätön. Bundesvergabeamt perusteli tämän päätöksensä sillä, että tarjouskilpailu oli peruutettava sen sisältämän selvästi lainvastaisen tarjouskilpailumääräyksen vuoksi. Hankintaviranomaisen asettamalla alihankkijoiden käyttökiellolla rikotaan nimittäin sen mukaan yhteisön oikeutta yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Holst Italia [5] antamassaan tuomiossa vahvistamaa tarjoajan oikeutta vedota näyttönä suorituskyvystään myös alihankkijoihin.

4 — Asia C-176/98 (Kok. 1999, s. I-8607).

5 — Mainittu edellä alaviitteessä 4.

31. Hankintaviranomainen päätti tästä päätöksestä huolimatta 23.4.2001 ratkaista tarjouskilpailun viipymättä EDS/ORGA:n hyväksi, mistä seurasi sopimuksen syntyminen. Bundesvergabeamtin 5.4.2001 antaman väliaikaismääräyksen voimassaolo oli päättynyt 20.4.2001, eikä sitä ollut hakijoiden nimenomaisesta vaatimuksesta huolimatta pidennetty. Bundesvergabeamt on käyttänyt liittovaltion ministeriölle toimitetussa, 20.4.2001 tehdyssä päätöksessä ainoastaan vaikeasti tulkittavaa sanamuotoa "peruuttamatta jättämisen mitättömäksi toteaminen". Tämän perusteella hankintaviranomainen katsoi, että asiassa ei ole päätetty oikeudellisesti sitovasti, että hankintapäätös olisi oikeudellisesti pätemätön tai että se olisi poistettava.

32. Lisäksi hankintaviranomainen päätti riitauttaa Bundesvergabeamtin 20.4.2001 tekemän päätöksen Verfassungsgerichtshofissa. Oikeudenkäyntiasiakirjoista käy ilmi, että Verfassungsgerichtshof ensin 22.5.2001 hylkäsi hakemuksen Bundesvergabeamtin päätöksen lykkäämisestä ja mitätöi kyseisen päätöksen myöhemmin, 2.3.2002 tekemällään päätöksellä.

33. Siemens vaati 30.4.2001 Bundesvergabeamtilta, että muutoksenhakuelin toteaa mitättömäksi hankintaviranomaisen päätökset tehdä hankintasopimus EDS/ORGA:n kanssa. Siemensin mukaan hankintaviranomaisen päätöksestä olla peruuttamatta vuonna 1999 ilmoitettua hankintamenettelyä seuraa, että hankintaviranomaisen päätös tehdä hankintasopimus on lainvastainen, koska kyseessä on toinen hankintamenettely, josta ei ole ilmoitettu julkisesti. Lisäksi se vaati välitoimista määräämistä. Bundesvergabeamt hylkäsi 11.5.2001 tekemällään päätöksellä välitoimihakemuksen ja varasi itselleen mahdollisuuden päättää muista hakemuksista myöhemmin.

34. Myös ARGE Telekom jätti 17.5.2001 välitoimihakemuksen sekä hakemuksen, jossa se vaati toteamaan mitättömäksi hankintaviranomaisen päätökset olla peruuttamatta hankintamenettelyä.

35. Siemens jätti 18.5.2001 vielä kerran välitoimihakemuksen sekä hakemuksen, jossa se vaati, että muutoksenhakuelin toteaa mitättömiksi hankintaviranomaisen päätökset olla peruuttamatta hankintamenettelyä, päätöksen, jonka mukaan se halusi tehdä hankintasopimuksen EDS/ORGA:n kanssa, päätöksen lähettää tarjouskilpailun ratkaisupäätöstä koskevan kirjeen EDS/ORGA:lle ja sopimuksen solmimisen EDS/ORGA:n kanssa ilman, että tarjouskilpailun ratkaisupäätös olisi annettu tiedoksi oikeudellisesti pätevällä tavalla.

36. Bundesvergabeamt hylkäsi 9.7.2001 tekemällään päätöksellä jälleen Siemensin uudet hakemukset ja ARGE Telekomin välitoimihakemuksen ja varasi itselleen mahdollisuuden päättää muista hakemuksista myöhemmin.

37. Bundesamt (yhdeksäs jaosto) katsoi, että Siemensin 30.4. ja 18.5.2001 tekemien hakemusten ja ARGE Telekomin 17.5.2001 tekemän hakemuksen osalta oli tarpeen selvittää tarkemmin direktiivin 89/665/ETY eräiden säännösten tulkintaa. Tästä syystä se päätti 11.7.2001 esittää seuraavat ennakkoratkaisukysymykset.

B *Ennakkoratkaisukysymykset ja niitä koskevat huomautukset*

"1) Onko direktiiviä 89/665/ETY, erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan b alakohtaa, mahdollisesti luettuna yhdessä 2 artiklan 7 kohdan kanssa, tulkittava siten, että direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdassa tarkoitetun kansallisen muutoksenhakuviranomaisen päätöksen, joka koski hankintaviranomaisen päätöksen olla peruuttamatta hankintamenettelyn poistamista, oikeusseuraamuksena on se, että kyseinen hankintamenettely päättyy yksinkertaisesti kansallisen muutoksenhakuviranomaisen päätöksellä ilman, että hankintaviranomaisen itse pitäisi tehdä vielä jokin toimenpide silloin, kun kansallisessa oikeusjärjestyksessä ei ole oikeudellista perustaa, jonka perusteella muutoksenhakuviranomaisten päätös voidaan panna tehokkaasti ja pakkoa käyttäen täytäntöön hankintaviranomaista vastaan?

2) Seuraako direktiivistä 89/665/ETY, erityisesti sen 2 artiklan 7 kohdasta, mahdollisesti luettuna yhdessä direktiivin 92/50/ETY säännösten, erityisesti sen 25 artiklan ja 32 artiklan 2 kohdan c alakohdan kanssa tai muista yhteisön oikeuden määräyksistä ja säännöksistä yhteisön oikeuden tehokkaan vaikutuksen periaatteen mukaisen tulkintatavan vuoksi, että tarjouskilpailun määräys, jolla estetään siinä olevan kiellon antaa olennaisten sopimusten osien toteuttaminen alihankkijoille johdosta tarjoajaa yhteisöjen tuomioistuimen erityisesti asiassa C-176/98, Holst Italia vastaan Commune di Cagliari, antaman oikeuskäytännön vastaisesti näyttämästä alihankkijan kanssa tekemänsä sopimuksen esittämisellä, että sillä on tosiasiallisesti käytössä kolmansien resurssit, ja viedään tarjoajalta siten oikeus vedota suorituskykynsä todistamiseksi kolmansien resursseihin tai näyttää, että sillä on tosiasiallisesti käytettävissään kolmansien resurssit, on niin selvästi yhteisön oikeuden vastainen, että sellaisen tarjouskilpailun perusteella solmitun sopimuksen on katsottava olevan pätemätön, erityisesti kun kansallisessa oikeusjärjestyksessä muutoinkin säädetään, että lainvastaiset sopimukset ovat pätemättömiä?

3) Seuraako direktiivistä 89/665/ETY, erityisesti sen 2 artiklan 7 kohdasta tai mahdollisesti muista yhteisön oikeuden määräyksistä ja säännöksistä, erityisesti kun otetaan huomioon se, että yhteisön oikeutta on tulkittava tehokkaan vaikutuksen periaatteen mukaan, että direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdassa tarkoitetun kansallisen muutoksenhakuviranomaisen päätöksen, joka koski hankintaviranomaisen päätöksen olla peruuttamatta hankintamenettelyä poistamista, sanamuodon vastaisesti solmittu sopimus on pätemätön erityisesti silloin, kun kansallisessa oikeusjärjestyksessä säädetään muutoinkin hyvän tavan tai lainvastaisten sopimusten pätemättömyydestä, eikä kansallisessa oikeusjärjestelmässä ole oikeudellista perustaa, jonka perusteella muutoksenhakuviranomaisten päätös voidaan panna tehokkaasti ja pakkoa käyttäen täytäntöön hankintaviranomaista vastaan?

4) a) Onko direktiivin 89/665/ETY, erityisesti sen 2 artiklan 1 kohdan b alakohtaa, mahdollisesti luettuna yhdessä 2 artiklan 7 kohdan kanssa, tulkittava siten, että silloin, kun kansallisessa oikeusjärjestelmässä ei ole muutoin oikeudellista perustaa, jonka perusteella muutoksenhakuviranomaisten päätös voidaan panna tehokkaasti ja pakkoa käyttäen täytäntöön hankintaviranomaista vastaan, muutoksenhakuviranomaisella on välittömästi 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan, kun se luetaan yhdessä 2 artiklan 7 kohdan kanssa, nojalla toimivalta velvoittaa hankintaviranomainen varmistamaan, että lainvastainen päätös poistetaan pakkoa käyttäen täytäntöönpanokelpoisella määräyksellä, vaikka kansallisessa oikeusjärjestyksessä muutoksenhakuviranomaisille annetaan direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen tarjoajien muutoksenhakuhakemuksia koskevissa menettelyissä valtuus ainoastaan poistaa hankintaviranomaisen päätökset siten, että päätösten poistamisesta tehtyjä päätöksiä ei voida panna pakolla täytäntöön?

b) Jos kysymykseen 4 a annetaan myönteinen vastaus: Onko muutoksenhakuviranomaisella sellaisessa tapauksessa direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 7 kohdan, mahdollisesti luettuna yhdessä muiden yhteisön oikeuden määräysten ja säännösten kanssa, perusteella toimivalta itse asettaa määräysten täytäntöönpanemiseksi hankintaviranomaiselle tarpeellinen, tuomioistuinarviointinsa mukaan kohtuulliseksi katsomansa sakon uhka tai asettaa hankintaviranomaisten johtaville toimihenkilöille pakkokeinoina sakon tai vankeuden uhka ja myös tuomita ne niihin, jos hankintaviranomainen tai sen johtavat toimihenkilöt eivät noudata muutoksenhakuviranomaisen määräyksiä?"

38. Bundesvergabeamt antaa ennakkoratkaisupyyntöä koskevassa päätöksessään runsaasti edellä esitettyjä ennakkoratkaisukysymyksiä koskevia lisätietoja. Niiden pääkohdat on koottu seuraavaan.

39. Bundesvergabeamt toteaa ensimmäisen kysymyksen perusteluna muun muassa, että sen BVergG:n 113 §:n 2 momentin toisen virkkeen perusteella tekemät päätökset eivät sisällä minkäänlaista määräystä, joka voitaisiin panna niiden hakijoiden, joiden hakemukset on hyväksytty, hakemuksesta täytäntöön hankintaviranomaista vastaan. Bundesvergabeamtin toimivalta poikkeaa tältä osin muiden kansallisen oikeuden alojen, kuten kauppaoikeuden, rakennusoikeuden ja vesioikeuden alan toimivallasta. Näillä muilla aloilla nimittäin toimivaltaisilla viranomaisilla on toimivalta antaa täytäntöönpanokelpoisia päätöksiä. Oikeusturvaa hakevan tarjoajan oikeudellinen asema on siis tosiasiallisesti huonompi kuin muilla oikeuden aloilla. Kansallinen tuomioistuin kysyy, onko kansallisen lainsäädännön aiheuttama tilanne tosiaan yhteisön oikeuden vaatimusten ja erityisesti direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 7 kohdassa esitettyjen vaatimusten mukainen.

40. Toisen kysymyksen osalta Bundesvergabeamt huomauttaa, että se on lähtenyt 20.4.2001 tehdyssä päätöksessään yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella siitä, että jokaisella tarjoajalla on oikeus vedota näyttönä suorituskyvystä alihankkijoihin, jos se voi näyttää, että sillä on tosiasiallisesti käytössään niiden resurssit. Bundesvergabeamt on lisäksi lähtenyt siitä, että yhteisöjen tuomioistuimen vahvistamien yhteisön oikeuden säännöstöjen vastainen on sellainen tarjouskilpailun määräys, jossa pääosin evätään suoralta kädeltä mahdollisuus turvautua alihankkijoihin, eikä sellaista julkista hankintaa koskevaa menettelyä saada Bundesvergabeamtin mukaan viedä loppuun asti, vaan se on peruutettava.

Julkisten hankintojen alaa koskevat yhteisön oikeuden säännökset eivät sisällä eksplisiittisiä määräyksiä siitä, missä määrin lainvastainen kilpailuttaminen johtaa sen perusteella solmittujen sopimusten pätemättömyyteen. Näin ollen sopimusten pätevyyttä koskevan kysymyksen voitaisiin katsoa kuuluvan kansallisen oikeuden alaan.

Toisaalta tällainen lopputulos tuntuu epätyydyttävältä, kun sitä arvioidaan julkisia hankintoja koskevien yhteisön oikeuden säännösten tehokkuuden kannalta. Yhteisön oikeuden säännöksiä noudattamatta jättänyt ja jopa muutoksenhakuviranomaisen päätökset huomioitta jättänyt hankintaviranomainen voi lainvastaisella menettelyllään nimittäin estää yhteisön oikeuden päämäärien saavuttamisen ilman, että sen pitäisi pelätä minkäänlaisia, käytännössä tehokkaita seuraamuksia, jos kansallisessa oikeusjärjestyksessä ei voida — kuten tässä tapauksessa — taata, että muutoksenhakuviranomaisten päätökset voidaan panna täytäntöön pakkoa käyttäen.

Tässä yhteydessä on Bundesvergabeamtin mukaan selvitettävä vielä, onko kansalliseen oikeuteen muutoinkin sisältyvien säännösten mukaan lain ja hyvien tapojen vastaisten sopimusten katsottava olevan pätemättömiä.

41. Bundesvergabeamt huomauttaa vielä kahden ensimmäisen kysymyksen osalta, että jos katsotaan, että jo solmittu sopimus on pätemätön, Bundesvergabeamt on edelleenkin toimivaltainen poistamaan hankintaviranomaisen päätökset (ja mahdollisesti toteuttamaan muita toimenpiteitä, jos yhteisöjen tuomioistuin antaa ennakkoratkaisukysymyksiin 4 a ja 4 b myöntävän vastauksen), koska sopimuksen solmimisen pätemättömyydestä seuraisi, että myös hankintasopimuksen tekeminen on katsottava pätemättömäksi. Kansallisen tuomioistuimen toimivallasta päättämistä varten on tarpeen selvittää, ovatko hankintasopimuksen tekemisen antaminen tietyn tarjoajan tehtäväksi tai sopimuksen solmiminen päteviä, ja tämän kysymyksen ratkaiseminen edellyttää ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen mielestä yhteisön oikeuden tulkintaa.

42. Kolmannen kysymyksen osalta Bundesvergabeamt väittää, että Hauptverband on hankintaviranomaisena sopimuksen tehdessään loukannut hankintoja koskevan yhteisön oikeuden aineellisia säännöksiä ja lisäksi tarkoituksellisesti jättänyt ottamatta huomioon direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan mukaisesta muutoksenhausta vastaavan kansallisen arviointiviranomaisen päätöksen. Tällaista suhtautumista on pidettävä hyvän tavan vastaisena ja siitä on oltava asianmukaiset seuraukset sopimuksen pätevyydelle.

43. Kysymysten 4 a ja 4 b osalta Bundesvergabeamt selventää, että kansalliset säännökset eivät takaa sitä, että muutoksenhakuelimen päätökset voitaisiin panna tehokkaasti täytäntöön, koska toimivaltaa, jossa on kysymys pelkästään hankintaviranomaisen päätöksen poistamisesta, ei voida kansallisen oikeuden mukaan panna pakkoa käyttäen täytäntöön. Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa annetaan jäsenvaltioille mahdollisuus valita, mitä toimivaltuuksia ne antavat muutoksenhakuelimille, mutta jos valinnoista seuraa yhteisön oikeuden julkisia hankintoja koskevien säännösten tehokkaan vaikutuksen vaarantuminen, kansallisen toimielimen mukaan muutoksenhakuviranomaisella on välittömästi direktiiviin perustuva toimivalta. Tältä kannalta tarkasteltuna Bundesvergabeamt pohtii vielä, ovatko kansallisen oikeusjärjestelmän pakkokeinot riittävät yhteisön oikeuden asianmukaisen noudattamisen varmistamiseksi.

IV Menettely yhteisöjen tuomioistuimessa

44. Bundesvergabeamt on ennakkoratkaisua koskevassa päätöksessään pyytänyt

yhteisöjen tuomioistuinta vastaamaan ennakkoratkaisukysymyksiin yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 104 a artiklan mukaisessa nopeutetussa menettelyssä. Nopeutetulla menettelyllä olisi mahdollista estää hankintaviranomaista tekemästä tyhjäksi yhteisöjen tuomioistuimen tulkitseman yhteisön oikeuden täytäntöönpano saattamalla muut jo toteutuneiden tosiseikkojen eteen, joille ei enää voi mitään. Nopeasti annettavalla vastauksella voitaisiin siinä tapauksessa, että ennakkoratkaisukysymyksiin annetaan myönteinen vastaus, välttää suurempien vahinkojen syntyminen, koska ennakkoratkaisua koskevan päätöksen antamishetkellä Hauptverbandin ja EDS/ORGA:n välistä sopimusta ei vielä ollut pantu varsinaisesti täytäntöön.

45. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentti hylkäsi tämän pyynnön 13.9.2001 antamallaan päätöksellä, jota hän perusteli sillä, että kansallisen tuomioistuimen esittämistä seikoista ei käynyt ilmi, että asia olisi poikkeuksellisen kiireellinen.

46. Ennakkoratkaisupyyntö on kirjattu yhteisöjen tuomioistuimeen 9.8.2001. ARGE Telekom, Hauptverband, EDS/ORGA, Itävallan hallitus ja komissio ovat jättäneet kirjallisia huomautuksia EY:n tuomioistuimen perussäännön 20 artiklan mukaisesti. Hauptverband, Itävallan hallitus ja komissio selvensivät kantojaan 18.9.2003 pidetyssä suullisessa käsittelyssä.

V Asian arviointi

A *Alustavia huomautuksia*

47. Edellä 19–37 kohdassa laajasti selostetut, ennakkoratkaisupyynnön tekemistä koskevan päätöksen antamiseen johtaneet vaiheet sekä kansallisen toimielimen ennakkoratkaisukysymyksiä koskevat täydennykset antavat aihetta muutamiin alustaviin huomautuksiin.

48. Siitä hetkestä alkaen kun Hauptverband BVergG:n 53 §:n mukaisesti hankintaviranomaisena ilmoitti tarjouskilpailun jäljellä oleville tarjoajille aikeestaan antaa hankinta EDS/ARGO:lle, Bundesvergabeamt on käsitellyt kolme menettelysarjaa:

1. Ensimmäiseksi kyseiset tarjoajat vaativat, että Hauptverbandin päätös tarjouskilpailun ratkaisemisesta EDS/ORGA:n hyväksi on mitätöitävä ja

tarjouskilpailu peruttava. Vaatimukset päätettiin 19.3.2001 tehdyllä päätöksellä jättää tutkimatta.

2. Toiseksi hyväksymättä jääneet tarjoajat vaativat Bundesvergabeamtia muun muassa toteamaan hankintaviranomaisen — kuvitteellisen — päätöksen olla peruuttamatta tarjouskilpailua mitättömäksi. Niiden täytyi lähteä tälle tielle, koska Bundesvergabeamtissa ei ollut mahdollista riitauttaa itse hankintapäätöstä uudelleen, kuten Hauptverband ja Itävallan hallitus painottavat kirjallisissa ja suullisissa huomautuksissaan. Tämä toinen valitus hyväksyttiinkin. Hauptverbandille asetettiin 5.4.2001 tehdyllä välitoimipäätöksellä 20.4.2001 saakka voimassa ollut kielto tehdä hankintasopimusta. Bundesvergabeamt totesi tämän jälkeen 20.4.2001 tekemällään päätöksellä, että hankintaviranomaisen päätös olla peruuttamatta tarjouskilpailua oli mitätön. Tämä päätös ei kuitenkaan estänyt sitä, että hankintaviranomainen ja EDS/ORGA tekivät sopimuksen muutamia päiviä myöhemmin.

3. Tämän jälkeen seurasi kolmas valitussarja, jolla hyväksymättä jääneet tarjoajat pääasiallisesti vaativat niiden päätösten mitätöintiä, jotka Hauptverband on tehnyt valittuaan EDS/ORGA:n "parhaaksi tarjoajaksi", eli toisin sanoen sen jälkeen kun hankintaviranomainen on jättänyt ottamatta huomioon Bundesvergabeamtin 20.4.2001 tekemän päätöksen, jonka vuoksi tarjouskilpailu on peruutettava. Bundesvergabeamt on esittänyt tämän kolmannen valitussarjan johdosta nyt käsiteltävänä olevat ennakkoratkaisukysymykset. Ennakkoratkaisukysymysten esittämistä koskevasta päätöksestä on mahdollista päätellä, että tämän menettelyn valittajat perustelevat vaatimuksiaan pääasiassa kahdella väitteellä:

— 18.12.2000 tehty hankintapäätös on alusta alkaen mitätön, koska sitä varten tarvittavaa ns. sirukorttikomitean hyväksyntää ei ollut vielä annettu

— kaikki Hauptverbandin ja EDS/ORGA:n välisen sopimuksen tekemiseen johtaneet päätökset ovat mitättömiä, koska ne on tehty mitättömän hankintamenettelyn yhteydessä.

49. Kiistatonta on, että Hauptverband ja EDS/ORGA ovat tehneet sopimuksen, johon 22.2.2000 alkanut hankintamenettelyn toinen vaihe päättyi. Tämän sopimuksen pätevyyden ja mahdollisten vahingon-

korvausten arviointi kuuluu Itävallan oikeuden mukaan ainoastaan kansallisen tuomioistuimen ratkaistavaksi.

50. Kun esitettyjen kysymysten sisältöä arvioidaan niitä koskevien huomautusten yhteydessä, on mahdollista päätellä, että Bundesvergabeamt pohtii, onko sillä riittävä toimivalta direktiivin 89/665/ETY tehokkaan toteutuksen varmistamiseksi, kun otetaan huomioon, että sen yhteisön oikeuden vastaiseksi katsomasta hankintamenettelystä on kuitenkin seurannut tarjouskilpailun ratkaiseminen ja merkittävän sopimuksen tekeminen.

51. Siltä osin kuin kysymysten tausta on saanut kansallisen toimielimen pohtimaan kysymyksissään väliin epäsuorasti ja väliin suoremmasti sitä, onko Itävallan hankintoja koskeva lainsäädäntö sellaisenaan direktiivin 89/665/ETY mukainen, se ylittää EY 234 artiklan mukaisen ennakkoratkaisumenettelyn soveltamisalan, jolla kansallisen tuomioistuimen ja yhteisöjen tuomioistuimen yhteistoimintamenettely rajoitetaan koskemaan yhteisön oikeuden tulkintaa pääasian riidan ratkaisemiseksi.

52. Näin ollen on arvioitava, voiko siitä, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa kansallisen tuomioistuimen esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin, olla hyötyä pääasian kiistan ratkaisemisessa.

53. Täten aluksi on arvioitava ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamista.

B *Tutkittavaksi ottaminen*

54. Hauptverband, Itävallan hallitus ja komissio väittävät kirjallisissa ja suullisissa huomautuksissaan varsin yhtenevin perustein, että kysymykset eivät täytä tutkittavaksi ottamiselle asetettuja edellytyksiä.

55. Komissio epäilee, onko ennakkoratkaisupyynnön esittänyttä elintä pidettävä tuomioistuimena, kun tämä on mainitussa ennakkoratkaisupyynnössä itse myöntänyt, etteivät sen päätökset sisällä "hankintaviranomaiseen kohdistuvia määräyksiä, jotka voitaisiin panna täytäntöön pakolla". Sen vuoksi komissio pohtii Bundesvergabeamtin esittämien kysymysten tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön ja erityisesti asioissa Victoria Film [6] ja Salzmann [7] annettujen tuomioiden valossa; näiden tuomioiden mukaan kansalliset tuomioistuimet voivat EY 234 artiklan mukaan pyytää yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkoratkaisua ainoastaan silloin, kun niissä on vireillä oikeudenkäyntiasia ja kun niissä vireillä olevan menettelyn tarkoituksena on oikeudenkäyntiasian ratkaiseminen tuomioistuimen päätöksellä.

6 — Asia C-134/97, tuomio 12.11.1998 (Kok. 1998, s. I-7023, 14 kohta).

7 — Asia C-178/99, tuomio 14.6.2001 (Kok. 2001, s. I-4421, 14 kohta).

56. Itävallan hallituksen mielestä kysymykset eivät täytä tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä, koska ne on muotoiltu siten, että niiden ymmärtäminen on mahdotonta Itävallan hankintoja koskevaa, menettelytapoihin liittyvää ja aineellista oikeutta tuntematta. Se katsoo, että kansalliselta tuomioistuimelta voidaan edellyttää, että kansallisen oikeusjärjestelmän systematiikkaa koskevat monimutkaiset ja perustavanlaatuiset kysymykset esitetään sellaisessa muodossa, että ne ovat selkeitä ja helposti ymmärrettäviä myös sellaisille, jotka eivät tunne läheisesti kyseistä kansallista oikeusjärjestelmää.

57. Hauptverbandin mukaan esitettyjä kysymyksiä ei voida ottaa tutkittavaksi, koska pääasian tosiseikat on esitetty ennakkoratkaisukysymyksiä koskevassa päätöksessä epätäydellisesti. Esillä olevassa asiassa päätös ei koske yhtä vaan kolmea erillistä pääasiaa. Lisäksi Bundesvergabeamt on hankintaviranomaisen mukaan jättänyt ennakkoratkaisupyynnössään mainitsematta Verfassungsgerichtshofissa ja Wienin Handelsgerichtissa käsiteltävänä olevat menettelyt.

58. Lisäksi Bundesvergabeamtilla ei ole Hauptverbandin mukaan toimivaltaa esittää ennakkoratkaisukysymyksiä, koska sen 19.3.2001 tekemän päätöksen jälkeen ei enää ole mahdollista valittaa hankintapäätöksestä. Näin ollen Bundesvergabeamt ei enää ole toimivaltainen ratkaisemaan hankintapäätöksen tai Hauptverbandin sen jälkeen tekemien päätösten pätevyyttä. Lopuksi Bundesvergabeamtilta puuttuu myös kaikki toimivalta arvioida sellaisen yksityisoikeuden alaan kuuluvan sopimuksen pätevyyttä tai mitättömyyttä, joka on tehty hankintamenettelyn päättymisen jälkeen.

59. Itävallan hallitus ja Hauptverband huomauttivat suullisessa istunnossa vielä seurauksista, joita Verfassungsgerichtshofin 2.3.2002 antamalla päätöksellä on ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamiselle. Kyseisessä tuomiossa todetaan mitättömäksi Bundesvergabeamtin 20.4.2001 tekemä päätös. Verfassungsgericht katsoo, että on loogisesti mahdotonta todeta mitättömäksi päätös, jonka sisältö on se, että mitään ei tehdä. Näin ollen tällaista ratkaisua vaativa, hyväksymättä jääneiden tarjoajaryhmittymien valitus olisi pitänyt jättää tutkimatta. Koska Bundesvergabeamt on ratkaissut pääasian kiistan sellaisen valituksen perusteella, jota ei olisi pitänyt tutkia, se on käyttänyt toimivaltaa, jota sillä ei ole. Näin ollen on loukattu Hauptverbandin oikeutta oikeudenkäyntiin laillisessa tuomioistuimessa.

60. Itävallan hallitus ja Hauptverband väittävät, että tämän Verfassungsgerichtshofin ratkaisun vuoksi yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt kysymykset ovat menettäneet merkityksensä pääasian kiistan kannalta ja tulleet näin ollen hypoteettisiksi ainakin osittain ja erityisesti siltä osin kuin ne koskevat selvästi tai implisiittisesti Bundesvergabeamtin 20.4.2001 tekemää päätöstä. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella ne on näin ollen jätettävä tutkimatta. Tämä koskee Haupt-

verbandin ja Itävallan hallituksen mukaan ainakin kysymystä 1 ja mahdollisesti myös kysymyksiä 3, 4 a ja 4 b.

61. Komission ensimmäiseen kysymysten tutkittavasti ottamista koskevaan väitteeseen voidaan vastata lyhyesti. Yhteisöjen tuomioistuin on aivan hiljattain asiassa GAT [8] annetussa tuomiossa katsonut erityisesti, että Bundesvergabeamtin päätöksillä on oikeudellinen luonne ja että yhteisöjen tuomioistuimella on näin ollen toimivalta vastata sen esittämiin kysymyksiin. Yhteisöjen tuomioistuin totesi tuomiossaan, että BVergG:n 125 §:n 2 momentin sanamuodosta ilmenee, että siviilituomioistuimissa nostettujen vahingonkorvauskanteiden, jotka perustuvat kyseessä olevien säännösten tuottamukselliseen rikkomiseen, tutkittavaksi ottamisen edellytyksenä on, että Bundesvergabeamt on saman lain 113 §:n 3 momentin mukaisesti todennut lainvastaisuuden, ja lisäksi tämä toteamus sitoo sekä Bundesvergabeamtissa asianosaisina olevia tahoja että asiaa käsittelevää siviilituomioistuinta. Näin ollen yhteisöjen tuomioistuimella on toimivalta vastata Bundesvergabeamtin esittämiin kysymyksiin.

62. Myöskään toista Itävallan hallituksen tutkittavaksi ottamista koskevaa väitettä ei mielestäni ole mahdollista hyväksyä. Kansallisen tuomioistuimen esittämien kysymysten tavoite on mahdollista päätellä riittävästi yksityiskohtaisesta päätöksestä ja sen sisältämistä huomautuksista, vaikka kysymysten muotoilu ei ensi näkemältä olekaan kaikilta osin selkeä. Lisäksi vaikuttaa siltä, että Itävallan hallitus tällä ennen kaikkea kansalliseen lainsäädäntöön viittaavalla väitteellään jättää ottamatta huomioon sen, että EY 234 artiklan menettely ei koske kansallisen oikeuden tulkintaa ja pätevyyttä, vaan yhteisön oikeutta ja esillä olevassa asiassa erityisesti direktiivien 89/665/ETY ja 92/59/ETY eräiden säännösten tulkintaa. [9]

63. Kolmas väite, jonka Hauptverband esittää esillä olevan asian tutkittavaksi ottamista vastaan, on osuvampi muun muassa edellä 48–53 kohdassa esittämieni ennakkohuomautusten vuoksi. Yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kansallisella tuomioistuimella on kylläkin toimivalta ratkaista, onko ennakkoratkaisupyyntö kansallisen menettelytapoja koskevan ja aineellisen oikeuden mukainen [10] ja merkityksellisten tosiseikkojen toteaminen [11] ja arvioiminen [12] kuuluu yksinomaan kansallisen tuomioistuimen toimivaltaan, mutta tämä toimivalta ei

8 — Asia C-315/01, GAT, tuomio 19.6.2003 (Kok. 2003, s. I-6351, 25–29 kohta).

9 — Ks. mm. asia 63/76, Inzirillo, tuomio 16.12.1976 (Kok. 1976, s. 2057, 6 kohta).

10 — Ks. mm. asia 104/77, Oehlslager, tuomio 16.3.1978 (Kok. 1978, s. 791, 4 kohta) ja C-181/96, Wilken, tuomio 28.1.1999 (Kok. 1999, s. I-399, 33 kohta).

11 — Mm. yhdistetyt asiat C-175/98 ja C-177/98, Lirussi ja Bizzarro, tuomio 5.10.1999 (Kok. 1999, s. I-6881, 37 ja 38 kohta); asia C-390/99, Canal Satélite Digital, tuomio 22.1.2002 (Kok. 2002, s. I-607, 18 kohta) ja C-167/01, Inspire Art, tuomio 30.9.2003 (Kok. 2003, s. I-10155, 43 kohta).

12 — Mm. asia C-343/90, Lourenço Dias, tuomio 16.7.1992 (Kok. 1992, s. I-4673, Kok. Ep. XIII, s. I-69, 14 kohta) ja Canal Satélite Digital (mainittu edellä alaviitteessä 11, tuomion 43 kohta).

kuitenkaan ole rajoittamaton. Mikäli ennakkoratkaisupäätöksen, esitettyjen oikeudenkäyntiasiakirjojen ja kirjallisten sekä suullisten huomautusten perusteella on mahdollista päätellä, että esitettyjen kysymysten vastauksilla ei ilmiselvästi voi olla merkitystä pääasian kiistan ratkaisemisen kannalta, jolloin kysymysten luonne on lisäksi hypoteettinen, kysymykset on yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön [13] mukaan jätettävä käsittelemättä.

64. Edellä esitetty huomioon ottaen on näin ollen tutkittava, onko kansallisen tuomioistuimen esittämillä kysymyksillä merkitystä pääasian kiistan ratkaisemisen kannalta.

65. Kuten totesin jo edellä 48–51 kohdassa, Hauptverband on tehnyt sopimuksen EDS/ORGA:n kanssa ja jättänyt ottamatta huomioon Bundesvergabeamtin päätöksen, jossa se totesi mitättömäksi Hauptverbandin kuvitteellisen päätöksen olla peruuttamatta hankintamenettelyä. Pääasian muutoksenhakijat väittävät nyt muun muassa, että kaikki Hauptverbandin sopimuksen tekemiseen johtaneet päätökset ovat mitättömiä, koska ne on tehty mitättömässä hankintamenettelyssä.

66. Koska on kiistatonta, että 23.4.2002 tehdyn, Hauptverbandin ja EDS/ORGA:n välisen sopimuksen pätevyyden arviointi ei Itävallan oikeuden mukaan kuulu Bundesvergabeamtille vaan siviilituomioistuimelle, esitettyihin kysymyksiin vastaamisesta ei lähtökohtaisesti ole mitään etua pääasian kiistan ratkaisemisessa.

67. Itävallan lainsäädännön mukaan siviilituomioistuimella on toimivalta arvioida tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeen tehtyjä sopimuksia. Asiaa koskevassa lainsäädännössä on säädetty direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 6 kohdan viimeisen virkkeen mukaisesti tämän tuomioistuinlaitoksen toimivallan rajoittamisesta korvauksen määräämiseen niille, joille on aiheutunut vahinkoa julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta.

68. Koska vaikuttaa olevan selvästi todettu, että pääasian kiistan perustana olevassa tilanteessa Bundesvergabeamt ei ole mitätöinyt hankintaviranomaisen päätöstä tarjouskilpailun ratkaisemisesta ja tämän perusteella sen täytäntöönpanoa varten on tehty yksi tai useita sopimuksia, on oletettava, että ainoastaan siviilituomioistuimella on toimivalta arvioida tässä käsiteltävän hankintamenettelyn seurauksena syntyneitä sopimuksia.

69. Edellä esitetyn valossa tarkasteltuna on mielestäni oletettava, että Bundesvergabeamtin esittämät kysymykset, jotka koskevat oleellisilta osin sitä, täyttääkö sille

13 — Ks. mm. asia 244/80, Foglia/Novello, tuomio 16.12.1981 (Kok. 1981, s. 3045, Kok. Ep. VI, s. 251, 21 kohta); asia C-451/99, Cura Anlagen, tuomio 21.3.2002 (Kok. 2002, s. I-3193, 26 kohta) ja Inspire Art (mainittu edellä alaviitteessä 11, 47 kohta).

BVergG:ssä myönnetty toimivalta direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 7 kohdassa asetetut vähimmäisvaatimukset, ovat pelkästään hypoteettisia.

70. Kysymysten hypoteettinen luonne käy ilmi myös kysymysten sisällöstä. Kun kysymyksiä tarkastellaan kokonaisuutena, niillä pyydetään, kuten jo 51 kohdassa huomautin, yhteisöjen tuomioistuinta arvioimaan kansalliseen hankintasäännöstöön kuuluvaa oikeussuojajärjestelmää yleisesti ottaen asiaa koskevan yhteisön oikeuden kannalta, ja niiden yhteys pääasian varsinaiseen oikeuskiistaan on hyvin etäinen. Näin kansallinen tuomioistuin jättää ottamatta huomioon sen, että EY 234 artiklan menettelystä seuraa, että yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä on myötävaikuttaa lainkäyttöön jäsenvaltioissa eikä antaa neuvoa-antavia lausuntoja yleisluonteisista tai hypoteettisista kysymyksistä. [14]

71. Esitettyjen kysymysten tutkittavaksi ottamisen arvioinnin viimeisenä osana on arvioitava vielä Verfassungsgerichtshofin 2.3.2002 tekemän päätöksen vaikutuksia.

72. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan Bundesvergabeamt on esittänyt kysymykset ennen kaikkea siksi, että sen 20.4.2001 tekemää päätöstä, jolla mitätöitiin hankintalaitoksen kuvitteellinen päätös olla peruuttamatta hankintamenettelyä, ei Itävallan oikeuden mukaan voida panna täytäntöön. Tämä käy selvästi ilmi kysymysten 1, 3, 4 a ja 4 b sanamuodosta. Kun Verfassungsgerichtshof nyt on mitätöinyt juuri 20.4.2001 annetun päätöksen siitä syystä, että Bundesvergabeamtilla ei ollut sellaisen päätöksen tekemiseen riittävää toimivaltaa, välittömästi kyseiseen päätökseen liittyviin kysymyksiin ei enää ole perusteita. Edellä esitettyjen perustelujen vuoksi niistä on näin ollen tullut pelkästään hypoteettisia.

73. Vaikka toinen kysymys ei koske välittömästi 20.4.2001 tehtyä päätöstä, mielestäni edellä tarkoitettu Verfassungsgerichtshofin päätös vaikuttaa myös tähän kysymykseen. Sen perusteiden sisältö perustui nyt mitätöityyn, 20.4.2001 tehtyyn päätökseen sillä oletuksella, että hankintamenettely oli mitätön, koska siihen sisältyi yhteisön oikeuden vastainen edellytys, kuten yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut asiassa Holst Italia. [15] Tämä oletus on

14 — Viimeaikaisesta oikeuskäytännöstä ks. tuomio asiassa Inspire Art (mainittu edellä alaviitteessä 11, 45 kohta).

15 — Mainittu edellä alaviitteessä 4.

keskeinen kysymyksen 2 kannalta. Oli sen oikeutus millainen tahansa, yhteisöjen tuomioistuimen ei ole tarpeen käsitellä sitä, koska se sisältyy Bundesvergabeamtin päätökseen, jolla ei enää voi olla minkäänlaista merkitystä pääasian kannalta.

74. Edellä esitetyn perusteella katson, että Bundesvergabeamtin käsiteltävänä olevassa asiassa yhteisöjen tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä ei ole merkitystä pääasian oikeuskiistan ratkaisemisen kannalta, ja ne on näin ollen todettava pelkästään hypoteettisiksi ja jätettävä tutkimatta.

C *Pääasia*

75. Käsittelen vielä toista kysymystä täysin toissijaisesti siltä varalta, että yhteisöjen tuomioistuin ei noudata ehdotustani, jonka mukaan kaikki esitetyt kysymykset on jätettävä tutkimatta, vaan jättää tutkimatta ainoastaan ne kysymykset, joihin Verfassungsgerichtshofin 2.3.2002 tekemä päätös vaikuttaa välittömästi eli kysymykset 1, 3, 4 a ja 4 b.

76. Komissio on tältä osin mielestäni hyvin perustellusti huomauttanut, että kysymys perustuu virheelliseen oletukseen, jonka mukaan yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Holst Italia [16] antamasta tuomiosta seuraisi, että 15.3.2000 päivättyjen tarjouskilpailuasiakirjojen 1.8 kohdan alihankkijoiden käytön sallittavuutta koskeva ehto olisi yhteisön oikeuden vastainen.

77. Tässä käsiteltävään hankintaan sovellettavassa direktiivissä 92/50/ETY ei tosiaankaan ole säännöstä, josta seuraisi, että alihankkijoiden käyttökielto olisi sinänsä laiton. Mainitun direktiivin 25 artiklasta käy ilmi, että hankintaviranomainen voi pyytää tarjoajaa ilmoittamaan tarjouksessaan, minkä osan sopimuksesta tämä mahdollisesti aikoo antaa alihankintana kolmansille. Lisäksi direktiivin 32 artiklan 2 kohdan h alakohdassa säädetään, että palvelujen suorittajan tekninen suorituskyky voidaan osoittaa suoritettavien palvelujen luonteen, määrän ja käyttötarkoituksen mukaan muun muassa ilmoituksella siitä, miltä osin palvelujen suorittaja mahdollisesti aikoo antaa sopimuksen alihankkijoiden toteutettavaksi.

78. Alihankkijoiden käyttökiellon hyväksyttävyyttä arvioitaessa on komission, Itävallan hallituksen ja Hauptverbandin oikeutetun huomautuksen mukaan erotettava tällainen kielto ehdokkaiden soveltu-

16 — Mainittu edellä alaviitteessä 4.

vuuden arvioinnin ja annetun urakan toteutuksen osalta.

79. Bundesvergabeamtin lainaama yhteisöjen oikeusistuimen asiassa Holst Italia [17] antama tuomio koskee hankintamenettelyn arviointi- ja valintavaihetta.

Yhteisöjen tuomioistuin toteaa tältä osin tuomion 26 kohdassa seuraavaa: "Näiden säännösten tarkoituksen ja sanamuodon mukaan henkilöä ei voida sulkea julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn ulkopuolelle vain siitä syystä, että hän aikoo käyttää sopimuksen täyttääkseen resursseja, jotka eivät ole hänen omiaan vaan jotka kuuluvat yhdelle tai useammalle muulle yksikölle."

Tuomion 31 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin päättää perustelunsa seuraavasti: " — — direktiiviä 92/50/ETY on tulkittava siten, että palvelujen suorittaja voi esittää selvityksen jonkin toisen yksikön resursseista osoittaakseen, että se täyttää julkisista palveluhankinnoista tehtävää sopimusta koskevaan tarjouskilpailumenettelyyn osallistumista varten asetetut rahoitukselliset, taloudelliset ja tekniset edellytykset, jos palvelujen suorittaja niiden siteiden oikeudellisesta luonteesta riippumatta, jotka sillä on tällaisiin muihin yksiköihin, kykenee esittämään näytön siitä, että sillä on todella käytettävissään näiden yksiköiden resurssit, jotka ovat välttämättömiä sopimuksen täyttämiseksi. — — "

80. Tulkitsen tätä tuomiota seuraavasti: hankinnasta kiinnostuneita ehdokkaita ei ole mahdollista hylätä siitä syystä, ettei niillä itsellään voi olla kaikkia edellytyksiä, jotka ovat tarpeen toimeksiannon suorittamiseksi. Tällainen kielto voisi rajoittaa mahdollisten tarjoajien joukkoa merkittävästi jo etukäteen etenkin suurten ja teknisesti monimutkaisten toimeksiantojen ollessa kyseessä. Tämä puolestaan loukkaisi direktiivin 92/50/ETY vaikutusta. Toimeksiantajalla on kuitenkin toimeksiannon asianmukaisesta suorittamisesta varmistuakseen mahdollisuus edellyttää, että mikäli tarjoaja käyttää muiden yksiköiden resursseja, sen on taattava näiden yksiköiden käytettävyys.

81. Tarjouspyynnön 1.8 kohdasta, jota on lainattu tämän ratkaisuehdotuksen 20 kohdassa, käy kuitenkin ilmi, että tämä edellytys ei koske hankintamenettelyn arviointija valintavaihetta vaan vaihetta, jossa tehdään sopimus toimeksiannon suorittamisesta.

82. Siinä vaiheessa kielto tai rajoitus, jolla toimeksiantaja pyrkii estämään toimeksiannon oleellisten osien antamista sellaisten yksiköiden tehtäväksi, joiden ammattitaitoa

17 — Mainittu edellä alaviitteessä 4.

ja laatua ei ole voitu arvioida tarjouskilpailumenettelyn aikana, ei ole direktiivin 92/50/ETY vastainen. Direktiivin 25 artiklan sanamuodosta käy ilmi, että artiklaa sovelletaan nimenomaan hankintamenettelyn arviointi- ja valintavaiheessa. Säännöksen tarkoituksena on antaa hankintaviranomaiselle sen yksikön ammattitaidosta, jota asia koskee, sellaiset tiedot, jotka ovat tarpeen annettujen tarjousten asianmukaista arviointia varten. Tällä säännöksellä ei ole mahdollista perustella alihankkijakieltoa siinä vaiheessa, kun hankinnasta päättämisen jälkeen tehdään sopimus valitun tarjoajan kanssa.

83. Näin ollen oletus, johon Bundesvergabeamtin 20.4.2002 antama päätös perustuu eli että tarjouskilpailuasiakirjojen 1.8 kohta olisi yhteisön oikeuden vastainen ja koko tarjouskilpailu tulisi peruuttaa, on sinänsä virheellinen.

84. Vaikka kansallinen tuomioistuin ei kysymyksissään pyydä arvioimaan tulkintaansa yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Holst Italia [18] antamasta tuomiosta, mieleläni yhteisöjen tuomioistuin ei voi jättää käsittelemättä oikeuskäytäntönsä ilmeisen virheellistä tulkintaa. Näin on etenkin silloin, kun kansallisen tuomioistuimen päätös, jota ennakkoratkaisukysymykset koskevat, perustuu virheelliseen tulkintaan, jonka vuoksi kysymykset voivat muuttua hypoteettisiksi.

85. Vaikka 20.4.2001 annetun päätöksen sisältöoletusta ei otettaisi huomioon, jo tehtyjen sopimusten pätevyyttä ja mahdollista mitätöintiä on arvioitava asiaa koskevan kansallisen lainsäädännön kannalta, jos oletetaan, että on tapahtunut hankinta, joka sisälsi yhteisön oikeuden vastaisen tarjouskilpailuehdon tai jota on jatkettu direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdassa tarkoitetun, yhteisön oikeuden vastaisuuteen liittyvän muutoksenhakuelimen kannan vastaisesti.

86. Tätä käsitystä tukevat muun muassa yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Alcatel [19] antama tuomio sekä julkisasiamies Alberin asiassa komissio vastaan Itävalta [20] antama ratkaisuehdotus.

18 — Mainittu edellä alaviitteessä 4.

19 — Asia C-81/98, Alcatel Austria ym., tuomio 28.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7671, 49 kohta).

20 — Asia C-328/96, tuomio 28.10.1999, ratkaisuehdotus 19.1.1999 (Kok. 1999, s. I-7479, ratkaisuehdotuksen 48 kohta).

VI Ratkaisuehdotus

87. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

— toteaa, että Bundesvergabeamtin 11.7.2001 tekemän päätöksen perusteella yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt ennakkoratkaisukysymykset on jätettävä tutkimatta

— toissijaisesti jättää tutkimatta kysymykset 1, 3, 4 a ja 4 b ja vastaa kysymykseen 2 seuraavasti:

Jos on järjestetty hankintamenettely, joka sisälsi yhteisön oikeuden vastaisen tarjouskilpailuedellytyksen tai jos tarjouskilpailu on ratkaistu tätä lainvastaisuutta koskevasta 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 2 artiklan 8 kohdassa tarkoitetun muutoksenhakuviranomaisen päätöksestä huolimatta, jo tehtyjen sopimusten pätevyyttä ja mahdollista mitätöimistä on arvioitava asiaa koskevan kansallisen lainsäädännön perusteella.